

Temas de derecho administrativo n.º 9

Televisión y nuevas realidades
tecnológicas y de mercado

Ronald Pacheco Reyes

Televisión y nuevas realidades tecnológicas y de mercado

**Hacia el sistema de la
comunicación audiovisual**

Universidad Externado de Colombia

Pacheco Reyes, Ronald

Televisión y nuevas realidades tecnológicas y de mercado : hacia el sistema de la comunicación audiovisual / Ronald Pacheco Reyes. - Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017.

366 páginas : ilustraciones ; 21 cm. (Temas de derecho administrativo ; 9)

Incluye referencias bibliográficas (páginas 339-366)

ISBN: 9789587728590

1. Servicios públicos – Aspectos Jurídicos – Colombia 2. Televisión -- Aspectos jurídicos – Colombia 3. Formatos digitales – Colombia 4. Internet y derecho – Colombia 5. Tecnologías de la información y la comunicación – Aspectos Jurídicos -- Colombia I. Universidad Externado de Colombia II. Título III. Serie.

344

SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.
Diciembre de 2017

ISBN 978-958-772-859-0

© 2017, RONALD PACHECO REYES
© 2017, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 02 88
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2017

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Composición: Precolombi EU-David Reyes
Impresión y encuadernación: Imageprinting Ltda.
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	13
<i>Alberto Montaña Plata</i>	
INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO PRIMERO	
NIVEL CONCEPTUAL Y FUNCIONAL DEL ENFOQUE SISTÉMICO	37
I. Nivel conceptual y características	37
A. Sistemas	38
B. Incertidumbre	39
C. Observación	44
D. Distinción sistema/entorno, unidad del sistema y organización multinivel (subsistemas)	49
E. Interconexión e interdependencia	56
F. Entropía	59
G. Autopoiesis	62
H. Acoplamiento estructural	66
II. Nivel funcional	68
A. ¿Cómo funciona el subsistema del derecho?	68
B. Articulación de conceptos sistémicos	71

CAPÍTULO SEGUNDO

EL SUBSISTEMA DEL SERVICIO PÚBLICO

DE TELEVISIÓN EN COLOMBIA 75

Introducción: lógica de configuración del sistema jurídico relacionado con las comunicaciones en Colombia	75
I. Conceptualización jurídica del servicio público de televisión	84
A. La naturaleza jurídica de la televisión en Colombia	85
B. Los fines o el elemento teleológico del servicio público de televisión	97
C. La definición técnica del servicio de televisión	103
1. Programación	105
2. Emisión	107
3. Medio de transporte	108
4. Recepción	110
D. La gestión del servicio y la cadena de valor asociada	113
1. La gestión del servicio público de televisión en el sistema jurídico colombiano	114
a. El contexto histórico y tecnológico para la configuración normativa sobre la gestión del servicio de televisión	115
b. Título que habilita la prestación del servicio	120
c. Tipo o modalidad de servicio	130
d. Prestador del servicio	135
2. La cadena de valor asociada a la gestión del servicio público de televisión	137
II. Componente institucional: control, vigilancia y regulación	145
A. Marco de análisis	145
B. Antecedentes históricos	148
C. Modelo de regulación, control y vigilancia actual	150

III. La identidad e implicaciones de la existencia de un subsistema del servicio público de televisión	154
CAPÍTULO TERCERO	
ENTROPÍA DEL SISTEMA JURÍDICO	159
Introducción: de la certidumbre a la incertidumbre	159
I. Nuevas realidades tecnológicas y de mercado en el sector audiovisual	164
A. Digitalización e internet: fenómenos que hacen posible la nueva realidad tecnológica y de mercado	165
B. Nuevas posibilidades tecnológicas de la digitalización e internet	174
1. El <i>streaming</i>	175
2. La televisión por el protocolo de internet (TVIP) o <i>Internet Protocol Television</i> (IPTV)	177
3. Televisión móvil	179
C. Actividades de prestación	181
1. Prestadores tradicionales del servicio público de televisión	182
2. Los nuevos jugadores del mercado: servicios <i>Over the Top</i> (OTT) y usuarios generadores de contenido (<i>User Generated Content</i> - UGC)	185
II. El concepto de servicio público de televisión frente a las nuevas realidades tecnológicas y de mercado	191
A. Propuesta metodológica	192
B. Desarrollo de la metodología: los servicios OTT y los UGC frente a los componentes técnico y prestacional del concepto de servicio público de televisión	195
1. La producción de los contenidos	196
2. Los canales de distribución o emisión	201
3. Recepción y exhibición de los contenidos	203

III. Efectos de las nuevas realidades tecnológicas y de mercado en el sistema jurídico: de la divergencia a la convergencia	207
IV. La entropía en el sistema jurídico	217

