

**LA DISCRECIONALIDAD PARA LA CREACIÓN DE EMISORAS
COMUNITARIAS: UN ESTUDIO HERMENÉUTICO SOBRE LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN Y LA FORMACIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA**

DIANA SARMIENTO VESGA



**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA
2010**

**LA DISCRECIONALIDAD PARA LA CREACIÓN DE EMISORAS
COMUNITARIAS: UN ESTUDIO HERMENÉUTICO SOBRE LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN Y LA FORMACIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA**

DIANA SARMIENTO VESGA

**Trabajo De Profundización Para Optar al Título de Magíster en Hermenéutica
Jurídica y Derecho**

Director

PEDRO ANTONIO GARCÍA OBANDO

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA**

2010

Dedicatoria

*A mi madre ya mi hijo, mis tesoros más queridos;
a mis familiares, compañeros de trabajo y amigos
porque día a día, unos y otros me alientan con su apoyo
para el logro de las metas propuestas.*

TABLA DE CONTENIDO

	PÁG.
INTRODUCCIÓN	10
1. EL SERVICIO PÚBLICO DE RADIODIFUSIÓN SONORA COMUNITARIA	16
1.1. CONCEPTUALIZACIÓN Y CARACTERÍSTICAS	17
1. 2. BREVE PANORAMA DE LA RADIO COMUNITARIA EN EL MUNDO.	22
1.2.1 Origen De Las Radios Comunitarias En El Mundo	22
1.2.2 Aspecto Legal	24
1.3 LAS EMISORAS COMUNITARIAS EN COLOMBIA	29
1.3.1 Origen	29
1.3.2 Marco Jurídico	33
1.3.2.1 Marco Jurídico Constitucional	33
1.3.2.2 Régimen Legal.	36
2. LAS EMISORAS COMUNITARIAS, ¿UNA ACTIVIDAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN?	43
2.1 ACTIVIDAD REGLADA DE LA ADMINISTRACION.	44
2.1.1 Conceptualización	44
2.2 ACTIVIDAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN	48
2.2.1 ¿La Discrecionalidad Se Predica Del Acto Administrativo O De La Facultad Mediante La Cual Se Expide Dicho Acto?	48
2.2.2 La Actividad Discrecional De La Administración Como Excepción Al Principio De Legalidad.	49
2.2.3 El Concepto De Actividad Discrecional Del Estado.	51
2.2.3.1 Conceptos Sobre Discrecionalidad	52
2.2.3.2. Breve Mirada a la Jurisprudencia Colombiana Sobre el Concepto de Discrecionalidad Administrativa.	60

2.3.4 Concepto Final.	66
2.3.5 Las Emisoras Comunitarias, ¿Una Actividad Discrecional De La Administración?	66
3. DOS DERECHOS SUBYACENTES A LA CREACIÓN DE EMISORAS COMUNITARIAS	70
3.1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN.	71
3.1.1. La Libertad de Expresión y los Tratados sobre Derechos Humanos Ratificados por Colombia.	72
3.1.2 Una mirada a la Corte Constitucional de Colombia	75
3.2. LA IDEA DE AUDITORIO COMO OPINIÓN EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN	80
3.3. LA OPINIÓN PÚBLICA	82
3.4 DISCRECIONALIDAD EN LA RAMA JURISDICCIONAL.	86
3.4.1 La decisión judicial y su discrecionalidad.	87
3.4.2. Ninguna Interpretación Es Ajena A Los Intereses Políticos	88
CONCLUSIONES	91
BIBLIOGRAFÍA	95

RESUMEN

TITULO: LA DISCRECIONALIDAD PARA LA CREACIÓN DE EMISORAS COMUNITARIAS: UN ESTUDIO HERMENÉUTICO SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA FORMACIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA

AUTOR: DIANA SARMIENTO VESGA

**

PALABRAS CLAVES: Radiodifusión comunitaria, discrecionalidad, libertad de expresión, libertad de información, opinión pública

Esta investigación pretende encontrar un límite a la facultad discrecional de que goza el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para regular, convocar y adjudicar licencias de radiodifusión sonora comunitaria, mediante un trabajo hermenéutico que consiste en hallar el vínculo indisoluble entre dicha discrecionalidad y derechos humanos fundamentales, de tal manera que hallándose se concluya que la administración, que no es titular de esos derechos, sino, mera gestora de ellos, debe respetarlos y ante todo, garantizar su ejercicio a todos los individuos. Para este fin se realiza un análisis descriptivo histórico y comparado de las emisoras comunitarias, con el fin de dejar sentada la importancia social y política de este servicio de radiodifusión. Fuerza necesariamente a renglón seguido el estudio del concepto de discrecionalidad a fin de soportar adecuadamente la apreciación de la que se parte, al considerar como discrecional la facultad del Ministerio de las TIC, exposición que se hace fundamentalmente desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial. Por último, se revelan los derechos fundamentales implicados al momento de ejercer ese poder y se ponen en diálogo directo con él los derechos a la libertad de expresión, de información como garantes de la formación de la opinión pública, máxima garantía de la democracia de un Estado, para concluir el papel que debe asumir la administración al encontrarse frente a una decisión que afecte derechos de tal trascendencia.

* Trabajo De Profundización

** Facultad De Ciencias Humanas, Escuela De Derecho Y Ciencia Política Director Pedro Antonio García Obando

ABSTRACT

TITLE: THE DISCRETION FOR THE CREATION OF COMMUNITY STATIONS: A HERMENEUTIC STUDY ON FREEDOM OF EXPRESSION AND THE FORMATION OF PUBLIC OPINION¹

AUTOR: DIANA SARMIENTO VESGA ^{**}

KEYWORDS Community radio, discretion, freedom of expression, freedom of information, public opinion

This investigation research aims to find a limit to the discretion enjoyed the Ministry of Information Technologies and Communications by regular, to convene and allocate community radio broadcasting licenses through a hermeneutic work is to find the indissoluble link between the discretion and fundamental human rights, being situated so that it is found that the administration which is not the holder of those rights, but merely managing them, must respect and above all, ensure the exercise of all individuals. To this end, an historical and comparative descriptive analysis of community radio stations to put on record the importance of this social and political broadcasting service. Necessarily force the next line with the concept of discretion in order to adequately support the assessment of which part, by considering as discretionary the authority of the Ministry of ICT, exposure is primarily from the standpoint of doctrinal and jurisprudential. Finally, reveal the fundamental rights involved when exercising that power and put in direct dialogue with him the right to freedom of expression, information as guarantors of public opinion formation, the maximum guarantee of democracy in a State to conclude the role government should take to find against a decision affecting the rights of such importance.

* Deepening Work

** Faculty of Humanities, School of Law and Policy Director Pedro Antonio García Obando

INTRODUCCIÓN

¿Cuál es el precepto que habilita la discrecionalidad administrativa? ¿Radica ésta en el poder dado a un ente para reglar una determinada situación o en el hecho mismo de poder establecer las condiciones de un acto administrativo? Planteadas de ese modo, estas preguntas son objeto de investigación en el presente trabajo. Como tales, ellas remiten a un ejercicio hermenéutico que permita resolverlas, o mejor, que permita comprenderlas a cabalidad.

Para tal efecto, sin embargo, no se operará en el vacío, es decir, no se desarrollará una especulación teórica sobre el tema más urgente de la discrecionalidad administrativa (si bien el segundo capítulo de este trabajo se dedica en parte a ello); antes bien, se pondrán a prueba las mencionadas preguntas alrededor de un tema concreto y dos conceptos anexos: la discrecionalidad para determinar las reglas que permiten crear emisoras comunitarias y la conexión de estas reglas con la libertad de expresión y con la formación de la opinión pública.

Así las cosas, puede decirse entonces que este trabajo de investigación es hermenéutico en un sentido particular: busca indagar por la comprensión de un problema a partir de una realidad concreta del derecho: la discrecionalidad para otorgar licencias de radiodifusión y su vínculo con derechos consagrados constitucionalmente¹.

¹Más adelante sostendremos esta idea: En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa. Aquí se han seleccionado dos de estos fines: la libertad de expresión y la formación de opinión pública.

El vínculo con estos derechos obedece a una razón bastante simple: la administración no es titular de los derechos e intereses cuya salvaguarda o realización persigue, sino mera gestora de los mismos, cuya titularidad está radicada en cabeza de la colectividad. En otras palabras, la titularidad de algunos derechos que quedan reglados indirectamente a partir de actos administrativos corresponde a quienes se ven afectados por dicha decisión y no a quienes tienen la facultad discrecional de regularlos; por eso también, dicha titularidad debe quedar salvaguardada en la acción misma regulada de esa manera, so pena de no ser más que disposiciones vacías que no conducen a la materialización de los derechos que regula, pues el Estado Social de Derecho² ya no se reduce solamente al reconocimiento de derechos y libertades individuales, sino que debe llevar a cabo una serie de medidas que le aseguren al individuo las posibilidades de que éstos y éstas se hagan realidad; pero, además, estas libertades y derechos no son solo de tipo personal, sino que también hacen referencia a exigencias sociales y comunitarias³, como se verá a continuación.

En efecto, el Servicio Comunitario de Radiodifusión Sonora, que fue creado mediante el Decreto 1447 de 1995 como un servicio público de telecomunicaciones, de interés social, sin ánimo de lucro, a cargo y bajo la

2 “En nuestro país se introdujo materialmente el concepto de Estado Social de Derecho en la reforma constitucional de 1936, con el establecimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, y formalmente por el constituyente de 1991”. Vidal Perdomo Jaime y otros. En: *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, pag. 157.

3 Como sostienen Gomez Pavajeau y Molano López, “Con el advenimiento del Estado social de derecho y sobre el presupuesto dogmático de la necesaria interacción del Estado y la Sociedad, los intereses generales se entienden como intereses sociales que están a cargo del Estado en la mira de su consecución, pero con responsabilidad también de las organizaciones sociales y del individuo mismo. En las transformaciones del Estado contemporáneo, si se parte del supuesto que el Estado es un ente esencialmente administrativo, por cuanto es a través de la organización de sus medios de gestión y de su actividad como se concretan y adaptan los cometidos estatales, es preciso identificar los factores que necesariamente contribuyen a la gestación de nuevas actividades del Estado distintas de la clásica actividad de limitación, o de policía o de intervención y a las ya también clásicas actividades de prestación o servicio público y de fomento, o subvencionales, que van a exigir en el futuro inmediato, la transformación de la organización, la transformación de la actividad del estado en esos propósitos”. Molano López Mario Roberto y otro, *La Relación Especial de Sujeción*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2007, Pag.84, 85.

titularidad del Estado⁴, participativo y pluralista, orientado a satisfacer necesidades de comunicación en el municipio o área objeto de cubrimiento; a facilitar el ejercicio del derecho a la información y la participación de sus habitantes, a través de programas radiales realizados por distintos sectores del municipio, de manera que promueva el desarrollo social, la convivencia pacífica, los valores democráticos, la construcción de ciudadanía y el fortalecimiento de las identidades culturales y sociales⁵, en tanto derecho público, afecta y tiene que ver con intereses y derechos de la ciudadanía.

En tal virtud, asiste el derecho fundamental y constitucional a los nacionales colombianos, comunidades organizadas o personas jurídicas debidamente constituidas en Colombia, de fundar medios masivos de comunicación y específicamente emisoras comunitarias, cuya dirección está a cargo de Colombianos, por concesión otorgada de manera directa por el Ministerio de Comunicaciones mediante licencia,⁶ previa la realización de un procedimiento licitatorio, de conformidad con el Art. 33 de la ley 80 de 1993.

Ahora bien, en un país caracterizado por la concentración extrema de los medios de comunicación, elaborar una interpretación del tema relacionado con la creación de las emisoras comunitarias y la discrecionalidad que hay para reglamentarlas implica un conjunto de consideraciones hermenéuticas alrededor de dos conceptos fundamentales: la libertad de expresión y la formación de la opinión pública. Ambos conceptos subyacen a la cuestión que está aquí en juego: el poder de determinar cómo, cuándo y dónde se otorgan licencias para el funcionamiento de esta clase particular de medios de información. Y están en juego estos dos conceptos porque en ellos se sostiene también una doble obligación del Estado: permitir la circulación de diferentes opiniones entre los miembros de un país e informar a los ciudadanos de las ejecuciones de los gobiernos.

4 Decreto 1981 de 2003, Capítulo I, Art. 2°.

5 Ibidem, Capítulo II, Art. 3°.

6 Art. 2° Decreto 1446 de 1977.

Los derechos a la libertad de expresión lo mismo que el no menos importante relacionado con la formación de una opinión pública informada, carecen de sentido sin la existencia de los medios que los hagan posibles, como no tendría sentido el derecho a la salud sin la infraestructura necesaria para su preservación, o como sería inocuo hablar de acceso a la justicia sin un ordenamiento jurisdiccional donde se pudiera materializar el mencionado derecho. En este sentido, entonces, hacer referencia a las emisoras comunitarias es también pensar (como en este caso hermenéuticamente) la posibilidad de que los dos derechos relacionados anteriormente sean efectivos y puedan contribuir a la consolidación de la democracia⁷.

El ejercicio hermenéutico constituye un instrumento fundamental para la ejecución o aplicación de las normas jurídicas existentes en el orden jurídico, actividad que se realiza en todas sus gradas, a partir de la constitución, de tal manera que cada uno de los momentos de creación de dicho orden está condicionado por una previa interpretación de la norma precedente, por lo cual es válido afirmar que la base lógica que permite esta afirmación es el solo hecho de que la norma que haya que aplicarse, concretizarse y materializarse ofrezca varias posibilidades para su ejecución material, lo cual sucede en todas ellas; por tanto, cualquier norma debe ser interpretada, ya que la determinación de la norma no puede ser nunca completa. No sobra decir, sin embargo, que el tema de la interpretación de las normas en sede administrativa ha sido poco mencionado, algunas veces por la falsa creencia de que el ejercicio hermenéutico solo está reservado para las autoridades judiciales y no para las administrativas.

Con este panorama, el presente trabajo consta de tres capítulos y una conclusión:

⁷ En el primer capítulo se puede ver con claridad en qué sentido la democracia queda fortalecida con el desarrollo de la formación de la opinión y el derecho a la libertad de expresión como logros inherentes a las emisoras comunitarias.

El primer capítulo está dedicado al estudio del surgimiento de las emisoras comunitarias. Más que un recuento histórico, lo que se pretende con las ideas de este apartado es mostrar las diferentes implicaciones que subyacen a política de creación de esta clase particular de radiodifusión. Como se podrá apreciar, no ha habido un único objetivo detrás de estas iniciativas, si bien se pueden resumir los mismos del siguiente modo: creación y recreación de la cultura; condiciones de empoderamiento para que las comunidades resuelvan sus propios problemas; desarrollo de la democracia; desarrollo de las identidades culturales; y, como se ha dicho, posibilidades para la libertad de expresión y la formación de opinión pública.

El segundo capítulo está dedicado al análisis del concepto “discrecionalidad administrativa”. Diversos autores han sido consultados para este objetivo y se ha dejado constancia de lo complejo que sería ofrecer una respuesta unívoca a esta expresión. Por el contrario, se ha problematizado el concepto mismo a partir de la siguiente consideración: la discrecionalidad no puede entenderse como contrapuesta a una situación estrictamente reglada, pues también en este último aspecto, es decir, en cuanto a las circunstancias en donde aparentemente no cabe discrecionalidad, ésta también puede tener lugar en razón a la necesidad de interpretar allí donde, por ejemplo, el contenido de una regla no está específicamente determinado. En otras palabras, diremos que, incluso en actividades que aparentemente no permitirían ningún tipo de discrecionalidad (p. e., las acciones reglamentadas) ésta hace su aparición justo en el momento en que se requiere del ejercicio de la interpretación. En este sentido, no parece que pueda mantenerse tan nítida la distinción entre actos discrecionales y actos reglados.

El tercer capítulo comienza apoyando la idea que se acaba de plantear a la luz de algunas consideraciones de Duncan Kennedy sobre discrecionalidad judicial. Con esta idea, se pasa entonces, en clave perelmaniana, a la idea de auditorio como

abrebocas al concepto de opinión pública, para terminar con la exposición de este concepto y su homólogo la libertad de expresión.

Con este trabajo se espera aportar algunas herramientas de análisis sobre la necesidad de vincular a la discrecionalidad administrativa (en este caso a la discrecionalidad para otorgar emisoras comunitarias y para regular su entrega) los conceptos que le subyacen y que hacen de soporte hermenéutico de esta misma discrecionalidad. En síntesis, se espera que con este trabajo se comprenda que un tema como la discrecionalidad para reglamentar la creación de emisoras comunitarias sólo puede entenderse desde los derechos que quedan implicados en dicha discrecionalidad. En este caso, el trabajo se ha centrado en dos de esos derechos relacionados directamente con el derecho de crear medios de comunicación: el derecho a la libertad de expresión y el de formación de opinión pública. En esta perspectiva, la pregunta inicial (¿Cuál es el precepto que habilita la discrecionalidad administrativa?) puede responderse diciendo que dicho precepto no puede ser otro que la Constitución, pues por más que una acción goce legalmente de discrecionalidad, ésta jamás podrá rebasar los límites del ordenamiento superior. Algunos de esos límites, en el caso que aquí analizaremos, hacen referencia a los dos derechos mencionados en el título de este trabajo de investigación.

