

SEXO COMO MERCANCIA - Definición / PORNOGRAFIA - Definición / SEXO EN TELEVISION

Precisamente, los artículos 14 y 15 del Acuerdo 17 de 1997, expedido por la Comisión Nacional de Televisión, "Por el cual se reglamentan los contenidos de violencia y sexo en los programas de televisión y se dictan otras disposiciones", consagran: "Artículo 14. Del sexo como mercancía, En la franja infantil y familiar no se presentará el sexo como instrumento válido para alcanzar objetivos profesionales, académicos, económicos o personales diferentes de los que estén implícitos en la relación de pareja". Artículo 15. Pornografía. Para efectos del presente acuerdo, se entiende por pornografía la presentación degradada del sexo. La pornografía no podrá ser transmitida en ninguna franja de la televisión abierta". Respecto del tema del sexo en televisión, el Capítulo III del citado Acuerdo 17 reglamenta lo relativo al sexo en los programas de entretenimiento. En el artículo 12 se señala que el sexo será presentado como una función natural, atendiendo los principios del respeto por la dignidad y la integridad de las personas, precisando en el artículo 13 que en la franja infantil no se presentará el sexo como tema de entretenimiento y que en la familiar se podrá tratar, siempre y cuando tenga justificación dentro del contexto en que se producen los hechos. Agrega que la programación recreativa debe cumplir estrictamente las disposiciones contenidas en el Código del Menor.

SEXO EN COMERCIALES DE TELEVISIÓN - Restricción en franja infantil y familiar

Y con respecto al tema que interesa, el sexo en los comerciales, el artículo 23, ibídem, prescribe: "Artículo 23. Sexo en los comerciales. En la franja infantil no se presentarán anuncios comerciales o promocionales o avances de programas que incluyan escenas de sexo. En la franja familiar se podrán presentar, siempre y cuando el sexo esté implícito en la naturaleza del producto o servicio que se publicita. Los comerciales deberán respetar la clasificación de la franja de audiencia en que se vayan a transmitir". De conformidad con las normas anteriormente citadas, encuentra la Sala que existe una restricción para la presentación y manejo del tema del sexo en las franjas infantil y familiar, más no en la que se transmite a partir de las 9:30 p.m.. Lo que sí está taxativamente prohibido, en todas las franjas, es la pornografía la cual, en los términos del literal c) del citado artículo 29 de Acuerdo 017 de 1997, expedido por la Comisión Nacional de Televisión, se sanciona con suspensión entre 3 y 6 meses, o caducidad de la concesión.

VIOLACION AL DEBIDO PROCESO - Debe ventilarse en cada caso en el procedimiento fijado por la ley correspondiente / DEBIDO PROCESO EN ABSTRACTO / DEBIDO PROCESO EN CONCRETO

Respecto de la violación del debido proceso y el desconocimiento del derecho de defensa por no haberse formulado previamente pliego de cargos y haber negado la práctica de pruebas solicitadas con el recurso de reposición que fue resuelto mediante Resolución 0527 de abril 14 de 1999, aquí demandada, bajo el cargo de infracción directa del artículo 29 de la Constitución Política, se encuentra que la misma norma constitucional señala como uno de los elementos integrantes del debido proceso la sujeción a las reglas y procedimientos plasmados por el legislador para el respectivo proceso, por lo que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente, según las reglas de la ley, y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, que deben estar previstas en la ley, lo cual implica que es el marco legal el punto de referencia para establecer en cada caso concreto si se acataron o no las reglas del debido proceso. De manera que para

verificar el cumplimiento de la garantía constitucional del debido proceso debe verificarse el contenido del debido proceso en relación con cada caso, que no es otra cosa que hacer un ejercicio de comparación con lo dispuesto en la ley correspondiente, que desarrolla el precepto de la Constitución Política para cada procedimiento. Como lo ha señalado esta misma Sala, el debido proceso no es abstracto, sino que necesariamente ha de concretarse en una serie de normas específicas que lo consagren para el caso específico.

COMISION NACIONAL DE TELEVISIÓN - Medidas preventivas como facultad policiva en protección de la moralidad pública / PORNOGRAFIA EN TELEVISIÓN - Medida preventiva de suspensión de emisión de la programación

Pero en el presente caso, mediante los actos acusados se impuso una medida preventiva, como la califica el literal l) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995: Artículo 5. Funciones. En desarrollo de su objeto, corresponde a la Comisión Nacional de Televisión. (...) l. Suspender temporalmente y de manera preventiva, la emisión de la programación de un concesionario en casos de extrema gravedad, cuando existan serios indicios de violación grave de esta ley, o que atenten de manera grave y directa contra el orden público. Esta medida deberá ser decretada mediante el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la junta de la Comisión Nacional de Televisión. En forma inmediata la Comisión Nacional de Televisión abrirá la investigación y se dará traslado de cargos al presunto infractor. La suspensión se mantendrá mientras subsistan las circunstancias que la motivaron. Si la violación tiene carácter penal, los hechos serán puestos en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación". Tal expedición se produjo en aras de proteger los fines y objetivos de la televisión frente a la presentación de publicidad que la Comisión Nacional de Televisión consideró como pornografía y que, por lo tanto, era de ejecución inmediata, lo que se traduce en que no existe actuación administrativa previa a la expedición de la medida. Así las cosas, considera la Sala que con los actos acusados se ejerció una facultad de policía tendiente a la protección del orden público, bajo el aspecto de la moralidad pública, para lo cual, según lo precisa el artículo 1 del C. C. A., a la administración no le corresponde acatar todo el procedimiento previsto en la primera parte del C. C. A. o en normas especiales que regulen el trámite de una actuación. No obstante excepciona los siguientes eventos "Estas normas no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieren decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar una perturbación de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad y circulación de personas o cosas"

COMISION NACIONAL DE TELEVISIÓN - Suspensión de emisión de comerciales eróticos: medida preventiva policiva y no sancionatoria / FACULTAD DE POLICIA ADMINISTRATIVA - C.N.T.V.: suspensión de comerciales eróticos / LINEAS CALIENTES

De manera que cuando la Comisión Nacional de Televisión expidió la orden de retirar en forma inmediata los comerciales, como ya se anotó, no profirió una sanción de las que está autorizada por la ley a expedir; por lo tanto, no se requería formulación previa de cargos o de solicitud de explicaciones que asegurara el derecho de defensa, sino que al tratarse de una orden de cumplimiento inmediato, que no reviste el carácter de sanción como consecuencia de falta definida en el artículo 27 del Acuerdo 017 de 1997 como "toda conducta o comportamiento realizado o ejecutado por el operador público o privado, el concesionario de espacios, el contratista de canales regionales o el concesionario del servicio de televisión por suscripción que sea contraria a la Constitución, a la ley y a los reglamentos", no implicaba seguir todo un procedimiento administrativo y la suspensión de su ejecución para la decisión de los recursos

interpuestos en la vía gubernativa. Sin embargo, advierte la Sala que, según se desprende de lo señalado en el precitado literal l) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995, la medida preventiva que está autorizada a adoptar la Comisión Nacional de Televisión es de carácter transitorio por todo el tiempo en que se considere persisten las circunstancias que la motivaron; en la medida en que luego de la expedición de la orden impuesta, y como lo dice el literal en mención, de manera inmediata debió adelantar por separado la correspondiente actuación administrativa tendiente a imponer una sanción de suspensión temporal o de caducidad de la concesión, por lo que consideraba contenido pornográfico de la publicidad, que a su juicio, encontró en los comerciales a que se ha hecho mención, sin que estuviese autorizada, por lo tanto, para convertir en definitiva la medida preventiva.

CENSURA - Prohibición en medios masivos de comunicación: alcance

Finalmente, es importante precisar uno de los aspectos señalados por la parte demandante en relación con la prohibición de la censura de que trata el artículo 20 de la Constitución Política. La censura, que está tajantemente prohibida en los términos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es aquella que implica una selección, por parte del Estado, con carácter ideológico y doctrinario, de la información o de las opiniones que vayan a divulgarse y, por ende, un desconocimiento del pluralismo ideológico que garantiza la Carta. No obstante, existen prohibiciones válidas como la relativa a la pornografía en protección de los derechos de los niños que priman sobre cualquier otro derecho y muy especialmente en defensa de los principios y valores de la familia; por lo tanto, a juicio de la Sala la alegada aplicación de censura por parte de la Comisión Nacional de Televisión no se encuentra estructurada.

**COMERCIAL ERÓTICO - Prueba del contenido no pornográfico: desconocimiento /
PORNOGRAFIA - Falsa motivación al desconocer concepto pedido por la misma entidad como prueba**

Como para poder ordenar el retiro de los comerciales, bajo el entendido de que eran pornografía, prohibida en cualquier franja de la televisión, la Comisión Nacional de Televisión debió apoyarse en criterios que suministraran suficiente y clara convicción del contenido pornográfico de las mencionadas cuñas y no lo hizo y, por el contrario, solicitó de manera previa un concepto a un Grupo de Evaluadores y al obtenerlo lo desconoció en sus conclusiones, pero motivó los actos demandados en el mismo de manera contradictoria, encuentra la Sala que se probó la causal de nulidad de falsa motivación de los actos administrativos, lo que conduce a que se confirme el fallo de primera instancia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: OLGA INES NAVARRETE BARRERO

Bogotá, D.C., marzo veinte (20) del año dos mil tres (2003)

Radicación número: 25000-23-24-000-1999-00812-01(5710)

Actor: CARACOL TELEVISIÓN S.A.