CAPÍTULO CUARTO

AUTOPOIESIS DEL SISTEMA JURÍDICO: HACIA EL SISTEMA DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL	221
--	-----

Introducción: planteamiento de la hipótesis	221
---	-----

I. Conceptualización jurídica de la realidad observada: televisión y nuevas realidades tecnológicas y de mercado, interpretadas a la luz de sus diferencias y puntos comunes	225
A. Divergencia y convergencia de los aspectos tecnológicos y prestacionales	228
B. Las diferencias en relación con la forma de intervención del derecho. ¿Servicio público y/o actividad económica?	238
1. Los fines de la comunicación audiovisual en el sistema jurídico colombiano	239
a. Los fines económicos de la comunicación audiovisual	243
b. Los fines no económicos de la comunicación audiovisual o fines sociales	249
2. Tipos de intervención estatal en las actividades sociales económicas y no económicas	258
3. El concepto de servicio público vigente en Colombia como naturaleza jurídica de la comunicación audiovisual	268
4. El alcance del concepto de servicio público de comunicación audiovisual	278
C. Un modelo para la gestión del servicio público de comunicación audiovisual	291

1. El título habilitante para la prestación del servicio	295
2. El tipo o modalidad de servicio	299
a. Comunicación audiovisual radiodifundida	299
b. Comunicación audiovisual cableada y satelital	301
c. Comunicación audiovisual en línea	302
3. El prestador del servicio	309
II. Configuración institucional para el control y la vigilancia: la autoridad administrativa de la comunicación audiovisual	317
III. El subsistema audiovisual: la autopoiesis del sistema jurídico	322
A. El concepto de autopoiesis en el contexto de la investigación	323
B. El subsistema audiovisual: ¿una operación autopoietica?	324
1. El origen del subsistema audiovisual	324
2. La articulación de conceptos provenientes del derecho: conceptualización jurídica y diseño institucional como componentes que permiten el surgimiento del sistema de la comunicación audiovisual	325
C. Efectos prácticos	326
CONCLUSIONES	329
REFERENCIAS	339

PRESENTACIÓN

Tengo el honor y el gusto de presentar la primera publicación de un texto académico del profesor Ronald Pacheco Reyes, titulado *Televisión y nuevas realidades tecnológicas y de mercado. Hacia el sistema de la comunicación audiovisual*. Agradezco su deferencia al solicitármelo, y pongo de presente que no solo he leído con detenimiento el producto terminado, sino que lo conozco desde que maduró la idea para su elaboración y se confeccionó el consecuente plan de trabajo.

En efecto, el texto de investigación que presento tuvo origen en un requerimiento académico: la tesis para obtener el título de “maestro en Derecho” (modalidad de investigación) del programa de derecho administrativo de nuestra universidad, el Externado de Colombia. Fue así como acompañé al autor en mi condición de director. Este trabajo fue sustentado ante un jurado que le otorgó la máxima calificación y sugirió su publicación, y desde ese momento, con ocasión del concepto que debí rendir, señalé que para mí representa el trabajo académico jurídico más serio, riguroso y juicioso sobre el servicio público de televisión en Colombia.

Luego de cumplido este requerimiento académico, el autor introdujo algunos cambios, fruto de su propia iniciativa y de las discusiones académicas que se produjeron

con profesores e investigadores del Departamento de Derecho Administrativo del Externado, lo que culminó en el texto de investigación que, reitero, tengo el honor de presentar.

Dos tipos de personas se pueden sentir atraídas por este trabajo y, estimo, no se sentirán en lo absoluto defraudadas cuando acometan su lectura. En primer lugar, aquellas que tienen interés en el régimen jurídico de la televisión en Colombia, en segundo término, aquellas que sin tenerlo quieran revisar y estudiar una construcción académica impecable desde la perspectiva de una comprensión sistémica del derecho en general y del derecho administrativo y de los servicios públicos en particular. Si ambas condiciones las reúne un mismo lector, puedo prever que no solo no se verá defraudado, sino que experimentará un profundo placer académico.

En relación con el primer grupo de lectores, considero que el intento de sistematizar la comunicación audiovisual en Colombia trajo consigo una importante labor del autor de descripción, sistematización y análisis de la normatividad relacionada con la televisión desde su comprensión como servicio público y, a más de ello, la presentación de una perspectiva sobre la tendencia normativa que seguirá, identificada a su vez a partir de la constatación de las tendencias tecnológicas que producen una especial dinámica en el sector objeto de estudio.

Desde este ángulo, el lector encontrará una ilustración muy relevante y sin precedentes en la doctrina nacional, que le permitirá aproximarse e informarse sobre un sector de gran importancia que se desenvuelve entre las dinámicas económicas y público-sociales de los servicios públicos, cuyos contenidos guardan estrecha relación con derechos y garantías de carácter constitucional. De otra parte, al

lector más versado en el tema, le permitirá una juiciosa y rigurosa profundización.