1. EL SERVICIO PÚBLICO DE RADIODIFUSIÓN SONORA COMUNITARIA

Según diagnóstico elaborado por el Ministerio de Comunicaciones -hoy Ministerio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación- en cuanto a tendencias de las investigaciones y artículos encontrados en torno al Servicio Público de Radiodifusión Sonora Comunitaria, existen escasos trabajos en torno al tema y los que se encuentran se limitan a estudiar de manera general la labor de las radios comunitarias como espacios de participación y construcción de la democracia. Dichas investigaciones pretenden delimitar el “deber ser” de la radio comunitaria, y se evidencia una falta de información acerca de lo que constituye este servicio, como su origen y evolución y su situación actual.

Sumado a lo anterior, la escasez en las publicaciones periódicas, conlleva, por supuesto, a que exista una exigua bibliografía relativa al tema. Por tal motivo, es de obligada observancia en esta investigación dedicar una parte importante a realizar un marco teórico que se constituya en herramienta útil y obligada consulta para quienes se interesen por el tema de las telecomunicaciones, concretamente por los canales comunitarios.

Así las cosas, en el presente capítulo se hará alusión a la conceptualización del Servicio Público de Radiodifusión Sonora Comunitaria, su origen y desarrollo en el mundo, tomando para trabajar este último aspecto a manera de muestra, países como Uruguay, Canadá, Chile, Australia, Venezuela y por supuesto Colombia. Interesa en todos los casos resaltar los dos temas centrales de esta investigación: libertad de expresión y formación de opinión pública. Como se podrá apreciar, en cada uno de los casos que se referencian en este primer capítulo siempre están en juego estas dos formas de visibilidad de la democracia. Así, siendo entonces el

objetivo de todo proyecto de radiodifusión crear comunidad, son inherentes a ésta las ideas referidas de libertad de expresión y formación de opinión pública.

1.1. CONCEPTUALIZACIÓN Y CARACTERÍSTICAS

La escritora mexicana Arley Millán Orozco⁸ define la radio comunitaria a partir del término "comunidad", que designa la unidad básica de toda organización social. Afirma que la radio es imaginada como un elemento más de los procedimientos de los medios tradicionales, y como un modelo participativo de administración, pero que éstas no son solo eso, sino que constituyen un factor importante de desarrollo social, que cumple un rol educativo y jalador de sociedades desarrolladas, que incide de manera esencial en el mejoramiento de las condiciones de aquellos lugares en donde éstas funcionan.

Ahora bien, en un artículo producido por la Asociación Mundial de Radios Comunitarias se nos brinda un extenso número de razonamientos tomados de diferentes autores, dirigidos a construir una definición que permite distinguir sin equivocación qué es una radio comunitaria; veamos algunos:

Cuando una radio promueve la participación de los ciudadanos y defiende sus intereses; cuando responde a los gustos de la mayoría y hace del buen humor y la esperanza su primera propuesta; cuando informa verazmente; cuando ayuda a resolver los mil y un problemas de la vida cotidiana; cuando en sus programas se debaten todas las ideas y se respetan todas las opiniones; cuando se estimula la diversidad cultural y no la

8 Millán Orozco Arlet, Nieto y otros, (2008). "La Radio Comunitaria: Una Posibilidad Para el Desarrollo Endógeno de las Minorías Étnicas". EN: *Revista Comunicación y Ciudadanía*, No. 6. Artículo electrónico, en sitio web: <http://www.observatoriodosmedios.org/mediateca/observatorio/xornadas/200803/artigo11.pdf>

homogenización mercantil; cuando la mujer protagoniza la comunicación y no es una simple voz decorativa o un reclamo publicitario; cuando no se tolera ninguna dictadura, ni siquiera la musical impuesta por las disqueras; cuando la palabra de todos vuela sin discriminaciones ni censuras, ésta es una radio comunitaria. No se someten a la lógica del dinero ni de la propaganda las emisoras que así se denominan. Su finalidad es distinta, sus mejores energías están puestas al servicio de la sociedad civil. Un servicio, por supuesto, altamente político: se trata de influir en la opinión pública, de inconformar, de crear consensos, de ampliar la democracia. En definitiva -y por ello, el nombre- de construir comunidad⁹.

Según esta definición presentada por José Ignacio López, la radio comunitaria posee unas características de tipo meramente social, pero, de igual forma, hace relevante su importancia como medio de democratización al permitir la participación activa de la comunidad en los escenarios de la vida pública.

Por su parte, La Asociación Mundial de Emisoras Comunitarias sobre el mismo concepto expresa:

Históricamente la filosofía de la radio comunitaria es la de permitir expresarse a los que no tienen voz, de servir de portavoz de los oprimidos (se trate de una opresión racista, sexista o de clase social) y, en general, de ofrecer una herramienta para el desarrollo. La radio comunitaria es definida a partir de tres aspectos que la caracterizan: se trata de una actividad con fines no lucrativos, la comunidad tiene el control sobre la propiedad y está caracterizada por la participación de la comunidad.

⁹ Manual urgente para Radialistas Apasionados". José Ignacio López Vigil. 1997.

Es necesario que sea claro que el objetivo de la radio comunitaria no es el de hacer algo por la comunidad, es, más bien, el de dar una oportunidad a la comunidad para que haga algo por ella misma, como por ejemplo, poseer el control de su propio medio de comunicación¹⁰.

De otro lado, La Alianza de Radiodifusoras de Canadá¹¹, además de reconocer que este medio de comunicación a través del tiempo se ha convertido en herramienta obligatoria para el desarrollo de las comunidades a nivel mundial, lo cataloga como un difusor cultural que refleja la identidad de los pueblos y reconoce su importancia como factor de acercamiento entre los individuos que la componen.

Comparte esta apreciación del servicio público de radiodifusión sonora comunitaria La Federación Argentina de Radios¹², la cual, al mismo tiempo, hace relevante su valor como derecho de todas las personas y su importancia en el despliegue de una comunicación pluralista y participativa, atenta a responder a la necesidad de expresión de los sectores sociales y culturales que no tienen posibilidades de acudir a los aparatos comerciales, pudiéndose concretar realmente el derecho fundamental constitucional a la información.

En este mismo aspecto, El Proyecto de Comunicaciones de Filipinas¹³ nos brinda su percepción de la radio comunitaria como radio en la comunidad, para la comunidad, acerca de la comunidad y por la comunidad. Allí se nos explica como en las Filipinas existe una amplia participación de la colectividad en el manejo y

10 "What is Community Radio". AMARC Africa y Panos Africa Austral. 1998

11 Alliance des radios communautaires du Canada, ARC. Canadá. EN: Asociación Mundial de radios Comunitarias América Latina y del Caribe, Qué Es Una Radio Comunitaria? Artículo tomado de la página http://alc.amarc.org/index.php?p=Que_es_una_Radio_Comunitaria

12 Federación Argentina de Radios Comunitarias, FARCO. Argentina. Artículo tomado de la página http://alc.amarc.org/index.php?p=Que_es_una_Radio_Comunitaria el 12 de mayo de 2009

13 Idem

producción de programas, lo que hace se diferencie de las estaciones comerciales en las que prima la propaganda, el poder, la política, los privilegios, etc. Estas emisoras operadas colectivamente por las personas de la comunidad, dedicadas al desarrollo, la educación y el fortalecimiento de la sociedad, fijan los principios de democracia y participación.

La Confederación Nacional de Radios Libres de Francia¹⁴, por su parte, también nos ayuda a ilustrar el tema. Esta institución las caracteriza como radios libres, independientes, laicas, consagradas a los derechos del hombre y atentas al medio ambiente; plurales y pluralistas que se niegan a la comunicación mercantil; que respetan escrupulosamente la deontología periodística y amplían el ámbito cultural al permitir la más extensa expresión de artistas y de su canal de escucha; que tienen un estatus asociativo, un funcionamiento democrático y una financiación coherente con el hecho de que no tienen fines lucrativos.

En América Latina encontramos escritores independientes como Claudia Villamayor y Ernesto Lamas¹⁵, dedicados al estudio y seguimiento de estos canales de radiodifusión y al referirse al papel de la radio comunitaria, comentan que en esta región existen alrededor de mil radios que por sus características se pueden llamar comunitarias, las cuales se identifican por los fines sociales que persiguen, por el deseo de buscar un sistema justo en el cual prime la defensa de los derechos humanos y se permita la participación de las mayorías en el poder y que aunque una de sus características fundamentales es la ausencia de fines lucrativos, los intereses compartidos que representan en la comunidad a la cual pertenecen les permite crecer y ubicarse como uno de sus principales instrumentos de desarrollo, impulsando una nueva cultura desde su escenario.

14 Idem

15 Claudia Villamayor y Ernesto Lamas. AMARC y Friedrich Ebert Stiftung. 1998

Por último, cabe señalar que se ha encontrado como en algunos países del mundo se incluyen otra clase de servicios de radiodifusión dentro del sector de las radios comunitarias. La radiodifusión étnica, por ejemplo; en Australia, la ley sobre los Servicios de Radiodifusión apunta a desarrollarlos para que contribuyan a reflejar la identidad, carácter y diversidad cultural de esa región, teniendo más bien características de radiodifusión étnica.

Similar situación se pudo observar con la radiodifusión universitaria. Podemos afirmar que únicamente en Canadá, este sector recibe un reconocimiento legal y una política regulatoria que le es propia. En este país de América del Norte, la radiodifusión universitaria es considerada uno de los siete tipos de estaciones de radio contemplados por ley, definidas como empresas sin fines de lucro asociadas a establecimientos de enseñanza de tercer ciclo. En cambio, en otros países en los que existen normas específicas tendientes a brindar un cierto marco legal a través del otorgamiento de franquicias especiales a algunas estaciones universitarias, como en Filipinas, éstas funcionan bajo el régimen de radios comunitarias.

Por otra parte, las estaciones de radio de carácter religioso también tienden a ser incluidas dentro de la categoría de radios comunitarias en diferentes países como sucede en Polonia y España. En ambos, la Iglesia Católica firmó acuerdos con los respectivos gobiernos que le permitieron acceder a frecuencias de radio; así mismo, en Argentina hay normas que ordenan la adjudicación directa de emisoras a los obispados de la Iglesia Católica¹⁶.

Esta tipología de nombres obedece a las características que les dieron origen. Sin embargo, no obstante la diversidad de calificativos, todas estas radios alternativas

16 Sanchez Ioria Cecilia, Legislación Sobre Radiodifusión Sonora Comunitaria, Estudio Comparativo de Legislaciones de Trece Países, UNESCO : 2003, pag 93,94.

comparten compromisos y características que las distinguen de la radio pública o comercial. De todas formas, el propósito de todas ellas es facilitar la circulación libre de información alentando la libertad de expresión y el diálogo dentro de las comunidades para promover la participación; tienen que ver con la restitución de valores, derechos y principios colectivos e individuales relevantes; pretenden la reivindicación y el acatamiento de condiciones de vida más democráticas. Se integran en todas las diferentes tendencias que se expresan dentro del movimiento de democratización de los medios informativos ¹⁷ y como afirma el escritor cubano José Ignacio López Vigil al referirse a las diferentes denominaciones amparadas en el mismo objetivo: “cambia el traje, pero no el monje. Porque el desafío de todas estas emisoras es similar: mejorar el mundo en que vivimos. Democratizar la palabra para hacer más democrática esta sociedad excluyente a lo que nos quieren acostumbrar los señores neoliberales¹⁸.”

1. 2. BREVE PANORAMA DE LA RADIO COMUNITARIA EN EL MUNDO.

1.2.1 Origen De Las Radios Comunitarias En El Mundo

En América Latina, las primeras radios comunitarias surgieron a finales de la década de 1940 vinculadas con el accionar de la Iglesia Católica colombiana. La pobreza y la injusticia social fueron los principales estímulos para la realización de estos proyectos. Estas primeras radios tenían como principales objetivos la educación popular y la alfabetización de los campesinos, por eso se llamaban Escuelas Radiofónicas. En 1947 aparece en Colombia la primera de ellas: Radio Sutatenza, creada por el padre Joaquín Salcedo, quien realizó el primer esfuerzo por educar a través de la radio. En el mismo momento, en Bolivia, nacieron las radios mineras como un instrumento en la lucha de los mineros por sus

17 SENEAL, Michel. *Televisión y Radios Comunitarias*. Edit. Mítre. España, 1986 Pag.99

18 BRUNETTI, Vicente. *Emergencia de las Radio Comunitaria en Paraguay*. 1997. Pág 30

reivindicaciones y derechos sindicales. Se crea entonces La Radio de los Mineros. Rápidamente se convirtieron en un medio de resistencia y afirmación cultural para los sectores populares ya que en ellas se hablaba en las lenguas nativas y se difundía música autóctona. También se transformaron en un medio de comunicación interpersonal y un servicio a la comunidad que brindaba, entre otros servicios, asistencia social y jurídica¹⁹.

Por su parte, en Venezuela las radioemisoras comunitarias comenzaron a funcionar desde hace más de 20 años; sin embargo, era un trabajo casi oculto, pues no existía entonces un marco legal que las cobijara hasta la promulgación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.970 del 12 de junio de 2000, la cual promueve la existencia de estaciones de radiodifusión sonora y televisión abierta comunitarias de servicio público, sin fines de lucro. Pero no sería hasta el año 2002 cuando se daría carácter formal al trabajo de las emisoras comunitarias, a través del Reglamento de Radiodifusión Sonora y Televisión Abierta Comunitarias de Servicio Público sin fines de lucro. Estas importantes normas promovieron que se fortalecieran en gran medida las emisoras comunitarias, al punto que ya funcionan en el país más de 400 canales de esta índole²⁰.

Sin embargo, aún cuando la radio comunitaria tiene sus inicios en América Latina, investigaciones realizadas por la UNESCO indican que es en Europa Occidental donde, dada la proliferación de los radios piratas, los gobiernos se vieron en la necesidad de legislar para introducir radios locales legítimas.²¹ La estructura del sistema de radiodifusión sonora en manos del Estado impulsó el surgimiento de esas llamadas radios libres europeas, las cuales comparten con las de América

19 Lamas Ernesto, *Gestión Integral de la radio Comunitaria*, Quito: FES/Promefes, 200, Pag. 4,5.

20 Emisoras Comunitarias, *la Voz de las Comunidades en el Aire*, artículo tomado de http://www.abn.info.ve/reportaje_detalle.php?articulo=700 el 4 de julio de 2009

21 Sanchez Gloria Cecilia, *Legislación Sobre Emisoras Comunitarias*. Artículo tomado el 23 de junio de 2009 de la pa. <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001309/130970s.pdf>

Latina un mismo interés: la puesta en marcha de espacios de comunicación abiertos al intercambio de pensamientos, orientados a cubrir las necesidades de los sectores populares y marginados de crear sus propios medios de expresión.²²

1.2.2 Aspecto Legal

En todo el mundo, en los últimos años se han aprobado proyectos de ley tendientes a dar un marco jurídico a este sector de la radiodifusión, influenciados por numerosos factores de orden económico, técnico y político, tales como el escaso costo de la radio tanto a nivel de la producción como de la recepción, ya que es el medio de comunicación social más barato y universal, más ágil e inmediato. Además, ha sido importante para el nacimiento de la radio en frecuencia modulada (FM), los receptores y transistores a bajo precio y los transmisores baratos de bajo poder, todo lo cual contribuyó a generar una explosión de radios comunitarias. De otra parte, entre los factores políticos que han influido se deja ver la resignación parcial del monopolio radiofónico por parte de muchos gobiernos con la paulatina aceptación de medios electrónicos privados, la desafección por los servicios privado-comerciales y la expansión del sistema democrático y de la libertad de expresión en distintas regiones del mundo.²³

En Uruguay, por ejemplo, se ha promulgado la nueva ley de radiodifusión comunitaria, normativa que reconoce y promueve a las radios y TV comunitarias como un ejercicio de la libertad de expresión, ley que es reconocida internacionalmente como uno de los marcos regulatorios más avanzados en este tema. Resalta dentro de sus principios generales el derecho a la libertad de expresión, comunicación e información y a fundar un medio de comunicación por radiodifusión determinando a la radiodifusión como su soporte técnico, por lo cual prohíbe la existencia de limitaciones a la utilización del espectro radioeléctrico que

22 El Proyecto Político Cultural de las Emisoras Comunitarias, Artículo tomado de la página http://www.caraysenal.agenciapulsar.org/pdf/cys01/cys01_06_dossier.PDF el 23 de junio de 2009

23 Sánchez Gloria Cecilia, Legislación sobre Radiodifusión Sonora Comunitaria, UNESCO, 2003

no sean para garantizar las garantías para el ejercicio de los derechos de todos los habitantes de ese país. Destaca como el espectro radioeléctrico es un patrimonio común de la humanidad sujeto a la administración de los Estados a quienes corresponde su administración, la cual debe observar para ello los principios de promoción de la pluralidad y diversidad; la no discriminación y la transparencia y publicidad en los procedimientos y condiciones de otorgamiento de las asignaciones de frecuencias, que permitan el efectivo control por parte de los ciudadanos.

