



Sentencia C-634/16

Referencia: Expediente D-11407

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 14 (parcial) de la Ley 1341 de 2009 *“por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones.”*

Actores: María del Mar Ramírez Quintero, Carlos Andrés Echeverry Restrepo, Juan Carlos Riveros Concha, Hernán David Soto Rodríguez, Valeria Caré Vargas y Sebastián Vargas Poveda.

Magistrado Ponente:
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, ha proferido la presente Sentencia.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, los ciudadanos María del Mar Ramírez Quintero, Carlos Andrés Echeverry Restrepo, Juan Carlos Riveros Concha, Hernán David Soto Rodríguez, Valeria Caré Vargas y Sebastián Vargas Poveda, solicitaron a la Corte que declare la inexecutable parcial del artículo 14 (parcial) de la Ley 1341 de 2009 *“por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones.”*

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma acusada, subrayándose el aparte demandado.

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

1. *Aquellos a quienes se les haya declarado la caducidad del contrato de concesión para prestar cualquier servicio de telecomunicaciones.*
2. *Aquellos a quienes por cualquier causal se les haya cancelado la licencia para prestar servicios o actividades de telecomunicaciones, así como el permiso para hacer uso del espectro radioeléctrico.*
3. *Aquellas personas naturales que hayan sido representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos y socios de personas jurídicas a quienes se les haya declarado la caducidad del contrato de concesión para prestar cualquier servicio de telecomunicaciones y/o cancelado la licencia para prestar servicios o actividades de telecomunicaciones, así como el permiso para hacer uso del espectro radioeléctrico.*
4. *Aquellas personas que hayan sido condenadas a penas privativas de la libertad, salvo cuando se trate de delitos políticos o culposos.*
5. *Aquellas personas naturales o jurídicas, sus representantes legales, miembros de juntas o Consejos Directivos y socios, que no se encuentren al día con el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por concepto de sus obligaciones.*

Parágrafo. Las inhabilidades a que hacen referencia los numerales 1, 2 y 3 del presente artículo, se extenderán por el término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato, la cancelación de la licencia, o del permiso. En todo caso con razones y cargos previamente justificados y sin violación del debido proceso y el derecho de defensa.

III. LA DEMANDA

Los demandantes consideran que la expresión acusada, en tanto declara inhábiles para acceder a permisos de uso del espectro radioeléctrico a las personas condenadas por penas privativas de la libertad, salvo cuando se trate de delitos políticos y culposos, viola los artículos 1º, 2º, 4º, 13, 29, 75, 93 y 333 de la Constitución. Para sustentar esta conclusión expresan los siguientes argumentos:

3.1. La demanda inicia por recapitular las reglas jurisprudenciales definidas por esta Corte, las cuales determinan que el derecho a fundar medios masivos de comunicación es uno de los componentes que integran las libertades de expresión y de información. Asimismo, destacan que este mismo precedente vincula la eficacia del principio de democrático a la necesidad de contar con medios de comunicación libres y bajo una oferta plural de contenidos, la cual permita a los ciudadanos ejercer su derecho a comunicar sus opiniones, así como a proporcionar y recibir información. De esta manera, los derechos en comento se ejercen tanto en una faceta individual como en una colectiva.

Estas reglas, sumadas a la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, permiten concluir que el derecho a fundar medios de comunicación supone el acceso equitativo y democrático a los instrumentos propios de dichos medios, como sucede con el espectro electromagnético. A su vez, si bien es aceptable que el Estado determine condiciones para dicho acceso, las mismas no pueden configurar un tratamiento desproporcionado o discriminatorio contra las personas interesadas. Acerca de este particular, la demanda destaca que *“la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que mediante dicho artículo se protege el derecho a fundar medios masivos de comunicación con el fin de proteger la libertad de expresión de aquellas personas que tienen interés en crearlos, a su vez, el derecho a fundar medios masivos goza de las mismas garantías que protegen la libertad de expresión, por lo tanto cualquier vulneración o afectación al derecho en mención, estaría violando directamente la Convención Americana, que en virtud del bloque de constitucionalidad cuenta con la misma jerarquía de las normas constitucionales”*.

A partir de esta consideración, los accionantes señalan que las condiciones de acceso a los medios de comunicación deberán ser razonables y están obligatoriamente basadas en la consecución de un fin constitucionalmente importante. Así, *“se deduce que toda ley que restrinja de alguna forma la*

libertad de expresión debe tener un propósito dirigido a proteger bienes jurídicos considerados de mayor valor, siendo dicha medida tan necesaria que no se puede alcanzar por otros medios menos restrictivos del derecho a la libertad de expresión.”

Con base en esta premisa, señalan que la restricción prevista en la norma acusada se muestra desproporcionada, en tanto no se evidencia ningún fin constitucional legítimo ni menos importante, para que se impida a las personas privadas de la libertad utilizar el espectro electromagnético para el acceso a medios de comunicación. Por lo tanto, advierten los demandantes que se incurre en una vulneración del principio de igualdad y a la función resocializadora de la pena. Esto debido a que sin razón alguna se excluye a los destinatarios de la norma, de manera permanente e intemporal, del mencionado uso y sin que exista una razón objetiva para ello.

3.2. La demanda plantea un segundo grupo de argumentos, relativo a la constitucionalidad de las restricciones de acceso al espectro electromagnético en tanto bien de uso público.

Al respecto, señala que en virtud de lo dispuesto por los artículos 75 y 101 C.P., el espectro electromagnético es un bien de uso público, constitutivo del territorio nacional y respecto del cual el Estado debe garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso, en los términos que regule la ley. En ese sentido, aunque concurre la competencia estatal para definir los límites a dicho acceso, la jurisprudencia constitucional ha señalado que tales restricciones deben ser razonables y proporcionadas. En particular, indican los demandantes que este precedente insiste en que dichos límites no pueden tornarse en una barrera para el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a fundar medios de comunicación.

Advierten que lo previsto en la norma acusada no cumple con el estándar fijado en la jurisprudencia. Esto debido a que dispone una restricción indefinida para que las personas que hayan sido condenadas a penas privativas de la libertad puedan acceder al espectro. Esto en contravía del contenido resocializador de la pena y de la prohibición constitucional de penas perpetuas, que de suyo impide que las personas sean *“privadas de por vida a acceder a los mismos derechos de aquellas personas que no han cometido un hecho punitivo. Sería un trato discriminatorio que va en contra del artículo 13 de la Constitución Política.”*

En lo que respecta a la libertad de fundar medios de comunicación, señalan que es una garantía que está contenida tanto en la Constitución como en normas de derecho internacional de los derechos humanos. Esta libertad está vinculada a otros derechos, entre ellos el de acceso al espectro electromagnético, según lo explica la jurisprudencia constitucional. Como se señaló, el Estado puede establecer restricciones a dicho acceso, pero las mismas deben (i) estar dirigidas a la adecuada prestación de los servicios y

funciones a su cargo; y (ii) garantizar que se ejerzan los derechos vinculados al acceso al espectro, en particular la libertad de fundar medios de comunicación y la libertad económica.

Para los demandantes estos límites son transgredidos por la norma demandada, la cual establece una restricción que es desproporcionada y no responde a un criterio de razón suficiente. En cambio, se muestran contrarios a los principios de una sociedad democrática, interesada en la igualdad material y la libertad informativa, la cual es incompatible con la censura u otras prohibiciones dirigidas a disminuir los canales para transmitir o recibir información.

3.3. La tercera parte de la demanda hace referencia a las restricciones a la libertad de pensamiento y de expresión que se derivan, a juicio de los accionantes, del precepto acusado.

Para ello, parte de determinar que tanto la jurisprudencia constitucional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos son coincidentes en señalar que las limitaciones del derecho a la libertad de expresión deben ser solo aquellas necesarias para asegurar la obtención de fines constitucionalmente imprescindibles, que coincidan con la noción de un interés público imperativo. Asimismo, se considera que cuando se muestre ineludible establecer tales limitaciones, deberá preferirse aquella que establezca una menor restricción a la libertad de expresión. Esto bajo el supuesto que la protección de este derecho es prevalente en razón de su importancia para el modelo democrático.

En el caso analizado y aplicado un juicio de proporcionalidad, los demandantes encuentran que debe preverse un nivel de intensidad estricto, en tanto se está ante una medida que afecta la libertad de expresión y la jurisprudencia constitucional ha fijado este parámetro en dicha clase de asuntos. A partir de esta comprobación, sostiene la demanda que no se evidencia cuál es el propósito de la norma acusada. Así, *“no son claras las intenciones del legislador al momento de establecer dicha restricción a las personas privadas de la libertad y que ya cumplieron su pena. Se podría pensar que la finalidad de la norma era establecer ciertos parámetros para acceder al espectro electromagnético, sin embargo la medida objeto de esta demanda no evidencia la existencia de algún fin constitucionalmente legítimo, además no se encuentra ajustada a los parámetros constitucionales, ni a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. || Por el contrario, la medida implica una restricción desproporcionada al derecho de libertad de expresión, y al derecho a fundar medios masivos de comunicación., yendo en contra de lo establecido por la jurisprudencia al reconocerle carácter preferente.”*

Con base en esta misma consideración, los actores concluyen que la norma acusada también incurre en un tratamiento discriminatorio contra las personas

que estuvieron condenadas y luego de cumplir con la pena privativa de la libertad, las excluye sin razón alguna del uso del espectro electromagnético, haciéndolo de manera perpetua y, por lo mismo, de forma irrazonable y desproporcionada.

3.4. Finalmente, la demanda presenta como pretensión subsidiaria que en caso que la Corte concluya que la norma es exequible, declare su constitucionalidad de manera condicionada, en el entendido que *“solamente se aplicaría para las personas privadas de la libertad por la comisión de ciertos delitos, esto es, de aquellos que afecten bienes jurídicos sensibles como, por ejemplo, los delitos contra la administración pública, pero que tal inhabilidad o restricción no se observe entratándose de otros tipos penales como la injuria o algunos delitos ecológicos como la pesca o caza ilegal.”*

3.4. Por último, la demanda adelanta un juicio de proporcionalidad, a fin de demostrar la inexequibilidad de la medida legislativa objeto de reproche.

IV. INTERVENCIONES

Intervenciones oficiales

4.1. Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de las TIC, presentó intervención ante la Corte en la que solicita la adopción de un fallo inhibitorio ante la ineptitud de la demanda o, en su defecto, la declaratoria de exequibilidad de la norma acusada.

En cuanto al primer aspecto, consideran que la demanda no cumple con los requisitos de especificidad y suficiencia. Esto debido a que la demanda considera que se vulneran varios derechos fundamentales, pero no explica las razones que demuestran la acusación respecto de cada uno de ellos. Así, el cargo solo justifica la afectación del principio de igualdad, la libertad de fundar medios masivos de comunicación, el carácter de bien público del espectro electromagnético y una alusión, en todo caso marginal, a la necesidad de proteger la libertad de empresa. Con todo, advierte que esta argumentación es inespecífica, en tanto se basa en formular preguntas respecto de la constitucionalidad de las normas, pero no a ofrecer un cargo concreto e identificable.

Además, tampoco se cumple el requisito de suficiencia, en razón a que la demanda se compone esencialmente de transcripciones jurisprudenciales, seguidas de argumentos reiterativos sobre la ausencia de un fin constitucional legítimo perseguido por la norma acusada. Con base en este mismo criterio, y sin mayores explicaciones, la demanda pretende sustentar tanto una presunta afectación de la libertad de empresa, como el incumplimiento del juicio de

proporcionalidad. Sobre este último aspecto, resalta que la demanda se limita a señalar que la medida acusada no tiene un fin constitucional identificable, sin detenerse en estudiar la jurisprudencia constitucional que ha definido el propósito de esta clase de inhabilidades. Asimismo, tampoco se analiza si el asunto hace parte de la libertad de configuración legislativa, sin que indiquen las razones que llevaban a concluir que se trataba de un juicio de carácter estricto. Idéntica conclusión también se deriva de la solicitud subsidiaria de exequibilidad condicionada, la cual tampoco es fundamentada.

En lo que respecta al análisis de fondo sobre la demanda, el Ministerio considera que la previsión acusada es exequible. Indica, reiterando los argumentos previstos por la Corte en la sentencia C-711 de 1996, que la previsión de inhabilidades respecto de contratos o licencias para operar servicios de comunicaciones no puede considerarse como una pena, razón por la cual tampoco le es oponible la prohibición constitucional de imprescriptibilidad. Por ende, se ha considerado por la misma jurisprudencia que el legislador está facultado para establecer requisitos exigentes para la prestación de servicios públicos, en aras de proteger los principios de moralidad, idoneidad y eficacia que la guían. Por ende, la norma analizada se inserta dentro de este marco y, por ende, no se opone a la Constitución. Expresa, del mismo modo, que esta regla de decisión sobre la exequibilidad de las inhabilidades intemporales fue reiterada por la Corte en la sentencia C-1212 de 2001. A partir de estas reglas, el interviniente sostiene que *“la fijación de inhabilidades e incompatibilidades como condiciones positivas o negativas que rigen el acceso a un determinado cargo o, como en este caso, a la posibilidad de tener acceso a un permiso para el uso del espectro electromagnético responde a la garantía que debe tener la sociedad respecto del comportamiento del futuro funcionario público y/o la adecuada prestación de un servicio y/o el buen uso de un bien público.”*

Intervenciones académicas y de la sociedad civil

4.2. Universidad Libre

El profesor Jorge Kenneth Burbano Villamarín, Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, y el profesor David Andrés Murillo Cruz, remitieron a la Corte intervención que defiende la inexequibilidad de la norma demandada.