En relación con el segundo grupo de lectores, estos encontrarán no solo la exposición de la importancia de una aproximación sistémica al derecho, que muchos doctri-nantes presentan o intentamos presentar, sino un efectivo desarrollo donde, a propósito del servicio de televisión, se evidencian las necesidades y la interdependencia que afrontan los sistemas y, con fundamento en ello, una construcción, a mi entender metodológicamente impecable, de un sistema de la comunicación audiovisual a partir del análisis de dos fenómenos propios de la teoría sistémica: la entropía y la autopoiesis en el sistema del derecho.

En un primer capítulo, que bien pudiera entenderse como una segunda parte de la introducción, el autor hace una conceptualización muy sencilla y didáctica que constituye una clave de lectura del trabajo, aun para quien no esté familiarizado en absoluto con una aproximación sistémica. En un segundo capítulo, que pudiera entenderse entonces, propiamente, como la entrada en materia en la estructura del plan de trabajo, se aproxima a la televisión desde su comprensión como servicio público; esto con la finalidad de contextualizarla desde las perspectivas orgánica y funcional, de conformidad con una calificación que encuentra origen en la propia Constitución Política. En el tercer y el cuarto capítulos, con fundamento en el enfoque sistémico adoptado, se afrontan dos técnicas de obligado análisis para la construcción que se pretende hacer de un sistema de comunicación audiovisual: la entropía y la autopoiesis.

Celebro la publicación de este trabajo, como celebro la primera publicación de un académico del derecho administrativo que promete una proposición permanente de ideas e inquietudes, y que sin duda contribuye ya con este

aporte a la consolidación de una comunidad científica que se viene impulsando y desarrollando desde el Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Director del Departamento de Derecho Administrativo
Universidad Externado de Colombia

INTRODUCCIÓN

Después de varios años de relativa estabilidad, la normativa relacionada con el servicio público de televisión en Colombia comenzó a cambiar a partir del año 2011, al parecer, como consecuencia del fenómeno de la convergencia tecnológica que había comenzado a generar incertidumbre jurídica. Cuando diversos servicios como la televisión, la radio, la telefonía y la prensa –que, en principio, tenían tecnologías, redes, mercados y, en consecuencia, regulación especializada– comenzaron a ser prestados a través de una misma red (internet) e, incluso, a reproducirse en un mismo terminal, las fronteras que diferenciaban a los distintos modelos regulatorios empezaron a perder nitidez y, por lo tanto, se generó incertidumbre¹; en efecto, no era claro cómo regular cuando las anteriores actividades, sin dejar su medio tecnológico exclusivo, empezaron al tiempo a converger en la red de internet y en un mismo dispositivo de reproducción².

1 Esta incertidumbre se puede observar, por ejemplo, en la Sentencia C-570 de 2010, donde se estudió la constitucionalidad de varios artículos de la Ley 1341 de 2009. Una parte del problema jurídico que debió resolver la Corte se centró en determinar qué autoridad (CNTV o CRC) tenía competencia para regular servicios de televisión cuando no se utilizara el espectro electromagnético.

2 “La convergencia vuelve obsoletos los modelos existentes de la industria de telecomunicaciones, que suponían que las telecomunicaciones son un

En la exposición de motivos de las normas que comenzaron a cambiar el estado de cosas en materia de televisión puede evidenciarse la situación anteriormente descrita. En concordancia con esto, el legislador, mediante el Acto Legislativo 02 de 2011^[3], decidió suprimir el carácter constitucional que tenían tanto el servicio público de televisión como el órgano que lo regulaba⁴, es decir, la Comisión Nacional de Televisión (CNTV)⁵. Para los impulsores de esta reforma legislativa era “indispensable eliminar el rango de constitucional el [sic] manejo de la televisión y dejarlo a nivel legal para darle mayor flexibilidad a un sector dinámico desde el punto de vista tecnológico y de realidad de mercado en convergencia”⁶.

Concretamente, para esta reforma constitucional se expusieron cuatro argumentos principales. El primero sostenía que “la eliminación del artículo 76 de la Constitución Política y el diseño de un regulador convergente sacará al país de su rezago frente a las tendencias y buenas prácticas mun-

servicio público provisto mediante una red que es un monopolio natural. Ahora es posible la competencia tanto entre segmentos de la infraestructura de provisión (competencia intermodal) como dentro de los mismos segmentos (competencia intramodal)”: FAINBOIM YAKER, ISRAEL y RODRÍGUEZ RESTREPO, CARLOS JORGE, *El desarrollo de la infraestructura en Colombia en la década de los noventa. Parte 1*, Serie Reformas Económicas n.º 51, CEPAL, 2000-03, p. 21.