Así mismo, define el servicio de radiodifusión comunitaria como el servicio de radiodifusión no estatal de interés público, prestado por asociaciones civiles sin fines de lucro con personería jurídica o por aquellos grupos de personas organizadas que no persigan fines de lucro, orientado a satisfacer las necesidades de comunicación social y a habilitar el ejercicio del derecho a la información y a la libertad de expresión de los habitantes de la República, cuya finalidad será la promoción del desarrollo social, los derechos humanos, la diversidad cultural, la pluralidad de informaciones y opiniones, los valores democráticos, la satisfacción de las necesidades de comunicación social, la convivencia pacífica y el fortalecimiento de los vínculos que hacen a la esencia de la identidad cultural y social del Uruguay. Ordena al Poder Ejecutivo, la reserva para la prestación del servicio de radiodifusión comunitaria y otros sin fines de lucro, al menos de un tercio del espectro radioeléctrico por cada localidad en todas las bandas de frecuencia de uso analógico y digital y para todas las modalidades de emisión. Reglamenta además que para la asignación del canal se requiere de resolución de Poder Ejecutivo a la cual precederá un proceso de asignación ampliamente detallado en esta norma cuyo principio general es el concurso abierto y público, señalando expresamente los criterios para la asignación de frecuencias.

Por otra parte, en Chile actualmente se está gestando la nueva ley de radios comunitarias, cuyo proyecto ya fue aprobado por unanimidad por la Cámara de

Diputados, con lo cual se fortalece en gran manera este medio de radiodifusión en ese país. Este proyecto entre otros aspectos busca extender la duración de las concesiones de 3 a 5 años; permite aumentos en la potencia de transmisión; establece la posibilidad de realizar comerciales para obtener recursos; organiza las frecuencias utilizadas por el servicio comunitario para evitar interferencias y al mismo tiempo abrir espacios para que se creen nuevas emisoras. Es bueno precisar que en Chile las radios comunitarias han jugado un rol importantísimo para la expresión de sectores marginados, estigmatizados o invisibilizados por los medios tradicionales, así como de las personas de zonas geográficamente aisladas y de comunidades de interés, como los pueblos originarios, las mujeres, los movimientos ecologistas o de defensa de los usuarios y consumidores.

Ahora bien, en otros países, como Sudafrica, Canadá, Australia, Venezuela y Colombia, también existen normas concretas en esta materia. En Sudáfrica, por ejemplo, las radios comunitarias además de ser designadas como tercera categoría del servicio de radiodifusión sudafricano, en la ley de creación de la Autoridad Independiente de Radiodifusión (Independent Broadcasting Authority) de 1993, cuentan con una política específica de 1997 destinada a brindarles un marco jurídico adecuado. Por su parte, en Canadá la ley canadiense de radiodifusión de 1991 declara al servicio de radios comunitarias como uno de los elementos del sistema canadiense de radiodifusión, junto a los elementos públicos y privados y posteriormente, con miras a regular mejor el servicio, se han elaborado proyectos específicos para las radios comunitarias. En Australia, igualmente, las emisoras comunitarias son reconocidas como una de las categorías del servicio de radiodifusión según la ley sobre los servicios de Radiodifusión de 1992, norma que incluye toda una sección destinada a la radiodifusión comunitaria²⁴. En Venezuela, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones promueve la existencia de estaciones de radiodifusión sonora

24 Sánchez Gloria Cecilia Legislación Sobre Radiodifusión Sonora Comunitaria, Estudio Comparativo de Legislaciones de Trece Países, UNESCO : 2003, pag 92,93.

y televisión abierta comunitarias de servicio público, sin fines de lucro y desde el 2002 cuando se ha dado un carácter formal al trabajo de las emisoras comunitarias, a través del Reglamento de Radiodifusión Sonora y Televisión Abierta Comunitarias de Servicio Público sin fines de lucro²⁵.

En Colombia, ha habido desde 1945 una serie de decretos que han tratado de reglamentar en forma precisa este servicio, pero sólo hasta la promulgación de la ley 1341 de 2009 se le ha dado cierta preponderancia al hacer referencia específica al servicio en el parágrafo 2º de su artículo 57, pero de su estudio nos ocuparemos posteriormente.

En Bolivia, en el plano de la legislación, a pesar de que tiene un lugar privilegiado en la historia de las radios comunitarias del mundo, porque recordemos que allí a raíz de la revolución de los mineros surgieron estas emisoras, paradójicamente el gobierno no ha aprobado una ley que las proteja y las estimule. La única noticia que se tiene es un decreto dictado durante la administración de Carlos Mesa en el que se reconoce y regula el funcionamiento de las radios comunitarias. El gobierno del Movimiento Socialista de Evo Morales no se ha manifestado al respecto, a pesar de que la Constitución Política del Estado aprobada por los asambleístas del MAS, tuvo en cuenta las inquietudes de los comunicadores y especialistas de la comunicación, e incluye en el Artículo 108 de la "versión oficial", un acápite que dice textualmente: "El Estado apoyará la creación y mantenimiento de medios de comunicación comunitarios en igualdad de condiciones y oportunidades".²⁶ Se trata de una frase algo imprecisa e indeterminada, pero, por lo menos, guarda un reconocimiento y compromiso con este importante medio.

25 Emisoras Comunitarias, la Voz de las Comunidades en el Aire, artículo tomado de http://www.abn.info.ve/reportaje_detalle.php?articulo=700 el 4 de julio de 2009

26 Gumucio Dragón Alfonso, Derecho a Comunicar, AREDMAG, 2008.

Por otra parte, en regiones como América Central la situación de las emisoras comunitarias es un tanto oscura. Un informe regional sobre los marcos regulatorios de la radiodifusión en esa región realizado por el Programa “Centroamérica en Sintonía” (CAeSI) y coordinado por la Asociación Mundial de Radios Comunitarias (AMARC-Centroamérica) y la Asociación Latinoamericana de Educación Radiofónica (ALER) ²⁷, el cual fue realizado con el ánimo de encontrar respuestas acerca de si la legislación vigente es adecuada para el funcionamiento y la expansión de las Radios Comunitarias o si, por el contrario, las disposiciones legales y la lógica que les dio nacimiento son un escollo a superar para continuar cumpliendo los grandes objetivos sociales de estos medios de comunicación alternativa.

Dicho informe deja ver como las constituciones de los países centroamericanos han reconocido el derecho a la libertad de expresión de manera bastante aceptable, tutelando de manera adecuada esta libertad democrática. Explica cómo los países centroamericanos también han firmado y ratificado los más importantes tratados internacionales de derechos humanos, en particular a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyas disposiciones sobre la libertad de expresión son apropiadas para su defensa jurídica ante los sistemas nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos, tratados que son susceptibles de ser invocados directamente ante las autoridades administrativas y el órgano judicial, complementando el marco constitucional de reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales y ampliando los fundamentos normativos de los mecanismos internos de defensa de la libertad de expresión, abriendo las puertas al uso de procedimientos internacionales, como el sistema de informes ante los Comités de Supervisión de Tratados de las Naciones Unidas y las denuncias ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, que han sido

²⁷ Artículo tomado de internet: http://legislaciones.item.org.uy/files/Centroamerica_Res_Ejecutivo.pdf, en agosto 20 de 2009.

utilizados con éxito en el pasado en la defensa de la libertad de expresión, pero poco utilizadas para retar las que ellos llaman las inadecuadas leyes nacionales, ni las prácticas administrativas discriminatorias contra las radios comunitarias

Por otra parte, en cuanto a la legislación existente al respecto, en algunos países de Centroamérica se han producido modificaciones a los marcos regulatorios de la radiodifusión, pero orientadas por un criterio privatizador del espectro y no por el deseo de garantizar la libertad de expresión como derecho fundamental. Por tal motivo, tratándose de emisoras sin ánimo de lucro, en Centroamérica no ha sido mucho el interés por concretar leyes que regulen la radiodifusión comunitaria. Los proyectos de ley sobre radiodifusoras comunitarias tienen pocas posibilidades de avanzar en el Congreso Nacional y la legislación vigente no permite crecer a las Radios Comunitarias y Populares, ya que se les imponen unas reglas de juego que pueden propender hacia su desnaturalización.

1.3 LAS EMISORAS COMUNITARIAS EN COLOMBIA

1.3.1 Origen

En Colombia, el servicio público de radiodifusión sonora comunitaria surge con la prestación del servicio en forma clandestina. Los habitantes más osados de retirados municipios del país optaban por montar sus emisoras rudimentarias con el fin de lograr de algún modo una comunicación entre veredas vecinas.

Lo que se conocía como radio comunitaria, en realidad constituía un amplio espectro de medios y formas que iban desde pequeñas emisoras en AM y FM de potencia reducida, hasta las experiencias de circulación de cassettes a través de altoparlantes barriales o municipales. Existía una gran proliferación de estas prácticas a lo largo del territorio nacional, producto del afán de los colombianos por

idearse formas alternativas de comunicación, fruto a su vez del vacío de radiodifusión convencional para responder a las demandas de la población y de la imposibilidad de acceder a los medios regionales y nacionales.

Sin embargo, todos estos intentos de comunicación se hacían infructuosos, ya que los embriones de emisoras comunitarias tendían a desaparecer finalmente, de una parte por los innumerables obstáculos que surgían para su desarrollo y de otra por cuanto al no poseer el permiso para la utilización del espectro electromagnético eran cerrados por las autoridades y decomisados sus equipos, situación esta imposible de solucionar a la luz de las normas vigentes para la época, en razón a que sólo se regulaba el servicio comercial.

Todo esto acaecía en nuestro país aún antes de los años cincuenta. Desde entonces las radios comunitarias se utilizaban como soporte de campañas de comunicación orientadas a la promoción de comportamientos y actitudes socialmente deseables en el campo de la salud, a estimular procesos de cambio social orientados al mejoramiento de la calidad de vida de comunidades específicas, y a dinamizar programas de desarrollo en distintos ámbitos educativos, sociales y culturales.²⁸

En 1947 aparece Radio Sutatenza, creada por el padre Joaquín Salcedo. A pesar de que no permaneció muchos años como ejemplo de comunicación radial a escala comunitaria, el hecho de haber sido la primera en su género tiene mucho mérito. Su enfoque integrado de los medios de comunicación y la educación fue tan exitoso que inspiró ampliamente otras prácticas similares en otros países de América Latina e inclusive en Asia y África. Fue pionera en el uso de la radio con objetivos educativos, particularmente en la educación de adultos rurales y campesinos pobres. A pesar de su modesto origen, se convirtió rápidamente en

28 Antequera Ripoll, Juan Carlos y otro, La Radio Como Dinamizadora de los Procesos Sociales y Culturales en Barranquilla, Barranquilla, 2002.

una potencia en la lucha contra el analfabetismo en Colombia. Su fundador tuvo éxito en demostrar que una educación crítica es el medio adecuado para que los campesinos y pobladores rurales participen en condiciones de igualdad en el desarrollo y en el mantenimiento de los valores sociales de justicia, equidad y democracia.²⁹ En Pocos años se convirtió en una red de educación a distancia con cobertura nacional, que operaba desde Bogotá.

Por supuesto, en el país continuaron creándose este tipo de emisoras, algunas muy rudimentarias que operaban en la clandestinidad, puesto que, como ya se anotaba, para entonces no existía ningún tipo de reglamentación al respecto, ni se hallaba realmente la preocupación en los ámbitos políticos ni gubernamentales por procurar su establecimiento, toda vez que más bien constituían una piedra en el zapato para la emisoras comerciales que veían con preocupación invadido su terreno en la utilización del espectro.

La existencia de un limbo jurídico en la materia, estimulaba una desordenada proliferación de iniciativas comunitarias en el ámbito de la radiodifusión y situaba a decenas de personas, fundaciones y organizaciones populares en los límites de la clandestinidad, dentro de una indeseable atmósfera de confrontación con las autoridades, constituyéndose en una necesidad inaplazable una tarea legislativa de primer orden que permitiera aterrizar esa diversa y convulsa realidad en el espíritu democratizador de la sociedad colombiana cuyo pilar fundamental es el mundo de las comunicaciones³⁰.

Sin embargo, el proceso que condujo a la legalización de la radio comunitaria en Colombia no comenzaría hasta la década de los noventa, cuando el entonces Ministerio de Comunicaciones considerara importante ver su labor desde un ángulo no solamente de administración y control de las redes y sistemas de

29 Tomado del artículo Radio Sutatenza- Colombia en <http://www.comminit.com/es/la>, el 20 de mayo de 2009.

30 Campaz, Jorge Enrique. Radios Para la Democracia. En: 1, 2, 3 Probando, 2007, N° 1, p. 72.

comunicación, sino desde una perspectiva más social, sobre todo con miras a la democratización de la comunicación³¹.

Surgen así inquietudes y propuestas por parte de líderes y activistas comunitarios e incluso funcionarios del Ministerio, impulsados por la idea de aprovechar los espacios abiertos por la constitución de 1991 para la creación de emisoras, basados en la libertad de fundar medios masivos de comunicación³²; el derecho a informar y recibir información³³; la obligación que adquiere el Estado de promover y fomentar el acceso a la cultura³⁴; la garantía de que todos los ciudadanos tengan acceso al espectro electromagnético en igualdad de condiciones³⁵, etc., lo cual lleva a la necesidad de una legislación que permita la asignación de frecuencias para la radio comunitaria, gestándose entonces una propuesta de proyecto de ley que regulara el tema de los canales comunitarios como un nuevo modelo de radiodifusión, el cual no prosperó en el Congreso pero dejó abierto el camino para que posteriormente, con la ley 80 de 1993, se diera una luz al fijar al gobierno la obligación de expedir un decreto que determinara las condiciones que hicieran posible la prestación del servicio público de radiodifusión sonora comunitario en el país.³⁶

31 Al respecto, el escritor Miguel Ceballos ha manifestado: “Es evidente que existe insuficiente conocimiento sistemático sobre la relevancia y la operacionabilidad de estos canales formales de participación tanto en los diferentes niveles del gobierno, y en particular a nivel local, como entre la sociedad civil y las organizaciones de cooperación internacional presentes en el país. Durante los años noventa en el contexto de la nueva constitución política y del proceso de descentralización, la atención académica y política con respecto al ámbito local ha venido creciendo gradualmente. En la mayoría de los casos, esa atención se ha focalizado en el nivel ejecutivo (temas fiscales, de planeación y de gestión municipal) y en menor grado en temas de promoción de la participación ciudadana y el fortalecimiento democrático a nivel local. Entre los estudios que tratan el tema de participación ciudadana propiamente dicha, el interés se ha centrado mayoritariamente en las formas de participación política (referéndum, plebiscito, iniciativa popular), en las iniciativas de organizaciones comunitarias informales (ONG) o en formas de participación desarrolladas por un sector determinado. Ceballos Miguel y otros, Participación y Fortalecimiento Institucional a Nivel Local en Colombia, Centro Editorial Javeriano, Bogotá, sf, pag 12-

32 Constitución Nacional, artículo 20.

33 Ibid.

34 Ibid., artículo 70,71.

35 Ibid., artículo 75.

36 Gómez Mejía Gabriel y otro, Para Entender la radio Comunitaria Hoy. Revista Signo y Pensamiento N°38 (XX), Universidad Javeriana: Departamento de Comunicación,2001.pag. 140 -147.

1.3.2 Marco Jurídico

1.3.2.1 Marco Jurídico Constitucional. En Colombia, la Constitución de 1991 sentó las bases legales para el reconocimiento del servicio público comunitario de radiodifusión sonora, con la aceptación de nuevas libertades y garantías no reconocidas hasta entonces.

Son varios los artículos de la norma en cita que de una u otra forma le sirven de fundamento, todos ellos inmersos en el contexto del Estado Social de Derecho y con miras al cumplimiento de los fines esenciales del Estado, consagrados en su artículo segundo: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación.

Es así como el artículo 20 de la mencionada norma afirma:

Art. 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho de rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

De esta manera, surge la libertad de expresión como condición necesaria para que el ser humano se desarrolle plenamente en sociedad y para la realización del Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista, libertad que necesariamente requiere para su ejercicio la existencia de medios masivos de comunicación como la radiodifusión. Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional:

Los medios de comunicación desarrollan tareas esenciales dentro de una democracia, debido a que la información de las personas y la observación crítica de la gestión de las autoridades son el sustrato indispensable de una participación ciudadana efectiva. Más que ser una forma para desarrollar eficazmente el ejercicio de una libertad -la de expresión-, los medios masivos de comunicación han entrado a ejercer un papel preponderante dentro del Estado de Derecho³⁷.

De igual forma, los artículos 70 y 71 disponen:

Art.70. El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.

La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad.

El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país.

El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.

Art.71. La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. El Estado creará

37 Corte Constitucional, Sentencia T- 602 de 1995, exp. T- 77691, M. P. : Carlos Gaviria Diaz.

incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades.

Ahora bien, en materia de radiodifusión hay que tener en cuenta que está de por medio el uso del espectro electromagnético y al respecto el artículo 75 constitucional prescribe:

Art. 75. El espectro electromagnético es un bien público inalienable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.