Señalan que si bien la jurisprudencia ha contemplado la posibilidad que se impongan inhabilidades intemporales, las mismas deben en toda circunstancia cumplir con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, los cuales no se evidencian en el caso analizado. Esto debido a que, como lo expresan los demandantes, no es posible identificar cuál es el propósito de la restricción contenida en la norma demandada. De igual manera, la restricción toma la forma de una sanción accesoria a la condena penal, que no cumple con las condiciones para esta clase de penas, en tanto no se demuestra ni su relación

con la conducta punible, ni la prevención de conductas similares a la que fue objeto de reproche penal. *“Por el contrario, la inhabilidad cuestionada de manera general y absoluta restringe, sin límite de tiempo, el ejercicio a la libertad de expresión y a la libertad de fundar medios masivos de comunicación, sin tener en cuenta los sacrificios que tal suspensión genera para la democracia.”*

4.3. Universidad Externado de Colombia

La profesora Luz Mónica Herrera Zapata, Directora del Departamento de Derecho de las Telecomunicaciones de la Universidad Externado de Colombia, remite documento preparado por Paola Beatriz Cardozo, Asistente de Investigación de dicho Departamento, en el cual se solicita la inexequibilidad de la disposición demandada.

Luego de expresar diferentes argumentos sobre el juicio de igualdad, afirma que la medida contenida en la norma demandada no prevé ni siquiera un fin legítimo e identificable. Así, señala que sobre la materia *“solo pueden hacerse conjeturas: ¿el objetivo de dicha norma es resguardar la seguridad nacional? ¿Tal vez la moralidad pública? ¿Corresponde a satisfacer alguno de los principios orientadores del artículo 2 de la Ley 1341 de 2009?, frente a las que se hace evidente que de ninguna manera es adecuada la limitación, porque el otorgamiento del permiso a una persona que haya sido condenada no ofrece salvaguarda alguna, en términos de efectividad, a estos supuestos intereses.”*

De otro lado, incluso si se superara el problema de la identificación de un fin constitucionalmente legítimo para la medida acusada, la misma no resulta proporcionada, puesto que no informa ningún beneficio social, ni menos se muestra necesaria. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha contemplado que las limitaciones para el acceso al espectro electromagnético deben responder a un propósito legítimo y ser compatibles con la libre competencia en el sector. Estos fines no se encuentran relacionados con lo previsto en la norma demandada.

La Universidad interviniente resalta el mismo argumento previsto en la demanda y relativo a la incompatibilidad entre la disposición acusada y el fin de resocialización. Indica que dicha norma impone un tratamiento discriminatorio en contra de las personas condenadas y que hayan cumplido con la pena impuesta.

Por último, expresa que se opone a la solicitud subsidiaria de exequibilidad condicionada, puesto que no resulta acertado conferir tratamientos diferenciados entre responsables de conductas penales, cuando el legislador no ha definido dichas distinciones.

4.4. Fundación para la Libertad de Prensa

El Director Ejecutivo de la Fundación para la Libertad de Prensa solicita a la Corte que se declare la inexecutable de la norma acusada o, en su defecto, su exequibilidad condicionada.

Destaca, en primer lugar, que parámetros propios del derecho internacional de los derechos humanos, como la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la OEA, al igual que la jurisprudencia interamericana, son coincidentes en afirmar el vínculo existe entre el acceso al espectro y la libertad de expresión, así como la necesidad de que las políticas de asignación de frecuencias no se tornen en barreras para la eficacia de este derecho. Asimismo, estas normas insisten en que el acceso equitativo al espectro es un aspecto de principal importancia para la garantía del pluralismo informativo y, en general, la libre circulación de ideas e informaciones diversas dentro de una sociedad democrática. Por ende, de acuerdo con el mismo precedente, las reglas sobre concesión y renovación de licencias para el uso del espectro deben ser precisas y basadas en la protección del derecho al debido proceso. Esto con el fin de evitar que estas actividades de administración configuren una modalidad de censura. Así, a juicio del interviniente, *“cada norma que implica una limitación al uso de frecuencias debe ser estudiada no solo con los principios de administración del espectro o de la contratación pública –en la ejecución de contratos de concesión o cesión- sino que además debe seguir los estándares de libertad de expresión que definen cuándo una restricción transgrede el orden de los derechos humanos.”*

Esto implica, particularmente, que dichas reglas cumplan con “criterios de ponderación” vinculados a la protección de la libertad de expresión. Tales criterios, conforme a la FLIP, pueden obtenerse a partir de lo regulado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y refieren a la necesidad que la restricción a la libertad mencionada (i) esté expresamente fijada en la ley; (ii) busque asegurar fines legítimos vinculados al respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas; y (iii) que sea necesario y proporcional para cumplir con dichos fines legítimos.

Estas condiciones no son cumplidas por la norma demandada. Ello debido a que no se advierte cuál es la finalidad que busca satisfacer y, si la misma se considera vinculada a la protección del orden público, no existen argumentos que así lo sustenten y que desvirtúen la regla, expuesta por la jurisprudencia interamericana, en el sentido que la noción de orden público supone la más amplia difusión de la información. Por ende, para el interviniente, *“se puede entrever que la inhabilidad termina siendo una restricción a la libertad de expresión que no parece contar con una finalidad legítima determinada. Por lo tanto, termina por ser una restricción desmedida que impide el libre ejercicio de la expresión en la medida en que imposibilita el acceso de un sector de la sociedad al espectro.”*

El mismo estándar internacional exige que la medida restrictiva a la libertad de expresión debe mostrarse estrictamente necesaria para cumplir con un fin legítimo y, a su vez, debe imponer el menor grado posible de afectación de dicha libertad. Este estándar no es logrado por la norma acusada, habida consideración de la ausencia de un objetivo discernible para la limitación que impone. Para el interviniente, *“en la norma demandada no parece existir una finalidad legítima clara, más allá de una inhabilidad típica de contratación. Sin embargo, sobre el punto de necesidad, hay que decir que en caso de que se encontrara un fin legítimo, la proporcionalidad parecería no estar ajustada.”* Esto debido a que si incluso las personas privadas de la libertad tiene un grado protegido de ejercicio de la libertad de expresión, como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, entonces no habría razón alguna para considerar que quienes ya han cumplido su condena, se les imponga una inhabilidad que no está vinculada a un propósito definido y que se muestra exagerada en tanto no está sometida a límite temporal alguno.

4.5. Universidad Nacional de Colombia

El Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia remite a la Corte la intervención preparada por el profesor Caviades Estanislao Escalante Barreto, para defender la inexecutable de la norma demandada.

Explica la Universidad interviniente, en consonancia con las anteriores argumentaciones, que la norma no tiene un propósito identificable y razonable, el cual sirva de justificación para la limitación del derecho de las personas a la libertad de expresión. Además, la medida no guarda ninguna consonancia con los fines de la pena, particularmente porque extiende las consecuencias jurídicas de la inhabilidad más allá del término en que la misma fue cumplida, lo que es un abierto exceso en el ejercicio del poder punitivo del Estado.

De la misma manera, se encuentra vulnerada la libertad de expresión, particularmente de la forma como es concebida por el derecho internacional de los derechos humanos. De este modo, *“si bien la Constitución le da la potestad a la ley para regular el uso del espectro electromagnético, también la restringe en torno a los derechos y libertades de los ciudadanos tales como la creación de medios masivos de comunicación y la libertad de difundir y expresar sus pensamientos y opiniones.”* Agrega que las personas que han sido condenadas a pena privativa de la libertad reciben, en virtud de la norma demandada, un tratamiento discriminatorio, consistente en privarlas de la posibilidad de usar el espectro electromagnético, restricción que no es impuesta a quienes son sujetos de penas de otra naturaleza. A su vez, reitera el argumento antes presentado sobre la incompatibilidad entre el precepto acusado y la función resocializadora de la pena.

4.6. Universidad Industrial de Santander

Javier Alejandro Acevedo Guerrero, Ernesto Rueda Puyana, Dolly Andrea Lugo Cortés y Fabián Sánchez Ramírez, integrantes del Grupo de Litigio Estratégico de la Universidad Industrial de Santander, intervienen en este proceso con el fin de solicitar a la Corte que declare la inexecutable de la disposición acusada.

Indican que el contenido de la norma demandada es discriminatorio, si se tiene en cuenta que no está dirigido a cumplir ninguna finalidad legítima y vinculada con las condiciones constitucionales para el control del acceso al espectro electromagnético o para la prestación de servicios públicos. Así, la medida no tiene conexión ni con la garantía del pluralismo informativo, ni tampoco con la necesidad de evitar prácticas monopolísticas.

Reitera, de manera similar a los demás intervinientes, que la restricción analizada no está vinculada con los fines legítimos de regulación de la libertad de expresión, en los términos del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en consonancia con otras normas internacionales que reiteran el carácter excepcional y regulado de las limitaciones estatales para el uso de canales de comunicación. Esto precisamente con el fin de preservar el lugar central de la libertad de expresión y su prevalencia como elemento definitorio de la democracia constitucional.

De otro lado, destaca la Universidad interviniente que la jurisprudencia constitucional ha señalado que el otorgamiento de permisos para el uso del espectro electromagnético debe estar basado en criterios imparciales y compatibles con un principio de selección objetiva. Por ende, en tanto la medida acusada está basada en un motivo que es discriminatorio, no cumple con el estándar propuesto y desconoce que las intervenciones a la libertad de expresión deben ser necesarias para cumplir con un fin que es constitucionalmente imperioso. Sobre esta materia, resalta las consideraciones realizadas por la Corte en la sentencia T-596 de 1992, en las cuales se puso de presente que el hecho mismo de la privación de la libertad no era incompatible con el ejercicio de la libertad de expresión, la cual no se veía afectada por la imposición de la sanción penal. Asimismo, indica que una restricción de este carácter desconoce que el fin resocializador de la pena exige reinsertar al delincuente en la comunidad política, pero no mantenerlo segregado de la misma.

Así, *“cualquier legislación que sea flagrantemente discriminatoria debe ser nula e inexistente en un ordenamiento jurídico social de derecho, pues contraviene abiertamente los derechos humanos, específicamente de quienes se les debe garantizar la posibilidad cierta de corrección y acogimiento social, no intentando condenarlos en su libertades de forma perpetua, lo cual ocurre al limitarse la libertad de expresión, restringiéndoles el acceso al espacio radioeléctrico”*. Igualmente, la norma establece un tratamiento discriminatorio injustificado entre aquellas personas que han sido condenadas por delitos políticos o culposos, que no son sujetas a la restricción prevista en

la norma acusada, respecto de los demás condenados que sí lo son. Esto a pesar que el fin resocializador de la pena se aplica en ambos casos.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Mediante escrito radicado en esta Corporación en la oportunidad procesal correspondiente, el Procurador General de la Nación presentó el concepto previsto en los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución, en el que solicita a la Corte que declare la inexequibilidad del apartado acusado. Para ello, expone los argumentos siguientes:

5.1. El Ministerio Público coincide con la postura planteada por los diferentes intervinientes, en el sentido que existe un vínculo innegable entre el ejercicio de la libertad de expresión y la protección de la democracia en el Estado constitucional. De allí que las decisiones sobre el acceso al espectro no son simples asuntos administrativos, sino que tienen una estrecha relación con la vigencia de dicho derecho fundamental. Por ende, *“el abuso en la inspección, vigilancia y control en cuanto a la asignación y retiro discrecional de licencias de radio y TV, y del espectro electromagnético para la prestación de servicios de radio, televisión, ha sido una forma de censura indirecta utilizada por Estados totalitarios o en todo caso implica graves afectaciones del sistema democrático.”*

5.2. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la intervención del Estado frente al espectro electromagnético debe estar guiada por la propia naturaleza de ese bien público, el carácter de servicio público de las telecomunicaciones y las reglas propias de la contratación estatal. Además, deben cumplirse con los fines expresamente señalados por la Constitución para el efecto, esto es, la garantía de igualdad de oportunidades en el acceso al espectro y evitar el ejercicio de prácticas monopolísticas.

Además, también debe tenerse en cuenta que con base en el precedente de la Corte, el ejercicio del poder punitivo del Estado debe en toda circunstancia incorporar el componente resocializador de la pena. Por ende, *“el legislador de forma general, y el juez en cada caso particular, al imponer una pena, ya sea esta principal o accesoria, privativa de la libertad o restrictiva de otros derechos, debe preferir aquella que favorezca la resocialización del delincuente y, en el mismo sentido, evitar aquellas que lo excluyan desproporcional o definitivamente de la comunidad.”*

5.3. Con base en las premisas expuestas, se tiene que la norma acusada es inexequible. Esto debido a que la medida no cumple un objetivo verificable e impone una restricción injustificada e irrazonable a la libertad de expresión, el derecho a fundar medios de comunicación, la libertad de empresa, así como la función resocializadora del derecho penal. *“Al tiempo que se puede afectar el pluralismo de ideas que debe asegurarse en toda sociedad democrática porque, a priori, con ello también se está excluyendo a las personas que han*

sido condenadas con pena privativa de la libertad de la posibilidad de hacer uso del espectro electromagnético.”

Aunque se reconoce por el Procurador General que es compatible con la Constitución imponer condiciones y límites para el acceso al espectro, en tanto el mismo no es un derecho subjetivo, dicha distribución sí debe cumplir con el mandato de igualdad de oportunidades, *“dentro de un proceso administrativo debidamente regulado, a acceder a un permiso o licencia para utilizarlo.”*

Sobre estas consideraciones, la Vista Fiscal concluye que la norma es inconstitucional, puesto que la restricción que propone es incompatible con el fin resocializador de la pena y no encuadra dentro de los objetivos que prevé la Constitución para la regulación del espectro electromagnético. Al respecto, determina que *“no puede ser el espectro electromagnético el bien jurídico que se pretende proteger con la disposición acusada puesto que para ello existe una regulación amplia y detallada sobre el proceso que debe agotarse y los requisitos que deben reunirse para poder acceder a un permiso de uso del espectro electromagnético. Como tampoco se encuentra que haya relación directa entre la conducta realizada por la persona que pretende hacerse a un permiso y la inhabilidad impuesta – como sí ocurre con las demás inhabilidades previstas en el artículo 14 de la Ley 1341 de 2009 -.”* Adicionalmente, en todo caso la persona que cumplió pena privativa de la libertad deberá cumplir con los requisitos exigidos para la concesión de uso del espectro, en igualdad de condiciones con los demás interesados.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para resolver la demanda de la referencia, en los términos del artículo 241-4 C.P., puesto que se trata de la acción pública de inconstitucionalidad contra disposiciones contenidas en una Ley de la República.