- 3 Acto Legislativo 02 del 21 de junio de 2011, “por el cual se deroga el artículo 76 y se modifica el artículo 77 de la Constitución Política de Colombia”, *Diario Oficial* n.º 48.107 del 21 de junio de 2011.
- 4 En la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo n.º 11 de 2010 – Senado se resaltó que “la Carta misma estableció un régimen especial para el servicio público de televisión. Tal especialidad se refleja en dos excepciones al ordenamiento jurídico general para los demás servicios públicos, a saber: Lo eleva a rango constitucional y crea un ente especial para la regulación, control y vigilancia del espectro electromagnético utilizado para su prestación”: *Gaceta del Congreso* n.º 527 del 18 de agosto de 2010.
- 5 PACHECO, RONALD, “La Autoridad Nacional de Televisión, ¿una agencia estatal independiente?”, *Revista digital de Derecho Administrativo* n.º 13, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 68.
- 6 *Gaceta del Congreso* n.º 527 del 18 de agosto de 2010.

diales”. Un segundo argumento señalaba que “si el artículo 76 de la Constitución no es eliminado, el país y los usuarios no podrán conocer las ventajas y fuerza inversionista de la convergencia tecnológica”. En la tercera razón expuesta se aseguraba que “el país ha perdido cerca de 5 años buscando que la CNTV reconozca la convergencia de servicios de comunicaciones y ajuste su regulación a esta nueva realidad, de la forma en que el sector TIC lo hizo hace ya varios años”. Y, finalmente, se expuso que “creer que de la existencia de la CNTV depende la prestación del servicio de televisión, la garantía de pluralismo y la sostenibilidad de la televisión pública es un error común que ha costado grandes pérdidas al estado”⁷. En síntesis, la justificación de la reforma constitucional se basó en la convergencia en sus distintas versiones (terminales, servicios, redes, etc.), resaltando que esta volvió obsoleto el antiguo modelo normativo que se había configurado en Colombia para las telecomunicaciones.

Al parecer, la necesidad de actualizar el derecho a la “realidad descrita u observada por el legislador”⁸ –para conseguir la anhelada plenitud⁹ que siempre se ha buscado

7 *Gaceta del Congreso* n.º 592 del 2 de septiembre de 2010. Ponencia para primer debate al Acto Legislativo 11 de 2010 – Senado, por el cual se deroga el artículo 76 y se modifica el artículo 77 de la Constitución Política de Colombia.

8 Tanto en el proyecto de acto legislativo de reforma constitucional de 2011 como en el proyecto que terminó convertido en la Ley 1507 de 2012 se puede observar que la realidad que describe el legislador tiene como características el surgimiento de fenómenos tecnológicos, económicos y sociales que no tenían tanta fuerza en la época en que se expidió la Constitución Política de 1991, por ejemplo, la convergencia en todos sus niveles. En síntesis, podría afirmarse que los cambios sociales de los últimos años obedecen principalmente a la globalización y al avance de la tecnología. Para un estudio más profundo de la influencia de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la sociedad contemporánea, ver CASTELLS, MANUEL, *Comunicación y poder*, México, Siglo XXI Editores, 2012, en especial caps. 2 y 4.

9 De la que habla NORBERTO BOBBIO, *Teoría general del derecho*, Bogotá, Temis, 2013, pp. 208 ss.

en el sistema jurídico– justificó el proyecto de reforma constitucional del año 2011. De hecho, en la ponencia para primer debate al Acto Legislativo 11 de 2010 se sostuvo que era la “oportunidad de ubicar al país en la senda correcta de estructuración institucional regulatoria, y con ello la modernización de un Estado que promueva la inversión y fortalezca su economía”¹⁰. Para lograr tal cometido se propuso el siguiente modelo:

TABLA 1. MODELO DE REGULACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES
 PROPUESTO EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL¹¹

País	Regulación de telecomunicaciones	Regulación de transporte para TV	Atribución de frecuencias para TV	Regulación de contenidos de TV
Colombia*	CRC			

* Modelo propuesto por el Gobierno Nacional.

Fuente: Elaboración Ministerio de TIC Con información de OECD y REGULATEL.

Ahora bien, a pesar de la intención de actualizar el sistema jurídico a las nuevas realidades tecnológicas y de mercado, con el cambio normativo ocurrido en el derecho colombiano a partir del año 2011 (Acto Legislativo 02 de ese año y Ley 1507 de 2012) no se pudieron solucionar los problemas de incertidumbre. La normativa que resultó del Acto Legislativo 02 de 2011 no generó mayor actualización sino que el problema que se resaltó para justificar el cambio del orden jurídico (imposibilidad de diferenciar terminales, servicios, redes, e incluso regulador, debido a la convergencia) sigue presente, e incluso podría decirse que se agravó¹². Basta observar el esquema de la Tabla 2

10 *Gaceta del Congreso* n.º 592, cit.
 11 El gráfico completo incluía una comparación con otros países.
 12 Esta crítica era recurrente incluso antes de la reforma constitucional del año

para apreciar que actualmente no hay autoridad regulatoria convergente única¹³ (como se propuso en la motivación del proyecto de acto legislativo), sino que existen cuatro autoridades reguladoras.