Respecto al carácter del servicio de telecomunicaciones la ley 72 de 1989 en su artículo 5º se encargó de catalogarlo como un servicio público, por lo tanto, en aplicación del Art. 365 constitucional, aquel podrá ser prestado por particulares o comunidades organizadas, veamos:

Art. 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno

decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberán indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

La Corte Constitucional admite que “uno de los aciertos de la Constitución de 1991 fue haber reconocido que para los colombianos de hoy el tema de los servicios públicos tiene tanta o más importancia que muchos de los debates clásicos del derecho constitucional”³⁸. En ese aspecto el artículo en estudio tiene especial relevancia, ya que abre la posibilidad de prestarlos tanto por las entidades oficiales como por los particulares.

1.3.2.2 Régimen Legal. En Colombia, las comunicaciones, o lo que se conoce como espectro radioeléctrico, comúnmente llamado frecuencias, son propiedad exclusiva del Estado. El Ministerio de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, como ente rector que lo representa, regula su utilización y su distribución y/o arrendamiento a los particulares, a quienes se les entrega en calidad de concesión³⁹.

Hasta 1992 el área de radio del Ministerio se regía por el Decreto 222 de 1983⁴⁰, el cual, en su capítulo XIV, reglaba los contratos de concesión de los servicios de telecomunicaciones cuyo objeto era permitir a las personas naturales o jurídicas, en forma temporal, la explotación de frecuencias, bandas y canales por líneas físicas o de radio, pertenecientes al Estado.

Este Decreto, a raíz de los múltiples problemas surgidos por la proliferación de emisoras clandestinas y con el propósito de ofrecer una tabla de salvación a las pequeñas poblaciones que aspiraban contar con un medio de radiodifusión propio

38 Corte Constitucional, Sentencia T- 578 de 1992, exp. T- 1848, M. P. : Alejandro Martínez Caballero.

39 CAMPAZ, Op. cit., P.72.

40 Decreto No. 222 de 1983, anterior Estatuto de Contratación Pública, el actual es la Ley 80 de 1983.

y legal, terminando con el flagelo de la clandestinidad, estableció en su Art. 197 que las concesiones para la frecuencia radiofónica deberían ser otorgadas previo proceso de licitación pública.

Sin embargo, por muchos años esta legislación se convirtió más bien en un obstáculo por lo dispendioso y complicado del proceso de licitación, sobre todo para aquellas pequeñas comunidades apartadas de Santafé de Bogotá, donde debían realizarse tales diligencias, tornándose por otra parte más desventajosa su situación frente a los dueños de las cadenas radiales con quienes tenían que competir.

Posteriormente se promovió un proceso amplio de consulta y participación a nivel nacional, como base para la elaboración de propuestas normativas a la luz de la ley 72 de 1989, por la cual se definieron nuevos conceptos y principios sobre la organización de las telecomunicaciones en Colombia y sobre el régimen de concesión de los servicios y se confirieron unas facultades extraordinarias al Presidente de la República por el término de ocho meses para reordenar normativamente las comunicaciones

Estas propuestas fueron presentadas a consideración del gobierno y algunas de ellas quedaron condensadas en el Decreto – Ley 1900 de 1990, el cual fue enfático en establecer que las telecomunicaciones deberían ser utilizadas responsablemente para contribuir a la defensa de la democracia, a la promoción de la participación de los colombianos en la vida de la Nación y la garantía de la dignidad humana y de otros derechos fundamentales consagrados en la Constitución y para asegurar la convivencia pacífica, por lo que el Estado debe propender porque la radio difusión sonora tenga cobertura nacional y aproxime a las gentes del sector rural colombiano, a las distintas etnias culturales y en general a los habitantes del territorio alejados de las grandes zonas urbanas, a un medio de educación que eduque, informe y contribuya con sus emisiones a la recreación

y el desarrollo económico y social, preservando los valores autóctonos del lugar a partir de las comunidades organizadas.

Así mismo, el Decreto – Ley 1901 del mismo año consagró el auspicio por parte del Ministerio de Comunicaciones de la participación comunitaria en el desarrollo y gestión de servicios de comunicaciones.

Adviértase que, a pesar de que las anteriores normas, si bien lograron democratizar las comunicaciones, no constituyeron un marco legal suficiente para proteger el desarrollo social perseguido por el servicio público de radiodifusión comunitaria, toda vez que no constituyen reglas precisas sobre éste, manteniéndose las limitaciones legales existentes, obstáculo insalvable para su surgimiento y desarrollo.

Avanzando en este recorrido por el mundo jurídico que ha rodeado el tema en estudio aparece el nuevo estatuto de contratación administrativa: la Ley 80 de 1993, que en su artículo 35 reza:

ARTICULO 35. DE LA RADIODIFUSION SONORA. *Los concesionarios de los servicios de radiodifusión sonora, podrán ser personas naturales o jurídicas, cuya selección se hará por el procedimiento objetivo previsto en esta ley, de acuerdo con las prioridades establecidas en el Plan General de Radiodifusión que expida el Gobierno Nacional.*

El servicio de radiodifusión sonora sólo podrá concederse a nacionales colombianos o a personas jurídicas debidamente constituidas en Colombia.

En las licencias para la prestación del servicio de radiodifusión sonora, se entenderá incorporada la reserva de utilización de los canales de radiodifusión, al menos por dos (2) horas diarias, para realizar programas de educación a distancia o difusión de comunicaciones oficiosas de carácter judicial.

PARAGRAFO 1o. El servicio comunitario de radiodifusión sonora, será considerado como actividad de telecomunicaciones y otorgado directamente mediante licencia, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones jurídicas, sociales y técnicas que disponga el Gobierno Nacional.

Esta disposición dio una luz al fijar al gobierno la obligación de expedir un decreto que determinara las condiciones que hicieran posible la prestación del servicio público de radiodifusión sonora comunitario en el país.

Sin embargo, fue sólo hasta 1995 que, en desarrollo de este precepto y de la regla 20 de la Constitución Nacional, se creó la radio difusión sonora comunitaria, en primer lugar con el Decreto 1446, que en su artículo tercero la reconoce dentro de la clasificación del servicio en función de la orientación de la programación la radiodifusión comunitaria, destinada a satisfacer necesidades de las comunidades organizadas (ratificada así por el Art. 1º del Decreto 348 de 1997) y en segundo lugar, con el Decreto 1447 que lo define como un servicio público de telecomunicaciones, de interés social, sin ánimo de lucro, a cargo y bajo la titularidad del Estado, participativo y pluralista, orientado a satisfacer necesidades de comunicación en el municipio o área objeto de cubrimiento; a facilitar el ejercicio del derecho a la información y la participación de sus habitantes, a través de programas radiales realizados por distintos sectores del municipio, de manera que promueva el desarrollo social, la convivencia pacífica, los valores

democráticos, la construcción de ciudadanía y el fortalecimiento de las identidades culturales y sociales.

Posteriormente, el Decreto 1981 de 2003 reglamenta ya el Servicio Comunitario de Radiodifusión Sonora, definiendo las condiciones para la prestación del servicio y precisando los criterios y términos de la concesión; retoma la definición consagrada por el Decreto 1447 de 1995. Aclara este ordenamiento que dicha prestación ejercida bajo la titularidad del Estado se realizará en gestión indirecta a través de comunidades organizadas debidamente constituidas en Colombia ocupándose de definir éstas como asociaciones de derecho, sin ánimo de lucro, integradas por personas naturales y/o jurídicas, en la que sus integrantes estén unidos por lazos de vecindad y colaboración mutua en beneficio del desarrollo local y la participación comunitaria.

Esta norma establece, como fines del servicio, la satisfacción de necesidades de comunicación en el municipio en el cual operen, de tal manera que se facilite el ejercicio del derecho a la información e incentive la participación de sus habitantes; se promueva el desarrollo social, la convivencia pacífica, los valores democráticos, la construcción de ciudadanía y el fortalecimiento de las identidades culturales y sociales.

El Ministerio de Comunicaciones emite en el 2008 el Decreto 2085 que recoge la clasificación general del servicio de radiodifusión efectuada por el Decreto 348 de 1997 y presenta una definición más amplia del servicio público comunitario señalándolo como aquel orientado a generar espacios de expresión, información, educación, comunicación, promoción cultural, formación, debate y concertación, que conduzca al encuentro entre las diferentes identidades sociales y expresiones culturales de la comunidad, dentro de un ámbito de integración y solidaridad ciudadana y, en especial, a la promoción de la democracia, la participación y los

derechos fundamentales de los colombianos que aseguren una convivencia pacífica.

Por último, recientemente se expide por parte del Congreso de la República la Ley 1341 de 2009 cuyo objeto es “determinar el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, su ordenamiento general, el régimen de competencia, la protección del usuario, así como lo concerniente a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de la invención en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de las redes y del espectro radio eléctrico, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, regulación, control y vigilancia del mismo y facilitando el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la Sociedad de la Información⁴¹”.

La nueva ley recoge en su Título VIII los principios, organización y concesión del servicio de radiodifusión sonora existente en las normas ya estudiadas con algunas modificaciones, pero lo interesante es que por primera vez una norma de este rango se ocupa en forma específica del tema del servicio público de radiodifusión sonora comunitaria. Es así como, en el párrafo 2º del artículo 57 señala:

Parágrafo 2º. El servicio comunitario de radiodifusión sonora será un servicio de telecomunicaciones, otorgado mediante licencia y proceso de selección objetiva, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones jurídicas, sociales y técnicas que

41 Artículo 1º de la ley 1341 de 2009, por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC-, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones.

disponga el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones.

Esta regla eleva el servicio público de radio difusión sonora comunitario al rango de importancia que desde sus inicios en los años cincuenta se venía persiguiendo. Esperemos que cada día su desarrollo sea más eficiente en bien de la democracia y del fortalecimiento de los pueblos.

2. LAS EMISORAS COMUNITARIAS, ¿UNA ACTIVIDAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN?

Hemos referido que en Colombia el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, antes Ministerio de Comunicaciones⁴², es la autoridad administrativa revestida legalmente de facultades para regular todo lo relacionado con el servicio público de radiodifusión sonora comunitaria, así como para decidir libremente en qué momento y a qué municipalidades convoca para la adjudicación de las licencias que autorizan su operación.

La cuestión se centra en este momento en determinar la naturaleza jurídica de estas facultades ejercidas por la administración, en cuanto corresponden a una actividad totalmente discrecional⁴³.

Por tal motivo, en el desarrollo de este capítulo se buscará, en primer término, definir de manera precisa el concepto de discrecionalidad, con ayuda de la doctrina y la jurisprudencia; aún cuando, valga la aclaración, este trabajo pueda resultar dispendioso, ya que, como lo asevera el Marín Hernández⁴⁴, como entremés a su exposición de los más significativos conceptos que se han elaborado sobre este tema, el estudio de la discrecionalidad administrativa es un tanto espinoso y sobre todo el lograr encontrar un único significado al término es

42 Ley 1341 de 2009: “ Artículo 16. MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN. El Ministerio de Comunicaciones se denominará en adelante Ministerio de Tecnologías de la Información Y las Comunicaciones.

43 En el transcurso de esta investigación se encontró que los diferentes autores consultados se refieren indiferentemente a la discrecionalidad como actividad, potestad o facultad e incluso como competencia. Se ha optado por referirse a ella como actividad toda vez que es un término más genérico que incluso los subsume a todos, ya que toda actividad de la administración conlleva una facultad legal para realizarla, así como una potestad y una competencia señalada.

44 Marín Hernández Hugo Alberto, 2007. Discrecionalidad Administrativa, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pag. 49

una tarea bastante ardua, toda vez que está marcado por la polivalencia y su indistinta utilización en los diferentes contextos.

De hecho, afirma el autor en cita, la doctrina reconoce como uno de los rasgos inherentes al término “discrecionalidad” su carácter equívoco, la pluralidad de sentidos que le son atribuibles y la nada infrecuente práctica de referirse a él sin precisar su significado o sin determinar a cuál de sus múltiples acepciones se alude; apreciación esta que es igualmente compartida por Lamprea Rodríguez⁴⁵ al referirse al tema en comento, en su obra *Anulación de los Actos Administrativos*.

Se partirá entonces de hacer una breve alusión a la actividad reglada para luego dedicar buena parte de este capítulo a la discrecionalidad, de tal manera que podamos concluir una postura conceptual que nos permita finalmente determinar si la actividad que ejerce la Administración - Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – tanto en la reglamentación como en la posterior adjudicación del servicio público de radiodifusión sonora comunitaria que nos ocupa en esta investigación, es una actividad netamente discrecional o no.

2.1 ACTIVIDAD REGLADA DE LA ADMINISTRACION.

2.1.1 Conceptualización

La mayoría de las veces, dentro de los regímenes que se dicen de Derecho, en el ejercicio de sus facultades administrativas los órganos y servidores estatales se encuentran con que éstas han sido previstas en una disposición legal y que sólo sus actuaciones sustentadas en ella gozan de total garantía, de tal manera que, cuando esto no es así, se abre la posibilidad de que puedan ser

45 Lamprea Rodriguez Pedro Antonio, *Anulación de los Actos de la Administración Pública*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogota: 1996, Pag. 47.

impugnadas. En forma general⁴⁶, la norma establece la competencia y el procedimiento que se debe adoptar en tal o cual situación específica, así como el objeto sobre el cual puede recaer su ejercicio y el momento justo⁴⁷. En este caso podemos afirmar que estamos ante la actividad reglada de la administración.

No existe, entonces, por parte de la autoridad administrativa, libertad alguna para su actuación; ésta no puede variar a su criterio las condiciones explícitamente señaladas en la norma legal respectiva. Se estaría frente a lo que algunos autores señalan como “automatismo aplicativo”, toda vez que no existe para el funcionario más que la aplicación automática de la norma administrativa, sin que exista libertad de escoger entre varias soluciones, pudiendo decirse que en tales casos, su conducta está dictada de antemano por el derecho⁴⁸.

Ahora bien, desde el punto de vista iusfilosófico, la actividad reglada de la administración también tiene su sentido, en tanto se pregona su existencia cuando la norma le señala al funcionario los fines perseguidos por ella y los medios que debe utilizar para conseguirlos⁴⁹.

46 El criterio según el cual la norma general es que la actividad administrativa es discrecional y lo excepcional se da cuando se encuentre reglada, hoy por hoy está más que revaluado, por cuanto la regla general son las facultades regladas y lo excepcional es la discrecionalidad, como fruto de la incesante evolución del derecho público. Vidal Perdomo Jaime, *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, Pag. 168.

47 “... la Ley puede determinar agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construya un supuesto legal completo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos los términos y consecuencias (por ejemplo: jubilación por edad de los funcionarios, ascenso por antigüedad, liquidación de un tributo, aplicación de una cuota establecida por la Ley a una base fijada sobre un hecho imponible determinado-, etc.);” GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y otro, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Octava Edición, Editorial Ovitás, Madrid, 1998, pag. 444.

48 Chacín Fuenmayor, Ronald de Jesús. *La Discrecionalidad Administrativa en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*. *Cuestiones Políticas*, Maracaibo dic. 2005, no.35, p.59-91.

49 Ocando Delgado al explicar la diferencia entre la actividad reglada y la discrecional desde el punto de vista jusfilosófico manifiesta que se diferencia también la potestad discrecional de la reglada en cuanto a los fines y los medios previstos en la norma para el funcionario; estaremos en presencia de la primera cuando la ley le establece al funcionario público el fin previsto en la norma que debe conseguir a través de una serie de medidas para el cual el funcionario tiene cierta libertad, atendiendo a las circunstancias del caso, es decir, el funcionario tiene cierta libertad de medios, pero no de fines, ya que éstos están previstos claramente en la ley, y estaremos en los casos de potestad reglada, cuando al funcionario, la ley le establezca tanto los fines como los medios o medidas para la consecución de esos fines. Delgado Ocando José Manuel, *Curso de Filosofía del Derecho*. Vadell Hernanos, 1994, pg. 500..

Por su parte, Lamprea Rodríguez⁵⁰, al referirse a la competencia reglada manifiesta: “cuando la relación entre la regla de derecho y la conducta administrativa es restringida, se trata, sin lugar a dudas, de un caso de competencia reglada, esto es, atada” y para mayor claridad cita a Jean Rivero, quien orienta esta conceptualización con el ejemplo del debido proceso, donde, señala el autor, lo único que puede hacer el agente es verificar que las condiciones previstas por la norma se cumplan y es allí, en estos actos administrativos sancionadores, donde resulta indispensable estar especialmente alerta para requerir el cumplimiento de las exigencias señaladas.

Reafirmando las anteriores apreciaciones, Rodríguez Rodríguez⁵¹ y Santofimio Gamboa⁵² coinciden en expresar que la potestad reglada se presenta cuando se está frente a la aplicación estricta de una atribución legal, a la existencia de una norma clara y específica, debiendo tanto el órgano como el servidor del Estado actuar en la forma prescrita en dichas disposiciones sin llegar a tener posibilidades de romper los marcos en ella trazados para su ejecución. Rodríguez añade que en este caso el órgano administrativo debe dar estricto cumplimiento al mandato legal que no le concede la posibilidad de tomar decisiones opcionales.