Problema jurídico y metodología de la decisión

2. Los demandantes consideran que la norma acusada, que establece la prohibición de concesión de permisos para el uso del espectro radioeléctrico a aquellas personas que hayan sido condenadas a penas privativas de la libertad, salvo cuando se trate de delitos políticos o culposos, viola la Constitución. Advierten que no es posible identificar una finalidad constitucionalmente legítima para esta prohibición, razón por la cual infieren que impone una restricción desproporcionada a los derechos de libertad de expresión y de fundar medios de comunicación, los cuales están estrechamente vinculados con el uso del espectro.

Igualmente indica la demanda que a pesar que la Constitución prevé un mandato específico de acceso democrático al espectro electromagnético, la norma acusada impone una restricción que es arbitraria. Así, la prohibición demandada vulnera los derechos fundamentales mencionados y contradice las reglas que sobre el particular ha estipulado tanto la jurisprudencia constitucional como del sistema interamericano. Asimismo, la restricción es incompatible con el fin resocializador de la sanción penal, en tanto impone una limitación atemporal de los derechos, lo cual impide que la persona que ha cumplido la pena pueda desarrollar actividades vinculadas con el ejercicio de la libertad de expresión. De esta manera, también se afecta la prohibición constitucional de imprescriptibilidad de las penas, puesto que los efectos de la restricción contenida en la norma acusada son indefinidos en el tiempo, excluyendo permanente al afectado de la posibilidad de uso del espectro. Por último, consideran que la prohibición contenida en la norma acusada es contraria a la libertad de empresa.

3. Salvo uno de los intervinientes, las diferentes entidades que participaron en este proceso, al igual que el Procurador General, solicitaron a la Corte declarar la inexecutable de la norma acusada. Comparten con los demandantes el argumento que no existe un propósito discernible del precepto, razón por la cual no cumple con un juicio de proporcionalidad y, en cambio, impone restricciones intolerables a la libertad de expresión y de prensa. Señalan que existe un acuerdo en la jurisprudencia constitucional y en el derecho internacional de los derechos humanos acerca del nexo entre la protección material de la libertad de expresión y el acceso al espectro electromagnético.

De manera similar a lo planteado en la demanda, los intervinientes exponen que ante la ausencia de un fin constitucionalmente admisible, o al menos verificable para la prohibición analizada, no solo se está ante un tratamiento desproporcionado e irrazonable, sino ante una contradicción con el fin resocializador de la pena. Esto debido a que pesar que la persona ha cumplido con la pena impuesta, se le impone una sanción imprescriptible, que impide que ejerza una de las facetas vitales a las que puede acceder, como es la de ejercer la libertad de expresión mediante medios que usan el espectro electromagnético para su difusión.

4. Uno de los intervinientes sostiene que la Corte debe adoptar un fallo inhibitorio o, en su lugar, declarar la exequibilidad de la norma acusada. En cuanto a lo primero, expresa que la demanda es insuficiente, puesto que está basada en afirmaciones generales, transcripciones de jurisprudencia y la simple conclusión de que la norma acusada no cumple un propósito constitucional y, por lo mismo, es inexecutable. Respecto de lo segundo, señala que la Corte ha admitido la constitucionalidad de normas que establecen inhabilidades temporales, las cuales se muestran compatibles con la necesidad de garantizar el adecuado ejercicio de la función y la idoneidad del servidor público. Como en el caso analizado se está ante un escenario similar, el precepto acusado resulta exequible.

5. La Sala disiente de la primera conclusión, sobre la insuficiencia de la demanda, salvo en lo que respecta a una de las acusaciones planteadas. En efecto, la demanda sí contiene un cargo cierto, puesto que se verifica que la norma acusada dispone una prohibición intemporal para la obtención de permisos de uso del espectro electromagnético. La argumentación es pertinente y específica, puesto que se ofrecen razones de índole constitucional, en especial vinculadas con la presunta desproporción de la medida frente a los derechos de acceso equitativo al espectro y libertad de expresión, derivada de una medida legislativa que consideran irrazonable en tanto carente de un fin legítimo e identificable. Asimismo, los cargos propuestos son claros y suficientes, puesto que permiten sustentar una duda mínima sobre la exequibilidad de la norma acusada, al punto que casi la totalidad de los intervinientes ofrecen argumentos sustantivos sobre el precepto demandado, todos ellos dirigidos a cuestionar su constitucionalidad.

Sin embargo, esta conclusión no es predicable de la acusación basada en la presunta violación del derecho de libertad de empresa. En efecto, aunque este asunto es señalado en la demanda, se incluye manera apenas marginal, sin mayor desarrollo argumentativo, razón por la cual se incumple el requisito de suficiencia, siendo la demanda inepta sobre esa materia en particular, la cual en consecuencia será excluida del análisis de fondo presentado en este fallo.

6. Superadas las cuestiones relativas a la admisibilidad del cargo, la Corte considera que en esta decisión debe resolverse el siguiente problema jurídico: ¿la norma legal que establece una prohibición para las personas condenadas por delitos diferentes a aquellos políticos o culposos, relativa a la imposibilidad de obtener permisos para el uso del espectro radioeléctrico, es inconstitucional en tanto restricción que no cumple con un fin constitucionalmente legítimo y, en consecuencia, vulnera la libertad de expresión y es incompatible con el fin resocializador de la pena?

Para resolver esta cuestión la Sala adoptará la siguiente metodología: En primer lugar, recopilará el precedente sobre los requisitos para la exequibilidad de las normas que establecen inhabilidades intemporales, concentrándose en aquellas vinculadas con la condena penal como causal para ello. En segundo término, se hará una explicación general sobre las condiciones que exigen las normas integrantes al bloque de constitucionalidad para la limitación válida de la libertad de expresión, al igual que el vínculo entre este derecho y el acceso al espectro electromagnético. Luego, se hará una breve referencia a la necesidad de garantizar el fin resocializador de las sanciones penales como condición para el ejercicio del *ius puniendi* en un Estado democrático. Finalmente, a partir de las reglas que se deriven de ese análisis, se resolverá el problema jurídico antes señalado.

Las condiciones para la constitucionalidad de las inhabilidades intemporales

7. La fijación de un régimen de inhabilidades para el ejercicio de funciones públicas o la prestación de servicios públicos pretende garantizar la adecuada y correcta prestación de tales asuntos, bajo el cumplimiento de los principios que guían la función administrativa, esto es, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Las inhabilidades, como las ha comprendido la jurisprudencia constitucional, corresponden a condiciones que identifica el legislador, con el propósito de excluir condiciones particulares de las personas, en tanto presupuestos que se muestran como impedimentos para el ejercicio de la función pública.¹ No configuran un juicio sancionatorio sobre el sujeto concernido, sino que apuntan a identificar determinadas particularidades del mismo que le restan idoneidad para el ejercicio de la función. Por ende, no pueden asimilarse a dicho tipo de sanciones, ni menos a condenas propias del ámbito penal. Para la Corte, las inhabilidades, *“entendidas como impedimentos para acceder a la función pública, no tienen siempre como causa una sanción penal, es decir, no buscan siempre “castigar por un delito”. Pueden tener diversos orígenes y perseguir otros fines, como por ejemplo, colocar en pie de igualdad a quienes compiten por la representación política o a quienes buscan acceder a la función pública. Si bien pueden imponerse como una pena accesoria o principal, v.g. la establecida en los artículos 43-1 y 44 del Código Penal, también pueden ser consecuencia de una sanción disciplinaria o ser autónomas, por disposición expresa del constituyente o del legislador para garantizar principios de interés general.”*²

¹ Así por ejemplo, en la sentencia C-1212 de 2001, a propósito del estudio de algunas causales de inhabilidades para los notorios, relativas a la prohibición de ejercer del cargo de notario a quien haya sido sujeto de destitución de cargo público, se señaló que *“la finalidad de la inhabilidad que se genera por la verificación de cualquiera de los supuestos antes descritos, es la misma: evitar que personas sin suficientes cualidades (moralidad, probidad y honestidad) accedan al cargo de notario. En efecto, la norma está dirigida a garantizar que quienes vayan a ejercer la función fedante tengan una excelente reputación e intachable conducta, lo cual se demuestra con sus antecedentes disciplinarios, toda vez que se les confía la función pública de dar fe de los actos sometidos a su consideración. Dicho fin, en cuanto satisface el interés general plasmado en el correcto ejercicio de la función pública por parte de personas idóneas y, sobre todo, respetuosas del ordenamiento jurídico, es a todas luces constitucional. || En este orden de ideas, la consagración de tal inhabilidad, en tanto impide que personas sin suficientes cualidades accedan al cargo de notario, representa un medio adecuado para alcanzar un propósito constitucionalmente legítimo, como es el de asegurar la moralidad, probidad e idoneidad en el desarrollo de la función fedante.”* Corte Constitucional, sentencia C-1212 de 2001 (M.P. Jaime Araújo Rentería. AV Manuel José Cepeda Espinosa. SV Rodrigo Escobar Gil, Rodrigo Uprimny Yepes).

² Corte Constitucional, sentencia C-1212 de 2001 (M.P. Jaime Araújo Rentería. AV Manuel José Cepeda Espinosa. SV Rodrigo Escobar Gil, Rodrigo Uprimny Yepes). En la misma línea de razonamiento, la sentencia C-780 de 2001 indica que *“Desde este punto de vista la inhabilidad no constituye una pena ni una sanción; de lo contrario, carecerían de legitimidad límites consagrados en la propia Constitución Política. Por ejemplo, cuando el artículo 126 de la Carta Política señala que los servidores públicos no podrán nombrar empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente, no consagra falta ni impone sanción alguna; por lo tanto no vulnera los derechos de defensa, debido proceso, igualdad y trabajo ni el principio de proporcionalidad de la pena que le asiste a los parientes de las autoridades administrativas. Lo que busca la norma en este caso es evitar, entre otros efectos, el uso de la potestad nominadora a favor de los allegados, y la preservación de principios como la igualdad, la transparencia o la moralidad, lo cual está muy distante de entender la señalada prohibición como una sanción impuesta por la Constitución a los familiares del servidor público. En el mismo sentido las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado no constituyen sanción penal ni administrativa para los participantes o interesados en un proceso licitatorio. (...) Por consiguiente, resultan*

8. Con base en esta precisión conceptual, que distingue entre las inhabilidades y las sanciones penales, la Corte ha distinguido las inhabilidades en dos grupos, conforme al bien jurídico protegido o a la finalidad de la limitación³: Pertenecen a la primera clase aquellas en donde el impedimento para el ejercicio de la función pública se deriva de conductas del inhabilitado, que fueron objeto de sanción y cuya comisión es considerada por el legislador como incompatible con el ejercicio del cargo. La segunda clase refiere a aquellas que corresponden a circunstancias objetivas y que, por ende, no están relacionadas con las conductas anteriores del inhabilitado. En estos casos, lo que se busca en realidad a través de la inhabilidad es prever *“requisitos que persiguen lograr la efectividad de los principios y valores constitucionales. Dentro de la primera categoría se encuentran, por ejemplo, las inhabilidades por la comisión anterior de delitos y dentro de la segunda las inhabilidades por vínculos familiares.”*⁴

8.1. Las inhabilidades del primer grupo están, de acuerdo con el precedente analizado, vinculadas a la potestad sancionatoria del Estado, a pesar que no tengan la condición autónoma de sanciones, según se acaba de explicar. En efecto, el legislador tiene entre sus competencias el ejercicio del *ius puniendi*, con el fin de proteger bienes jurídicos que se consideran valiosos, bien porque están vinculados con la eficacia de los derechos constitucionales o debido a que su protección es necesaria para el normal funcionamiento del Estado. Como lo ha señalado la Corte, *“[a]sí, por medio del derecho penal, que no es más que una de las especies del derecho sancionador, el Estado protege bienes jurídicos fundamentales para la convivencia ciudadana y la garantía de los derechos de la persona. Pero igualmente el Estado ejerce una potestad disciplinaria sobre sus propios servidores con el fin de asegurar la moralidad y eficiencia de la función pública. También puede el Estado imponer sanciones en ejercicio del poder de policía o de la intervención y control de las profesiones, con el fin de prevenir riesgos sociales”*.⁵

8.2. Las inhabilidades del segundo grupo, también conocidas como *inhabilidades – requisito* no están vinculadas con la evaluación sobre la conducta previa del sujeto, sino la necesidad que este acredite determinadas calidades imprescindibles para el ejercicio del cargo, comprendidas como la inexistencia de circunstancias que afecten, de manera importante, la idoneidad para la función o la prestación del servicio público. Conforme a la misma jurisprudencia, *“su finalidad es la protección de preceptos como la lealtad empresarial, la moralidad, la imparcialidad, la eficacia, la transparencia, el interés general o el sigilo profesional, entre otros fundamentos. Es este*

diferenciables las sanciones administrativas de las prohibiciones e inhabilidades, en tanto no toda inhabilidad tiene carácter sancionatorio, al existir prohibiciones e inhabilidades que tutelan de diferente manera bienes, principios o valores constitucionales, sin que representen en sí mismas la concreción de una sanción ni de una pena.”

³ Corte Constitucional, sentencia C-1062 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. SV. Rodrigo Escobar Gil)

⁴ *Ibídem*.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-597 de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero. Unánime)

sentido, las prohibiciones e inhabilidades corresponden a modalidades diferentes de protección del interés general y no se identifican ni asimilan a las sanciones que se imponen por la comisión de delitos o de faltas administrativas.”⁶

9. Ahora bien, uno de los aspectos que ha analizado la jurisprudencia sobre la constitucionalidad sobre las inhabilidades es la constitucionalidad general de su carácter intemporal. El aspecto central que ha desarrollado este precedente consiste en que al no ser las inhabilidades expresiones autónomas del derecho sancionador, sino que toman la forma de instrumentos que buscan asegurar la idoneidad en el ejercicio de la función pública, entonces no les es aplicable la prohibición de imprescriptibilidad de las penas de que trata el artículo 28 C.P.