TABLA 2. MODELO DE REGULACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES

Modelo anterior (antes del Acto Legislativo 02 de 2011)		Modelo nuevo (Acto Legislativo 02 de 2011 y Ley 1507 de 2012)	
Sector	Regulador del sector	Sector	Regulador del sector
Televisión	CNTV	Televisión	ANTV
			ANE
			CRC
			SIC
Telecomunicaciones	Mintic (y otras)	Telecomunicaciones	Mintic (y otras)

Fuente: elaboración propia, con base en la normatividad (arts. 76 y 77 Constitución Política; Ley 182 de 1995; Acto Legislativo 02 de 2011, y Ley 1507 de 2012).

Habrá que estudiar entonces por qué razón la finalidad de la reforma constitucional no se ha alcanzado. En este escrito se considera que una respuesta probable a la anterior cuestión reside en el hecho de no haberse abordado el

2011. “A la luz de los cambios tecnológicos atrás descritos, es claro que el esquema institucional de la regulación de las telecomunicaciones en Colombia presenta profundas fallas de concepción. La convergencia tecnológica ri ne con la existencia de tres organismos regulatorios, que regulan cada uno diferentes subsectores de la industria, algunos de ellos sustitutos cercanos y/o que pueden ofrecer múltiples productos que se traslapan entre sectores”: FAINBOIM y RODRÍGUEZ, *El desarrollo de la infraestructura en Colombia en la década de los noventa*, cit., p. 23.

13 A menos que se haga abstracción de todas las entidades de regulación y se busque la fuente común de adscripción de las entidades que asumieron competencias en materia de regulación de televisión.

problema –que atravesaba el modelo regulatorio del servicio de televisión– de manera coherente¹⁴. Esta afirmación se corrobora observando que en el Acto Legislativo 02 de 2011 se propuso afrontar el tema del servicio público de televisión en dos partes o etapas: la referida a la estructura y la referida a la materia de regulación; se puede ver que, por un lado, en el artículo 3.º del citado acto legislativo se dispuso distribuir las competencias que tenía la entonces vigente CNTV en diversas entidades estatales¹⁵ y, por otro lado, en el artículo 2.º se ordenó al Congreso expedir la ley que fijara la política en materia de servicio público de televisión¹⁶, pero para el cumplimiento de esta última disposición no se fijó un plazo concreto, al contrario de lo que sucedió con lo señalado en el artículo 3.º que se cumplió con la Ley 1507 de 2012, en un plazo de aproximadamente seis meses¹⁷.

14 Puede sostenerse que “las modificaciones a la estructura de las instituciones de regulación encuentran su razón de ser en el cambio de la materia regulada. En el caso de estudio, la convergencia como fenómeno que incide en la televisión generó una variación en la estructura de la administración pública, pero precisamente como consecuencia del cambio en la televisión misma que, valga la pena resaltar, sigue siendo conceptualizada por normas que datan de comienzos de la década de 1990”: PACHECO, “La Autoridad Nacional de Televisión, ¿una agencia estatal independiente?”, cit., p. 94.

15 Art. 3.º: “La Constitución Política de Colombia tendrá un artículo transitorio del siguiente tenor: Artículo transitorio. Dentro de los seis meses siguientes a la entrada de vigencia del presente acto legislativo, el Congreso expedirá las normas mediante las cuales se defina la distribución de competencias entre las entidades del Estado que tendrán a su cargo la formulación de planes, la regulación, la dirección, la gestión y el control de los servicios de televisión. Mientras se dicten las leyes correspondientes, la Comisión Nacional de Televisión continuará ejerciendo las funciones que le han sido atribuidas por la legislación vigente”.

16 Art. 2.º del Acto Legislativo 02 de 2011: “El artículo 77 de la Constitución Política de Colombia, quedará así: Artículo 77. El Congreso de la República expedirá la ley que fijará la política en materia de televisión”.

17 Art. 3.º de la Ley 1507 del 10 de enero de 2012.

Lo anterior generó como consecuencia la convivencia de una normativa (Ley 1507 de 2012) que estableció un diseño institucional inspirado en la convergencia como fenómeno que transformó el servicio público de televisión, con otra normativa (Ley 182 de 1995) que contiene –por razones obvias– un concepto de servicio de televisión definido sin tener en cuenta esa “realidad observada” (convergencia en todos sus niveles).

Esta situación constituye un problema relevante teniendo en cuenta que se desarrolló una reforma constitucional para darle coherencia al sistema jurídico, pero esta no tuvo en cuenta que, sin acoplar de manera previa –o por lo menos concomitante– el cambio en el concepto de servicio de televisión al derecho, las reformas en materia institucional serían insuficientes para alcanzar la coherencia jurídica buscada. Parte de la doctrina ha señalado que lo que justifica en buena medida el cambio en la estructura de la administración pública, e incluso en el modelo de Estado, es, a su vez, un cambio en las actividades económicas y en los servicios públicos¹⁸; por lo tanto, se puede concluir que modificar o crear instituciones sin tener en cuenta las materias objeto de competencia de estas conduce a la generación de problemas como la creación de instituciones inspiradas en los cambios técnicos y sociales para tratar servicios o actividades definidas sin tener en cuenta tales cambios.