Santofimio Gamboa agrega que el ejercicio de este tipo de potestades implica un proceso de “adecuación estrictamente típico entre los supuestos de hecho descritos por la ley y los analizados en el mundo de la realidad”. Sin embargo, este último va más allá en su consideración al aceptar que existe la posibilidad de que dicho proceso implique instantes de apreciación o subjetivismo, considerando que quien aplica la norma es una persona natural.

50 Lamprea Rodríguez Pedro Antonio, Anulación de los Actos de la Administración Pública, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá: 1996, Pag. 48.

51 Rodríguez Rodríguez Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, Temis, Bogotá:2002, Pag.242,243.

52 Santofimio Gamboa Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2003, Pag.53

En este mismo sentido, Berrocal Guerrero⁵³, no obstante reconocer que en el acto reglado el funcionario se encuentra limitado en todos los aspectos, de manera que ciertamente éste debe ser producido en las circunstancias de hecho, modo, tiempo y demás que señale la ley o el reglamento, es decir, que ya previamente tiene delimitada la oportunidad, el mérito, la conveniencia y la consecuencia respectiva y que no tiene libertad alguna para apartarse de la manera como en la realidad se presenten esos aspectos, no está del todo de acuerdo con el automatismo aplicativo, por cuanto, afirma el autor, por más reglado que sea el acto, el funcionario, teniendo como faro el cumplimiento de los cometidos estatales, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, debe hacer uso de su facultad de regulación y juicio, tanto frente a la situación que le da razón a la existencia del acto, como a los elementos que debe tener en cuenta para tomar una decisión, aspectos tales como la necesidad y valoración de la prueba, la razonabilidad, la proporcionalidad, la eficacia, la equidad, el interés general y el bien común.

En síntesis, podemos concluir que existe actividad reglada de la administración, cuando en el ejercicio de sus funciones ésta debe actuar conforme al estricto obediencia de lo preceptuado en la norma a aplicar, la cual prevé todas las circunstancias que deben darse en la realidad para tal efecto, sin permitirle apartarse de los fines que con ella se persiguen, ni de los medios predispuestos por la misma para alcanzarlos, pero que, acogiendo la postura de los dos últimos autores citados, no pueden existir actos totalmente ajenos a la subjetividad de quien los aplica, toda vez que hay elementos que se deben tener en cuenta para tomar una decisión y que no pueden escapar a ella.

53 Berrocal Guerrero Luis Enrique, Manual del Acto Administrativo, Editorial ABC, Bogotá:2004, Pag. 103-105.

2.2 ACTIVIDAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN

2.2.1 ¿La Discrecionalidad Se Predica Del Acto Administrativo O De La Facultad Mediante La Cual Se Expide Dicho Acto?

Una primera reflexión en torno al tema que nos ocupa es que se ha partido muchas veces de considerar que lo discrecional es el acto administrativo, es decir, el contenido de la decisión tomada por la administración⁵⁴.

En este sentido se expresa Vidal Perdomo cuando afirma:

Desde otro punto de vista, también se ha planteado la discusión sobre si lo discrecional es el acto administrativo o la facultad mediante la cual se expide dicho acto. Para nosotros lo que merece el calificativo de discrecional o reglado, es la facultad o el poder para expedir el acto. En éste, simplemente se concreta el ejercicio de la facultad; podría decirse, se congela dicha facultad. Ya expedido el acto, ya en ejercicio de facultad discrecional, ya por facultad reglada, éste es único; es decir, es una decisión ya tomada; mientras que la esencia de lo discrecional está en la facultad de decidir y de elegir entre una o varias decisiones posibles de tomar.⁵⁵

Pudiera decirse que es una concepción absoluta el considerar, como lo expresa el profesor Perdomo, que la discrecionalidad se predica solamente de la facultad y no del resultado. Sin embargo, aún cuando le asiste verdadera razón para tal afirmación, no dejaremos de encontrar aún en sus propios escritos expresiones

54 Obsérvese por ejemplo el Art. 36 Código Contencioso Administrativo: “En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

55 Vidal Perdomo Jaime y otros, Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, Pag. 160.

tales como “el control de los actos discrecionales de la administración”, con lo cual se está calificando al acto en sí mismo. Al parecer solo es un problema de precisión, ya que realmente la discrecionalidad constituye una característica solamente predicable de la facultad o potestad y no del acto que en realidad es la consecuencia de una actividad de la administración en desarrollo de esa facultad, potestad o competencia ya sea reglada o ya sea derivada de un poder, facultad o competencia discrecional.

2.2.2 La Actividad Discrecional De La Administración Como Excepción Al Principio De Legalidad.

Cabe aquí hacer una pequeña referencia a la conceptualización originaria de la actividad discrecional del Estado existente durante el siglo XIX, considerada entonces como una excepción al principio de legalidad dentro del Estado de Derecho.

Constituía en aquella época el reconocimiento de una libertad absoluta de actuación de la administración en los casos en que la ley no dijese nada al respecto o su disposición no fuese suficiente. Estos actos no eran siquiera susceptibles de control jurisdiccional, ya que, el papel del juez era el de un operador que aplicaba la ley sin valorarla; el juez era, como lo afirmó en su momento Montesquieu, “la boca del derecho”. Los que aplicaban el arbitrio eran los funcionarios y no los jueces.

Se observa como entonces la discrecionalidad tuvo su origen en el principio de vinculación negativa de la administración a la ley, ya que la actuación administrativa excedía su aplicación atendiendo razones de conveniencia, oportunidad, mérito, etc.

En un comienzo no había control, puesto que la administración se controlaba a sí misma⁵⁶; fenómeno totalmente incongruente en el que se desconocía por completo el arbitrio decisorio de los jueces y se le reconocía en forma absoluta a la administración, circunstancia que en ese entonces fue bautizada con el término de discrecionalidad para no levantar dudas o desconfianzas⁵⁷.

Esta práctica, en todo el sentido de la expresión, instituía en legisladora a la administración.⁵⁸ Escritores como Tomás Ramón Fernández, Jaime Vidal Perdomo, Viviana Díaz Perilla y Gloria Amparo Rodríguez, entre otros, aunque apartados radicalmente de esta concepción, reconocen su existencia a través de la historia⁵⁹.

Como vemos, no siempre el concepto de discrecionalidad administrativa ha sido el mismo que se sostiene hoy por parte de la doctrina y la jurisprudencia contemporánea, según la cual, la atribución y el ejercicio de cualquier potestad de la administración sólo es posible ante la existencia previa de un precepto legal superior que la habilite.

56 Malagón Pinzón Miguel Alejandro, *Vivir en Policía*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2007, Pag. 38.

57 Nieto García Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, Ediciones Ariel, Barcelona: 2000, Pag. 217.

58 Jaime Orlando Santofimio Gamboa cita en su *Tratado de Derecho Administrativo* a Oswaldo Oelckers Camus quien hace una fuerte crítica a esta tesis: “ Durante el siglo XIX, la doctrina administrativa acostumbraba a distinguir una cierta categoría de los actos administrativos no susceptibles de contralor contencioso. Estos eran denominados actos de administración pura, actos de oficio exclusivo de la administración, actos discrecionales o decisiones puramente administrativas. Resabio de antiguas y caducas tradiciones absolutistas, los tribunales judiciales no recobian las impugnaciones que los particulares intentaban contra estos actos, siendo rechazadas de plano por “su naturaleza discrecional”. Esta fue la jurisprudencia constante del Consejo de Estado francés contra la opinión cada vez más resistente de la doctrina gala, iniciada ya desde 1865 por Savigny. Esta también será la solución e impuesta por el denominado sistema armónico de Santamaría Paredes en España cundo se dictó la ley de 1888, que excluía la masa de actos “ discrecionales” de toda revisión jurisdiccional ...”. Consúltese Santofimio Gamboa Jaime Orlando, ob. cit., Pag. 45.

59 Consúltese a Fernández Tomás Ramón en *De la Arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Civitas, 1994 y Vidal Perdomo Jaime y otros en *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, Pag. 150.

No se niega el ejercicio discrecional de algunas atribuciones por parte de la misma, pero, definitivamente, se somete cualquier competencia de esta naturaleza al principio de legalidad. Siendo la facultad discrecional una facultad jurídica, no puede dar lugar a un actuar antijurídico por parte de la administración sin que ésta falte gravemente al principio de legalidad. La discrecionalidad tendrá siempre su origen en la ley⁶⁰.

En este sentido, se resuelve también la pregunta que se hacen algunos autores⁶¹ acerca de si el silencio del legislador supone la existencia de discrecionalidad, tema que se ampliará posteriormente.

2.2.3 El Concepto De Actividad Discrecional Del Estado.

Como se había señalado al comenzar este capítulo, el estudio de la discrecionalidad administrativa es un tanto espinoso y, sobre todo, el lograr encontrar un único significado al término es una tarea bastante ardua, dada la pluralidad de sentidos que le son atribuibles y la frecuente práctica de referirse a él sin precisar lo que se entiende o se quiere decir, o sin determinar a cuál de sus múltiples acepciones se alude.

Téngase en cuenta, *verbigracia*, el Art. 36 del Código Contencioso Administrativo, la única explícita y más importante norma de nuestro ordenamiento al respecto, la cual, sin embargo, no constituye en sí misma una noción de discrecionalidad; ella reza:

60 Silva Simma Enrique, Derecho Administrativo Chileno Comparado, Editorial Jurídica de Chile:1992, Santuago de Chile, pag.40.

61 El autor Cubano Fernando Álvarez Tabío en su obra El Proceso Contencioso Administrativo se hace esta pregunta y cita diferentes autores para concluir que discrecionalidad y lagunas de la legislación son asuntos completamente distintos y hace la observación de que precisamente para que exista discrecionalidad en un determinado momento ésta facultad debe haber sido prevista en la ley. De otra manera la administración no podría hacer uso de ella. Alvarez Tabío Fernando, El Proceso Contencioso Administrativo, La Habana, 1954, Editorial Librería Martí, p. 356

En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Como bien podemos observar, nada dice el legislador acerca del fenómeno, aunque sí explícitamente reconoce su existencia. Así mismo, Algunos autores, al referirse al tema, simplemente transcriben el mencionado Art. 36, sin preocuparse por definirlo⁶².

No obstante lo anotado, se hará el propósito de ofrecer la mayor claridad en el concepto, en aras de cumplir el cometido de ubicar la institución que nos ocupa (regulación, convocatorias y adjudicación de licencias para operar el servicio público de radio difusión sonora comunitaria) como una actividad discrecional de la administración y su relación con la libertad de expresión y la formación de opinión pública.

2.2.3.1 Conceptos Sobre Discrecionalidad. En la tarea de encontrar los más significativos conceptos que se han elaborado de la discrecionalidad administrativa ha sido de gran utilidad la obra de Alberto Marín⁶³, quien dedica el segundo capítulo de su libro a esta materia.

En primer lugar, es atinada la clasificación que allí encontramos propuesta por Beltrán de Felipe⁶⁴, quien categoriza las diferentes definiciones existentes en formales o negativas y materiales o positivas. De Felipe concibe las primeras

62Mora Caicedo Esteban y otro, Derecho Administrativo y Procesal Administrativo, Tercera Edición, Grupo Editorial Iyer, Bogotá: SF, Pag. 162.

63 Marín Hernández Hugo Alberto, Ob. cit.

64 Esta clasificación fue tomada por el Doctor Hugo Alberto Marín Hernández de la obra discrecionalidad Administrativa y Constitución de M. Beltrán de Felipe.

como aquellas que definen la discrecionalidad por los rasgos de las normas que la contienen.

Según éstas acepciones, los actos administrativos discrecionales lo son en torno a la facultad más o menos limitada de la autoridad administrativa para constatar la ocurrencia de las circunstancias que configuran el supuesto de hecho normativo y aplicar la correspondiente consecuencia jurídica, en contraste con la facultad reglada, en la que como vimos, el precepto a aplicar fija claramente los dos aspectos sin dejar la más mínima posibilidad de valoración subjetiva.

En este caso, cuando existe actividad discrecional, en la norma jurídica a aplicar no se ha completado alguno de sus elementos, de tal manera que se deja un espacio o ámbito de decisión no regulado, el cual es trasladado a la administración. A su vez, dentro de estos conceptos negativos o formales de discrecionalidad administrativa De Felipe distingue aquellas apreciaciones en las cuales dicha potestad está dada por la ausencia de norma previa, o por su indeterminación o imprecisión⁶⁵.

Ahora bien, Los conceptos negativos o formales de la discrecionalidad administrativa que apuntaban a la laguna legal fueron propios de los derechos administrativos español y alemán del siglo XIX y principios del siglo XX, tal como lo refiere Marín Hernández basado en autores como Moso Seoane y Alonso Mas. Este último en su libro *La Solución Justa en las Resoluciones*, incluso cita una sentencia del Tribunal Supremo del 7 de junio de 1943 en la que se identificó discrecionalidad como laguna legal⁶⁶. Bullinger, también asomado por el mismo autor, explica además que la concepción de la discrecionalidad como laguna legal en los derechos español y alemán de finales del siglo XIX se deriva de la rígida

65 Ibidem, p. 154 - 175

66 Ibidem, p. 154 - 164

oposición que en ese entonces se hacía entre lo reglado y lo discrecional, de tal manera que lo discrecional era equivalente a lo no reglado⁶⁷.

La discrecionalidad, entonces, constituía en aquella época el reconocimiento de una libertad absoluta de actuación de la administración en los casos en que la ley no dijese nada al respecto o su disposición no fuese suficiente.

Esta armonización entre discrecionalidad y laguna legal tenía así mismo su fundamento en una peculiar manera de concebir el principio de legalidad, según la cual, la Administración se encontraría en una situación de sujeción general al ordenamiento jurídico semejante a aquella en la que se encuentran los particulares, en la que éstos están en libertad de realizar todo aquello que no les esté prohibido, configurándose la discrecionalidad administrativa de una manera análoga al principio de autonomía de la voluntad que prevalece en el derecho privado⁶⁸.

En lo tocante a la referida concepción acerca de la discrecionalidad podemos afirmar que ésta se encuentra superada totalmente en la actualidad, aún más en un Estado Social de Derecho en el que el poder discrecional de la administración se encuentra inscrito en el principio de legalidad, como lo reconoce el profesor Vidal Perdomo cuando afirma refiriéndose a la expresión del autor español Fernando Sainz Moreno:

“Conviene advertir que no compartimos la expresión lagunas vacías de derecho para referirse a la fuente de la discrecionalidad administrativa, toda vez que la discrecionalidad es fundamentalmente un poder jurídico y, como tal, mal puede estar

67 Ibidem, Pag. 159.

68 Ibidem, P. 155, 156.

*ese poder vacío de derecho. Esto es una antítesis conceptual jurídicamente imposible*⁶⁹.

De manera que la discrecionalidad no supone ausencia sino presencia la ley específicamente de ley de la cual aquella emana y para el mejor cumplimiento de cuya finalidad concede capacidad discrecional⁷⁰.

Así mismo, el principio de legalidad de la actividad administrativa concebido en aquella época, culpable de la identificación entre discrecionalidad y laguna legal, hoy en día no tiene ningún fundamento, puesto que, sin duda, “la administración no es titular de los derechos e intereses cuya salvaguarda o realización persigue, sino, mera gestora de los mismos, cuya titularidad está radicada en cabeza de la colectividad”⁷¹

Ahora bien, retomando la clasificación de De Felipe anotábamos que dentro de los conceptos negativos o formales de la discrecionalidad administrativa se destacan aquellos que señalan a la indeterminación, vaguedad e imprecisión de las normas como su origen fundamental.

En este sentido, la autora Desdentado Daroca, acepta que cuando la determinación de los criterios de actuación del sujeto se deriva de la imprecisión, vaguedad e indeterminación del lenguaje jurídico, éste opera discrecionalmente, apoyado en lo que ella denomina “discrecionalidad instrumental”. Este tipo de discrecionalidad es también reconocida por los positivistas Hart y Kelsen e inaceptada por Dworkin, para quien la discrecionalidad solo puede predicarse de aquellas situaciones en que el legislador ha tenido la intención de atribuir al operador jurídico un margen de libertad en su decisión⁷².

69 Perdomo Vidal Jaime y otros, op. cit., pag. 167.

70 Cea Egaña José Luis, Revista Chilena de Derecho, N° 2, 1984, p. 7.

71 Marín Hernández Hugo Alberto, Ob. cit. , p.156

72 Ibidem, . 172.

Esta posición la podemos observar en Cossio, quien califica la discrecionalidad como “facultad-deber” de la Administración Pública para resolver ciertas cuestiones con alguna libertad, teniendo en cuenta determinadas circunstancias aplicadas al caso concreto y reconoce que es por causa de la norma que ésta existe. El afirma en su obra citada por el autor venezolano CHACIN FUENMAYOR que

La potestad discrecional, es una facultad-deber que tiene la Administración Pública para poder decidir algunos asuntos con un relativo margen de libertad, acorde con las circunstancias concretas que el Legislador en muchas ocasiones no puede determinar de antemano en la norma jurídica, es que como dicen muchos filósofos del derecho, es decir, cuando las circunstancias del caso superan con creces la realidad prevista en la norma⁷³.