En efecto, al estar vinculadas las inhabilidades con la necesidad de acreditar determinadas condiciones para el ejercicio idóneo de la función pública encomendada, entonces no pueden considerarse como una sanción, sino como una característica que habilita para el desempeño de dicha función. Así por ejemplo, el legislador bien puede disponer que configura inhabilidad tener determinado vínculo familiar con personas relacionadas con el ejercicio de la función, o haber conocido previamente de asuntos vinculados con la misma, o inclusive haber sido sujeto de sanción por determinadas conductas cuya transcendencia resulta dirimente para el ejercicio futuro de la función pública. Como se observa, en cada uno de estos supuestos no se está imponiendo una sanción al inhabilitado, sino que exclusivamente se verifica la concurrencia de una condición respecto de la cual el legislador ha concluido que lo descalifica para el ejercicio de la función pública respectiva. Por lo tanto, la inhabilidad encuentra su sustento constitucional en la defensa del interés público, representado en el adecuado desempeño de la función estatal.

Así lo ha concluido la jurisprudencia constitucional, al establecer que “*la intemporalidad de las inhabilidades legales no desconoce el principio de imprescriptibilidad ni el de legalidad de las sanciones, y que ello se debe primordialmente a que la causa final de dichas normas no es castigar la conducta personal de quien ha llevado a cabo conductas jurídicamente reprochables, sino preservar la confianza pública en la idoneidad y transparencia en el ejercicio de la función pública o en la prestación de un servicio público. Es decir, la consagración de un régimen de inhabilidades no constituye ejercicio del poder punitivo o sancionador del Estado, ni aun cuando las limitaciones que resulten aplicables para acceder a ciertos cargos o desarrollar ciertas actividades se deriven de conductas legalmente sancionadas. Por las mismas razones, la proporcionalidad de las inhabilidades en principio no puede ser mirada desde la óptica exclusiva del equilibrio entre la trasgresión legal y la limitación que de ella se deriva, sino entre la importancia social de la función o del servicio público y el grado de confianza que deben acreditar los llamados a prestarlo. No se trata de evaluar si una sanción es en exceso o en defecto estricta, sino de ponderar si*

⁶ *Ibídem.*

el interés público resulta adecuadamente garantizado con la limitación consagrada.”⁷

10. En relación concreta con aquellas inhabilidades intemporales que se derivan de condenas por la comisión de delitos, la Corte ha insistido en distintas decisiones en que no se afecta la prohibición constitucional de imprescriptibilidad de las penas. Así, según la recopilación que ofrece la sentencia C-1062 de 2003, antes citada, se explica cómo el argumento que justifica esta premisa es la distinción entre la sanción penal y la instauración de la inhabilidad. Mientras la primera supone un juicio de desvalor sobre la conducta del sujeto, la segunda está basada en la verificación sobre determinadas condiciones que se estiman obligatorias para el ejercicio de la función pública.

De esta manera, al analizar la constitucionalidad de la norma del anterior Código Disciplinario Único que establecía como inhabilidad general para el ejercicio de cargos públicos haber sido condenado por la comisión de delitos dolosos, la Corte hizo clara la mencionada distinción, al establecer que *“la preexistencia de condenas por delitos, concebida como causa de inelegibilidad para el desempeño de cargos públicos sin límite de tiempo, no desconoce el principio plasmado en el artículo 28 de la Constitución -que prohíbe la imprescriptibilidad de las penas y medidas de seguridad-, puesto que el objeto de normas como la demandada, más allá de castigar la conducta de la persona, radica en asegurar, para hacer que prevalezca el interés colectivo, la excelencia e idoneidad del servicio, mediante la certidumbre acerca de los antecedentes intachables de quien haya de prestarlo. Bajo el mismo criterio, se aviene a la Constitución la exigencia de no haber sido sancionado disciplinariamente, ni suspendido o excluido del ejercicio profesional.”⁸*

Idéntica consideración fue planteada respecto de una inhabilidad similar en el caso de los concejales⁹ y de los alcaldes¹⁰. En efecto, en el primero de los casos se puso de presente cómo *“[e]n realidad, las normas que prohíben el ejercicio de cargos públicos a quienes han sido condenados a pena privativa de la libertad sin límite de tiempo –lo ha dicho la Corte –, antes que juzgarse a partir de la sanción impuesta al ciudadano, deben evaluarse desde la perspectiva de la exigencia que se impone al ejercicio del cargo, pues de este modo no sólo se logra conservar incólume la idoneidad del servidor público en lo que toca con el desarrollo y ejecución de sus funciones, sino también permite transmitirle a la comunidad un cierto grado de confianza en lo relativo al manejo de los asuntos de interés general, pues hace suponer que*

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1062 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. SV. Rodrigo Escobar Gil).

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-111 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Unánime).

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-209 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Unánime)

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-952 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis. AV. Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa. SV. Rodrigo Escobar Gil, Eduardo Montealegre Lynett).

éstos se encuentran a cargo de personas aptas cuyo comportamiento no ha sido objeto de reproche jurídico alguno”.

11. A partir de este precedente, se ha concluido por la jurisprudencia¹¹ que concurren tres argumentos principales para justificar la constitucionalidad de las normas que prevén inhabilidades temporales: (i) la consideración acerca que las inhabilidades no tienen por objeto castigar las conductas ilegales del sujeto, sino asegurar la prevalencia del interés colectivo y la idoneidad del servicio público, mediante la certidumbre acerca de los antecedentes intachables de quien haya de prestarlo; (ii) la consagración en la Constitución de algunas inhabilidades que también son intemporales, lo que habilita al legislador para prever normas con el mismo sentido deóntico; y (iii) el amplio margen de configuración legislativa que se ha reconocido en materia de inhabilidades.

12. A pesar de la libertad de configuración legislativa sobre la materia, se evidencia que la justificación constitucional de las inhabilidades descansa en un comprobación del tipo medio – fin. Quiere ello decir que la previsión legal respectiva es compatible con la Constitución cuando la inhabilidad dispuesta por el legislador efectivamente cumple con el propósito del régimen analizado: garantizar la probidad e idoneidad en el ejercicio de la función pública.

Por lo tanto, desde un punto de vista metodológico, el control de constitucionalidad de las normas que prevén inhabilidades debe realizarse a través de un juicio de razonabilidad o proporcionalidad, que verifique precisamente la existencia y aceptabilidad de dicha relación medio – fin.¹² Así ha sido planteado por la jurisprudencia de la Corte, al expresar que los límites para el ejercicio de la facultad legislativa refiere al deber de respeto del principio de legalidad, la imposibilidad de modificar el régimen de inhabilidades previsto en la Constitución, y la obligación de respetar el principio de proporcionalidad. En este orden de ideas, “[c]onsiderando que ninguna competencia legislativa es ilimitada, este Tribunal ha precisado las reglas y principios que definen su alcance. Por ello ha sostenido “que existe un régimen de inhabilidades que, en principio corresponde crear al legislador, pero que tiene como marco general el sistema jurídico constitucional y, como límite particular, las reglas directamente fijadas por la Carta.”¹³ Así entonces “la definición de los hechos configuradores de las causales de inhabilidad como de su duración en el tiempo, son competencia del legislador y objeto de una competencia discrecional amplia pero subordinada a los valores, principios y derechos constitucionalmente

¹¹ Este balance jurisprudencial es tomado de la sentencia C-1062 de 2003, anteriormente reseñada.

¹² “La consagración de inhabilidades con una vigencia indefinida no viola la Constitución, siempre y cuando la medida adoptada se adecue a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad y con ellas no se restrinjan ilegítimamente los derechos fundamentales de quienes aspiran a acceder a la función pública.”. C-1212 de 2001, antes citada.

¹³ Sentencia C-468 de 2008.

reconocidos.”¹⁴ || Entre los límites que la jurisprudencia constitucional ha enunciado se encuentran (i) el deber de respeto del principio de legalidad que demanda, en materia disciplinaria “que la conducta sancionable, las sanciones, los criterios para su determinación y los procedimientos previstos para su imposición” se definan con anterioridad a su aplicación; (ii) la prohibición de modificar las inhabilidades que para determinados supuestos ha previsto el constituyente; y (iii) la obligación de respetar el principio de proporcionalidad en la fijación de las inhabilidades de manera tal que, entre otras cosas, exista relación entre la gravedad de la restricción que con ella se produce y la importancia de las finalidades perseguidas.^{15”16}

13. En conclusión, las inhabilidades deben distinguirse conceptualmente de las sanciones, lo que lleva a inferir que no le son aplicables los requisitos propios de las condenas adoptadas en ejercicio del *ius puniendi*, entre ellos la prohibición de imprescriptibilidad de las penas. Así, el legislador es titular de un amplio margen de configuración legislativa sobre la materia, incluso para fijar inhabilidades intemporales, cuando a ello hubiere lugar. Esta facultad, con todo, está circunscrita por las previsiones de la Carta Política, entre las cuales se encuentra la vigencia de los principios de legalidad y proporcionalidad. Sobre este último aspecto, la disposición legal que fija una inhabilidad será constitucional cuando se demuestre que sirve a los fines del adecuado ejercicio de la función pública y, a su vez, es apta para cumplir con ese propósito y no afecta desproporcionadamente los derechos constitucionales.

Las inhabilidades para la suscripción de contratos para operar medios de comunicación

14. La Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la regla legal que impone una inhabilidad para la prestación de servicio de comunicaciones, fundada en la condena previa por la comisión de delitos. En ese sentido, habida cuenta la relación entre ese asunto y el cargo ahora analizado, la Sala considera necesario asumir por separado el estudio de este precedente.

En la sentencia C-711 de 1996¹⁷ la Corte analizó, entre otros asuntos, la constitucionalidad de la previsión contenida en el artículo 58 de la Ley 182 de 1995. De acuerdo con esta norma, la en ese entonces Comisión Nacional de Televisión se abstendría de adjudicar la correspondiente licitación u otorgar la licencia para operar o explotar el servicio público de licitación, cuando “en la

¹⁴ Sentencia C-952 de 2001.

¹⁵ La Corte también ha señalado como pauta definitoria del margen de configuración del Congreso, que este se encuentra habilitado *prima facie* para establecer inhabilidades permanentes no previstas expresamente en la Constitución. Sobre el particular, pueden consultarse las sentencias C-509 de 1997, C-111 de 1997, C-1212 de 2001 y C-948 de 2003.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-500 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo. SV. María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva, Alberto Rojas Ríos. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado, Luis Guillermo Guerrero Pérez).

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-711 de 1996 (M.P. Fabio Morón Díaz. SV. Alejandro Martínez Caballero, Eduardo Cifuentes Muñoz).

sociedad o en la comunidad organizada interesada en la concesión tuviera participación, por sí o por interpuesta persona, una persona que haya sido condenada en cualquier época a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.” La disposición fue acusada al considerar que vulneraba el artículo 365 C.P. sobre regulación de los servicios públicos, así como los derechos a la recreación y al aprovechamiento del tiempo libre, en tanto imponía una carga desproporcionada a las comunidades organizadas, las cuales no tenían la capacidad para verificar quiénes entre sus miembros tenían antecedentes judiciales. De la misma manera, la norma demandada era contraria a los *“derechos de rehabilitación y readaptación que tienen las personas naturales, que condenadas por la comisión de un delito ya hubieren cumplido la pena que les impuso la sociedad, a quienes dice se “condena a una muerte civil”.”*

15. La Corte partió de considerar que la concesión, en este caso, para prestar operar o explotar el servicio de televisión, correspondía a una autorización para que un particular prestase un servicio público, como medio para la satisfacción de necesidades colectivas. Por esta razón, *“la concesión de servicios públicos es un acto complejo, en el cual el concesionario se equipara a un agente público, cuyas obligaciones están determinadas por disposiciones de carácter legal y reglamentario, pero cuyos derechos y obligaciones se determinan contractualmente.”*

La condición de servicio público del objeto de la concesión justificaba, en el mismo orden de ideas y conforme a las reglas jurisprudenciales explicadas en precedencia, que el legislador pudiese establecer un régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, destinado a la satisfacción de los principios de la función administrativa en el ámbito propio de la contratación pública. Para la Corte, la medida legislativa analizada resultaba constitucional, en tanto el servicio de televisión está vinculado con la garantía del derecho a la información, lo cual lleva a que el Congreso pudiese establecer prohibiciones especiales, como la contenida en la norma acusada, dirigidas a proteger la prestación adecuada del servicio público, así como los fines de la contratación estatal. En términos de la sentencia en comento, *“la limitación impuesta en los incisos primero y segundo del artículo 58 de la ley 182 de 1995, demandado por el actor, a las personas jurídicas que aspiren a prestar como concesionarias el servicio público de la televisión, además de no quebrantar ningún precepto de la Carta Política, constituye una medida razonable y válida, dada la conexidad que existe entre la prestación del servicio público de la televisión y la posibilidad de realización efectiva del derecho a la información consagrado para todas las personas en el artículo 20 de la Carta Política. || En efecto, la medida se adopta en el marco de la regulación de un servicio público, la televisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 de la C.P.; dicho servicio público, por sus características, más que ninguno otro tiene poder de penetración no selectivo y de amplia cobertura; a través de él en el mundo contemporáneo se materializa en gran medida el derecho a la información en todas sus*

dimensiones: informar, ser informado, fundar medios de comunicación etc.; además, para ser prestado requiere la utilización de un "bien público", el espectro electromagnético, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 de la Carta es un bien de propiedad de la Nación, imprescriptible e inenajenable."

16. En relación concreta con la contenido de la prohibición analizada, la Corte señaló que la misma era proporcionada, al derivar de la previa condena por comisión de delitos, lo cual estaría relacionado con la posibilidad que el medio de comunicación fuese utilizado de manera abusiva o con el fin de cometer ilícitos. De allí que la inhabilidad propuesta estuviese vinculada con la necesidad de proteger el derecho fundamental a la información de las personas, mediado en el caso por la prestación del servicio de televisión pública. Asimismo, tampoco era viable concluir que la inhabilidad propuesta desconociese la prohibición de imprescriptibilidad de las penas, pues no se trataba de una sanción, sino de un mecanismo dirigido a evitar que el servicio público de televisión fuese prestado de forma incompatible con la vigencia de los derechos constitucionales vinculados a ese medio de comunicación.

Para sustentar esta conclusión, la sentencia C-711 de 1996 expuso los argumentos siguientes, que en razón de su importancia para el caso son transcritos *in extenso*:

“No es pues desproporcionado el propósito que subyace en la disposición acusada, de proteger a la comunidad en general de un uso abusivo, arbitrario o tendencioso de un medio masivo de comunicación como la televisión, o de que su explotación se utilice con fines contrarios a los de su esencia, valga decir, a manera de ejemplo, que las inversiones que se realicen para operar el servicio sirvan para legalizar recursos de origen ilícito.