La propia historia del sector de la televisión ha enseñado que el nacimiento de estructuras institucionales como la extinta CNTV, o en su momento Inravisión, ha obedecido a las necesidades y mutaciones relacionadas con este

18 PIMIENTO ECHEVERRI, JULIÁN ANDRÉS, “La regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones”, *Revista digital de Derecho Administrativo* n.º 9, primer semestre de 2013, p. 17.

servicio. En los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 se puede verificar que el fundamento para cambiar las normas institucionales relacionadas con la inspección, vigilancia y control de la televisión, y configurar en Colombia una autoridad administrativa independiente de las tradicionales ramas del poder, se justificó por la importancia que en su momento se le otorgó a este servicio público. Esto implicó la categorización del servicio televisivo a nivel constitucional y una definición legal que captó la realidad social, económica, política y tecnológica¹⁹ presente a comienzos de la década de 1990. Esa observación de la realidad que se hizo por parte del sistema, se reflejó en la construcción de un concepto de servicio público de televisión a partir del cual se desarrolló una normatividad que consolidó a este servicio en un sistema diferenciado de otros sistemas, principalmente del de telecomunicaciones. Cuando se identificaba que existía “televisión” tal y como fue definida en su momento, se aplicaba su propio régimen y no otro. Sin embargo, como se expuso en los motivos que inspiraron el Acto Legislativo 02 de 2011, la inevitable influencia de la tecnología y, particularmente, de la convergencia en todas las disciplinas con las que esta se relaciona, comenzó también a desplegar sus efectos en el ordenamiento jurídico colombiano en materia de televisión. Empezaron entonces a surgir preguntas a partir de la realidad del mercado. ¿Quién regula la televisión reproducida en terminales convergentes? ¿Quién controla los *Over the Tops* (OTT)? ¿Sería esto televisión? ¿Cómo diferenciar la

19 La Corte Constitucional, en una de sus decisiones de constitucionalidad (Sentencia C-170 de 2012), señaló: “La televisión, sobra decirlo, ocupa un lugar central en el proceso comunicativo social. La libertad de expresión y el derecho a informar y ser informado, en una escala masiva, dependen del soporte que les brinda el medio de comunicación”.

televisión de otro contenido audiovisual? ¿Cómo garantizar la independencia de los contenidos audiovisuales en estos casos? ¿Cómo proteger al consumidor o usuario del servicio de televisión en la actual incertidumbre? ¿Cuál es el rol del Estado frente a esta nueva realidad tecnológica?²⁰.

Para el objeto de la presente investigación se plantearon preguntas como las anteriormente señaladas a la Autoridad Nacional de Televisión. Se hicieron consultas como las siguientes: ¿qué autoridad sería la competente para reglamentar, controlar, vigilar, investigar y/o sancionar a empresas que ofrecen en *streaming* películas y series de televisión, a cambio de una cuota de suscripción mensual, como Netflix?, y ¿cuál es el ente que regularía y/o tendría la competencia para reglamentar, controlar, vigilar, investigar o sancionar, en los casos en que los contenidos realizados, producidos y emitidos por canales públicos de televisión y por canales privados de televisión, son emitidos por mecanismos diferentes a los tradicionales (televisores) como computadores y terminales móviles (tabletas, celulares inteligentes), utilizando internet o TIC? Para agosto del año 2013, las respuestas fueron, respectivamente, “A la fecha no se ha reglamentado el tema de streaming, por lo que en estricto sentido, su inspección, vigilancia y control escapa de la órbita de la ANTV”, y “El tema aún no ha sido objeto de regulación, por lo que no existe una asignación expresa de esa competencia”²¹.

20 Preguntas de este tipo se expusieron en el evento Plataforma Iberoamericana de Reguladores de Televisión - Colombia 2014, realizado del 24 al 26 de septiembre de este año en Bogotá. Ver el programa en: <http://www.antv.gov.co/sites/default/files/contenttypes/basicpage/1732/files/agendaa-academicaprai.pdf>

21 Respuesta petición de consulta formulada a la ANTV 201300003678 del 1.º de agosto de 2013.

Difícilmente podría haberse dado otras respuestas, debido a que el concepto de servicio público de televisión que actualmente existe en Colombia no abarca fenómenos tecnológicos actuales como, por ejemplo, la convergencia de terminales y de servicios. La televisión que se consagró en la Constitución de 1991 era aquella que para su puesta en marcha utilizaba, por un lado, el espectro electromagnético, y por otro, los terminales tradicionalmente conocidos como “televisores”, lo cual es totalmente entendible debido a que en esa época el soporte técnico para el funcionamiento del sistema era principalmente ese²².