Otro ejemplo típico de esta clase de definiciones es la que realiza el Lamprea Rodríguez, al determinar los casos que según su parecer constituyen competencia discrecional. El autor en cita señala:

Es discrecional determinada función administrativa cuando una norma atribuye, expresamente, al servidor público para proferir, según la oportunidad, la decisión administrativa consiguiente. Sirva de ejemplo la disposición del artículo 42 (de la urgencia manifiesta), en la ley 80 de 1993, sobre el contrato estatal, maneja conceptos jurídicos indeterminados como exigencia del suministro de bienes para la continuación del servicio, situación relacionada con un estado de excepción, o, finalmente, manejo inmediato de una situación excepcional relacionada con un hecho de calamidad

73 Chacin Fuenmayor, Ronald de Jesús, La Discrecionalidad Administrativa en el Ordenamiento Jurídico Venezolano, Revista Cuestiones Políticas, No. 35, Maracaibo:2005, pag. 60.

o constitutivo de fuerza mayor o desastre que demande una actuación inmediata. En todos estos casos es clara la atribución de la facultad para declarar la urgencia manifiesta; pero, corresponde, discrecionalmente al administrador considerar si se dan o no, los supuestos fácticos que la configuran”⁷⁴.

Obsérvese que aquí el Dr. Lamprea considera como fundamento de la competencia discrecional el uso de conceptos jurídicos indeterminados por parte del legislador.

Ahora bien, en cuanto a las definiciones materiales o positivas De Felipe señala como éstas caracterizan la discrecionalidad por el contenido u objeto de la norma, el cual da la posibilidad a la administración de valorar el interés público o colectivo en cada caso concreto, obligándolo a ponderar entre éste y los derechos de los particulares implicados en la situación a definir⁷⁵.

Esta discrecionalidad del Estado tendría su fundamento o justificación, entonces, en diferentes factores: de una parte, la doctrina señala la llegada del Estado Social de Derecho⁷⁶ como su pilar fundamental por cuanto esta situación implica que la finalidad del Estado ya no se reduce solamente al reconocimiento de derechos y libertades individuales, por una parte, sino que debe llevar a cabo una serie de medidas que le aseguren al individuo las posibilidades de que éstos y éstas se hagan realidad y, por otra parte, ya estas libertades y derechos no son solo de tipo personal, sino que están presentes las exigencias sociales y comunitarias⁷⁷.

74 Lamprea Rodríguez Pedro Antonio, Anulación de los Actos de la Administración Pública, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá: 1996, Pag. 45, 46.

75 Ibidem p. 143 – 154.

76 “En nuestro país se introdujo materialmente el concepto de Estado Social de Derecho en la reforma constitucional de 1936, con el establecimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, y formalmente por el constituyente de 1991”. Vidal Perdomo Jaime y otros en Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, pag. 157.

77 Como sostienen Gomez Pavajeau y Molano López, “Con el advenimiento del Estado social de derecho y sobre el presupuesto dogmático de la necesaria interacción del Estado y la Sociedad, los intereses

Un Estado Social de Derecho en el que, como lo afirma Merkl, “se abandona el riguroso individualismo, el abstencionismo y se adopta el intervencionismo económico, conserva la propiedad privada, pero admite la intervención estatal para dar protección social y económica al trabajador y para regular totalmente la economía privada mediante correctivos como el intervencionismo para limitar las libertades individuales en lo económico y para buscar la justicia social, la planificación para convertir el Estado en director, regulador y promotor del desarrollo socioeconómico”⁷⁸ en lo cual coinciden otros autores como Alvaro Mendoza Palomino al definir entre las características de un Estado Social de Derecho el reconocimiento y empeño de protección de los derechos y libertades fundamentales tanto individuales como sociales, efectiva participación de los ciudadanos en los destinos del Estado y vigilancia directa en el amparo de sus derechos; reglamentación de los servicios estatales en función del desarrollo social integral; precisa definición de normas y principios en la estructura y desarrollo de las funciones del Estado; sistemas de control institucional y ciudadano frente a las actuaciones de las autoridades; validez y eficacia de la responsabilidad estatal⁷⁹.

Para el cumplimiento de estas finalidades necesariamente se le encargan al Estado una diversidad de tareas en aras del llamado intervencionismo estatal, que no es más que, como lo asevera Vidal Perdomo, “la presencia constante del

generales se entienden como intereses sociales que están a cargo del Estado en la mira de su consecución, pero, con responsabilidad también de las organizaciones sociales y del individuo mismo. En las transformaciones del Estado contemporáneo, si se parte del supuesto que el Estado es un ente esencialmente administrativo, por cuanto es a través de la organización de sus medios de gestión y de su actividad como se concretan y adaptan los cometidos estatales, es preciso identificar los factores que necesariamente contribuyen a la gestación de nuevas actividades del Estado distintas de la clásica actividad de limitación, o de policía o de intervención y a las ya también clásicas actividades de prestación o servicio público y de fomento, o subvencionales, que van a exigir en el futuro inmediato, la transformación de la organización, la transformación de la actividad del estado en esos propósitos”. Molano López Mario Roberto y otro, *La Relación Especial de Sujeción*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2007, Pag.84, 85.

78 Merkl, citado por Rodríguez Gustavo Humberto en *Derecho Administrativo - Teoría General*, Tomo I, Ediciones Librería profesional, Bogotá 1981, Pag. 17.

79 Mendoza Palomino Alvaro, *Teoría y Sinopsis de la Constitución de 1991*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá 1966.

Estado en la Sociedad, como representante de los intereses comunes”⁸⁰. Para cumplir estas tareas el Estado no puede hacer menos que echar mano de normas de carácter general (leyes), pero, como lo afirma el mismo tratadista, el hacer descender esas normas generales a la realidad económica, social, administrativa, es trascendental tarea del ejecutivo⁸¹ y ese “fenómeno de ejecución legal” se lleva a cabo no desde el ejercicio de potestades regladas, sino mediante el cumplimiento de unos objetivos concretos, donde el ámbito de libre apreciación de la administración pública es muchos más amplio, y en el cual la ejecución va a implicar no un procedimiento aplicativo de la ley, sino un procedimiento creativo-aplicativo del ordenamiento jurídico bajo la responsabilidad directa de la administración.⁸²

Por lo tanto, esta actividad intervencionista del Estado ha propiciado que el derecho se presente muchas veces de una manera informal, llamada así por su incapacidad de precisar de manera concreta y predeterminada el cumplimiento de los intereses generales por parte de la administración pública, de tal manera que, ante la imposibilidad de preverlos al regular determinado asunto opta por utilizar cláusulas generales, lo cual obliga a la administración a remitirse a factores de carácter técnico o criterios de índole política en la toma de decisiones, otorgando de este modo un margen de libertad de apreciación a la autoridad respectiva, a la hora de aplicar dicha norma a casos concretos; además porque, como lo afirma el profesor VIDAL PERDOMO, “no todas las decisiones pueden estar íntegramente determinadas por el derecho o si lo están no aparecen suficientemente claras o explícitas”⁸³

80 Vidal Perdomo Jaime, Derecho Administrativo, Legis Editores S.A, Bogotá, 2004, Pag. 219.

81 Ibidem, Pag.221.

82 Molano López Mario Roberto y otro, La Relación Especial de Sujeción, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2007, Pag.84,85.120

83 Vidal Perdomo Jaime y otros en Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, Pag. 173

Valga aquí la apreciación del profesor GONZALEZ GARCIA al respecto: “El Derecho Administrativo es rico en situaciones de discrecionalidad debido en gran medida al carácter asistencial y plural de buena parte de la actividad administrativa”⁸⁴

De otro lado, no olvidemos que la ley, como lo explica Fiorini⁸⁵, es una norma de contenido general, de validez absoluta y prolongada, que como tal se halla impedida para ser el instrumento legal capaz de regular la realidad inestable producto de un devenir permanente que fluye en el proceso del tiempo, dinámica a la que no puede ser ajena la efectividad, oportunidad y agilidad de las actuaciones de la Administración Pública que, además, debe superar el desafío de asimilar los cambios. Es entonces cuando el legislador

*renuncia a elaborar una visión acabada de la realidad y a establecer los supuestos fácticos en los que debe basarse la Administración para tomar sus decisiones (...) y acude tanto a la técnica de los poderes discrecionales como a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, frente a los cuales la Administración goza de amplios poderes de apreciación y de decisión, que ya no pueden explicarse solamente desde el concepto de potestades regladas*⁸⁶.

2.2.3.2. Breve Mirada a la Jurisprudencia Colombiana Sobre el Concepto de Discrecionalidad Administrativa. Es de advertir que no se realizará en este aparte del capítulo un estudio profundo en torno al manejo de la figura de la discrecionalidad por parte de la jurisprudencia colombiana, tema que daría

84 González García Eusebio, Estudios en Homenaje al Profesor Perez de Ayala, Editorial Dikynson, Madrid, 2007, pag. 451.

85 Citado por Vidal Perdomo y otros en ob. cit., 151.

86 Molano López Mario Roberto y otro, La Relación Especial de Sujeción, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2007, Pag.84,85.

perfectamente para otra investigación proclive a recopilar jurisprudencia que marque líneas en relación con el tema. Aquí sólo se hará referencia a algunos pronunciamientos relevantes para extraer elementos que permitan ampliar la labor de conceptualización que se ha propuesto.

Sirva para esta ilustración la obra ya citada del profesor Hugo Alberto Marín Hernández⁸⁷ que, como producto de su exhaustiva investigación, pudo concluir que en la jurisprudencia colombiana el tema del concepto de la discrecionalidad administrativa ha sido muy superficialmente tratado.

Refiere Marín Hernández que en dicha instancia se define habitualmente la discrecionalidad en forma negativa o contrastándola con las facultades regladas y, por tanto, frecuentemente es dable encontrar aseveraciones tales como:

“puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas es libre (dentro de los límites que fije la ley) de adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta no esté previamente determinada por la ley. A contrario sensu, hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinados supuestos de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas”⁸⁸

O:

“... Cuando existe poder discrecional, la ley, habiendo creado la competencia, deja al agente la libertad de escoger el sentido en que la ejercerá, la deja juzgar, apreciar, medir, pensar la oportunidad de su decisión, quedando el acto amparado, además,

87 Marín Hernández Hugo Alberto, Ob. cit. , p.653.

88 Corte Constitucional, Sentencia C- 525 de 2005, exp. D-942, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa, citada en ibídem, p.658.

por la presunción de legalidad que lo protege en virtud de su propia naturaleza. Sin embargo, el acto administrativo discrecional no escapa al derecho ni al control que ejerce sobre él la jurisdicción, ya que, ha podido ser arbitrario o ha podido ser dictado con desviación de poder⁸⁹

Constituyen estas definiciones formales o negativas en la medida en que fijan su atención en la norma, en la manera como ella otorga amplia o limitadamente facultades a la administración y no en el contenido u objeto de la misma.

Así mismo, se ha podido apreciar como la jurisprudencia colombiana, en una interpretación textual de la norma, algunas veces ha dado real importancia a la utilización de conectores o verbos facultativos para establecer la existencia de potestades administrativas discrecionales. Es tal el caso de la utilización del conector “podrá”, que en varias oportunidades ha sido motivo suficiente para decidir sobre la atribución discrecional que la norma otorga a la administración.

Para ilustrarnos este caso Marín Hernández cita, entre otras, la sentencia del Consejo de Estado del 16 de agosto de 1994 en la que se expresa que el inciso final del artículo 5º del Decreto 1555 del 16 de julio de 1990, por el cual se establece una estructura nacional de tarifas para el servicio de energía eléctrica, consagra una facultad discrecional, en tanto que, el verbo que rige dicho inciso en la inflexión “podrán” hace posible concluir la libertad para determinar tarifas por estratos económicos.

Del mismo modo, se han encontrado providencias que se aproximan al concepto material de la figura de la discrecionalidad, pues hacen referencia al contenido de dicha facultad, al vínculo directo del interés público con el caso específico, a la

89 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 19 de octubre de 1993, exp. 4883, M. P. : Alvaro Leconte Luna. Citada en ibídem, p.659.

posibilidad que se concede a la administración para que escoja la opción que de mejor manera sirve a los intereses generales cuya protección se le asigna.

En sentencia C- 443 de 1997 proferida por la Corte Constitucional al resolver sobre los límites impuestos por el ordenamiento a la actividad de la administración relacionada con el traslado de funcionarios públicos, podemos observar este tipo de conceptualización:

“... en primer lugar, se requiere que el traslado sea consecuencia de la necesidad del servicio, que implica una libertad más o menos amplia de apreciación del interés público, pues, si bien el legislador atribuye al nominador la facultad de valoración de un supuesto dado, también le exige que la decisión obedezca a razones ecuánimes, imparciales y honestas que la fundamentan, En otros términos, la necesidad del servicio es un valor objetivo del interés público que se evidencia tanto en la en la evaluación de las metas que se propone el Estado, como en la razonabilidad, la proporcionalidad y la finalidad legal del traslado (Art. 36 del Código Contencioso Administrativo)”⁹⁰.

Así mismo, se pueden ubicar en las definiciones materiales de discrecionalidad aquellas providencias que en materia de contratación han tenido lugar tales como la sentencia del 7 de marzo de 1985 en que el Consejo de Estado precisó:

“... La adjudicación de una licitación, si bien es un acto reglado no está exenta de cierta dosis de discrecionalidad. Y es reglado porque la Administración se tiene que ajustar para hacerla a una serie de requisitos previos, impuestos por la ley de contratación

90 Sentencia C 443 de 1997, exp. D 1587, M. P. : Alejandro Martínez Caballero, citada en ibídem, p.685.

pública. Requisitos que una vez reunidos deben evaluarse en su conjunto para lograr la definición de lo que para la entidad pública constituye “la mejor propuesta”.

Y es en este extremo en el cual juega la discrecionalidad administrativa, por la dosis de conveniencia para los intereses generales que entra en juego.

Y este es precisamente el factor que debe desvirtuar el licitante vencido que aspira a tener éxito en la contienda electoral frente a los otros proponentes calificados. Desvirtuación que no es fácil y que no puede limitarse a simples afirmaciones, sino que, debe tener su apoyo en pruebas legalmente incorporadas al proceso que evidencien la apreciación errónea de la administración”.⁹¹

Por último, dentro de este marco se puede apreciar también como hay providencias que mezclan en sus concepciones sobre discrecionalidad tanto una apreciación tanto formal como material, es decir, efectúan para definir el concepto un contraste entre facultad reglada y discrecional y, a su vez, integra la observación del interés general al caso concreto. Así se puede apreciar en la sentencia T-928 de 2004 mediante la cual la Corte Constitucional pone fin al proceso de revisión de los fallos proferidos por la sala penal del tribunal superior del Distrito Judicial de Bogotá y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 1º de abril y el 19 de mayo de 2004 respectivamente, dentro de la acción de tutela incoada contra el DAS, en la que al referirse a la discrecionalidad y arbitrariedad en las actuaciones administrativas, manifiesta:

91 Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 7 de marzo de 1985, exp. 4526, C. P.: Carlos Betancur Jaramillo, citada en ibídem, p.687.

“En términos generales las actuaciones de la administración se encuentran en mayor o menor medida reguladas, en virtud del principio de legalidad que establece el artículo 6 de la Constitución Política. En este orden de ideas, tenemos que en algunos casos la Ley define completa y detalladamente el ámbito de acción de administración, como cuando determina aspectos relacionados con la jurisdicción, competencia, oportunidad, función, finalidad y sentido de la decisión; mientras que en otros permite que la administración ejerza su acción dentro de una órbita de libertad, facultando a las autoridades para ponderar las circunstancias relevantes en el caso y, bajo esos supuestos, obrar, abstenerse de hacerlo u optar por diferentes alternativas de decisión.

Lo anterior quiere decir que hay actuaciones administrativas regladas y discrecionales, dependiendo de si el ordenamiento jurídico predetermina la acción a seguir por la administración frente a determinada materia o si, a contrario sensu, le confiere un margen de libertad para que juzgue y luego opte por algún curso de acción. Lógicamente, se esté en uno u otro escenario, la función administrativa siempre debe estar al servicio de los intereses generales y fundada en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en aras de cumplir con los fines esenciales del Estado⁹².

En un comienzo esta concepción de la Corte es formal en la medida en que focaliza su atención en la escasa o flexible configuración normativa de la norma, pero, a su vez, es material, ya que conceptúa la discrecionalidad haciendo

92 Corte Constitucional, Sentencia T- 928 de 2004, rad T-928730, M. P.: Jaime Araujo Rentería.

referencia a la integración o apreciación del interés general al caso concreto, es decir, en últimas, al contenido de la facultad.

2.3.4 Concepto Final.

Todo lo anteriormente expuesto nos lleva a acoger el concepto sobre discrecionalidad elaborado por el profesor Marín Hernández como el más completo y “ajustado a los principios que informan el Estado Constitucional”, tal como él lo califica, concibiéndola como

“el margen de relativa libertad decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad o de la imprecisión de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, estableciendo los criterios objetivos- aún de componente extrajurídicos- en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico”⁹³

2.3.5 Las Emisoras Comunitarias, ¿Una Actividad Discrecional De La Administración?

Una vez realizada esta precisión en el concepto de discrecionalidad administrativa terminaremos este capítulo analizando las normas que conceden facultades al Ministerio de las Tecnologías y la Información en lo tocante a la reglamentación y

93 Marín Hernández Hugo Alberto, ob. cit. p. 177.

el procedimiento de la adjudicación de la licencia de concesión para la prestación del servicio comunitario de radiodifusión sonora, con el fin de determinar el carácter de facultades discrecionales.