Demandado: LA NACIÓN – COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la providencia de fecha 3 de octubre de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante la cual se declaró la nulidad de las Resoluciones 0219 del 16 de marzo de 1999 y 0527 del 12 de abril del mismo año, expedidas por la Comisión Nacional de Televisión.

I.- ANTECEDENTES

Mediante auto del dos (2) de septiembre de 1999, la Sección Primera del Consejo de Estado concluyó que, pese no haberse determinado en la demanda, el presente asunto sí tiene cuantía ya que existe un perjuicio económico cuantificable. En consecuencia, se ordenó remitir el asunto para conocimiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

a. Pretensiones

CARACOL TELEVISIÓN S.A. solicitó la declaratoria de nulidad de la Resolución 0219 del 16 de marzo de 1999, por la cual la Comisión Nacional de Televisión ordenó el retiro de unos comerciales, así como de la Resolución 0527 del 12 de abril de 1999, mediante la cual se resuelve negativamente el recurso de reposición interpuesto contra el mencionado acto.

Como consecuencia de lo anterior, debe ordenarse a la Comisión Nacional de Televisión autorizar la emisión de los comerciales de líneas eróticas, con el fin de restablecer el derecho.

b. Hechos

Mediante Resolución 0219 del 16 de marzo de 1999, la Comisión Nacional de Televisión decidió "ordenar a los operadores privados CARACOL y RCN TELEVISIÓN, y a los concesionarios de espacios de televisión de la CADENA UNO retirar del aire en forma inmediata" unos comerciales.

En palabras de la entidad estos comerciales "promocionan las líneas eróticas, también llamadas líneas calientes". También se afirma que "en los citados comerciales se destaca el carácter obsceno de sus representaciones, incitando y presentando la sexualidad de una manera cruda y degradante, por lo que se puede considerar como una carga pornográfica..". No se hace el menor análisis acerca de las razones por las cuales se considera que los comerciales en cuestión contienen representaciones obscenas que expresan así la sexualidad.

Esta decisión no fue precedida de ninguna comunicación y se limitó a transcribir la definición de pornografía y a endilgarle tal calificación a los comerciales referidos sin expresar razón alguna. Se violó el debido proceso.

c. Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación.

Se considera que con su actuación, la Comisión Nacional de Televisión violó las siguientes disposiciones:

Artículos 29 y 209 de la Constitución Política; artículos 2, 28, 34, 35, 56, 57 del C.C.A., Ley 182 de 1995, artículo 12, literal h).

Existe una flagrante violación del debido proceso por cuanto en forma previa no se les dio a los afectados la oportunidad de conocer la investigación que se venía adelantando en su contra. La sanción que se concreta en la prohibición de emitir ciertos comerciales desconoce el derecho de defensa y el artículo 12, literal h) de la Ley 182 de 1995 que señala entre las funciones de la Junta Directiva de la Comisión la de sancionar de conformidad con las normas del debido proceso y con el procedimiento previsto en la ley, a los operadores del servicio, a los concesionarios de espacios de televisión y a los contratistas de los canales regionales por violación de sus obligaciones contractuales y la trasgresión de las disposiciones legales y reglamentarias o de las de la Comisión.

Uno de los postulados del debido proceso es el derecho que tiene el administrado a no ser excluido del procedimiento que se adelanta en su contra. El poder sancionatorio del Estado no puede ejercerse con desconocimiento del derecho de defensa. La Resolución 0219 transgrede flagrantemente el ordenamiento jurídico al imponer el retiro de los comerciales bajo una consideración absolutamente subjetiva, respecto de la cual no se indagó siquiera el parecer de los afectados.

El argumento de la Comisión es tautológico: los comerciales son pornográficos porque presentan la sexualidad de manera cruda y degradante, y pornografía, según el artículo 15 del Acuerdo 17 de la misma Comisión es "la presentación degradada del sexo". Al carecer de motivación la Resolución, los afectados quedaron en una situación de total indefensión, pues se desconocieron los motivos de fondo de la decisión. Por eso en el recurso se solicitaron las pruebas y consideraciones propias del derecho de defensa.

En la Resolución 0527 que resolvió el recurso de reposición, se consideró que no había lugar a la presunta falta de motivación del acto. La razón aducida es que "previo el análisis, la Junta estableció que en los comerciales se destaca el carácter obsceno de sus representaciones, incitando y presentando la sexualidad de manera cruda y degradante, por lo que se considera como una carga pornográfica". La motivación se limita a una conclusión, sin aducir las razones que la originaron. En contra de lo afirmado por la Comisión, quien señala que no se trató de una sanción sino de una orden, se considera por la parte demandante que la imposición de una conducta de no hacer, es evidentemente sancionatoria.

El acto administrativo que resolvió el recurso omitió cualquier referencia a las pruebas violentando el derecho de defensa de los recurrentes ya que la omisión de pruebas objetivamente conducentes viola el debido proceso.

La Constitución Política consagra en el artículo 20 que no habrá censura. Se censura no solo cuando se requiere de manera previa el contenido de una emisión, sino también cuando se prohíbe o sanciona posteriormente sin que exista una adecuación típica de lo sancionable.

La orden de retiro inmediato de los comerciales se fundó en conceptos particulares y subjetivos, que no son de recibo en un Estado Social de Derecho que donde se debe partir del reconocimiento de la diversidad y el pluralismo. La Comisión pretende justificar su intervención con base en una pretendida protección a la familia, a los grupos vulnerables de la población y especialmente a los niños, pero ha dejado de lado el que para ello ya ha establecido unas determinadas franjas de audiencia, clasificadas en infantil, familiar y de adultos. El horario en que se transmitían los comerciales correspondía exactamente a la franja de adultos, que inicia a partir de las 9:30 p.m., y los comerciales eran transmitidos a partir de las 10:30 p.m.

La alegada función de protección sólo puede entenderse como un pretexto para mantener a salvo el juicio subjetivo que rodea el asunto, lo que no justifica el comprometer un derecho como el de prohibición de censura que involucra de manera tan frontal la libertad individual, esfera íntima que no puede ser invadida por el Estado.

d. La defensa del acto acusado

La Comisión Nacional de Televisión contestó la demanda en los siguientes términos:

Según informe presentado por el Grupo de Analistas Evaluadores de Televisión de esta entidad, se dijo: "En términos generales se puede apreciar como los comerciales anteriores presentan planos medios de mujeres quienes ubicadas en lugares específicos o desempeñando un rol concreto, como es el caso de la enfermera, siempre con un teléfono en la mano, invitan al televidente a llamar para como lo señala una de ellas: "conocer y dejarse atrapar por las mujeres bellas...".

Como característica se destaca el uso de ropa interior vaporosa y de encajes, así como el too de voz sensual utilizado por la mayoría de ellas en frases como: "Déjate atrapar por mi sensualidad"...."Quieres conocerme? Sólo marca el 033....:" "Atrévete las 24 horas sólo para ti".

El informe termina señalando: "es importante que la CNTV tome una posición sobre la pertinencia de este tipo de comerciales en televisión que saca la discusión de la valoración de las líneas como tales y la amplía hacia la reflexión de la función social de este importante medio masivo".

La decisión se basó en los artículos 2 y 29 de la Ley 182 de 1995 y en el Acuerdo 017 de 1997 en los cuales se prohíbe la presentación del sexo como mercancía.

A la CNTV le corresponde en representación del Estado, la titularidad y reserva del servicio público de televisión, cuyos fines y principios, consagrados en las leyes 182 de 1995 y 335 de 1996. Así lo consagró la Corte Constitucional en sentencia C-298 de 1999, al igual que la C-564 de 1995.

El artículo 5 de la ley 182 de 1995 establece que a la CNTV corresponde:

"d) investigar y sancionar a los operadores, concesionarios de espacios y contratistas de televisión por violación del régimen de protección de la competencia, el pluralismo informativo y del régimen para evitar las prácticas monopolísticas previsto en la Constitución y en la presente y en otras leyes, o por incurrir en practicas, actividades o arreglos que sean contrarios a la libre y leal competencia y a la igualdad de oportunidades entre aquellos , o que tiendan a la concentración de la propiedad o del poder informativo en los servicios de televisión o a la formación indebida de una posición en el mercado o que constituyan una especie de práctica monopolística en el uso del espectro electromagnético y en la prestación del servicio".

La medida adoptada por la CNTV se puede equiparar a otras existentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico. La medida de suspensión no viola el debido proceso, tal como lo dispuso la Corte Constitucional en sentencia C-586 de 1995 cuando dijo:

"no se le atribuye a la medida de suspensión el carácter de sanción, aunque se advierte que sus elementos deben establecerse en la ley y que la misma, independientemente de su naturaleza

preventiva, debe ser motivada y debidamente fundamentada con el objeto de evitar y controlar el abuso del poder".

Lo que se busca es la protección de los derechos fundamentales en especial la protección de la juventud, la infancia y la familia. La norma autoriza a la CNTV para no permitir la transmisión de pornografía en ninguna franja de televisión abierta, así como para clasificar y regular los contenidos de la programación y de la publicidad en el servicio de televisión, con miras a proteger a la familia, a los grupos vulnerables de la población, en especial los niños y jóvenes.

El literal n) del artículo 12 de la ley 182 de 1995, establece que dentro de las facultades de la CNTV está la de sancionar a los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión nacional cuando violen las disposiciones constitucionales y legales que amparan específicamente los derechos de la familia y de los niños. Resulta apenas razonable señalar que la medida adoptada por la Junta Directiva de la CNTV al ordenar retirar del aire en forma inmediata los comerciales de las llamadas líneas calientes está ajustada a derecho y, por lo mismo, no violan las disposiciones constitucionales y del C.C.A.