Igualmente, con la entrada en vigencia de la Ley 1341 de 2009, los conflictos entre las autoridades de regulación consagradas en dicha ley y la Comisión Nacional de Televisión no tardaron en llegar y, de nuevo, teniendo en cuenta que el concepto de televisión del año 1995 no comprendía las posibilidades tecnológicas que ya se estaban comenzando a presentar (televisión por internet, reproducida en dispositivos móviles, etc.) no había más salidas; a pesar de que se comenzaba a reconocer un estado de cosas que estaban por fuera de los límites del concepto de televisión, era necesario tomar decisiones de acuerdo al marco legal sobre la materia²³.

Ahora, vale la pena resaltar que la situación descrita no solo ocurre en nuestro ordenamiento jurídico; el modelo de regulación de la televisión comenzó a cambiar en varios

22 Una buena ilustración sobre el contexto en que se configuró la industria de la televisión en Colombia y América Latina puede verse en el documento *Tecnologías de la Información y la Comunicación e industrias culturales. Una perspectiva Latinoamericana*, JORGE KATZ, Santiago de Chile, Naciones Unidas, junio de 2006.

23 En la Sentencia C-403 de 2010 se pueden ver las posiciones tanto de la Comisión de Regulación de Comunicaciones como de la Comisión Nacional de Televisión en relación con el concepto de servicio público de televisión.

países de Latinoamérica²⁴ y en Europa. En otras latitudes la definición de la televisión cambió y se adaptó a las realidades tecnológicas y a la convergencia. El caso de España, por ejemplo, es bastante ilustrativo, pudiendo citarse la Ley General de la Comunicación Audiovisual (7/2010, del 31 de marzo) en donde se planteó con claridad la necesidad de adaptar el derecho a la tecnología²⁵. Puede evidenciarse, entonces, que los avances de la tecnología han producido cambios –para el interés de este estudio– en el derecho y que, en nuestro caso, evidencia que la intención del legislador de 2011 no se ha cumplido (actualizar el derecho a la convergencia) pues, como se mencionó, el concepto vigente del servicio público de televisión en Colombia está generando incoherencias en el sistema jurídico debido a que no abarca o comprende la realidad observada por el legislador del año 2011 constatable en la práctica²⁶.

24 Ver MIRANDA, ADRIAN; SANTAGA, GABRIEL y GUERÍN, ANA (eds.), *Pensar los medios en la era digital. Iberoamérica frente al desafío de la convergencia*, Instituto de Estudios sobre Comunicación, Buenos Aires, La Crujía Ediciones, 2010.

25 En los considerandos de la Ley española sobre la comunicación audiovisual se señala: “En los últimos años la comunicación audiovisual se ha basado en la explotación tradicional de la radio y televisión analógica condicionada por la escasez de espectro radioeléctrico y, por tanto, por una oferta pública y privada reducida y con un modelo de explotación muy asentado pero comercialmente poco sostenible. La tecnología digital viene a romper con este modelo y plantea un aumento exponencial de las señales de radio y televisión gracias a la capacidad de compresión de la señal que se incrementa aumentando la calidad de la señal audiovisual. Aumenta el acceso a los medios audiovisuales y se multiplican las audiencias, pero, por esta misma razón, se fragmentan. Irrumpe Internet como competidora de contenidos. Los modelos de negocio evolucionan y se desplazan. Como consecuencia de todo ello, la normativa tiene que evolucionar con los tiempos y debe adaptarse a los nuevos desarrollos tecnológicos”: Ley General de la Comunicación Audiovisual 7/2010, del 31 de marzo de 2010, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-5292>

26 De los efectos transformadores que han generado las nuevas tecnologías de la comunicación y la consecuente dificultad de actualizar el derecho a estas no escapan países desarrollados como Estados Unidos. Ver al respecto los casos

El hecho de no saber si se está o no en frente del servicio público de televisión, además de reflejar la existencia de problemas clásicos como lagunas²⁷ y antinomias²⁸, hace que el sistema jurídico en general no funcione de manera sincronizada y no cumpla uno de los roles que tradicionalmente se han considerado esenciales para el derecho: generar certidumbre en las relaciones sociales; incluso, puede decirse que en la realidad tecnológica actual el concepto de servicio público de televisión no sirve como fuente del derecho para resolver problemas jurídico-sociales, por lo cual “es indispensable que la nueva realidad tecnológica y de mercado en lo que compete a los contenidos audiovisuales se incorpore a este nuevo marco normativo convergente de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC)”²⁹. En otras palabras, esto significa que existe la

Verizon v. FCC y *ABC, Inc. v. Aereo, Inc.*, disponibles en *Harvard Law Review* en los siguientes vínculos: http://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2014/06/vol127_verizon_v_FCC.pdf y <http://harvardlawreview.org/2014/11/abc-inc-v-aereo-inc/>