Volvamos a examinar, entonces, el marco jurídico legal en que se estructura el servicio público de radiodifusión sonora comunitaria.

En primer lugar, veíamos como por regla general en forma libre se pueden crear medios masivos de comunicación, pero si ese medio utiliza el espectro electromagnético, como la radio, la televisión, la telefonía, etc., no hay libertad, sino obligación de obtener previamente una licencia o concesión para fundarlo y operarlo, habida cuenta que el Art. 75 Constitucional establece que el espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado.

Se precisó, igualmente, que con la expedición de la Ley 80 de 1993 se fija al gobierno la obligación de expedir un decreto que determine las condiciones que hagan posible la prestación del servicio público de radiodifusión sonora comunitario en el país, disponiendo en su artículo 35:

PARAGRAFO 1o. El servicio comunitario de radiodifusión sonora, será considerado como actividad de telecomunicaciones y otorgado directamente mediante licencia, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones jurídicas, sociales y técnicas que disponga el Gobierno Nacional.

Obsérvese como esta norma desde entonces faculta en forma expresa a la administración para determinar a su criterio las condiciones y requisitos que deben observar quienes quieran solicitar y obtener licencia para operar esta ya catalogada actividad de telecomunicaciones.

Ahora bien, en desarrollo de esta facultad se concreta por parte del Ministerio de las Comunicaciones la existencia de las emisoras comunitarias con el Decreto 1446 de 1995, pero sólo hasta el año 2003 con el Decreto 1981 y posteriormente con el Decreto 2805 de 2008 esta misma autoridad reglamentó directamente el otorgamiento de la concesión, reiterando la adjudicación directa mediante licencia otorgada por el Ministerio de Comunicaciones, previo el proceso de selección señalando:

Artículo 86. Proceso de selección. El Ministerio de Comunicaciones realizará una convocatoria pública como procedimiento objetivo de adjudicación de las concesiones para la prestación del Servicio Comunitario de Radiodifusión Sonora en los diferentes municipios del país, en atención al interés público, a las necesidades nacionales y comunitarias, a la disponibilidad del espectro radioeléctrico y a lo previsto en el Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora.

En este sentido, el Ministerio de Comunicaciones propenderá porque los municipios carentes del servicio, las comunidades residentes en áreas urbanas y rurales marginales o de frontera, las etnias culturales y en general los sectores más débiles o minoritarios de la sociedad accedan al Servicio Comunitario de Radiodifusión Sonora, a fin de propiciar su desarrollo, la expresión de su cultura y su integración a la vida nacional, de conformidad con el artículo 6° del Decreto 1900 de 1990.

El Ministerio de Comunicaciones elaborará y pondrá a disposición de las comunidades organizadas interesadas en la prestación del Servicio Comunitario de Radiodifusión Sonora, los correspondientes términos de referencia, en los cuales se

establecerán las condiciones y requisitos exigidos para participar en la convocatoria pública, de que trata el presente artículo.

La norma deja un margen de libertad decisional al Ministerio para realizar las convocatorias cuando lo estime conveniente y en los lugares que éste considere prudente, precisándole algunos criterios objetivos en los que debe basar su decisión, procurando la satisfacción del interés público.

Así mismo, le da a esta autoridad administrativa un margen de libertad para la elaboración de los términos de referencia que establecerán las condiciones y requisitos exigidos para participar en la correspondiente convocatoria pública.

En qué sentido se relaciona esta facultad discrecional con la libertad de expresión y la formación de opinión pública es el objeto del siguiente capítulo.

3. DOS DERECHOS SUBYACENTES A LA CREACIÓN DE EMISORAS COMUNITARIAS

En capítulos anteriores se ha venido analizando el tema del servicio público de radiodifusión sonora comunitaria y su regulación como función de la administración - Ministerio de las Tecnologías y la Información -. Se observó cómo dicho ente administrativo en desarrollo de normas constitucionales y legales posee la facultad discrecional no solo de reglamentar el servicio sino de decidir sobre la convocatoria y adjudicación de las licencias de concesión del servicio.

Preocupa esta discrecionalidad en el tema de la creación y desarrollo del servicio público comunitario por cuanto en él se encuentran involucrados derechos fundamentales como el de fundar medios masivos de comunicación que implica la libertad de expresión, la de información y por ende la formación de la opinión pública.

Estos derechos, en consecuencia, deben poder interpretarse en el marco de la radiodifusión comunitaria. Así, si lo que se busca es darle cumplimiento al precepto superior número 20, entonces ello dependerá de la interpretación que pueda dárseles en el marco de la regulación del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, mas aún, cuando los mecanismos internacionales y regionales de derechos humanos se han encargado de asegurarlos y han solicitado a los gobiernos que adopten legislaciones que fomenten su aplicación para garantizar que los individuos de una nación tengan derecho a recibir una información veraz, completa y oportuna, lo cual solo se garantiza si ella llega a todos los municipios mediante la creación y fortalecimiento de emisoras de tipo comunitario, que a su vez cuenten con la especial protección y apoyo del Estado.

Esta inquietud latente surge de la escasa normatividad que ha regulado este servicio público de radiodifusión y de la exigua argumentación utilizada por la administración sobre todo en las resoluciones de convocatorias, adjudicación y negación de licencias, en las que la limitante la constituyen fundamentalmente aspectos técnicos, lo que conduce a concluir que no se está confiriendo a estos derechos y libertades la categoría de fundamentales que les es propia.

Se buscará entonces, en el desarrollo de este capítulo mediante un ejercicio hermenéutico en el cual prevalecerá un diálogo entre el derecho a fundar medios masivos de comunicación, como derecho fundamental que como ya dijimos implica otros de similar magnitud como el derecho a la información, la libertad de expresión etc., versus la discrecionalidad con que actúa la administración – Ministerio de las Tecnologías y la Información – en la adjudicación de licencias para operar prestación del servicio comunitario de radiodifusión sonora, establecer las relaciones entre dicha facultad administrativa y los derechos aludidos anteriormente, de los que se hará para iniciar una breve referencia antes de recorrer la idea de discrecionalidad a la cual alude Duncan Kennedy, que nos permitirá dar claridad al dialogo planteado y concluir una formula adecuada que garantice a futuro que la administración en el tema del servicio público de radio difusión sonora comunitaria otorga a los derechos y libertades en él involucrados su especial relevancia, hallando así un limite hermenéutico a su discrecionalidad.

3.1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN⁹⁴.

La libertad de expresión es una de las bases de los derechos y las libertades democráticas, es elemento esencial para posibilitar el funcionamiento de la democracia y de la participación pública en la toma de decisiones, si se tiene en

94 El derecho a la información y el derecho de informar suponen, como fundamento básico, la existencia de la libertad de expresión, pues en aras de ésta puede transmitirse a los demás el conocimiento de algo que es de su interés.

cuenta que los ciudadanos no pueden ejercer su derecho al voto de manera efectiva o participar en la toma pública de decisiones si no cuentan con un libre acceso a la información y a las ideas, y si no pueden expresar sus opiniones libremente. De ello se deduce que la libertad de expresión no sólo es importante para la dignidad individual en cuanto protege los derechos de toda persona a expresar libremente sus opiniones y puntos de vista, sino también para la participación, la rendición de cuentas, la democracia y la participación pública en la vida política. Sin embargo, aunque en los últimos años ha habido avances en términos de asegurar su respeto, se han presentado amenazas, por ejemplo con los monopolios de los medios globales y las presiones sobre los medios independientes⁹⁵.

3.1.1. La Libertad de Expresión y los Tratados sobre Derechos Humanos Ratificados por Colombia.

En su primera sesión en 1946, antes de que cualquier declaración o tratado de derechos humanos fuera adoptado, la Asamblea General de la ONU adoptó la resolución 59(I) declarando que "La libertad de información es un derecho humano fundamental y... el punto de partida de todas las libertades a las que está consagrada la Organización de las Naciones Unidas"⁹⁶

Hoy La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que obliga a Colombia en cuanto miembro de la Organización, en su artículo 19 establece :

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el

⁹⁵ Tomado del artículo de Internet: http://www.hrea.org/index.php?doc_id=851&&bgcolor=ffe3a9, el 9 de septiembre de 2009.

⁹⁶ Organización de las Naciones Unidas, Resolución 59.

de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aprobada mediante Ley 16 de 1.972, consagra al referirse a la Libertad de pensamiento y de expresión:

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

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

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

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

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

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

Sobre el asunto, La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia en el caso *Kimel vs. Argentina*, reafirma el concepto de que la libertad de expresión es un derecho fundamental en una sociedad democrática. En su Jurisprudencia la corte ha dejado establecido que en el ejercicio de la libertad de expresión los medios masivos de comunicación no son el único actor pero son, sin duda, un actor fundamental. Así mismo, ha insistido en que los medios de comunicación social juegan un rol esencial como “...vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática”⁹⁷.

De la misma forma, advierte la necesidad de proteger los derechos humanos de quien “enfrenta el poder de los medios”⁹⁸. Ha dejado establecido, también, que el Estado “no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo”⁹⁹.

Es de advertir, pues, que siendo de naturaleza fundamental la libertad de expresión y la consiguiente prerrogativa de fundar emisoras comunitarias en nuestro país, según previsiones del artículo 20 de nuestra Carta, ha de entenderse en todo caso ésta como fiel trasunto y desarrollo de las normas de carácter internacional atrás citadas, las cuales por mandato de la regla contenida

⁹⁷ Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 117.

⁹⁸ Ibid, párr.57.

⁹⁹ Ibid, párr. 57.

en el canon 93 de la Constitución de 1.991 de un lado prevalecen en el orden interno y, del otro, sirven inequívocamente como base a la interpretación del derecho de Información entre nosotros.

3.1.2 Una mirada a la Corte Constitucional de Colombia¹⁰⁰.

“La contrapartida necesaria de la libertad de expresar la opinión es la libertad de información como fundamento de la formación de la opinión democrática [...] sólo el ciudadano informado está en condiciones de formarse un juicio propio y de colaborar en el proceso democrático en la forma querida por la Ley Fundamental»¹⁰¹.

A través de los pronunciamientos de la Corte Constitucional la libertad de expresión se ha definido como aquel derecho en cabeza de toda persona, que consiste en la facultad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, sin temor a ser constreñido de alguna manera y valiéndose de cualquier medio¹⁰².

Este derecho, el de la libertad de expresión, es conexo con el de recibir información, pues ésta tiene su asidero, en buena parte, en los medios de comunicación, de los que ha dicho la Corte Constitucional que tienen la obligación de “formar la opinión pública”¹⁰³. En otras palabras, no hay posibilidad de formarse en la opinión pública si no hay libertad de expresión, en nuestro caso particular, si no hay libertad efectiva para la creación de medios de comunicación a través de los cuales se haga material este derecho, del cual dependen incluso que los

100 Sentencia C-488 de 1993. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

101 Ibidem, pág. 161.

¹⁰² Sentencias T-317 de 1994, T-066 de 1998, SU 1723 de 2000, citadas en el artículo Reconstrucción del Derecho a la Libertad de Expresión en la Jurisprudencia Constitucional: Concepto, Escenarios y Límites, Javier O. Aguirre Roman y Ana Patricia Pabón Mantilla.

¹⁰³ Cfr: Sentencia T-1319 de 2001.

gobiernos mantengan su legitimidad ante la ciudadanía. Sobre la protección de la libertad de expresión que se ejerce mediante los distintos medios de comunicación ha sido desarrollada por la Corte Constitucional teniendo en cuenta la naturaleza y funciones que estos ostentan en una democracia.

Así ha dicho a Corte:

...los medios de comunicación desarrollan tareas esenciales dentro de una democracia, debido a que la información de las personas y la observación crítica de la gestión de las autoridades son el sustrato indispensable de una participación ciudadana efectiva. Mas que ser una forma para desarrollar eficazmente el ejercicio de una libertad – la de expresión-, los medios masivos de comunicación han entrado a ejercer un papel preponderante dentro del Estado de derecho¹⁰⁴.

El derecho a la información es uno de los elementos sobre los cuales se encuentra fundamentado el sistema jurídico imperante, por cuanto sustenta, junto con otros derechos, la legitimidad del ordenamiento jurídico, el cual, si llegase a desconocer la existencia del derecho a la información, sería injusto. Como todo derecho fundamental, este derecho es universal, inalienable, irrenunciable, imprescriptible, inviolable y reconocido -no creado- por la legislación positiva.

Cuando se afirma que es un derecho universal, se entiende a que es válido en todo tiempo y en todo lugar. Al ser una expresión de la esencia humana, es, obviamente, universal, por cuanto la esencia del hombre es común a todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su condición vital, social, política, jurídica, económica o circunstancial.

¹⁰⁴ Sentencia T- 602 de 1995

Es un derecho inalienable, pues al responder a una tendencia natural del ser humano, es imposible que dicha facultad de ser informado esté despojada del individuo de la especie humana, porque equivaldría a negar sus inclinaciones naturales, debidas a todo hombre, tales como la sociabilidad y las tendencias al conocimiento y a la comunicación. Como es un derecho inalienable, se deduce que, al menos como *ius ad rem*, es irrenunciable, ya que la persona legítimamente no puede despojarse de las potencialidades básicas de su correspondiente naturaleza. Y es razonable que así sea, ya que todo derecho tiende hacia la perfección humana, es decir, a su realización. La renunciabilidad de los bienes que constituyen tendencias inherentes al ser del hombre conforma la privación de un bien que es propiedad esencial de la persona, en otras palabras, no es un acto perfeccionador, sino de privación, de **imperfección** y lo imperfecto no puede ser objeto jurídico protegido.

Igualmente, el derecho a la información es imprescriptible, en el sentido de que no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo, entre otras razones porque, al ser un derecho universal, se tiene siempre y ello indica que sea por todo el tiempo.

Es un derecho inviolable, es decir, nunca se puede vulnerar su núcleo esencial, bajo ningún título, ni hay justificación posible contra un derecho fundamental. Lo anterior no significa que el derecho a la información sea absoluto. Inviolable no quiere decir absoluto, porque lo absoluto no admite limitación, y lo jurídico necesariamente ha de ser limitado; porque si las pretensiones, bienes e intereses fuesen ilimitados, no podría haber coexistencia de objetos protegibles, porque lo absoluto del uno anularía la validez del otro. El derecho a la información nunca puede ir contra el interés general y el bien común, ni contra la intimidad personal. En otras palabras no hay derecho contra el orden social justo.

Un rasgo distintivo de la persona es la capacidad de juzgar sobre su entorno. Para ello necesita estar informada sobre la realidad que la circunda, es decir, tener, por lo

menos, el conocimiento suficiente para juzgar y participar en los asuntos públicos. Hoy esto es más claro, si se tiene en cuenta que Colombia vive la democracia participativa. Con razón John Stuart Mill señaló que la democracia no se limita al sistema de elecciones libres, sino que requiere participación, discusión, reflexión permanente sobre los asuntos públicos, y para ello es necesaria la información. Además, no puede haber un libre desarrollo de la personalidad, que es social por naturaleza, si se desconoce el derecho a la información que se les debe a los asociados. Es por lo anterior que resulta no sólo injusto, sino altamente inconveniente, el que se prive a la comunidad del conocimiento de los comportamientos políticos que reflejan las encuestas, porque todo ser humano que vive en sociedad tiene el derecho a saber lo que sus conciudadanos piensan sobre el devenir político, entre otras cosas, porque le sirve como elemento de juicio para su reflexión política y para sus propias decisiones.

Estamos así arribando a una de las tesis centrales de esta discusión: la discrecionalidad administrativa para otorgar licencias de funcionamiento de emisoras comunitarias toca aspectos neurálgicos de las democracias y de los derechos fundamentales de las personas. Por lo tanto, una hermenéutica de estos derechos es obligatoria en materia de libertad de creación de medios de comunicación.

La libertad de expresión es una figura jurídica más amplia que la del derecho a la información. Es decir, ésta queda incluida en aquella. Abarca una generalidad que admite múltiples especies y, en virtud de la libertad de opinión y de pensamiento, no tiene tantas limitaciones como las que tienen el derecho a la información y el derecho de informar. Lo que el sujeto puede expresar no necesariamente tiene que estar sometido a la imparcialidad ni contener una verdad, porque perfectamente puede el ser humano expresar todo lo que su ingenio e imaginación produzcan, mientras dicha expresión no lesione derechos ajenos, ni vaya contra el orden público o el bien común, según ha dicho la Corte Constitucional.

*El derecho a la libertad de expresión se funda en la autonomía de la persona humana, tanto de su voluntad como de su entendimiento. Además, es una expresión de la comunicabilidad natural entre los seres humanos. El hombre necesita expresar sus pensamientos y sentimientos a sus semejantes, como nota de la humana convivencia racional*¹⁰⁵.