La orden de retiro de dichos comerciales, que además se traducen en una manera de inducir o incitar a otras prácticas como por ejemplo a la prostitución, jamás puede ser asimilada o equiparada a la prohibición o recorte de difusión de cualquier idea por la sola razón de ser contraria a una ideología determinada, caso en el cual sí se podría hablar de censura.

Cabe preguntarse si se puede demandar que el interés particular de quienes se benefician con la transmisión de los comerciales de "líneas calientes" esté por encima del interés general que es el de toda la comunidad y/o sociedad, en donde están representados los sectores mas destacados como son entre otros, la familia. Con el único fin de satisfacer instintos morbosos de unos pocos se debe anteponer el interés y los principios y fines que consagran las normas de televisión y que buscan proteger derechos fundamentales?

No se ha violado ninguna de las disposiciones enunciadas, reiterando que deben denegarse las pretensiones de la demanda.

II- FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, declaró la nulidad de las resoluciones acusadas con los siguientes argumentos:

Se controvierte la legalidad de las Resoluciones 0219 de 16 de marzo y 0527 de 12 de abril de 1999, expedidas por la Comisión Nacional de Televisión por al cual se ordenó el retiro de los comerciales denominados de "lineas eróticas o calientes" emitidos por los canales CARACOL y RCN Televisión y cesionario de espacio de televisión CADENA UNO.

Agrega que la demandante solicita a título de restablecimiento del derecho se ordene a la Comisión Nacional de Televisión autorizar la emisión de los comerciales de líneas eróticas que se venían transmitiendo en los canales nacionales al ser considerados por la CNTV como de carácter obsceno por cuanto incitan y presentan la sexualidad de manera cruda y degradante, según estimación realizada por el Grupo de Analistas Evaluadores de Televisión.

Se aduce falsa motivación en las resoluciones demandadas y violación del debido proceso, por cuanto nunca se pudo controvertir la decisión ya que se tuvo conocimiento de ella tan solo en la

notificación.

El a quo observa que no se está discutiendo la facultad sancionatoria de la CNTV ni el contenido de los comerciales, sino la posible violación del derecho de defensa y debido proceso por cuanto el demandante sostiene que se le negó la práctica de pruebas encaminadas a discutir las resoluciones.

La facultad sancionatoria de la CNTV se encuentra plasmada en el Acuerdo 017 de 1997, por el cual se reglamentaron los contenidos de violencia y sexo en los programas de televisión y se dictan otras disposiciones. En el artículo 27 del citado Acuerdo se señala como falta toda conducta o comportamiento realizado o ejecutado por el operador público o privado, el cesionario de espacios, el contratista de canales regionales o el concesionario del servicio de televisión por suscripción que sea contraria a la Constitución, a la ley y a los reglamentos.

La Ley 182 de 1995, estableció como funciones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, entre otras:

"Artículo 12.

(...)

h. Sancionar, de conformidad con las normas del debido proceso y con el procedimiento previsto en la ley, a los operadores del servicio, a los cesionarios de espacios de televisión y a los contratistas de los canales regionales por violación de sus obligaciones contractuales, o por trasgresión de las disposiciones legales y reglamentarias o las de la comisión, relacionadas con el servicio".

Al disponer la Junta Directiva de la CNTV el retiro del aire en forma inmediata de los comerciales, ha de entenderse que mediante la expresión "retiro" se está imponiendo una sanción que no pudo ser otra que la contenida en el artículo 29, literal c) del Acuerdo 017 de 1997 que se refiere a "Emitir en cualquier franja de la televisión abierta escenas de contenido pornográfico".

Al no fijar la CNTV período de sanción, se presume que su decisión fue encaminada a una sanción que equivale a una suspensión definitiva o permanente, por lo cual no es de recibo que se trate de una orden, como lo manifiesta la CNTV, pues es claro que la resolución acusada no es más que la imposición de una sanción.

Ni el Acuerdo 17 de 1997, ni la Ley 182 de 1995 determinaron el procedimiento a seguir para la imposición de sanciones, de donde se desprende que sus actuaciones están regidas por el C .C. A.

Analizando el proceso seguido por la CNTV se observa que mediante Resolución 0219 del 16 de marzo de 1999 la Junta Directiva de la CNTV ordenó a los canales CARACOL y RCN retirar los comerciales de líneas eróticas, por considerarlos de carácter obsceno.

Mediante Resolución 0527 de 1999, la CNTV confirmó la resolución anterior señalando que el debido proceso no se desconoció por cuanto la resolución no está imponiendo ninguna sanción a los operadores y concesionarios del servicio público de televisión, pues lo que contiene el acto administrativo es una orden, basada en los artículos 2 y 29 de la Ley 182 de 1995 y 15 del Acuerdo 17 de 1997.

La CNT desconoció flagrantemente el contenido de los artículos 1 y 35 del C.C.A., por cuanto no obró conforme a estas disposiciones vulnerando el debido proceso de la parte actora ya que no se evidencia ninguna actuación anterior a la expedición de la Resolución 0219 de 1999, en la cual el interesado haya podido controvertir y ejercer su derecho de defensa. También se violó este derecho al negar la práctica de pruebas solicitadas por el actor en el recurso de reposición por cuanto en el acto que se resolvió este recurso se omitió hacer referencia a las pruebas solicitadas. Concluyó que el cargo por violación del debido proceso está llamado a prosperar.

III.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La parte demandada presentó recurso de apelación contra el anterior fallo, sustentándolo en los siguientes términos:

La decisión de la Junta Directiva contenida en los actos administrativos demandados, está debidamente soportada e investida de legalidad. Se invoca el artículo 29 de la Ley 182 de 1995, según el cual, los contenidos de la publicidad podrán ser clasificados y regulados por la CNTV con el fin de proteger a la familia, a los grupos vulnerables de la población, en especial los niños y jóvenes para garantizar su desarrollo armónico e integral y fomentar la producción colombiana. Además, el Acuerdo 17 de 1997 prohíbe la presentación del sexo como mercancía, así como la transmisión de la pornografía en todas las franjas de televisión abierta.

No puede entenderse que los actos de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión tendientes a regular el servicio público de televisión, constituyan una sanción. La medida adoptada en las resoluciones acusadas no constituye una sanción por cuanto, "las limitaciones basadas en la imposición de responsabilidades ulteriores por la violación de prohibiciones previas, no constituyen censura previa y se encuentran claramente autorizadas por la convención interamericana, siempre y cuando representen medidas necesarias para defender ciertos bienes constitucionales". Es claro que existe la prohibición de transmitir pornografía en todas las franjas de televisión abierta.

En cuanto a la supuesta violación del debido proceso y del derecho de defensa, la CNTV no impuso ninguna sanción a los concesionarios de televisión abierta que venían presentando los comerciales que nos ocupan, simplemente ordenó la suspensión de los mismos por cuanto contenían una carga de pornografía. No puede exigirse que la actuación de la entidad tuviera predeterminado un procedimiento como sí sería obvio exigirlo al iniciar una investigación de carácter administrativo.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

El fallo apelado será confirmado de acuerdo con las siguientes razones:

El argumento central expuesto por la Comisión Nacional de Televisión en el recurso de apelación interpuesto contra el fallo del Tribunal que accedió a las súplicas de la demanda, tiene que ver con la definición de si en efecto se está frente a una sanción o simplemente se expidió una orden de suspensión, dado que los comerciales cuya orden de retiro se dio en los actos acusado se califica de pornografía, la cual está prohibida en cualquier franja de la televisión abierta.

Al respecto es necesario hacer algunas consideraciones previas en relación con los fines de la televisión y las facultades de la Comisión Nacional de Televisión de conformidad con las normas que se citan a lo largo de la demanda y de su contestación.

La Ley 182 de 1995, conocida como Ley de Televisión, consagra como fines de la televisión los siguientes:

Ley 182 de 1995

"Artículo 2. Fines y principios del servicio. Los fines del servicio de televisión son formar, educar, informar veraz y objetivamente y recrear de manera sana. Con el cumplimiento de los mismos, se busca satisfacer las finalidades sociales del Estado, promover el respeto de las garantías, deberes y derechos fundamentales y demás libertades, fortalecer la consolidación de la democracia y la paz, y propender por la difusión de los valores humanos y expresiones culturales de carácter nacional, regional y local.

Estos fines se cumplirán con arreglo a los siguientes principios:

(...)

e. La protección de la juventud, la infancia y la familia.

(...)

g. La preeminencia del interés público sobre el privado.

(...)" .

El artículo 5 de la Ley en mención consagra como funciones de la Comisión Nacional de Televisión, entre otras, la de sancionar a los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas, cuando violen las disposiciones constitucionales y legales que amparan específicamente los derechos de la familia y de los niños: Dice así la norma:

"Artículo 5. Funciones. En desarrollo de su objeto corresponde a la Comisión Nacional de Televisión:

(...)

n. Sancionar a los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión nacional cuando violen las disposiciones constitucionales y legales que amparan específicamente los derechos de la familia y de los niños. De acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida la Comisión Nacional de Televisión en el término de los seis meses siguientes a la vigencia de la presente ley, los infractores se harán acreedores de las sanciones de amonestación, suspensión temporal del servicio hasta por cinco meses o caducidad o revocatoria de la concesión o licencia, según la gravedad de la infracción y la reincidencia. En todo caso, se respetarán las normas establecidas en la ley sobre el debido proceso".