- 27 Vermeule se refiere a las zonas negras y grises (*black and gray holes*) que se presentan en el derecho administrativo estadounidense: VERMEULE, ADRIAN, “Our Schmittian Administrative Law”, *Harvard Law Review* 122, 1095, 1 de mayo, 2009, disponible en: <http://harvardlawreview.org/2009/05/our-schmittian-administrative-law/>
- 28 Son los problemas que Bobbio identifica bajo los nombres de falta de unidad, de coherencia y de plenitud del ordenamiento jurídico. BOBBIO, *Teoría general del derecho*, cit., pp. 207 a 209.
- 29 “Desde la expedición de la Constitución Política hasta la fecha, la transformación más significativa que se ha generado es la de la Sociedad de la Información. En el año 1991, la televisión era el principal medio de comunicación y era controlado por pocos agentes. Bajo ese contexto se establecieron las respectivas disposiciones constitucionales, pero nadie imaginaba que Internet se convertiría en una de las mayores herramientas de comunicación a nivel mundial, nadie imaginaba que la telefonía móvil llegaría a todos los rincones del país y a toda la población, nadie imaginaba que en YouTube cualquier persona pudiera producir y colgar contenidos audiovisuales siendo los mismos accesibles de manera inmediata en cualquier lugar del mundo y en donde en cada minuto se suben 10 horas de nuevos contenidos audiovisuales. [...] Lo

necesidad de proponer un nuevo concepto jurídico que permita afrontar la complejidad de la convergencia que ya no permite ver con claridad si se está o no en frente del servicio público de televisión. Esta situación justifica entonces el presente estudio, que tendrá como objeto de investigación el concepto de servicio público de televisión que existe actualmente en Colombia en el marco de las nuevas realidades tecnológicas y de mercado. Concretamente, se pretende estudiar si el concepto de servicio público de televisión vigente es coherente con la realidad. Respuesta que, como ya se anunció, desde este momento se perfila negativa y, en consecuencia, se propone como hipótesis una conceptualización que supere las deficiencias de la definición actual del servicio público de televisión que, al mismo tiempo, permita la evolución del sistema jurídico para responder a las necesidades actuales.

Se plantea construir un concepto que implique un acomplamiento estructural entre el derecho y la realidad vigente; esta hipótesis conceptual, que incluirá una definición de servicio público y de bien público aplicado a este sector, plantea el paso del concepto de servicio público de televisión al de *comunicación audiovisual al público*; la cual encuentra soporte técnico, no solo en el espectro radioeléctrico, sino también en otros medios tecnológicos, como por ejemplo internet: de ahí que el concepto comprenda el contenido reproducido tanto en televisores como en una variedad de pantallas estáticas y móviles; así mismo, no se limita a los

anterior demuestra que las disposiciones constitucionales fueron establecidas en un momento histórico diferente, hoy estamos frente a una nueva realidad tecnológica y frente a nuevas formas de comunicación. Esta nueva realidad es inherentemente dinámica y evoluciona permanentemente”: Proyecto de Acto Legislativo 11 de 2010 – Senado, *Gaceta del Congreso* n.º 527 del 18 de agosto de 2010.

operadores tradicionales del servicio sino que se extiende también a otros nuevos agentes del mercado; abarca no únicamente la transmisión de programación uno-a-muchos o lineal, pudiendo ahora la programación tener origen en varios puntos (no-lineal); igualmente, permite entender la forma en que actualmente se producen –individual e industrialmente– los contenidos, y, en general, sirve de herramienta para la interpretación de la lógica de la libertad de expresión en la sociedad de la información. En pocas palabras, se propone un concepto jurídico inspirado en la realidad tecnológica y de mercado actual, que en un sola palabra se puede calificar como *convergente*³⁰.

De otra parte, el concepto de *comunicación audiovisual al público* soluciona la incoherencia del sistema jurídico porque ya no habrá asimetrías regulatorias en relación con las distintas tecnologías utilizadas para la prestación del servicio, sino que alrededor de esta nueva conceptualización se armonizarán todas las formas de comunicación audiovisual que conformarán el *sistema audiovisual* que

30 En el reciente foro académico “El ecosistema digital y los servicios *over the top* en la Unión Europea”, llevado a cabo en la Universidad Externado de Colombia el 20 de noviembre de 2015, el ex consejero de la CMT y consultor internacional Ángel García Castillejo resaltaba: “Hoy la convergencia ya es una realidad, a nadie se le escapa que la convergencia es el entorno en el cual nos movemos, es la realidad de nuestros mercados de telecomunicaciones y audiovisual y a pesar de todo, seguimos regulando, legislando en un mundo que ya se encuentra caduco, seguimos teniendo reguladores para el sector de las telecomunicaciones y para el sector audiovisual separados; un ejemplo claro de esta situación es Colombia, tenemos la ANTV por un lado, la CRC por otro y la SIC por otro con competencia en materia de usuarios, con lo cual, estamos desaprovechando las oportunidades de regular de forma global y con una perspectiva amplia para un sector que se ha ido encontrando y ha ido configurando este sector convergente que sería el de las comunicaciones, y lo estamos abordando todavía desde perspectivas regulatorias y legislativas todavía separadas y que desconocen esta realidad convergente”: exposición disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=DnG6lS8zBXo>