La protección de los derechos fundamentales de las personas y del interés general prevalece sobre el interés particular, incluso cuando como en el caso que nos ocupa, limite la capacidad para contratar con el Estado, restringiendo los derechos de libertad económica, libre iniciativa y libre competencia; a través de la televisión, se reitera, se hace efectivo en gran medida el derecho a la información cuya trascendencia ha sido destacada de manera reiterada por esta Corporación:

(...)

La manipulación, el uso abusivo y arbitrario y la utilización indebida de un medio de comunicación como la televisión, afectan, sin duda, el núcleo esencial del derecho a la información consagrado en el artículo 20 de la Carta, correspondiéndole al Estado intervenir, para evitar que ello ocurra, para lo cual cuenta con la capacidad que le reconoció el Constituyente en los artículo 150 numeral 23 e inciso final y en el 365 de la C.P., que le permite establecer el régimen de inhabilidades,

incompatibilidades y **prohibiciones** aplicables las personas que aspiren a concesiones para prestar ese servicio público y al ente rector de la prestación del mismo.

La prohibición a un ente público es legítima cuando se origina en el propósito de protección del interés general, luego la consecuencia que se deriva de su incumplimiento, es la de viciar con nulidad absoluta el proceso que la haya desconocido, y de ser el caso el vínculo contractual que formalmente se haya establecido.

Es claro entonces que la inhabilidad que consagran los incisos primero y segundo de la norma impugnada, en cuanto requisito de elegibilidad, genera una prohibición para la CNT: la de seleccionar, para otorgarles concesiones, a comunidades organizadas que entre sus miembros tengan a personas que hayan sido condenadas con penas privativas de la libertad, por delitos diferentes a los culposos o políticos; esa prohibición especial, que emana de la citada inhabilidad, no puede entenderse dirigida a prolongar indefinidamente la sanción de carácter penal impuesta a una persona natural, pues nótese que la prohibición es para el ente público, el cual está obligado a garantizar una óptima prestación del servicio, en condiciones **de moralidad e idoneidad**” (Negrillas originales).

17. Sin embargo, es también importante anotar que la posición expuesta no fue unánime al interior de la Corte. Los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero salvaron su voto, al considerar que la norma analizada imponía un tratamiento desproporcionado e irrazonable, en tanto prohibía de manera intemporal el acceso a un medio de comunicación a personas condenadas, quienes ya habían cumplido con la sanción impuesta. En esa medida, se trata de una restricción indiscriminada, carente de sustento y que es incompatible con la presunción de inocencia, puesto que se basa en suponer el comportamiento ilícito futuro y, con ello, impone una restricción injustificada a las libertades de expresión y de información, así como al derecho de fundar medios masivos de comunicación. La norma, en últimas, termina por crear una categoría inferior de ciudadanos, quienes por el hecho de haber sido condenados penalmente, no pueden ser acreedores de derechos que son predicables de manera general para todas las personas.

Para sustentar esta posición, los magistrados disidentes expresaron los argumentos siguientes:

“La exclusión que opera la norma respecto de quienes en cualquier época hubieren sido privados de la libertad por la comisión de delitos diferentes de los políticos o culposos, no puede considerarse ni proporcional ni razonable. A la persona que ha purgado la pena y, además, teóricamente ha sido “resocializada”, se le debe dispensar un trato igual al que reciben los demás miembros de la

comunidad, pues, simplemente, como ellos es titular de derechos fundamentales.

La Constitución excepcionalmente margina a los condenados por delitos de ciertos cargos o funciones. Equivocadamente se ha creído que el legislador ordinario - ni siquiera el estatutario -, puede sin aportar una razón válida extender indefinidamente limitaciones que gravitan sobre los derechos fundamentales de las personas que en cualquier época fueron privadas de la libertad. Por esta vía, las penas se tornan imprescriptibles y la ley da a luz a una categoría de ciudadanos de segunda que son titulares menguados de derechos fundamentales.

Se presume, sin ninguna base, que estos ciudadanos de “segunda”, son manipuladores en cierne de las informaciones y mensajes y que en ellos se encierra la semilla de la corrupción de las costumbres. Se olvida la Corte de la presunción de inocencia. De otro lado, se piensa que esta censura en la fuente, resulta idónea para garantizar la verdad y transparencia del flujo informativo que se da en la sociedad. En este sentido, basta señalar para acreditar el error de la anterior apreciación, que hasta donde ese objetivo sea realizable jurídica y fácticamente, sin necesidad de que se restrinjan en un sentido tan profundo los derechos fundamentales, ello puede hacerse a través del eficaz e inteligente ejercicio de las competencias legales de que dispone la Comisión Nacional de Televisión. La prohibición, entre las alternativas de que se dispone, es la que de manera más palmaria viola los derechos fundamentales mencionados y no garantiza de ninguna forma el fin buscado.”

18. En conclusión, la Corte advierte que en decisión anterior se avaló la constitucionalidad de la disposición que prescribe una prohibición especial para suscribir contratos de concesión para la prestación del servicio pública de televisión, cuando en la sociedad o comunidad organizada correspondiente existan personas condenadas penalmente. Esto debido a que el legislador puede establecer esta clase de medidas, con el fin de garantizar la adecuada prestación del mencionado servicio, evitándose la cooptación del mismo por parte de intereses ilícitos.

Con todo, esta visión no fue unánime en la Corte, pues para un grupo minoritario de magistrados la previsión imponía una restricción indiscriminada, infundada y por lo mismo irrazonable contra las personas, afectándose gravemente sus libertades de expresión e información, entre otros derechos fundamentales. Ello a partir de un tratamiento discriminatorio en su contra, imponiéndoles verdaderas sanciones, fundadas en comportamientos futuros e hipotéticos.

El acceso democrático al espectro electromagnético como elemento para la vigencia de la libertad de expresión

19. El espectro electromagnético es uno de los elementos constitutivos del territorio colombiano y en su condición de bien público, su propiedad es de la Nación y su administración corresponde al Estado. El espectro ha sido definido por la jurisprudencia¹⁸ como “[la] *franja de espacio alrededor de la tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes sonoros o visuales. Su importancia reside en ser un bien con aptitud para transportar información e imágenes a corta y larga distancia*”¹⁹. Este espacio permite la expansión de las ondas hertzianas, mediante las cuales se desarrolla la televisión radiodifundida y se asegura la prestación de otros servicios de telecomunicaciones.²⁰ Asimismo, debe tenerse en cuenta que si bien la norma acusada hace referencia al *espectro radioeléctrico*, esta es una noción que hace parte del concepto de espectro electromagnético, referido particularmente al segmento de frecuencias ubicado en el rango de ondas electromagnéticas que van de 3KHz a 3000GHz. Por ende, “*el espectro radioeléctrico es una porción del espectro electromagnético y es precisamente en esa porción en donde operan las emisoras de radio (AM y FM), las de televisión abierta (por aire) y microondas, de telefonía celular, los sistemas satelitales, los radioaficionados, las comunicaciones vía Internet, los radiomensajes (pagers), las comunicaciones de aeronaves, buques, transporte terrestre, entre otros servicios de telecomunicaciones.*”²¹ En consecuencia, para los efectos del derecho constitucional, las prescripciones relativas al espectro electromagnético son de suyo aplicables a la gestión del espectro radioeléctrico.

En consonancia con la multiplicidad de tecnologías que hacen uso del espectro radioeléctrico, la Corte se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre su

¹⁸ Sobre este particular se sigue lo planteado recientemente en la sentencia C-359 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SV Alejandro Linares Cantillo. SPV Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Gloria Stella Ortiz Delgado. AV María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio).

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-423 de 1995 (M.P. Fabio Morón Díaz).

²⁰ Sobre el particular, en la Sentencia C-555 de 2013 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), se expuso que: “*De acuerdo con las definiciones suministradas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, el espectro electromagnético es definido como ‘el conjunto de ondas electromagnéticas que existen en el universo ordenadas en función de sus frecuencias o longitudes de onda, o de la energía que transportan’. Dentro del conjunto de ondas electromagnéticas que circulan por dicho espectro se encuentran ‘las ondas radioeléctricas (largas, medias, cortas, ultracortas, microondas), la luz infrarroja, la luz visible, la ultravioleta, los rayos X, los rayos gamma y los rayos cósmicos’.* En la porción más baja del espectro electromagnético se sitúa el espectro radioeléctrico, conformado por el conjunto de las ondas radioeléctricas que hacen posible las telecomunicaciones (radio, televisión, Internet, telefonía móvil, televisión digital terrestre, etc.). La frecuencia de las ondas radioeléctricas se fija convencionalmente por debajo de 3000 GHz. // Sin embargo, según lo advierte la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), se trata de un concepto dinámico, pues a medida que avanza la tecnología se aumentan (o disminuyen) los rangos de frecuencia utilizados en comunicaciones, razón por la cual, la definición precisa que se ofrezca en cada momento corresponderá al respectivo estado de avance tecnológico”.

²¹ Observatel A.C. – Observatorio de las comunicaciones de México. Medios de transmisión: Qué es el espectro radioeléctrico. Documento online http://www.observatel.org/telecomunicaciones/Qu_es_el_espectro_radioel_ctrico.php (Consultado el 8 de noviembre de 2016).

acceso. Así, en diferentes sentencias ha fijado reglas sobre la competencia del Estado para administrar las frecuencias para diversos fines, entre los que se destaca el servicio público de televisión,²² de radiodifusión sonora,²³ y de una manera más general a los servicios personales de comunicación, entre ellos la telefonía celular.²⁴ En ese orden de ideas, el espectro radioeléctrico sirve para fines que van más allá de los medios de comunicación tradicional, puesto que está vinculado a multiplicidad de mecanismos tecnológicos que permiten la transmisión inalámbrica de imagen, voz y datos. Así, la Unión Internacional de Comunicaciones, organismo integrante de Naciones Unidas, identifica al espectro radioeléctrico como *“las frecuencias del espectro electromagnético usadas para los servicios de difusión y servicios móviles, de policía, bomberos, radioastronomía, meteorología y fijos.”* Este *“(…) no es un concepto estático, pues a medida que avanza la tecnología se aumentan (o disminuyen) rangos de frecuencia utilizados en comunicaciones, y corresponde al estado de avance tecnológico.”*²⁵ Por ende, el ámbito de la norma acusada es amplio, en tanto refiere a una inhabilidad intemporal para obtener permisos de acceso en dichas diversas modalidades de servicios de comunicación. Esta comprobación, a su vez, tendrá efectos concretos al momento de evaluar el cargo formulado por los demandantes, como se explicará en el apartado correspondiente de esta sentencia.

20. La Constitución prevé mandatos específicos respecto del espectro electromagnético. En los términos del artículo 75 C.P., (i) el espectro es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado; (ii) se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro en los términos que fije la ley; y (iii) se establece la obligación estatal de intervenir por mandato de la ley a fin de evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro y con la finalidad de garantizar el pluralismo informativo y la competencia.

El espectro electromagnético es un bien escaso, puesto que solo un número finito de frecuencias pueden ser asignadas para su uso. De allí que su acceso deba ser regulado por el Estado. Sin embargo, esta potestad de control debe ejercerse de manera acotada, habida consideración del innegable vínculo entre el acceso al espectro y la protección de los derechos a la libertad de expresión, de información, así como la posibilidad de fundar medios de comunicación.

²² Sobre el particular existen diferentes fallos. Para una síntesis comprehensiva de los mismos puede consultarse la sentencia C-359 de 2016, antes citada.

²³ Corte Constitucional, sentencia C-010 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero. SPV José Gregorio Hernández Galindo).

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-815 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil. AV Manuel José Cepeda Espinosa). Acerca de este asunto, dicha decisión expresa que *“el espectro electromagnético tiene una relación de conexidad de carácter esencial con los servicios públicos vinculados al desarrollo de las telecomunicaciones, como la telefonía móvil y el servicio de comunicación personal (PCS), de tal modo que su consideración no puede hacerse únicamente a la luz de las normas constitucionales que lo regulan de modo específico, sino que es necesario enmarcar el análisis dentro del concepto de servicio público y de las limitaciones que del mismo se derivan para la iniciativa privada.”*

²⁵ Tomado de la página Web del Ministerio de las TIC de Colombia. <http://www.mintic.gov.co/portal/604/w3-article-2350.html>. Consultado el 16 de noviembre de 2016.

Sobre este particular, la jurisprudencia ha dejado claro que el mandato de democratización de que trata el artículo 72 C.P. cubre dos supuestos: la necesidad de evitar prácticas monopolísticas en el uso del espectro y permitir que este sirva de medio adecuado para el ejercicio de la libertad de expresión e información.

Así, se ha planteado recientemente por la Sala que el acceso democrático al espectro electromagnético hace parte de la dimensión positiva de los derechos mencionados: *“que le corresponde garantizar al Estado, la cual se expresa, por ejemplo, en la construcción de la infraestructura necesaria para el funcionamiento de medios masivos de comunicación, o en la realización de los procesos de selección (como ocurre con la televisión pública de contenido comercial) que permitan el acceso a uno de tales medios. || En el caso de los medios masivos de comunicación que requieren del espectro electromagnético, como ocurre con la televisión radiodifundida, en vista de su carácter de bien público, inenajenable e imprescriptible, y en atención a su carácter limitado, el Constituyente dispuso su gestión y control a cargo del Estado con miras a garantizar el acceso equitativo, el pluralismo informativo y el cumplimiento de los fines propios de los medios de comunicación²⁶. Es por ello que, como lo advertido la Corte, en lo que se refiere a su realización, dicha circunstancia adquiere una connotación especial, pues es imposible que todas las personas puedan acceder al espectro o hacer uso del mismo, ya que existen restricciones tecnológicas y económicas que lo impiden. (...) la libertad de fundar medios masivos de comunicación es un derecho que potencia el desarrollo, la participación, el pluralismo, el ejercicio del control y la formación de ciudadanos críticos. Más allá de que en su ejercicio esté prohibida la discriminación, se exige la adopción de medidas concretas que permitan su consolidación como instrumento para garantizar la libertad y la democracia, lo que implica, entre otras, excluir prácticas de monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que se pretenda adoptar. Ahora bien, cuando se requiera para su difusión el uso del espectro electromagnético, como ocurre con la televisión radiodifundida, por su condición de servicio público reservado y por la explotación de un bien público (CP art. 75), debe entenderse que cabe la existencia de un régimen jurídico especial, por virtud del cual es imposible garantizar la libertad de acceso para todas las personas, como lo ha admitido de forma reiterada esta Corporación.”²⁷*

²⁶ Sentencias T-081 de 1993 y C-093 de 1996.