Una primera conclusión que se extrae de las normas en mención es la que corresponde a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión la función de sancionar, de conformidad con las normas del debido proceso y con el procedimiento previsto en la ley, a los operadores del servicio, a los concesionarios de espacios de televisión y a los contratistas de los canales regionales por violación de sus obligaciones contractuales, o por trasgresión de las disposiciones legales y reglamentarias o de las de la Comisión, relacionadas con el servicio, todo lo cual se encuentra implícito en la facultad de intervención que ostenta dicha Comisión.

Así lo determinó la Corte Constitucional en sentencia C-298 de 1999, mediante la cual estudió la

exequibilidad del literal b) del artículo 5° de la ley 182 de 1995, cuando dijo:

"Es obvio que la actividad de intervención implica de suyo, labores de inspección, vigilancia, seguimiento y control como las que están previstas en el literal acusado, pues no se entiende como el Estado puede intervenir sin actuar de manera directa en la vigilancia de la prestación del servicio de televisión. Para tales efectos, la ley autoriza a la Comisión a iniciar investigaciones y ordenar visitas a las instalaciones de los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión y si fuere del caso, exigir la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, e imponer las sanciones a que haya lugar".

Por otro lado, el artículo 53 de la Ley 182 de 1995 se refiere a las facultades sancionatorias de la CNTV.

"Artículo 53. Facultades sancionatorias de la Comisión Nacional de Televisión. La Comisión Nacional de Televisión establecerá prohibiciones para aquellas conductas en que incurran las personas que atenten contra el pluralismo informativo, la competencia, el régimen de inhabilidades y los derechos de los televidentes. La violación de las normas acarreará sanciones a los infractores o a quienes hayan resultado beneficiarios reales de tales infracciones".

Como quiera que el a quo anuló los actos administrativos demandados, principalmente, porque se desconoció el debido proceso, la Sala examinará el planteamiento en el recurso que se examina en donde se invoca el inciso 2 del artículo 29 de la Ley 182 de 1995 que otorga competencia a la Comisión Nacional de Televisión para regular y clasificar la publicidad con miras a determinados objetivos. Dice así la norma:

"Artículo 29.

(...)

Salvo lo dispuesto en la Constitución y la ley, es libre la expresión y difusión de los contenidos de la programación y de la publicidad en el servicio de televisión, los cuales no serán objeto de censura ni control previo. Sin embargo, los mismos podrán ser clasificados y regulados por parte de la Comisión Nacional de Televisión, con miras a promover su calidad, garantizar el cumplimiento de los fines y principios que rigen el servicio público de televisión, proteger a la familia, a los grupos vulnerables de la población, en especial los niños y jóvenes, para garantizar su desarrollo armónico e integral y fomentar la producción colombiana(...)".

Ley 335 de 1996. "Por la cual se modifican parcialmente las Leyes 14 de 1991 y 182 de 1995, se crea la televisión privada en Colombia y se dictan otras disposiciones" autoriza a la Comisión para establecer diferentes franjas para la programación, así.

"Artículo 5°. La Comisión Nacional de Televisión reglamentará las franjas de audiencia y fijará el número de horas de emisión diaria a los concesionarios de televisión pública y privada, a fin de garantizar su igualdad de competencia y cumplir a cabalidad con los fines y servicios del servicio público de televisión."

"Artículo 27. Para la correcta prestación del servicio público de televisión, la franja comprendida entre las 7 a.m. y las 9.30 p.m., deberá ser para programas aptos para todos los públicos. Si en uno de éstos se violaren las disposiciones del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor) o cualquier ley que proteja los derechos de los niños, de los jóvenes y de la familia, la Comisión Nacional de Televisión impondrá sanciones según la gravedad del hecho, desde la suspensión

temporal del programa hasta la cancelación del mismo".

Una primera conclusión que se desprende de esta norma es que la programación en la franja a partir de las 9:30 p.m. no incluye a todos los públicos.

Precisamente, los artículos 14 y 15 del Acuerdo 17 de 1997, expedido por la Comisión Nacional de Televisión, "Por el cual se reglamentan los contenidos de violencia y sexo en los programas de televisión y se dictan otras disposiciones", consagran:

"Artículo 14. Del sexo como mercancía, En la franja infantil y familiar no se presentará el sexo como instrumento válido para alcanzar objetivos profesionales, académicos, económicos o personales diferentes de los que estén implícitos en la relación de pareja".

Artículo 15. Pornografía. Para efectos del presente acuerdo, se entiende por pornografía la presentación degradada del sexo. La pornografía no podrá ser transmitida en ninguna franja de la televisión abierta". (resaltado fuera de texto).

Respecto del tema del sexo en televisión, el Capítulo III del citado Acuerdo 17 reglamenta lo relativo al sexo en los programas de entretenimiento. En el artículo 12 se señala que el sexo será presentado como una función natural, atendiendo los principios del respeto por la dignidad y la integridad de las personas, precisando en el artículo 13 que en la franja infantil no se presentará el sexo como tema de entretenimiento y que en la familiar se podrá tratar, siempre y cuando tenga justificación dentro del contexto en que se producen los hechos.

Agrega que la programación recreativa debe cumplir estrictamente las disposiciones contenidas en el Código del Menor.

Y con respecto al tema que interesa, el sexo en los comerciales, el artículo 23, *ibídem*, prescribe:

"Artículo 23. Sexo en los comerciales. En la franja infantil no se presentarán anuncios comerciales o promocionales o avances de programas que incluyan escenas de sexo. En la franja familiar se podrán presentar, siempre y cuando el sexo esté implícito en la naturaleza del producto o servicio que se publicita. Los comerciales deberán respetar la clasificación de la franja de audiencia en que se vayan a transmitir".

De conformidad con las normas anteriormente citadas, encuentra la Sala que existe una restricción para la presentación y manejo del tema del sexo en las franjas infantil y familiar, más no en la que se transmite a partir de las 9:30 p.m.. Lo que sí está taxativamente prohibido, en todas las franjas, es la pornografía la cual, en los términos del literal c) del citado artículo 29 de Acuerdo 017 de 1997, expedido por la Comisión Nacional de Televisión, se sanciona con suspensión entre 3 y 6 meses, o caducidad de la concesión.

Plasmado lo anterior, encuentra la Sala necesario esclarecer dos aspectos básicos, a saber:

- A. -La orden dada por la CNTV de suspender en forma inmediata dichos comerciales, es simplemente una orden o se trata de una sanción que, como tal, debió cumplir con todos los trámites previos contenidos en el debido proceso?
 1. B. Efectivamente los comerciales sobre "líneas calientes" pueden calificarse como pornografía?
 2. A. Dado que en el cargo que se analiza se aduce que se desconoció el debido proceso, por cuanto con antelación a la expedición de los actos acusados no se dio la oportunidad

de presentar descargos o explicaciones y de presentar y solicitar pruebas, la Sala, para resolver el interrogante, considera necesario tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y en el artículo 2 del C. C. A., y las facultades que otorga la Ley 182 de 1995 a la Comisión Nacional de Televisión, a las que se ha hecho alusión para clasificar y regular la publicidad, normas que estipulan:

3. Constitución Política:
4. "ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
5. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.
6. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
7. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso."
- 8.
9. "Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.
10. (...)"
11. Código Contencioso Administrativo.
12. "Artículo 2. Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley".
13. Ley 182 de 1995 artículo 5°:
14. "ARTICULO 5o. Funciones. En desarrollo de su objeto, corresponde a la Comisión Nacional de Televisión:
15. a) Dirigir, ejecutar y desarrollar la política general del servicio de televisión determinada en la ley y velar por su cumplimiento, para lo cual podrá realizar los actos que considere necesarios para preservar el espíritu de la ley;
16. b) Adelantar las actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión. Para estos efectos, podrá iniciar investigaciones y ordenar visitas a las instalaciones de los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión; exigir la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, sin que le sea oponible la reserva o inviolabilidad de los mismos; e imponer las sanciones a que haya lugar;
17. c) Clasificar, de conformidad con la presente Ley, las distintas modalidades del servicio público de televisión, y regular las condiciones de operación y explotación del mismo, particularmente en materia de cubrimientos, encadenamientos, expansión progresiva del área asignada, configuración técnica, franjas y contenido de la programación, gestión y

calidad del servicio, publicidad, comercialización en los términos de esta Ley, modificaciones en razón de la transmisión de eventos especiales, utilización de las redes y servicios satelitales, y obligaciones con los usuarios;

18. d) Investigar y sancionar a los operadores, concesionarios de espacios y contratistas de televisión por violación del régimen de protección de la competencia, el pluralismo informativo y del régimen para evitar las prácticas monopolísticas previsto en la Constitución y en la presente y en otras leyes, o por incurrir en prácticas, actividades o arreglos que sean contrarios a la libre y leal competencia y a la igualdad de oportunidades entre aquéllos, o que tiendan a la concentración de la propiedad o del poder informativo en los servicios de televisión, o a la formación indebida de una posición dominante en el mercado, o que constituyan una especie de práctica monopolística en el uso del espectro electromagnético y en la prestación del servicio.
19. Las personas que infrinjan lo dispuesto en este literal serán sancionadas con multas individuales desde seiscientos (600) hasta seis mil (6.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la sanción, y deberán cesar en las prácticas o conductas que hayan originado la sanción.
20. Igualmente, la Comisión sancionará con multa desde cien (100) hasta seiscientos (600) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la sanción a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren las conductas prohibidas por la Constitución y la ley.
21. Para los fines de lo dispuesto en este literal, se atenderán las normas del debido proceso administrativo. Al expedir los Estatutos, la Junta Directiva de la Comisión creará una dependencia encargada exclusivamente del ejercicio de las presentes funciones. En todo caso, la Junta decidirá en segunda instancia;
22. e) Reglamentar el, otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio, los contratos de concesión de espacios de televisión y los contratos de cesión de derechos de emisión, producción y coproducción de los programas de televisión, así como los requisitos de las licitaciones, contratos y licencias para acceder al servicio, y el régimen sancionatorio aplicable a los concesionarios, operadores y contratistas de televisión, de conformidad con las normas previstas en la ley y en los reglamentos;
23. f) Asignar a los operadores del servicio de televisión las frecuencias que deban utilizar, de conformidad con el título y el plan de uso de las frecuencias aplicables al servicio, e impartir permisos para el montaje o modificación de las redes respectivas y para sus operaciones de prueba y definitivas, previa coordinación con el Ministerio de Comunicaciones;
24. g) Fijar los derechos, tasas y tarifas que deba percibir por concepto del otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión, y las que correspondan a los contratos de concesión de espacios de televisión, así como por la adjudicación, asignación y uso de las frecuencias.
25. Al establecerse una tasa o contribución por la adjudicación de la concesión, el valor de la misma será diferido en un plazo de dos (2) años. Una vez otorgada la concesión la Comisión Nacional de Televisión reglamentará el otorgamiento de las garantías.
26. Los derechos, tasas y tarifas deberán ser fijados por la Comisión Nacional de Televisión, teniendo en cuenta la cobertura geográfica, la población total y el ingreso per cápita en el área de cubrimiento, con base en las estadísticas que publique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, así como también la recuperación de los costos del servicio público de televisión; la participación en los beneficios que la misma

proporcione a los concesionarios, según la cobertura geográfica y la audiencia potencial del servicio; así como los que resulten necesarios para el fortalecimiento de los operadores públicos, con el fin de cumplir las funciones tendientes a garantizar el pluralismo informativo, la competencia, la inexistencia de prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión y la prestación eficiente de dicho servicio.

27. Lo dispuesto en este literal también deberá tenerse en cuenta para la fijación de cualquier otra tasa, canon o derecho que corresponda a la Comisión.
28. Las tasas, cánones o derechos aquí enunciados serán iguales para los operadores que cubran las mismas zonas, áreas, o condiciones equivalentes;
29. h) Formular los planes y programas sectoriales para el desarrollo de los servicios de televisión y para el ordenamiento y utilización de frecuencias, en coordinación con el Ministerio de Comunicaciones;
30. i) Cumplir las decisiones de las autoridades y resolver las peticiones y quejas de los particulares o de las Ligas de Televidentes legalmente establecidas sobre el contenido y calidad de la programación, la publicidad de los servicios de televisión y, en general, sobre la cumplida prestación del servicio por parte de los operadores, concesionarios de espacios de televisión y los contratistas de televisión regional;
31. j) Promover y realizar estudios o investigaciones sobre el servicio de televisión y presentar semestralmente al Gobierno Nacional y al Congreso de la República un informe detallado de su gestión, particularmente sobre el manejo de los dineros a su cargo, sueldos, gastos de viaje, publicidad, primas o bonificaciones, el manejo de frecuencias y en general sobre el cumplimiento de todas las funciones a su cargo. Sobre el desempeño de las funciones y actividades a su cargo, y la evaluación de la situación y desarrollo de los servicios de televisión;
32. k) Ejecutar los actos y contratos propios de su naturaleza y que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto, para lo cual se sujetará a las normas previstas en el Código Contencioso Administrativo y en la Ley 80 de 1993, y en las normas que las sustituyan, complementen o adicionen;
33. l) Suspender temporalmente y de manera preventiva, la emisión de la programación de un concesionario en casos de extrema gravedad, cuando existan serios indicios de violación grave de esta Ley, o que atenten de manera grave y directa contra el orden público. Esta medida deberá ser decretada mediante el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la Junta de la Comisión Nacional de Televisión. En forma inmediata la Comisión Nacional de Televisión abrirá la investigación y se dará traslado de cargos al presunto infractor. La suspensión se mantendrá mientras subsistan las circunstancias que la motivaron. Si la violación tiene carácter penal, los hechos serán puestos en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación;
34. m) Diseñar estrategias educativas con el fin de que los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión regional las divulguen y promuevan en el servicio, a efecto de que la teleaudiencia familiar e infantil pueda desarrollar la creatividad, la imaginación y el espíritu crítico respecto de los mensajes transmitidos a través de la televisión;
35. n) Sancionar a los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión nacional cuando violen las disposiciones constitucionales y legales que amparan específicamente los derechos de la familia y de los niños. De acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida la Comisión Nacional de Televisión en el término de los seis meses siguientes a la vigencia de la presente Ley, los infractores se

harán acreedores de las sanciones de amonestación, suspensión temporal del servicio hasta por cinco meses o caducidad o revocatoria de la concesión o licencia, según la gravedad de la infracción y la reincidencia. En todo caso, se respetarán las normas establecidas en la ley sobre el debido proceso;

36. ñ) Cumplir las demás funciones que le correspondan como entidad de dirección, regulación y control del servicio público de televisión."
37. Respecto de la violación del debido proceso y el desconocimiento del derecho de defensa por no haberse formulado previamente pliego de cargos y haber negado la práctica de pruebas solicitadas con el recurso de reposición que fue resuelto mediante Resolución 0527 de abril 14 de 1999, aquí demandada, bajo el cargo de infracción directa del artículo 29 de la Constitución Política, se encuentra que la misma norma constitucional señala como uno de los elementos integrantes del debido proceso la sujeción a las reglas y procedimientos plasmados por el legislador para el respectivo proceso, por lo que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente, según las reglas de la ley, y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, que deben estar previstas en la ley, lo cual implica que es el marco legal el punto de referencia para establecer en cada caso concreto si se acataron o no las reglas del debido proceso.
38. De manera que para verificar el cumplimiento de la garantía constitucional del debido proceso debe verificarse el contenido del debido proceso en relación con cada caso, que no es otra cosa que hacer un ejercicio de comparación con lo dispuesto en la ley correspondiente, que desarrolla el precepto de la Constitución Política para cada procedimiento.
39. Como lo ha señalado esta misma Sala, el debido proceso no es abstracto, sino que necesariamente ha de concretarse en una serie de normas específicas que lo consagren para el caso específico.
40. Conforme a lo anterior, todo procedimiento debe asegurar, previo al ejercicio de la potestad sancionatoria, la oportunidad de presentar descargos o de rendir explicaciones. Sin embargo, en el caso en estudio, la Comisión Nacional de Televisión no desplegó su facultad sancionatoria que se expresa en la imposición de amonestación, suspensión temporal hasta por cinco (5) meses o declaratoria de caducidad o de revocatoria, de conformidad con lo previsto en el literal n) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995, pues en los actos demandados no se impuso la sanción de suspensión prevista en el literal e) del artículo 29, *ibídem*, :
41. "Artículo 29. Clasificación de las faltas. Las faltas en que incurran los operadores públicos y privados, concesionarios de espacios y contratistas de canales regionales y concesionarios de televisión por suscripción en cumplimiento de la prestación de este servicio, son:
42. (...)
43. e) Emitir en cualquier franja de la televisión abierta escenas de contenido pornográfico. Sanción: suspensión entre tres (3) y seis (6) meses, o caducidad de la concesión".
44. El artículo 12 de la Ley 182 de 1995 otorga a la Comisión Nacional de Televisión facultades para sancionar a los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión nacional cuando violen las disposiciones constitucionales y legales que amparan específicamente los derechos de la familia y de los niños, y estas sanciones deben imponerse respetando las reglas del debido proceso.
45. Pero en el presente caso, mediante los actos acusados se impuso una medida preventiva, como la califica el literal l) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995:

46. Artículo 5. Funciones. En desarrollo de su objeto, corresponde a la Comisión Nacional de Televisión.
47. (...)
48. l. Suspender temporalmente y de manera preventiva, la emisión de la programación de un concesionario en casos de extrema gravedad, cuando existan serios indicios de violación grave de esta ley, o que atenten de manera grave y directa contra el orden público. Esta medida deberá ser decretada mediante el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la junta de la Comisión Nacional de Televisión. En forma inmediata la Comisión Nacional de Televisión abrirá la investigación y se dará traslado de cargos al presunto infractor. La suspensión se mantendrá mientras subsistan las circunstancias que la motivaron. Si la violación tiene carácter penal, los hechos serán puestos en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación".(Subrayado fuera de texto).
49. Tal expedición se produjo en aras de proteger los fines y objetivos de la televisión frente a la presentación de publicidad que la Comisión Nacional de Televisión consideró como pornografía y que, por lo tanto, era de ejecución inmediata, lo que se traduce en que no existe actuación administrativa previa a la expedición de la medida.
50. Así las cosas, considera la Sala que con los actos acusados se ejerció una facultad de policía tendiente a la protección del orden público, bajo el aspecto de la moralidad pública, para lo cual, según lo precisa el artículo 1 del C. C. A., a la administración no le corresponde acatar todo el procedimiento previsto en la primera parte del C. C . A. o en normas especiales que regulen el trámite de una actuación.
51. En efecto, el artículo primero del citado Código dispone que las normas de la primera parte se aplican a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes, dentro de las cuales está comprendida la Comisión Nacional de Televisión. También señala que los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de la parte primera que sean compatibles.
52. No obstante excepciona los siguientes eventos "Estas normas no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieren decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar una perturbación de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad y circulación de personas o cosas"
53. De manera que cuando la Comisión Nacional de Televisión expidió la orden de retirar en forma inmediata los comerciales, como ya se anotó, no profirió una sanción de las que está autorizada por la ley a expedir; por lo tanto, no se requería formulación previa de cargos o de solicitud de explicaciones que asegurara el derecho de defensa, sino que al tratarse de una orden de cumplimiento inmediato, que no reviste el carácter de sanción como consecuencia de falta definida en el artículo 27 del Acuerdo 017 de 1997 como "toda conducta o comportamiento realizado o ejecutado por el operador público o privado, el concesionario de espacios, el contratista de canales regionales o el concesionario del servicio de televisión por suscripción que sea contraria a la Constitución, a la ley y a los reglamentos", no implicaba seguir todo un procedimiento administrativo y la suspensión de su ejecución para la decisión de los recursos interpuestos en la vía gubernativa.
54. Sin embargo, advierte la Sala que, según se desprende de lo señalado en el precitado literal l) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995, la medida preventiva que está autorizada a adoptar la Comisión Nacional de Televisión es de carácter transitorio por todo el tiempo en que se considere persisten las circunstancias que la motivaron; en la medida en que luego de la expedición de la orden impuesta, y como lo dice el literal en mención,