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-359 de 2016, antes citada. A idéntica conclusión llegó la Corte en la sentencia C-403 de 2010 (M.P. María Victoria Calle Correa), cuando analizar algunas disposiciones de la Ley ahora demandada señaló que *“Existen dos elementos adicionales que justifican una mayor intervención Estatal en el acceso al espectro electromagnético: su carácter de recurso limitado y su naturaleza de plataforma fundamental en el desarrollo de actividades informativas. Una de las bases del Estado Social de Derecho, más allá de la importancia que sobre el particular adquiere la defensa de la igualdad material y de la libre competencia, es la consagración de valores democráticos que encuentran pleno asidero en la regulación de la información y su acceso. En las sociedades democráticas contemporáneas, la falta de reglamentación o la asignación arbitraria de los recursos que sirven de insumo en la actividad informativa, no sólo deplora la igualdad en la prestación del servicio, sino también los más íntimos valores democráticos de una determinada comunidad.*

Adicionalmente, a partir de un enfoque diferente, esta vez relacionado con la prestación continua de los servicios públicos, la Corte también ha señalado que el acceso justo y equitativo al espectro electromagnético es una condición para el adecuado funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones y, de esta manera, el cumplimiento de sus fines vinculados con la vigencia de la libertad de expresión. En términos de dicho precedente, *“el espectro electromagnético constituye elemento esencial para la prestación del servicio público de telecomunicaciones, lo cual exige un trabajo de coordinación estatal de la actividad de las personas y entidades que participan en esta actividad económica, con el fin de dar cumplimiento a los fines y principios superiores sobre el papel del Estado en los servicios públicos “y en procura de la utilización racional, equitativa, eficaz y económica del espectro electromagnético”²⁸. (...) De lo señalado se deduce que al ser las telecomunicaciones un servicio público que requiere para su prestación del uso del espectro electromagnético, el Estado debe intervenir con el fin de facilitar el acceso equitativo y la utilización racional de ese bien natural, garantizar la disponibilidad y la protección contra toda interferencia perjudicial de las frecuencias designadas para fines de socorro y seguridad, contribuir a la prevención y resolución de casos de interferencia perjudicial para la prestación del servicio de telecomunicaciones y facilitar el funcionamiento efectivo de todos los servicios de telecomunicaciones.”²⁹*

21. Las anteriores reglas jurisprudenciales, que vinculan el acceso al espectro electromagnético a la libertad de expresión y de información, guardan unidad de sentido con lo expresado desde el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente dentro del sistema interamericano. El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula que la libertad de expresión puede ejercerse *por cualquier medio*, lo cual impone un deber específico hacia los Estados de garantizar el derecho de acceso a dichos medios, dentro de un marco de equidad e igualdad de oportunidades, propio de una sociedad democrática interesada en el máximo intercambio posible de ideas y opiniones. Como lo resalta la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *“la Corte Interamericana ha señalado que los medios de comunicación cumplen un papel esencial en tanto vehículo o instrumento para el ejercicio de la libertad de expresión e información, en sus dimensiones individual y colectiva, en una sociedad democrática. En efecto, los medios de*

Si bien el recurso del que trata el artículo 75 de la Carta puede ser aprovechado por particulares, -en ejercicio de las libertades económicas que la misma Carta garantiza-, dicha facultad no está desprovista de límites. De hecho, se consagra la obligación de las autoridades públicas de evitar prácticas monopolísticas que minen valores fundamentales como el pluralismo informativo y la libertad de competencia -supuesto que también garantiza la Constitución en el artículo 333. Es así como se entiende que la disposición precitada no sólo protege la utilización del espectro electromagnético, sino que introduce en la ecuación constitucional el elemento de la igualdad y de la libre competencia, las cuales deberán ser tuteladas por el Estado mediante acciones positivas, tales como la promulgación de leyes dirigidas a evitar la concentración de recursos en la utilización del espectro electromagnético por parte de uno o algunos particulares o las prácticas monopolísticas.”

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-838-02, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-151 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño. SV Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra)

comunicación tienen la tarea de transmitir toda clase de informaciones y opiniones sobre asuntos de interés general que el público tiene derecho a recibir y valorar de manera autónoma. En tal sentido, la jurisprudencia y la doctrina regional han reiterado que la existencia de medios de comunicación libres, independientes, vigorosos, pluralistas y diversos, es esencial para el adecuado funcionamiento de una sociedad democrática.”³⁰

Con base en esta consideración, la jurisprudencia del sistema interamericano ha identificado un test tripartito, fundado en el contenido y alcance del artículo 13.2 de la Convención Americana. Así, las medidas restrictivas a la libertad de expresión, entre ellas las que impongan limitaciones para el acceso a los medios de comunicación, deben cumplir con las siguientes condiciones: (i) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material; (2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana; y (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr; y estrictamente proporcional a la finalidad perseguida.³¹

La Relatoría Especial de Libertad de Expresión, en relación con la segunda condición del test propuesto, insiste en que la limitación de la libertad de expresión y particularmente en el caso del acceso a los medios de radiodifusión, debe basarse en un riesgo cierto y verificable, razón por la cual *“corresponde al Estado la carga de demostrar que efectivamente existe una amenaza cierta de que se ocasione un daño real que resulte indispensable prevenir a través de la restricción impuesta. A este respecto, la Relatoría Especial ya ha tenido la oportunidad de indicar que cualquier limitación de la libertad de expresión en nombre de alguna de las finalidades previstas, “debe obedecer a causas reales y objetivamente verificables, que planteen una amenaza cierta y creíble de una perturbación potencialmente grave de las condiciones básicas para el funcionamiento de las instituciones democráticas. En consecuencia, no resulta suficiente invocar meras conjeturas sobre eventuales afectaciones del orden, ni circunstancias hipotéticas derivadas de interpretaciones de las autoridades frente a hechos que no planteen claramente un riesgo razonable de disturbios graves (‘violencia anárquica’). Una interpretación más amplia o indeterminada abriría un campo inadmisibles a la arbitrariedad y restringiría de raíz la libertad de expresión*

³⁰ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Estándares de Libertad de Expresión para una Radiodifusión Libre e Incluyente*. Documento OEA/Ser. L/II CIDH/RELE/INF.3/09. 30 de diciembre de 2009. Las decisiones de la Corte IDH a las que hace referencia son: Caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 117; y Caso *Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 149.

³¹ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Estándares de Libertad de Expresión para una Radiodifusión Libre e Incluyente*, antes citado. Párrafo 15. A su vez, este apartado se funda en tanto en los siguientes documentos de la Corte IDH: *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 39-40; Caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 79; Caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120.

que forma parte integral del orden público protegido por la Convención Americana”³²

22. La Sala observa, del mismo modo, que la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en establecer limitaciones análogas a las expuestas, relativas a la circunscripción de la competencia estatal de controlar el espectro electromagnético. La regla central de este precedente consiste en considerar que si bien el Estado tiene una competencia amplia para regular el acceso al espectro, la misma debe (i) tender inequívocamente al cumplimiento de los fines de democratización en el uso y restricción a las prácticas monopolísticas, previstos en artículo 75 C.P.; y (ii) cumplir con condiciones de razonabilidad y proporcionalidad, entre las cuales se encuentra el mantenimiento de la vigencia de la libertad de expresión e información, así como el derecho a fundar medios de comunicación.

*Sobre este particular ha sido expresa la Corte al señalar que el “ejercicio de los derechos fundamentales de informar y fundar medios masivos de comunicación que utilizan el espectro electromagnético no es libre. Por el contrario, requiere de la intervención estatal en razón del carácter de bien público que ostenta el espectro electromagnético y, además, con el objeto de preservar y desarrollar las finalidades sociales inherentes a los servicios televisivos. || La potestad estatal de intervenir en materia del uso del espectro electromagnético no es ilimitada. El legislador al regular la materia está sujeto a lo dispuesto en los tratados internacionales (CP art. 93) que garantizan los derechos fundamentales tanto del emisor como del receptor de la información.”*³³

Con base en estas consideraciones, la misma decisión concluye que las “*normas relativas a la organización y funcionamiento del espectro deben estar orientadas a hacer viable y efectivo el ejercicio de los derechos de libertad que lo requieren. Las condiciones que se impongan para acceder a éste, sólo pueden ser las estrictamente necesarias y proporcionales a la necesidad de lograr el funcionamiento eficaz y eficiente de tales derechos, sin contener restricciones desproporcionadas e irrazonables que las hagan impracticables.* || *En tales circunstancias, son inadmisibles las restricciones que desborden las consideraciones técnicas, o conlleven la imposición de la censura o el establecimiento de responsabilidades previas y no posteriores, o que impliquen la creación de mecanismos indirectos, como el establecimiento de controles dirigidos a impedir o dificultar la libre difusión de las ideas y opiniones y la comunicación, o que, en general, racional y razonablemente no estén destinadas a asegurar el respeto de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público, la salud o la moral públicas.*”³⁴ (Subrayas no originales).

³² *Ibidem*. Párrafo 22.

³³ Corte Constitucional, sentencia C-329 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell. Unánime).

³⁴ Se advierte, en el mismo sentido, que el precedente más reciente de la Corte sobre esta materia, contenido en la sentencia C-359 de 2016, antes citada, también insiste en que una de las condiciones para la validez constitucional de las normas que establecen condiciones para el acceso al espectro es el cumplimiento de

23. De acuerdo con lo expuesto, la Sala concluye que la Constitución ofrece un mandato específico en relación con el tratamiento jurídico del espectro electromagnético, según el cual se le confiere al Estado la competencia para su administración, advertida su naturaleza de bien de propiedad de la Nación, inenajenable e imprescriptible.

Con todo, habida cuenta la relación intrínseca entre el acceso al espectro y la vigencia de las libertades de expresión y de información, así como el derecho a fundar medios de comunicación, dicha competencia está sometida a dos modalidades de restricción. La primera, consiste en el cumplimiento de las finalidades previstas en el artículo 75 C.P., relativas a la democratización en el acceso y la restricción de prácticas monopólicas, de suyo incompatibles con la vigencia del pluralismo informativo y la competencia. La segunda, referida al cumplimiento de condiciones de razonabilidad y proporcionalidad, las cuales están vinculadas a la garantía de las libertades de expresión e información, al igual que el derecho a fundar medios de comunicación. Sobre esta modalidad de restricción y conforme con lo previsto en decisiones pertinentes del sistema interamericano de derechos humanos, es predicable un juicio estricto de proporcionalidad, en el cual se demuestre que la restricción es necesaria para cumplir con un fin constitucionalmente imperioso, generalmente vinculado con (i) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, (ii) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas, conforme lo estipula el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por ende, restricciones de acceso al espectro que se muestren indeterminadas o indiscriminadas serán *prima facie* incompatibles con la Constitución.

Breve referencia al fin resocializador de la pena como componente esencial del sistema penal democrático

24. El derecho penal surge históricamente como un mecanismo para sancionar, desde el orden jurídico, los comportamientos que atentan contra bienes jurídicos que son considerados socialmente valiosos, relativos bien a los derechos de las personas o al interés general representado por el Estado. En su primera etapa, consolidada con la instauración del Estado liberal, la justificación de la pena estaba centrada una tesis retributiva y preventiva, según la cual su imposición resultaba necesaria para salvaguardar a la

critérios de razonabilidad y proporcionalidad. Así, como se expresa en dicha decisión, “la libertad de concurrencia admite excepciones que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista. Dichas limitaciones deben ser fijadas con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, dentro del ámbito de regulación propio de la actividad que va a ser objeto de concesión. || En este contexto, es posible que el Estado, al regular las condiciones para la concesión del servicio de televisión radiodifundida, establezca limitaciones que restrinjan el acceso a determinados agentes económicos y que se deriven (i) de razones técnicas vinculadas con la posibilidad de uso del espectro, (ii) de las condiciones especiales que se fijen para lograr la operatividad del servicio, a partir del régimen jurídico que se establezca en la ley, (iii) de la necesidad misma de asegurar la prestación del servicio, en términos de continuidad y eficiencia, como lo demanda el artículo 365 de la Carta, (iv) o de la promoción a la libre competencia y al pluralismo informativo, según lo ordena el inciso 2 del artículo 75 del Texto Superior.”

sociedad del delincuente y para “tratar” a este con el objeto de evitar su reincidencia. Era, como lo resaltan importantes teóricos sobre la materia, una visión marcada por doctrinas filosóficas utilitaristas, las cuales conciben la pena como *“bien en sí y como un fin a sí misma en razón del valor intrínseco y no extrapenal que asimismo se atribuye a la prohibición.”*³⁵

Esta concepción cambia radicalmente en el Estado constitucional. El tratamiento penitenciario, aunque conserva los fines redistributivos y de prevención general y especial, lleva necesariamente incorporado una finalidad de resocialización del delincuente, la cual va más allá de una simple expiación de la falta, pues convierte a la pena en una vía destinada a otorgar las herramientas necesarias para la reincorporación plena del condenado a la sociedad democrática. Por ende, la imposición de la pena debe servir no para culminar un proceso de estigmatización y exclusión social del delincuente, sino como un instrumento el cual permita que luego de su cumplimiento, quede habilitado para ejercer el rol que decida en el marco de su autonomía y dentro de las condiciones que prescribe el orden constitucional a los ciudadanos.