de manera inmediata debió adelantar por separado la correspondiente actuación administrativa tendiente a imponer una sanción de suspensión temporal o de caducidad de la concesión, por lo que consideraba contenido pornográfico de la publicidad, que a su juicio, encontró en los comerciales a que se ha hecho mención, sin que estuviese autorizada, por lo tanto, para convertir en definitiva la medida preventiva.

55. Así lo precisó la Comisión cuando al resolver el recurso de reposición señaló:

"Ya se estableció que la Resolución se expidió con la debida motivación, y en segundo lugar debe aclararse que esta Entidad no está imponiendo ninguna sanción a los operadores y concesionarios del servicio público de televisión; lo que contiene el acto administrativo es una orden, basada en los artículos 2 y 29 de la Ley 182 de 1995 y el artículo 15 del Acuerdo 17 de 1997, de retirar del aire en forma inmediata unos comerciales que incitan a la degradación del sexo."

56. Y ello, por cuanto al concluir que la presentación de comerciales de líneas calientes constituían pornografía, prohibida en cualquier franja de la televisión abierta, la Comisión Nacional de Televisión, ante lo que consideró infracción de sus reglamentos que prohíben precisamente la presentación de este tipo de publicidad en cualquier franja de televisión, aplicó una orden que debía ejecutarse de inmediato, sin perjuicio de que también adelantara la correspondiente actuación administrativa con miras a imponer una sanción asegurando el derecho de defensa de manera previa a su expedición.

57. Finalmente, es importante precisar uno de los aspectos señalados por la parte demandante en relación con la prohibición de la censura de que trata el artículo 20 de la Constitución Política. La censura, que está tajantemente prohibida en los términos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es aquella que implica una selección, por parte del Estado, con carácter ideológico y doctrinario, de la información o de las opiniones que vayan a divulgarse y, por ende, un desconocimiento del pluralismo ideológico que garantiza la Carta. No obstante, existen prohibiciones válidas como la relativa a la pornografía en protección de los derechos de los niños que priman sobre cualquier otro derecho y muy especialmente en defensa de los principios y valores de la familia; por lo tanto, a juicio de la Sala la alegada aplicación de censura por parte de la Comisión Nacional de Televisión no se encuentra estructurada.

A. En el segundo cargo que se examina se ha planteado la causal de nulidad de los actos administrativos de falsa motivación.

Debe tener en cuenta la Sala que CARACOL TELEVISIÓN S.A., al interponer el recurso de reposición en contra de la Resolución 219 de marzo 16 de 1999, solicitó las siguientes pruebas:

- I. Copia del acta de la sesión de la Comisión Nacional de Televisión correspondiente al 16 de marzo de 1999 en la cual se tomó la determinación de ordenar el retiro de los comerciales.
- II. Peritaje de al menos tres sicólogos y siquiatras, expertos en comportamiento sexual, con el fin de que profieran su dictamen respecto del término "presentación degradada del sexo" y su adecuación o no a los comerciales en cuestión.

Aclara la Sala que en el presente caso, en las instancia jurisdiccional no se solicitó ninguna prueba semejante a la pedida en el recurso de reposición, por lo cual no cabe dentro del análisis que debe realizar la Sala el planteamiento relativo a la falta de práctica de pruebas en la vía gubernativa, pues no hay manera de calificar la pertinencia de las mismas, al no haber sido

solicitadas dentro de este proceso.

Ya se dijo que el Acuerdo 17 de 1997, expedido por la Comisión Nacional de Televisión, define la pornografía en el artículo 15 como "la presentación degradada del sexo" y el Diccionario de la Lengua Española, Real Academia, define así la pornografía:

"Pornografía: Carácter obsceno de obras literarias o artísticas".

"Pornográfico: Dícese del autor de obras obscenas".

"Obsceno: Impúdico, torpe, ofensivo al pudor.

De manera que para precisar el carácter de pornográfico de los comerciales de líneas calientes y, por ende, determinar la configuración de la causal prevista en el artículo 29, literal e) del Acuerdo 17 de 1997, ya que la pornografía está prohibida en cualquier franja de la televisión abierta, la Comisión Nacional de Televisión debió contar, como en efecto lo hizo, con el criterio auxiliar de expertos en la materia.

Se dice en las motivaciones de la Resolución 0219 de marzo 16 de 1999 que "según el informe del Grupo de Analistas Evaluadores de Televisión de esta entidad, se han venido presentando en los canales privados de CARACOL y RCN y en los concesionarios de espacios de televisión de la cadena UNO, comerciales que promocionan líneas eróticas, también llamadas líneas calientes". Y " Que en los citados comerciales se destaca el carácter obsceno de sus representaciones, incitando y presentando la sexualidad de manera cruda y degradante, por lo que se puede considerar como una carga pornográfica, que constituye violación a las normas mencionadas"

En la Resolución 0527 de abril 12 de 1999, mediante la cual se resolvió el recurso interpuesto contra la anterior, la Comisión Nacional de Televisión aduce que en el acto impugnado se citaron los motivos por los cuales la Junta Directiva ordenó retirar del aire los comerciales a que se hace referencia. Que, previo análisis, la Junta Directiva estableció que en los comerciales se destaca el carácter obsceno de sus representaciones, incitando y presentando la sexualidad de manera cruda y degradante.

Al respecto, sobre los motivos que expresó la administración para adoptar la medida demandada, encuentra la Sala que a folios 128 y siguientes del expediente, obra el Informe del Grupo de Analistas y Evaluadores de Televisión, fechado marzo 15 de 1999, es decir del día anterior a la expedición del primer acto demandado, y que sirvió de base al mismo, pero que sus conclusiones no se citaron de manera completa ni aparece en las motivaciones de las Resoluciones demandadas análisis de dicho concepto.

En efecto el citado estudio sobre las denominadas "líneas calientes" realizado por el Grupo de Analistas Evaluadores de Televisión y presentado por solicitud de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, concluye lo siguiente:

"Como características generales de los anteriores se destaca el uso de ropa interior vaporosa y de encajes, así como el tono de voz sensual utilizado por la mayoría de ellas en frases como: "Déjate atrapar por mi sensualidad"....." Quieres conocerme? Sólo marca el 033....", "Atrévete.... Las 24 horas sólo para ti..

La intención de las cuñas es promocionar un servicio para adultos y su ubicación es adecuada a

la franja que le corresponde. (destaca la Sala) Es importante señalar finalmente que las tomas que muestran las distintas cuñas si bien es cierto no tienen un valor estético en la medida en que son monótonas y poco creativas tampoco son pornográficas (destaca la Sala) en la medida en que no caen en una presentación degradada del sexo ni destruyen valores personales o sociales. (destaca la Sala) Ni siquiera la cuña con referencia enfermera cuya sinopsis se presentó anteriormente y que como señaló anteriormente, es la más insinuante de todas, tiene una carga pornográfica. Esta última se caracteriza por el carácter obsceno de sus representaciones presentando la sexualidad de manera cruda y degradante".

Esta última frase, sacada de todo el contexto del dictamen de expertos , sirvió de base a la Comisión Nacional de Televisión para motivar su decisión de ordenar el retiro de los comerciales cuando consignó en uno de sus considerandos:

"Que en los citados comerciales se destaca el carácter obsceno de sus representaciones, incitando y presentando la sexualidad de manera cruda y degradante, por lo que se puede considerar como una carga pornográfica, que constituye violación a las normas mencionadas".

Cuando lo que se hizo al final del concepto en referencia fue definir, una vez más, lo que se debe entender por pornografía.

Con este propósito, además de manejar de manera contradictoria el informe del Grupo de Analistas Evaluadores, que sirvió de sustento a la decisión contenida en los actos demandados, hizo decir al mismo una conclusión totalmente diferente a la allí contenida, pues lo cierto es que el informe analizó uno a uno cada comercial , vestido de novia, enfermera, azafata y playa, describiendo cada uno de los elementos del comercial; los encontró que tienen relación con el auge de la telefonía celular y que la amplia difusión del tema obedece de alguna manera al hecho de que sea "el sexo" el objeto de las mismas y que, en esa medida, es importante profundizar en la presencia de lo "sexual", convertido en huella de identidad de nuestra época. " Si partimos de la definición de esta última (época) entendida como un momento cronológico en donde se realizan procesos de transformación en las formas de percibir y representar la sociedad contemporánea , nos encontramos con nuevas "sensibilidades" en donde lo sexual, lo ecológico, la violencia y el cuerpo, por citar los elementos más relevantes, van a jugar un papel determinante en la medida en que se convierten en un "set de significados" que van a ser compartidos y resignificados por una comunidad específica.

El abordaje de la sexualidad, como lo señala Luis Carlos Restrepo, psiquiatra estudioso del tema y uno de los investigadores sociales que en Colombia han abordado esta discusión desde un ámbito distinto, debe partir de "una actitud de respeto a la diferencia, de fomento al crecimiento y a la singularidad y al enriquecimiento lingüístico y simbólico".

La Sala considera que el aparte del concepto de rindió este Grupo de Evaluadores a solicitud de la Comisión Nacional de Televisión, y como se dijo, fuera de todo el restante contexto haciéndolo aparecer como contradictorio, no constituía instrumento suficientemente válido para adoptar la decisión, pues la misma debió adoptarse luego de un enriquecedor proceso que llevara a la administración a la convicción del contenido pornográfico de tales comerciales, y no, como en el caso en estudio, hacer decir al concepto lo que no dijo, pues "las tomas muestran las distintas cuñas que si bien es cierto no tienen valor estético en la medida en que son monótonas y poco creativas, tampoco son pornográficas en la medida en que no caen en una presentación degradada del sexo ni destruyen valores personales o sociales".(folio 133 del c. Principal). Ninguna otra motivación contienen loa actos acusados que permitiera a la Comisión tener por

sentado que se trataba de pornografía.

Como para poder ordenar el retiro de los comerciales, bajo el entendido de que eran pornografía, prohibida en cualquier franja de la televisión, la Comisión Nacional de Televisión debió apoyarse en criterios que suministraran suficiente y clara convicción del contenido pornográfico de las mencionadas cuñas y no lo hizo y, por el contrario, solicitó de manera previa un concepto a un Grupo de Evaluadores y al obtenerlo lo desconoció en sus conclusiones, pero motivó los actos demandados en el mismo de manera contradictoria, encuentra la Sala que se probó la causal de nulidad de falsa motivación de los actos administrativos, lo que conduce a que se confirme el fallo de primera instancia.

Para arribar a esta conclusión la Sala precisa que no fue el argumento de que corresponde a la Comisión Nacional de Televisión vigilar por el cumplimiento de los fines del servicio de televisión, que deben ser, a juicio de la Sala, de entretenimiento, educación y formación de valores humanos, el que sirvió de motivación a los actos acusados, sino la calificación del contenido "pornográfico" de los comerciales cuyo retiro se ordenó mediante los actos acusados, olvidando que en el Acuerdo 17 de 1997 la misma Comisión Nacional de Televisión define el sexo como mercancía, para distinguir la pornografía, así : "Artículo 14: Del sexo como mercancía: En la franja infantil y familiar no se presentará sexo como instrumento válido para alcanzar objetivos profesionales, académicos, económicos o personales diferentes de los que estén implícitos en la relación de pareja. "Artículo 15. Pornografía. Para efectos del presente acuerdo, se entiende por pornografía la presentación degradada del sexo. La pornografía no podrá ser transmitida en ninguna franja de la televisión abierta".

Por lo expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE el fallo apelado.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de la Sección Primera, en su sesión de fecha marzo 20 de 2003.

MANUEL S. URUETA AYOLA

OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO

Presidente

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Salva voto

Salva voto

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT P.

Conjuez

SALVAMENTOS DE VOTO

COMISION NACIONAL DE TELEVISION - Prohibición de comerciales eróticos /
COMERCIALES ERÓTICOS - Sexo como mercancía degrada el sexo / SEXO COMO
MERCANCIA / PROSTITUCION - Concepto / LINEAS CALIENTES - Forma degradada del
sexo

En mi criterio, la orden con que la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN suspendió las propagandas de llamadas telefónicas eróticas tenía pleno fundamento en los artículos 14, 15 y 23 de su Acuerdo 17 de 1997 «por el cual se reglamentan los contenidos de violencia y sexo en los programas de televisión y se dictan otras disposiciones». Según estas normas, la televisión no admite: (i) El sexo como mercancía; (ii) La presentación degradada del sexo. Los anuncios publicitarios retirados por la CNTV promocionaban lo que en términos económicos sería un «servicio»: estímulos eróticos verbales a través de un teléfono celular. A mi juicio, este así llamado «servicio» encaja en ambas prohibiciones: es sexo como mercancía, porque es sexo que se vende; y es una forma degradada del sexo, también porque se vende, y además porque está ausente la «relación de pareja» que preconiza el artículo 12 del Acuerdo. En la prostitución -una de las formas degradadas del sexo- se paga dinero a cambio de relaciones sexuales. En estas llamadas «líneas calientes», se paga dinero a cambio de estímulos eróticos verbales. A mi juicio, éste sexo telefónico o auricular, también es una forma degradada del sexo. Lo que las envilece a una y a otra es la mediación del dinero, sea que se pague por el acto sexual o apenas por estímulos auditivos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil tres (2003)

Radicación número: 25000-23-24-000-1999-0812-01(5710)

Actor: CARACOL TELEVISIÓN S.A.

Demandado: LA NACIÓN – COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN

En mi criterio, la orden con que la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN suspendió las propagandas de llamadas telefónicas eróticas tenía pleno fundamento en los artículos 14, 15 y 23 de su Acuerdo 17 de 1997 «por el cual se reglamentan los contenidos de violencia y sexo en los programas de televisión y se dictan otras disposiciones», que transcribo enseguida:

«CAPÍTULO III

EL SEXO EN LOS PROGRAMAS DE ENTRETENIMIENTO

Artículo 14. **Del sexo como mercancía.** En la franja infantil y familiar no se presentará el sexo como instrumento válido para alcanzar objetivos profesionales, académicos, económicos o personales diferentes de los que estén implícitos en la relación de pareja.

Artículo 15. Pornografía. Para efectos del presente acuerdo, se entiende por pornografía la **presentación degradada del sexo**. La pornografía no podrá ser transmitida en ninguna franja de

televisión abierta.

...

CAPÍTULO V

CONTENIDO DE LOS ANUNCIOS PUBLICITARIOS

Artículo 23. Sexo en los comerciales. En la franja infantil no se presentarán anuncios comerciales o promocionales o avances de programas que incluyan escenas de sexo. En la franja familiar se podrán presentar, siempre y cuando el sexo esté implícito en la naturaleza del producto o servicio que se publicita. Los comerciales deberán respetar la clasificación de la franja de audiencia en que se vayan a transmitir.

Según estas normas, la televisión no admite: (i) El sexo como mercancía; (ii) La presentación degradada del sexo.

Los anuncios publicitarios retirados por la CNTV promocionaban lo que en términos económicos sería un «servicio»: estímulos eróticos verbales a través de un teléfono celular.

A mi juicio, este así llamado «servicio» encaja en ambas prohibiciones: es sexo como mercancía, porque es sexo que se vende; y es una forma degradada del sexo, también porque se vende, y además porque está ausente la «relación de pareja» que preconiza el artículo 12 del Acuerdo.

En la prostitución –una de las formas degradadas del sexo– se paga dinero a cambio de relaciones sexuales. En estas llamadas «líneas calientes», se paga dinero a cambio de estímulos eróticos verbales. A mi juicio, éste sexo telefónico o auricular, también es una forma degradada del sexo. Lo que las envilece a una y a otra es la mediación del dinero, sea que se pague por el acto sexual o apenas por estímulos auditivos.

No es este un problema de libertades o de tolerancia. El caso es que los reglamentos vigentes prohibían la promoción publicitaria de este «servicio», y debieron ser aplicados.

El acto de la CNTV no estuvo falsamente motivado: los expertos consultados por ella apenas sí se refirieron al contenido visual de los comerciales, pero no vieron el fondo del asunto, que por lo demás, le estaba reservado a la Junta Directiva de la CNTV. Porque son las autoridades, y no sus auxiliares o subalternos, quienes ejercen las atribuciones que les confieren las leyes.

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

COMERCIALES ERÓTICOS - La comercialización del sexo degrada y envilece /
PORNOGRAFIA - Prohibición por degradación del sexo / LINEAS CALIENTES

Los anuncios publicitarios que contengan escenas de sexo solo se podrán presentar en la franja familiar –nunca en la infantil– siempre y cuando el sexo esté implícito en la naturaleza del producto o servicio que se publicita. Si bien el "servicio" a que se refieren los controvertidos anuncios publicitarios tiene relación directa con el aspecto sexual, es indudable que la comercialización del mismo en esas condiciones no puede tenerse como una práctica normal ni mucho menos justificable. Si bien en las relaciones de pareja el sexo puede expresarse de múltiples maneras en este caso lo que se reprocha es la explotación económica que quiere hacerse de una de sus eventuales manifestaciones, dentro del contexto de un servicio público que, como se ha visto, propugna por la consecución y consolidación de los principios y valores

ya indicados, los cuales no compaginan con la práctica mercantilista que los actos acusados quisieron conjurar por sus indeseables secuelas en el seno de la familia. La venta o comercialización del sexo, degrada y envilece esta importantísima manifestación de la condición humana y este último aspecto es el fundamento de la definición de pornografía contenida en el artículo 15 del Acuerdo 017 de 1997.