25. Esta fue la posición identificada por la Corte en la sentencia T-388 de 2013,³⁶ la cual declaró la existencia de un nuevo estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria. En dicho fallo se reiteró el precedente constitucional que de manera estable ha estipulado que el fin por el que debe propender fundamentalmente el sistema penitenciario es la resocialización. Para la Corte, “[e]l sentido último de un sistema penitenciario y carcelario es lograr la resocialización y reintegración de las personas que fueron privadas de la libertad. Al lado de la función retributiva de la pena,³⁷ la resocialización ha de ser el principal objetivo de la reclusión, junto con la disuasión, la principal garantía de no repetición.³⁸ Se pretende que la reclusión y la penitencia transformen a la persona que ha atentado gravemente la convivencia en sociedad, para que pueda regresar a vivir sin romper las mínimas reglas de armonía. Las limitaciones que la disciplina impone a las personas reclusas, de hecho, encuentran su principal justificación en ser necesarias para lograr tal propósito. La resocialización es una de las principales garantías de no repetición para las víctimas y para los derechos de las personas en general.”

³⁵ Ferrajoli, Luigi (1995) “El derecho penal mínimo”. En: *Prevención y teoría de la pena*. Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, pp. 32

³⁶ Corte Constitucional, sentencia T-388 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa. SPV Mauricio González Cuervo).

³⁷ Esta forma de justicia retributiva coexiste en el orden constitucional vigente con instituciones propias de justicia restaurativa.

³⁸ En la sentencia C-430 de 1996 (MP. Carlos Gaviria Díaz) se dijo al respecto: “La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas.” En esta sentencia se estudiaron varias normas de la legislación sobre contravenciones especiales (de la Ley 228 de 1995).

De la misma manera, la Corte ha señalado, esta vez en sede de control abstracto de constitucionalidad, que uno de los elementos que justifica la relación de especial sujeción del interno con el Estado, es la obligación de este de propender por la resocialización de aquel. En ese orden de ideas, la restricción razonable de determinados derechos del interno, durante el cumplimiento de la pena, encuentra su justificación constitucional en la finalidad de estas limitaciones, en la que tiene un lugar central a resocialización o reinserción social del individuo. Así, “[d]entro del mismo contexto, apoyándose en las posturas adoptadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos³⁹, la Corte ha resaltado que las amplias atribuciones reconocidas a favor del Estado en el contexto de la “relación de especial sujeción”, materializadas en la posibilidad de restricción de los derechos de los reclusos, encuentran plena justificación en el hecho de que ellas se conviertan en mecanismos idóneos para “hacer efectivos los fines esenciales de la relación penitenciaria, esto es, la resocialización del interno y la conservación del orden, la disciplina y la convivencias dentro de las prisiones”⁴⁰. Dentro de esa orientación, ha sostenido igualmente que “el concepto de resocialización se opone no solo a la imposición de penas que conlleven tratos crueles, inhumanos y/o degradantes, sino también a todas las condiciones de cumplimiento de la pena que sean desocializadoras”⁴¹, entendiendo que corresponde al Estado proveer los medios y las condiciones que posibiliten las opciones de inserción social de la población reclusa, y a los propios reclusos, en ejercicio de su autonomía, fijar el contenido de su proceso de resocialización.⁴²”⁴³

Es por esta razón que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que dentro de los derechos que tienen las personas privadas de la libertad, se encuentra el de regresar a la sociedad en libertad y en democracia, lo que

³⁹ En relación con tal postura, caben las siguientes referencias relacionadas con el derecho Internacional de los Derechos Humanos, que también menciona la Corte en la Sentencia T-077 de 2015. El artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”. De igual manera, el artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. En la misma dirección, la Observación General No. 21 al artículo 10 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, emitida por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, señala que “Ningún sistema penitenciario debe estar orientado a solamente el castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso”. También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe sobre los Derechos Humanos en Cuba, del año 2011, señaló que la persona privada de libertad no deberá ser marginado sino reinsertado en la sociedad, por lo que el Estado deberá cumplir un principio básico según el cual “no debe añadirse a la privación de libertad mayor sufrimiento del que ésta ya representa. Esto es, que el preso deberá ser tratado humanamente, con toda la magnitud de la dignidad de su persona, al tiempo que el sistema debe procurar su reinserción social”.

⁴⁰ Sentencia T-706 de 1996, reiterada, entre otras, en las Sentencias T-077 de 2013 y T-077 de 2015.

⁴¹ Sentencia T-077 de 2015, reiterando lo expresado en la Sentencia C-261 de 1996.

⁴² Sobre el tema, se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-261 de 1996, T-077 de 2013 y T-077 de 2015.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-026 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio, Alberto Rojas Ríos, Luis Ernesto Vargas Silva).

supone la habilitación del individuo para ejercer los roles propios de la vida social y gozar de las prerrogativas predicables de todos los ciudadanos.⁴⁴

Solución del cargo propuesto

26. La norma acusada pertenece al título II de la Ley 1341 de 2009, relativo a la *provisión de las redes y servicios y accesos a recursos escasos*. El artículo acusado parcialmente ofrece un listado de aquellas inhabilidades para acceder a los permisos para el uso del espectro radioeléctrico, que corresponden a cinco supuestos: (i) para aquellas personas a quienes se les haya declarado la caducidad del contrato de concesión para prestar cualquier servicio de telecomunicaciones; (ii) a quienes que por cualquier causal se les haya cancelado la licencia para prestar servicios o actividades de telecomunicaciones, así como el permiso para hacer uso del espectro radioeléctrico; (iii) aquellas personas que hayan sido representantes o integrantes de personas jurídicas que estén en la situación prevista en los supuestos anteriores; (iv) la disposición ahora demandada, esto es, la que impone la inhabilidad a las personas que hayan sido condenadas a penas privativas de la libertad, salvo cuando se trate de delitos políticos o culposos; y (v) aquellas personas naturales o jurídicas, así como sus representantes o integrantes, que no se encuentren al día con el Ministerio de las TIC o con el Fondo de Tecnologías de Información y las Comunicaciones, por concepto de sus obligaciones.

Sobre este particular es importante tener en cuenta que para el uso del espectro radioeléctrico debe mediar permiso otorgado por el Ministerio de las TIC. Conforme al artículo 11 de la Ley 1341 de 2009, este permiso (i) debe ser expreso y previo; (ii) debe respetar “la neutralidad en la tecnología siempre y cuando esté coordinado con las políticas del Ministerio de Comunicaciones, no generen interferencias sobre otros servicios, sean compatibles con las tendencias internacionales del mercado, no afecten la seguridad nacional, y contribuyan al desarrollo sostenible”; (iii) su otorgamiento debe estar precedido de un proceso de selección objetiva, previa convocatoria pública, exigiéndose las garantías correspondientes. Con todo, podrá asignarse permiso de manera directa, en los casos en que prime la continuidad del servicio; y (iv) en los casos que el uso del espectro sea para la asignación de frecuencias necesarias para la defensa y seguridad nacional, el Ministerio de las TIC tendrán en cuenta las necesidades de los organismos de seguridad del Estado, previéndose que el trámite correspondiente será reservado; y (v) podrá no ser exigido el permiso respecto de aquellas bandas de frecuencia de uso

⁴⁴ En términos de dicho precedente, el derecho a la resocialización “*Implica el derecho a vivir nuevamente dentro de la comunidad sin romper las mínimas reglas de armonía, la cual no puede ser un mero valor axiológico que debe manifestarse en consecuencias concretas: “(i) la oportunidad y disposición permanente de medios que garanticen la realización de diversas actividades de orden laboral, educativo, deportivo y lúdico; (ii) las condiciones cualificadas de reclusión, en aspectos básicos como el goce permanente de servicios públicos esenciales, buenas condiciones de alojamiento, alimentación balanceada, servicios sanitarios mínimos, etc. y (iii) el acompañamiento permanente durante el periodo en que se prolonga la privación de la libertad, con el auxilio de un equipo interdisciplinario de profesionales en ciencias sociales y de la salud, de la red de apoyo y de la familia del recluso”*”. Corte Constitucional, sentencia T-276 de 2016.

libre que establezca el Gobierno Nacional, con base en las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones. Asimismo, podrán establecerse bandas exentas del pago de contraprestaciones, entre otras para Programas Sociales del Estado.

27. La norma acusada no hacía parte del proyecto de ley original.⁴⁵ El artículo sobre inhabilidades para los permisos del uso del espectro fue incorporado en el primer debate ante la Comisión Sexta de la Cámara de Representantes.⁴⁶ Sin embargo, no existe ni en la exposición de motivos ni en el pliego de modificaciones explicación sobre la inclusión del régimen de inhabilidades, diferente a una exposición general acerca de la competencia estatal para regular el acceso al uso del espectro, a través de un ente especializado.⁴⁷ Esta comprobación es importante para el análisis sobre la constitucionalidad del precepto acusado, en tanto la Corte advierte que el legislador no justificó, de manera expresa, la incorporación de la causal de inhabilidad objeto de control en esta sentencia.

28. Como se indicó en el fundamento jurídico 6, el asunto sobre el que debe pronunciarse la Corte es definir si la norma legal que establece una prohibición para las personas condenadas por delitos diferentes a aquellos políticos o culposos, relativa a la imposibilidad de obtener permisos para el uso del espectro radioeléctrico, es inconstitucional al tomar la forma de una restricción que no cumple con un fin constitucionalmente legítimo y, en consecuencia, vulnera la libertad de expresión y es incompatible con el fin resocializador de la pena.

La solución de este problema jurídico sugiere la aplicación de un juicio de proporcionalidad, a través del cual se determine tanto la razonabilidad de la medida legislativa como si la misma es compatible con la vigencia de los derechos constitucionales en tensión.

29. En ese sentido, el primer asunto que debe analizarse es el grado de intensidad del juicio. A este respecto, la Corte encuentra dos argumentos que llevan a considerar que el juicio que debe adelantarse en esta oportunidad es de carácter estricto, razón por la cual medida será exequible solo si se

⁴⁵ Gaceta del Congreso 426 de 2007.

⁴⁶ Gaceta del Congreso 633 de 2007.

⁴⁷ “En complemento a lo anterior, se debe mencionar que existe evidencia de que no es factible establecer un acceso libre y sin reglas a un recurso que se considera escaso y limitado, si los usuarios del mismo no desarrollan la capacidad de autorregularse para poder hacer un uso óptimo de dicho recurso. || En efecto, considerando que dos o más señales radioeléctricas que ocurren simultáneamente en la misma ubicación geográfica pueden interferirse entre sí, el espectro debe ser administrado de tal manera que se puedan prevenir tales interferencias. Por lo tanto, el proceso de administración del espectro radioeléctrico incluye establecer una estructura regulatoria, con el objeto de que desarrolle políticas generales, atribuya servicios, establezca reglas para los servicios, asigne el espectro a diferentes tipos de usuarios y haga cumplir las reglas que los usuarios deben observar. || En la actualidad, por tanto, se considera que la administración del espectro es una herramienta política, social y económica. Para tal efecto es preciso contar con un ente especializado que pueda asegurar un uso racional eficiente y equitativo del espectro radioeléctrico y de las órbitas satelitales así como evitar las interferencias perjudiciales que pudieran surgir del desarrollo de nuevas tecnologías.” *Ibíd.*, p. 8

demuestra es que estrictamente necesaria para cumplir con un fin constitucionalmente imperioso.

29.1. El primer argumento ya ha sido explicado en esta sentencia y refiere a la regla fijada por diferentes previsiones integrantes del bloque de constitucionalidad, en particular el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación que del mismo ha realizado la Corte IDH, en el sentido que aquellas limitaciones a la libertad de expresión y de información deben cumplir con dicho estándar de escrutinio judicial. Llevado este argumento al caso del derecho constitucional interno, se tiene que existe un vínculo estrecho entre el acceso al espectro electromagnético y las libertades mencionadas, así como el derecho de fundar medios de comunicación. A su vez, el ejercicio vigoroso de estas libertades es un aspecto definitorio de una sociedad democrática y por lo mismo comprometida con el intercambio más amplio posible de información, ideas y opiniones.⁴⁸ Por ende, en tanto la medida establece una inhabilidad general para la obtención de los permisos necesarios para el uso del espectro y esta habilitación gubernamental es legalmente necesaria para ejercer las libertades en comento, en los casos en que se usen tecnologías que requieran el espectro como medio, entonces el precepto acusado debe cumplir con un juicio estricto de proporcionalidad.

⁴⁸ El carácter central de la libertad de expresión para el Estado constitucional fue recientemente reiterado por la Sala. Así, se consideró por la Corte que “[l]a importancia de la libertad de expresión es central para la democracia constitucional. Esto a partir de al menos dos tipos de razones: (i) el vínculo entre la eficacia de la libertad de expresión y el adecuado funcionamiento de una sociedad democrática; y (ii) la libertad de expresión como un ámbito propio de la dignidad humana que depende de la vigencia de la cláusula general de libertad. En primer término, la vigencia del modelo democrático pasa obligatoriamente por la garantía que las personas podrán expresar de la manera más amplia posible sus opiniones, contrastarlas con otras y debatir intensamente sobre la mismas, sin otro límite que los derechos fundamentales de los demás. Debe protegerse, utilizándose el concepto desarrollo por la jurisprudencia estadounidense, la vigencia de un libre mercado de las ideas, en el que cada cual pueda difundir su pensamiento y recibir información con el propósito de poder formarse su propia opinión, incluso cuando la misma pudiese a ser controversial o contestataria respecto a cánones sociales dados. La idea central que guía este argumento es que en una sociedad democrática se requiere el contraste entre diferentes posturas que tengan las personas, lo que impone la necesidad de garantizar que cada cual pueda expresar libremente sus opiniones, así como pueda acceder, desde una perspectiva material, a los medios e instancias para recibir y transmitir dichas opiniones. En ese sentido, la libertad de expresión guarda un innegable vínculo tanto con la garantía de la libertad de conciencia, como con la libertad de información. (...) La segunda razón que fundamenta conceptualmente la protección irrestricta de la libertad de expresión es su vínculo con la dignidad humana. Conforme lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, este principio fundante del orden constitucional se expresa en diversas facetas, que corresponden a (i) la garantía de la libertad individual, específicamente la posibilidad de adoptar un plan de vida concreto; (ii) el acceso a un mínimo de condiciones materiales que permitan la existencia en condiciones dignas; y (iii) la consecuencia de bienes inmateriales y morales que permitan al individuo mantenerse socialmente activo. (...) Llevados estos argumentos al asunto objeto de examen, es evidente que una de las condiciones para ejercer un proyecto de vida autónomo, así como para relacionarse en sociedad, es el reconocimiento estatal de la libertad de expresión como uno de los bienes inmateriales de los cuales depende la dignidad de las personas. || En efecto, la vida en sociedad depende invariablemente de la capacidad de transmitir libremente las opiniones sobre los más diversos asuntos, así como estar en capacidad material de informarse sobre las opiniones ajenas, expresadas al público y con el propósito que sean compartidas y debatidas por los individuos. Esto a partir de los medios más amplios y ágiles posibles. La irrestricta circulación de la información, en particular para los tiempos actuales, es un requisito indispensable para el ejercicio sustantivo de la ciudadanía y los derechos fundamentales. Acceder a información oportuna y completa sobre las diferentes facetas de la vida social es una condición necesaria para conocer sobre el contenido y alcance de los propios derechos y de los medios para hacerlos exigibles. En consecuencia, el único límite al mensaje es la protección de los derechos fundamentales y, de una manera más específica, la proscripción de los discursos que tienen una prohibición constitucional, así como aquellos que contengan una carga discriminatoria.” Corte Constitucional, sentencia C-452 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Unánime).

29.2. El segundo argumento tiene origen en la jurisprudencia constitucional, la cual ha reconocido que aquellas medidas legislativas que tengan por objeto inhabilitar a las personas del ejercicio de determinadas competencias jurídicas o derechos, por el hecho de haber sido condenadas penalmente, (i) imponen una fuerte restricción de los derechos constitucionales de las personas; (ii) son *prima facie* incompatibles con el fin resocializador de la pena; y (iii) tienen la potencialidad de operar como instrumentos para la discriminación injustificada en contra de las personas que habiendo sido condenadas penalmente, han cumplido con esa sanción. En consecuencia, su constitucionalidad debe analizarse a partir de un juicio estricto, habida cuenta del grado de interferencia a los derechos fundamentales de las personas que fueron condenadas.

Este fue el criterio planteado por la Corte en la sentencia C-725 de 2015⁴⁹, la cual declaró inexecutable la norma del Código Civil que establecía la inhabilidad a las personas condenadas a pena privativa de la libertad superior a cuatro años, para ser testigos del matrimonio civil. Esta decisión puso presente que este tipo de inhabilidades, al ser equivalentes a un estigma social perpetuo, afectan gravemente el derecho de las personas condenadas, en especial su derecho a la honra, así como desconocen el fin resocializador de la pena. Por ende, su exequibilidad depende del cumplimiento de un juicio estricto de proporcionalidad.

Para sustentar esta posición, la sentencia en comento expresó que *“el juicio a aplicar en el presente caso es de intensidad estricta. Si bien se ha destacado el amplio margen de configuración que el constituyente ha otorgado al legislador para regular los asuntos atinentes a la familia y al matrimonio, no es menos cierto que lo que se encuentra en juego al inhabilitar a los condenados a más de cuatro años de reclusión para ser testigos de matrimonio, son sus derechos fundamentales a la honra, a la dignidad, a la buena fe y en general a la función resocializadora de la pena. Sumado a lo anterior, si se considera como se verá, que el condenado queda inhabilitado de manera permanente para ejercer de testigo, su condición se convierte en un rasgo permanente que le impide el ejercicio de su capacidad plena para los efectos de la norma en cuestión. || Así entonces, no obstante el margen de acción del legislador para regular el matrimonio llevaría a aplicar un juicio intermedio, la posible afectación del goce de derechos fundamentales como la honra y a la posibilidad de reconstruir el propio buen nombre, conduce a la Sala a aplicar un juicio estricto, considerando además que la inhabilidad perpetua que impone la ley en este caso no se encuentra autorizada por la Constitución.”*

Ahora bien, en el caso analizado se está ante una situación análoga. La norma analizada impone una inhabilidad intemporal para que las personas

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-725 de 2015 (M.P. Myriam Ávila Roldán. AV Gloria Stella Ortiz Delgado).

condenadas penalmente por delitos diferentes a los políticos o culposos, para que accedan al permiso necesario para hacer uso del espectro. Es decir, supone que la consecuencia de haber sido condenado penalmente es tener una limitación permanente para acceder a dicha habilitación y, por las razones explicadas en esta providencia, para el ejercicio de los derechos constitucionales a la libertad de expresión y de información, así como a fundar medios de comunicación. Por ende, a pesar que en los términos explicados en esta decisión, el legislador tiene un amplio margen de configuración para la administración del espectro electromagnético, las medidas que impongan limitaciones a su acceso deben cumplir con condiciones de razonabilidad y proporcionalidad, que para el caso analizado están sujetas a un juicio estricto.

30. El primer paso del juicio de proporcionalidad es determinar si la medida cumple con un fin constitucionalmente imperioso, a lo cual la Corte concluye afirmativamente. A este respecto, aunque el Congreso no expresó cuál es la finalidad de la restricción, puede inferirse que la misma versa sobre la protección de la moralidad pública y la idoneidad de las personas que acceden a permisos para el uso del espectro. Precisamente, esta fue la conclusión a la que arribó la Corte en la sentencia C-711 de 1996, antes citada y en la que se declaró exequible una restricción similar a la estudiada, referida a la suscripción de contratos para la concesión del servicio público de televisión.

El mantenimiento de la idoneidad y la moralidad, esta última comprendida en su carácter público y pluralista, es un fin constitucionalmente imperioso. En efecto, habida cuenta la incidencia social que tienen los medios de comunicación en la dinámica de la sociedad, es imperativo que los mismos sean prestados bajo condiciones de calidad técnica y de sus contenidos, y que su uso esté unívocamente dirigido a otorgar eficacia material a las libertades de expresión e información. Por ende, no solo es legítimo sino imperativo que el Estado, conforme la competencia que le adscribe el artículo 75 C.P., ejerza sus potestades de gestión sobre el uso del espectro electromagnético, con el fin de garantizar el pluralismo informativo y la competencia. Estas medidas, sin duda alguna, comprenden dispositivos normativos dirigidos a garantizar la moralidad pública y la idoneidad de quienes acceden al uso de dicho recurso, en todo caso limitado y sometido al control estatal.

31. El segundo paso del juicio consiste en verificar si la medida es efectivamente conducente e imprescindible para cumplir con el fin propuesto. Luego, deberá determinarse si la norma objeto de examen no afecta desproporcionadamente otros derechos, garantías o posiciones jurídicas de relevancia constitucional. Al respecto, la Sala considera que estos pasos no son acreditados en el caso analizado, razón por la cual la norma demandada es inexequible. Esto con base en las razones siguientes:

31.1. El legislador considera que un instrumento imprescindible para garantizar la idoneidad y la moralidad pública en el uso del espectro, es que al mismo no accedan las personas que han sido condenadas penalmente.

Entonces, la consideración de fondo que sustenta la norma acusada es que aquellos individuos que han sido sujetos de sanción penal, tienen una presunción de comportamiento ilícito en el futuro.

Una relación de causalidad de este tipo es carente de todo sustento, pues no existe ningún elemento que permita inferir que la condena penal influya o menos predetermine las condiciones morales y de idoneidad del sujeto. Antes bien, una postura de este tipo es incompatible con los fundamentos mismos de una sociedad democrática, comprometida con dotar de eficacia al fin resocializador de la pena.

La completa ausencia de la idoneidad de la medida legislativa se demuestra por el hecho que la inhabilidad intemporal descansa en un juicio hipotético y *a priori* sobre la persona que ha cometido la conducta que fue objeto de reproche penal. La inhabilidad analizada parte del supuesto según el cual los individuos que han sido condenados penalmente quedan permanente vinculados a la presunción de ilegalidad de sus acciones futuras. Esto en contradicción con el carácter resocializador de la pena, así como con los fundamentos mismos del modelo democrático, entre ellos la imposibilidad de establecer condiciones jurídicas desfavorables a partir no de los hechos, sino de las presunciones o los prejuicios, que sirven para edificar restricciones a los derechos constitucionales con vocación de perpetuidad. Imposiciones legales de esta naturaleza son, de suyo, desproporcionadas e irrazonables. Así, la Corte reitera lo señalado en el fallo C-725 de 2015, antes citado, puesto que en el asunto objeto de análisis también se *“abre el camino para multiplicar las discriminaciones en la vida civil a las personas que han purgado penas privativas de la libertad. (...) La prevención que se hace visible contra este grupo, pone de presente que se alimenta por parte de la ley la idea de que los que recibieron condenas (...) siempre serán proclives a afectar los bienes sociales y a obrar de mala fe y de manera contraria a la ley y a la moral pública. Ni el dolo penal ni el dolo civil se pueden presumir, ni anticipar. Si está proscrito el derecho penal que no sea el derecho penal del acto, purgada la pena se volvería a una concepción contraria a la que pregona la Constitución si se decidiera presumir de hecho y de derecho que las personas que han pagado las condenas penales, en todo caso siempre estarán sujetas a ser objeto de tacha moral irredimible y eterna.”*

31.2. Ahora bien, la Corte también evidencia que la disposición acusada no cumple con un criterio de proporcionalidad en sentido estricto. Sobre este particular debe partirse de advertir que la norma impone una restricción amplia a la libertad de expresión y de información, así como al derecho de fundar medios de comunicación. Nótese que establece una inhabilidad intemporal para la adquisición de permisos para el uso del espectro radioeléctrico, lo que en la práctica se traduce en la imposibilidad, a perpetuidad, de expresarse a través de los medios que se sirvan de los instrumentos tecnológicos contemporáneos, que en su gran mayoría se basan en el uso del espectro.

Como se ha explicado en precedencia, la fijación de inhabilidades intemporales no es incompatible con la prohibición constitucional de imprescriptibilidad de las penas, puesto que no se trata de sanciones sino de condiciones exigidas para el adecuado ejercicio de la función pública o la prestación de servicios públicos. Sin embargo, en el caso analizado se encuentra que esa condición de perpetuidad de la inhabilidad, la inexistencia de un mecanismo de rehabilitación para el uso del espectro y, en especial, la amplitud de la restricción, hace que se muestre desproporcionada, pues por el solo hecho de haber sido condenado por delito doloso distinto a los políticos, el individuo queda excluido permanentemente de la posibilidad de usar el espectro.

Sobre este particular, la Sala resalta que la norma analizada contiene una limitación a los derechos de las personas que fueron condenadas, mucho más amplio que el previsto en la regla de derecho estudiada en la sentencia C-711 de 1996. En aquella oportunidad, se declaró la exequibilidad de un precepto que establecía condiciones para contratar con el Estado, a través de la concesión para la prestación del servicio público de televisión, caso en el cual la Corte concluyó que la medida se insertaba en el amplio margen de configuración del legislador para regular la contratación pública. En cambio, en el caso presente la restricción no versa sobre dicho régimen contractual, sino que opera para cualquier modalidad de uso del espectro, las cuales son múltiples en razón de la diversidad de tecnologías que se sirven de dicho uso, como también se explicó en fundamentos jurídicos anteriores. .

De esta manera, la sentencia mencionada, aunque valiosa para el presente análisis, no constituye precedente vinculante, en la medida en que está regulando un supuesto que, aunque similar en la causal de inhabilidad, tiene una significación mucho más reducida en términos de limitación de las libertades de expresión e información. Sin embargo, también debe señalarse que el precedente citado podría mostrarse problemático frente al contenido y alcance de estas libertades, expuesto en el presente fallo. No obstante, en la medida en que, como se ha señalado, el objeto de regulación es diferente y concentrado en el régimen de contratación pública, no hay lugar a entrar a estudiar en esta oportunidad si resulta necesario rectificar la postura de la Corte en ese sentido.

Adicionalmente, es importante destacar que la inhabilidad estudiada es desproporcionada en tanto es indiscriminada y carece de cualquier mecanismo para evaluar la idoneidad del afectado, distinta a suponer su incapacidad moral por el hecho de haber sido condenado penalmente. Esto al margen de la evaluación sobre la conducta cometida, el cumplimiento de la sanción impuesta, la incidencia del comportamiento penalmente sancionado frente al ejercicio de las libertades de expresión e información, la posibilidad futura de rehabilitar al inhabilitado en la competencia para hacer uso del espectro, etc.

31.3. Por último, también encuentra la Sala que aunque concurren, como se ha demostrado, argumentos consistentes que exigen que la proporcionalidad de la norma demandada sea analizada bajo un parámetro estricto, el precepto tampoco cumple siquiera con las condiciones propias del juicio intermedio. A pesar que la medida buscaría un fin constitucionalmente importante, según se explicó en precedencia, la misma no es conducente para lograr las finalidades de protección de la moralidad pública y la idoneidad en el uso del espectro radioeléctrico. Esto debido a la completa falta de relación de causalidad entre la condena por la comisión de delitos diferentes a los políticos y culposos y la garantía de los fines mencionados, conforme se analizó en el fundamento jurídico 31.1. De allí que resulte reforzada la conclusión sobre la inexequibilidad de la disposición objeto de estudio.

32. En conclusión, es evidente que la norma objeto de demanda niega el derecho que tienen las personas condenadas a retornar a la vida democrática y al ejercicio de los derechos. Sin tener otro supuesto diferente que la presunción de antijuridicidad de las actuaciones futuras e hipotéticas, el legislador excluye a las personas condenadas por delitos dolosos del ejercicio pleno de las libertades de expresión e información. A su vez, como se ha explicado en fundamentos jurídicos anteriores, las libertades mencionadas hacen parte de las garantías esenciales del Estado constitucional. Solo una sociedad que permite el intercambio intenso y continuo de opiniones e informaciones puede considerarse genuinamente democrática y, en aras de proteger el pluralismo y la diversidad de opiniones, es necesario que en ese intercambio participen todas las personas. En consecuencia, las limitaciones a ese derecho de participación deben ser indispensables para cumplir con fines constitucionalmente imperiosos. Como este estándar no es cumplido por la norma demandada, la Corte declarará su inexequibilidad.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar **INEXEQUIBLE** el numeral cuarto del artículo 14 de la Ley 1341 de 2009 *“por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones.”*

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta

AQUILES ARRIETA GÓMEZ
Magistrado (E)

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO
Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado (P)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General