SUSPENSION DE COMERCIALES ERÓTICOS - Medida preventiva y no sancionatoria / ACTOS ADMINISTRATIVOS - La nulidad tiene cabida frente a circunstancias anteriores a su expedición, no frente a las posteriores

A mi juicio, la decisión adoptada por la Comisión Nacional de Televisión de retirar del aire los avisos publicitarios de las denominadas líneas calientes en modo alguno constituye una sanción, pues no se trata de ninguna de las medidas previstas como tal en el artículo 29 del Acuerdo 017 de abril 3 de 1997 que suponen la imposición de multas, la suspensión del contrato de concesión e inclusive la caducidad del mismo. Tales decisiones son las que revisten el carácter de sanción y en este caso ninguna de ellas se adoptó. La orden impartida en el sentido anotado se redujo entonces a una medida preventiva que hace parte de las amplias facultades con que cuenta el organismo rector de la televisión colombiana para garantizar el cometido constitucional y legal que debe alcanzar el servicio a su cargo. Pero aún cuando se aceptara que inmediatamente después de la orden controvertida debió adelantarse una actuación administrativa para imponer una sanción, su omisión no conduce a la declaratoria de nulidad que la mayoría de la Sala acogió, pues la misma es extrínseca y posterior al ejercicio de una competencia cuya validez no se discute. En este mismo sentido ha discurrido la jurisprudencia de la Corporación en los casos en que, por ejemplo, expedido regularmente un acto se omite o se acomete de forma irregular su notificación o su ejecución. La nulidad, se ha dicho, solo tiene cabida frente a circunstancias anteriores a la expedición del acto de que este trate. La misma exégesis habría que aplicar en este asunto.

SALVAMENTO DE VOTO

DR. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil tres (2003)

Radicación número: 25000-23-24-000-1999-0812-01(5710)

Actor: CARACOL TELEVISIÓN S.A.

Demandado: LA NACIÓN – COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN

Mi respetuosa discrepancia con la decisión de mayoría la explico, suscintamente, así:

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2º y 29 de la Ley 182 de 1995, citados expresamente como fundamento de los actos acusados, son fines específicos del servicio de televisión formar, educar, informar veraz y objetivamente y recrear de manera sana, satisfacer las finalidades sociales del Estado, promover el respeto de las garantías, deberes y derechos fundamentales y demás libertades, fortalecer la consolidación de la democracia y la paz, al igual que propender por la difusión de los valores humanos y las expresiones culturales.

Atendiendo precisos lineamientos de ley, el indicado cometido no puede desconocer principios tales como el respeto del pluralismo político, religioso, social y cultural, así como la protección

de la juventud, la infancia y la familia, al igual que la preeminencia del interés público sobre el privado, entre otros.

En todo caso, por virtud de un mandato constitucional y legal incontrovertible, el servicio de televisión estará sujeto a la intervención, vigilancia y control de la Comisión Nacional de Televisión, entidad encargada de garantizar el cumplimiento de los fines y principios que le son inherentes, entre los que se resaltan la protección a la familia y a los grupos vulnerables de la población, en especial, a los niños y a los jóvenes.

Es de resaltar que en el artículo 29, inciso 3°, de la Ley 29 de 1995 se puntualiza que: "La Comisión Nacional de Televisión reglamentará y velará por el establecimiento y difusión de franjas u horarios en los que deba transmitirse programación apta para niños o de carácter familiar", norma a partir de la cual se deriva la consideración de que solo en relación con esos dos niveles de audiencia cabría el establecimiento de franjas u horarios de programación.

No admite la más mínima discusión el hecho de que la Comisión Nacional de Televisión cuenta con amplias facultades para la disponer todo lo conducente al logro de los fines constitucionales y legales del servicio público de que aquí se trata.

Es así como dentro de ese contexto expidió el Acuerdo núm. 017 de 3 de abril de 1997, por el cual se reglamentan los contenidos de violencia y sexo en los programas de televisión y en el cual se destacan las siguientes normas:

Capítulo III

El sexo en los programas de entretenimiento

Artículo 12. Naturaleza del sexo. El sexo será presentado como una función natural, atendiendo los principios del respeto por la dignidad y la integridad de las personas.

Artículo 13. Tratamiento del sexo. En la franja infantil no se presentará el sexo como tema para el entretenimiento. En la familiar se podrá tratar siempre y cuando tenga justificación dentro del contexto en que se producen los hechos.

Artículo 14. Del sexo como mercancía. En la franja infantil y familiar no se presentará el sexo como instrumento válido para alcanzar objetivos profesionales, académicos, económicos o personales diferentes de los que estén implícitos en la relación de pareja.

Artículo 15. Pornografía. Para efectos del presente acuerdo, se entiende por pornografía la presentación degradada del sexo. La pornografía no podrá ser transmitida en ninguna franja de la televisión abierta.

Artículo 16. Interés científico o didáctico. En la franja infantil y familiar sólo se presentarán programas de contenido sexual cuando tengan fines didácticos o científicos. Y en todo caso estos temas serán tratados teniendo en cuenta la sensibilidad de la audiencia de estas franjas.

Artículo 17. De los niños como protagonistas. En la franja infantil no se presentarán programas donde los niños sean autores o víctimas de violencia sexual, o se atente contra el honor o pudor sexuales. En la franja familiar se podrán presentar, siempre y cuando tengan una finalidad claramente pedagógica, y en tal caso deberán respetar en todas sus partes el Código del Menor.

Artículo 18. Código del Menor. La programación recreativa deberá cumplir estrictamente las

disposiciones contenidas en el Código del Menor".

Capítulo V

Contenido de los anuncios publicitarios

"Artículo 23. Sexo en los comerciales. En la franja infantil no se presentarán anuncios comerciales o proporcionales o avances de programas que incluyan escenas de sexo. En la franja familiar se podrán presentar, siempre y cuando el sexo esté implícito en la naturaleza del producto o servicio que se publicita. Los comerciales deberán respetar la clasificación de la franja de audiencia en que se vayan a transmitir".

De la atenta lectura de las citadas disposiciones surgen a mi juicio, entre otras, las siguientes conclusiones:

- 1.- Que en lo concerniente al tema relacionado con el sexo y la violencia el Acuerdo que al efecto se expidió solo distingue dos franjas, cuales son: de un lado, la infantil y, del otro, la familiar.
- 2.- Que en la franja familiar –en la que estaría comprendida la que se denomina como la de "adultos", pues se reitera en lo que toca con el tema tratado solo se distinguen las dos indicadas, "no se puede tratar el sexo como tema de entretenimiento a menos que tenga justificación dentro del contexto en que se producen los hechos", excepción esta última que no se predica de los comerciales retirados del aire en la medida en que estos se limitan a comercializar una específica manifestación de la actividad sexual.
- 3.- Tanto en la franja infantil como en la familiar se proscribe la presentación del sexo como mercancía, lo cual es precisamente el objetivo de los comerciales que los actos acusados retiraron del aire.
- 4.- Los anuncios publicitarios que contengan escenas de sexo solo se podrán presentar en la franja familiar –nunca en la infantil- siempre y cuando el sexo esté implícito en la naturaleza del producto o servicio que se publicita. Si bien el "servicio" a que se refieren los controvertidos anuncios publicitarios tiene relación directa con el aspecto sexual, es indudable que la comercialización del mismo en esas condiciones no puede tenerse como una práctica normal ni mucho menos justificable.

Si bien en las relaciones de pareja el sexo puede expresarse de múltiples maneras en este caso lo que se reprocha es la explotación económica que quiere hacerse de una de sus eventuales manifestaciones, dentro del contexto de un servicio público que, como se ha visto, propugna por la consecución y consolidación de los principios y valores ya indicados, los cuales no compaginan con la práctica mercantilista que los actos acusados quisieron conjurar por sus indeseables secuelas en el seno de la familia.

La venta o comercialización del sexo, degrada y envilece esta importantísima manifestación de la condición humana y este último aspecto es el fundamento de la definición de pornografía contenida en el artículo 15 del Acuerdo 017 de 1997.

Por lo demás, parte importante del fundamento de la declaratoria de nulidad de los actos acusados es la consideración de que la decisión de retiro de los comerciales debió ir aparejada de una actuación tendiente a sancionar a los programadores y que esa omisión también conduce a

que los mismos se dejen sin efectos, pues constituyen el castigo que no se impuso, lo que se cataloga como una violación del debido proceso.

A mi juicio, la decisión adoptada por la Comisión Nacional de Televisión de retirar del aire los avisos publicitarios de las denominadas líneas calientes en modo alguno constituye una sanción, pues no se trata de ninguna de las medidas previstas como tal en el artículo 29 del Acuerdo 017 de abril 3 de 1997 que suponen la imposición de multas, la suspensión del contrato de concesión e inclusive la caducidad del mismo. Tales decisiones son las que revisten el carácter de sanción y en este caso ninguna de ellas se adoptó. La orden impartida en el sentido anotado se redujo entonces a una medida preventiva que hace parte de las amplias facultades con que cuenta el organismo rector de la televisión colombiana para garantizar el cometido constitucional y legal que debe alcanzar el servicio a su cargo. Pero aún cuando se aceptara que inmediatamente después de la orden controvertida debió adelantarse una actuación administrativa para imponer una sanción, su omisión no conduce a la declaratoria de nulidad que la mayoría de la Sala acogió, pues la misma es extrínseca y posterior al ejercicio de una competencia cuya validez no se discute. En este mismo sentido ha discurrido la jurisprudencia de la Corporación en los casos en que, por ejemplo, expedido regularmente un acto se omite o se acomete de forma irregular su notificación o su ejecución. La nulidad, se ha dicho, solo tiene cabida frente a circunstancias anteriores a la expedición del acto de que este trate. La misma exégesis habría que aplicar en este asunto.

Consecuente con lo brevemente expuesto estimo que los actos acusados no debieron anularse.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Consejero



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 31 de mayo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.755 - 13 de mayo de 2024)