*Toda persona tiene el derecho de informar, para expresar su comunicabilidad y también para satisfacer el derecho que las demás personas tienen a estar informadas. En sentido estricto, cuando se asume como profesión el deber de informar, este derecho recae sobre un sujeto activo especializado. Es un derecho con un sujeto determinado, porque también la responsabilidad profesional es determinada, y así se establece la proporcionalidad. Los límites que tiene el derecho a la información son los mismos que se aplican para el derecho de informar*¹⁰⁶.

Tres supuestos íntimamente relacionados: *el derecho a la información, el derecho de informar y la libertad de expresión*. La distinción, en este caso, no implica que estos tres supuestos sean antagónicos entre sí, sino todo lo contrario: evidencia su conexidad. El derecho a la información se satisface con la eficacia del derecho de informar: quien lo ejerce da la información debida al titular del derecho a la información. Tanto en este derecho como en el derecho de informar, la información es **debida**, es decir, es el objeto jurídicamente protegido. La libertad de expresión tiene una cobertura más amplia que el derecho de informar, porque recae sobre objetos jurídicos que, pese a ser reales y aprehensibles, son indeterminados, como lo son el pensamiento y las opiniones, sobre los cuales lo único que puede recaer es la libertad responsable.

105 Ibid, p. 2.

106 Ibid, p. 12.

3.2. LA IDEA DE AUDITORIO COMO OPINIÓN EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Esta idea de cuño perelmaniano, nos ayudará a comprender qué sentido hermenéutico puede otorgársele a la vocación que tiene toda ley de vincular a la ciudadanía, aquí llamada auditorio, a las normas proferidas por quien tiene la autoridad para hacerlo. En otras palabras, nos serviremos del concepto de auditorio como un preámbulo para la concepción de opinión pública que subyace a la creación de la norma sobre radiodifusión comunitaria, pues, como queda dicho, aquella, es decir la opinión pública, participa activamente como derecho implicado en la creación de emisoras comunitarias.

Es bien conocida la idea de Perelman según la cual es deber de todo orador, si quiere ser efectivo con su discurso, adaptarse a las premisas aceptadas por el auditorio. Una actuación en contrario, es decir, una no adaptación en este sentido, conduce a que las ideas de quien desarrolla una exposición, sea ésta la que sea, no sean tomadas como valiosas por quienes las escuchan o leen. Esto, como puede verse, es fácil de comprender. Pero la pregunta es: ¿cómo sabe el orador qué premisas acepta o no un auditorio conformado por un cierto grupo de personas?

Está claro, en la concepción de Perelman, que el orador no tiene la capacidad material de investigar, una por una, las ideas concebidas por el conjunto de personas a las cuales dirige su discurso. El orador deberá, por lo tanto, formarse una idea hipotética de las concepciones aceptadas por su auditorio. Lo mismo ha de pasar, por ejemplo, cuando el orador tiene la facultad de reglamentar un conjunto de disposiciones: si no considera lo que esperan de las leyes quienes se verán afectadas por las mismas, corre el riesgo de no ganar legitimidad para esas mismas leyes.

Perelman distingue entre los auditorios particulares y el auditorio universal. Los auditorios particulares son infinitos y variados. Por su parte, el auditorio universal lo constituyen todas las personas competentes y razonables. Según el autor, esta distinción no es de orden cuantitativo, sino que está relacionada con la intención del orador, la cual puede estar dirigida a persuadir o a convencer¹⁰⁷. Es preciso traer a colación que el auditorio universal determina en cada momento la idea de lo razonable. No obstante, esta idea no es estática. Lo razonable puede cambiar de una época a otra, debido a que el auditorio universal es una variable dependiente de las condiciones sociales, económicas y culturales en las cuales se insertan los oradores.

Sin embargo, resulta importante la siguiente aseveración de este autor en su *lógica jurídica*: “no hay que olvidar que las decisiones de la justicia deben satisfacer a tres auditorios diferentes: las partes en litigio, los profesionales del derecho y **la opinión pública, que se manifiesta a través de la prensa y de las reacciones legislativas que se suscitan frente a las sentencias de los tribunales**”. (Negritas fuera del texto).

Aquí lo importante es ver cómo Perelman hace concreta la idea de auditorio en el hecho de que haya una opinión pública que se manifieste a través de la prensa (pero puede ser a través de cualquier medio de comunicación), y es dicha reacción con la que debe contar el orador si quiere ser efectivo con su discurso.

107 Como se indica, es el concepto de auditorio universal el que marca la diferencia, en la teoría de Perelman, entre “persuadir” y “convencer”. En efecto, mientras la argumentación sólo pretenda servir para un auditorio particular, será una argumentación persuasiva; pero, si es una argumentación realizada para obtener la adhesión de todo ente de razón, dicha argumentación recibirá el calificativo de convincente si efectivamente logra su cometido.

3.3. LA OPINIÓN PÚBLICA¹⁰⁸

Como la democracia tiende fundamentalmente a la seguridad jurídica y, por tanto, a la legalidad y la previsibilidad de las funciones estatales, existe en ella una poderosa inclinación a crear organizaciones de control, que sirvan de garantía a la legalidad. De estas garantías, la más firme es el principio de publicidad. La tendencia a la claridad es específicamente democrática y cuando se afirma a la ligera que en la democracia son más frecuentes que en la autocracia ciertos inconvenientes políticos, especialmente las inmoralidades y corrupciones, se emite un juicio demasiado superficial o malévolo de esta forma política, ya que dichos inconvenientes se dan lo mismo en la autocracia, con la sola diferencia de que pasan inadvertidos por imperar en ella el principio opuesto a la publicidad. En lugar de claridad, impera en la autocracia la tendencia a ocultar: ausencia de medidas de control - que no servirían más que para poner frenos a la acción del Estado-, y nada de publicidad, sino el empeño de mantener el temor y robustecer la disciplina de los funcionarios y la obediencia de los súbditos, en interés de la autoridad del Estado¹⁰⁹.

Se ha vuelto casi un lugar común esta cita de Abraham Lincoln cuando se hace referencia a la opinión pública:

108 Las referencias más importantes sobre “la opinión pública tienen por objeto caracterizar determinadas decisiones o acciones políticas como oportunas o inoportunas, legales o ilegales, y hasta legítimas o ilegítimas; es decir, sirven de argumento para juicios acerca de la calidad *instrumental*, la calidad *jurídica* o la calidad *ética* del actuar político. Por otra parte, de esta «opinión pública» hay que exigir, además, que sea, en tanto tal, reconocible, aprehensible; porque, en caso contrario, difícilmente podría recurrirse a ella para la toma o crítica de decisiones políticas. Esto, a su vez, significa que «la opinión pública» efectivamente tiene que ser «publicada», dada a conocer públicamente”.

109 Citado según Jorge R. Vanossi, «Enfoque jurídico de la corrupción en las Américas», en *Propuesta y Control* 23, Buenos Aires, 1992, págs. 2558-2572, 2569.

Nuestro Gobierno se basa en la opinión pública. Todo aquél que pueda cambiar la opinión pública, puede cambiar también el Gobierno, prácticamente en la misma medida. La opinión pública sobre cualquier tema tiene siempre una 'idea central', de la cual irradian todos sus pensamientos menores. Aquella 'idea central' en nuestra opinión pública fue al comienzo y ha seguido siendo hasta hace poco, 'la igualdad de los hombres'.¹¹⁰

Esta alusión, si bien hace su aparición en un campo político diferente al nuestro, tiene dos implicaciones directas sobre el tema que estamos considerando. En efecto, en primer lugar, queda clara la relación entre la formación de la opinión pública y el sostenimiento de los gobiernos que se han dado en llamar democráticos; en segundo lugar, también se hace visible que la opinión pública, base de las demás opiniones, está relacionada con la igualdad de todos los hombres. Así, trasladada al terreno que nos convoca, puede perfectamente aludir a la idea de que, por un lado, la posibilidad de expresar los pensamientos por medios radiales se vincula al sostenimiento de los gobiernos, por otro, que dado el artículo 20 del texto superior, todos los ciudadanos están en derecho de igualdad con respecto a libertad de expresar sus ideas a través de un medio de comunicación masivo como es la radiodifusión comunitaria. Pues

Cuando los hombres se unen en sociedades políticas (para expresar libremente sus ideas) renuncian públicamente a disponer de toda su fuerza, de forma tal que ya no pueden utilizarla en contra de ningún conciudadano fuera de los casos que establece la ley del país, y pueden conservar el poder de pensar bien o mal, aprobar o desaprobar las acciones de aquéllos entre quienes viven y con

110 Citado por James H. Rutherford, *The Moral Foundations of United States Constitutional Democracy*, Pittsburg: Dorrance Publishing Co. 1992, pág. 5.

*quienes dialogan; y por esta aprobación y rechazo establecen entre ellos aquello que llamarán virtud y vicio*¹¹¹.

Así, un sistema de comunicación permite a los ciudadanos evaluar con argumentos los contenidos de las decisiones, aun cuando hayan aumentado las facilidades generales para que la gente pueda tomar parte de las decisiones que afectan a sus intereses.¹¹² Otra cosa sería aceptar que en la sociedad las actividades administrativas tienen que ser aceptadas sólo porque están de acuerdo con las reglas jurídicas que formalmente guían las actividades administrativas, sin que exista una participación activa de quienes se ven afectados por todo tipo de decisiones de apelar a los medios de comunicación para expresar sus inconformidades.

Por lo anterior, no cabe duda de que uno de los logros que se quiere alcanzar con la estipulación de la libertad de crear medios masivos de comunicación tiene que ver la creación de una opinión pública crítica que se haga partícipe de las acciones y decisiones de los gobiernos y haga posible también, por este camino, la materialización de la democracia. Traigamos, en este mismo sentido, la definición dada a este concepto por Ferrater Mora:

*La opinión Pública es un fenómeno social que no se halla situado en el mismo plano del saber o de la certidumbre, sino que más bien expresa una forma especial de comportamiento. **La 'opinión pública' es por esto más un modo de actuar que de pronunciarse sobre la realidad, aun cuando se trate de un actuar que implica su manifestación en ciertos pronunciamientos...** Mientras la opinión individual es un acto*

111 Cfr. John Locke, *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Fondo de Cultura Económica. México: 1974, p. 1942.

112 Cfr. Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable*, Madrid 1991: Centro de Estudios Constitucionales, págs. 37 ss.

intencional, la opinión pública es un estado, y ella misma se convierte, dentro de una investigación sociológica o histórico-filosófica, en objeto de cualquier posible opinión en el sentido primeramente mentado.¹¹³ (Negritas fuera del texto).

Ahora bien, tomada la opinión pública desde otra perspectiva, es claro que, por ejemplo, ésta hace su aparición en los actos de demandar una norma por vía de la acción pública de inconstitucionalidad, pese que sean las personas, de manera individual, como dice Ferrater, las que hacen uso de estos recursos contemplados en el derecho. No obstante, cabe aclarar que si bien el acto de pronunciar una idea pública puede ser un acto personal y propio, ello no le resta para que no pueda ser considerada esa opinión como representando a la opinión pública en general. De hecho, una intervención ciudadana puede entenderse en dos sentidos: como una intervención particular de un ciudadano concreto, o como una que representa, en principio, las opiniones de un grupo de gente razonable que se reflejaría en esas ideas expresadas por un solo individuo. No se olvide que la idea de auditorio de la que se habló anteriormente es una construcción hipotética, como lo puede ser, *mutatis mutandi*, una opinión pública expresada por una sola persona.

En estas formas de participación y conformación decisiva por parte del pueblo, la democracia vive de la publicidad del proceso político. Las elecciones y votaciones pueden cumplir la función que les corresponde sólo si el ciudadano está en condiciones de formarse un juicio sobre las cuestiones que hay que decidir [...] y si con respecto al desempeño de las funciones por parte de los dirigentes políticos sabe lo suficiente como para poder prestarles su

113 *Diccionario de Filosofía*, vol. 3, Madrid, 1981.

*aprobación o rechazarlos. La opinión pública presupone el conocimiento de las cuestiones públicas*¹¹⁴.

Además, “sin la libertad para expresar la opinión y sin la libertad de opinión [...] no puede surgir la opinión pública y no es posible la formación de la opinión política [...]”¹¹⁵. La democracia vive de la *publicidad del proceso político*... Una opinión pública presupone la posibilidad de enterarse de los estados de cosas públicos.

Por lo general, tales referencias a la opinión pública tienen por objeto caracterizar determinadas decisiones o acciones políticas como oportunas o inoportunas, legales o ilegales, y hasta legítimas o ilegítimas; es decir, sirven de argumento para juicios acerca de la calidad *instrumental*, la calidad *jurídica* o la calidad *ética* del actuar político.

Por otra parte, de esta «opinión pública» hay que exigir, además, que sea, en tanto tal, reconocible, aprehensible; porque, en caso contrario, difícilmente podría recurrirse a ella para la toma o crítica de decisiones políticas. Esto, a su vez, significa que «la opinión pública» efectivamente tiene que ser «publicada», dada a conocer públicamente.

3.4 DISCRECIONALIDAD EN LA RAMA JURISDICCIONAL.

Como se había sostenido al final del capítulo anterior, la idea de discrecionalidad no sólo es recurrente en actos administrativos que comportan esta categoría; en otras palabras, es también posible, en asuntos estrictamente reglados, hacer referencia a la discrecionalidad. Por lo tanto, a partir de las ideas desarrolladas a continuación, se podrá comprender que, incluso en campos donde se espera la no

114 Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 8° edición, Karlsruhe: C. F. Müller 1975, págs. 62 ss.

115 Ibidem, pág. 160.

discrecionalidad (vg. en el caso donde los jueces deben ceñirse a lo ordenado por la ley), también hay autores que hacen referencia a este fenómeno en el campo judicial.

3.4.1 La decisión judicial y su discrecionalidad.

Libertad y restricción en la decisión judicial, obra del filósofo del derecho norteamericano Duncan Kennedy, alude a la idea de que cuando el juez busca defender una determinada tesis controvertida por dos partes en litigio, se adviene una tensión alrededor de la “ley exigida o lo que exige la ley”¹¹⁶ y la decisión. Esta postura implica, según el autor, que en cuestiones jurídicas no es cierto que las normas estén siempre a la mano y que de lo que se trata es de aplicarlas directamente a cada caso para resolver en justicia la cuestión que ha entrado en litigio. Por lo tanto, que frente a cada situación referida a la aplicación de las normas, siempre salta a la vista una posible discrecionalidad en razón a que ningún asunto se resuelve con la claridad de las normas en la mano. En otras palabras, la ley siempre requiere de ser interpretada y la decisión del juez consistirá en lograr la interpretación más ajustada a la idea de justicia que tiene entre manos.

Si esto sucede en el campo de las decisiones judiciales, no es de extrañar que allí donde la ley permita expresamente la discrecionalidad (y recuérdese que ésta no siempre se da por ausencia de una norma, como se sostuvo en el capítulo anterior) dicha permisibilidad quede todavía más ajustada a los designios administrativos que así la permiten. Pero, ¿son ambas posturas absolutamente ciertas? Es decir: ¿Hay discrecionalidad en las decisiones judiciales lo mismo que en las administrativas que contemplan este fuero? Por lo pronto, puede adelantarse esta respuesta: cualquier posible concepción de discrecionalidad, en

¹¹⁶ Kennedy, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Siglo del hombre editores. Bogotá-Colombia. 1999. En coedición con la Universidad de los Andes y la Universidad Javeriana, p. 91.

ambos casos, implica tener siempre una interpretación de los derechos fundamentales consagrados en el texto superior; en otras palabras, la discrecionalidad siempre contempla un modo de interpretar los derechos que entran en juego en la actividad discrecional en cuanto tal, como cuando decimos que una reglamentación sobre la emisoras comunitarias, por discrecional que sea, conlleva una forma de valorar la libertad de expresión y la formación de la opinión pública.

Por eso es tan importante otro de los planteamiento de Kennedy en el sentido de que toda discusión sobre discrecionalidad o libertad en las decisiones judiciales sólo puede realizarse *in situ*, es decir, en el terreno firme de un caso concreto que señale las normas concretas en juego y refleje la posición de quien elabora la interpretación, ya sea que ésta esté en manos del juez, del legislador, del abogado litigante o de la misma comunidad afectada por el caso concreto: “aplicar la ley, interpretarla, cambiarla, ponerla en entredicho o lo que fuera menester”¹¹⁷, debe hacerse siempre “en el contexto de una comunidad jurídica y de un público que acatan lo que los jueces ordenan”¹¹⁸.

3.4.2. Ninguna Interpretación Es Ajena A Los Intereses Políticos

Kennedy no restringe a las decisiones judiciales la posibilidad de la discrecionalidad, pues, como él mismo lo va a sostener, el acto de crear leyes (en nuestro caso el acto de proferir algunas normas para otorgar licencias de funcionamiento de emisoras comunitarias) pasa también por los intereses de quienes las elaboran. Se alude aquí a intereses políticos como una expresión que abarca las diferentes concepciones de vida correcta o buena que están en la base de toda legislación, pero, incluso, en como intereses “oscuros” que no son ajenos a las presiones sobre el legislador o el juez.

117 Ibid, p. 95.

118 Ibid p.95.

Por eso los siguientes escenarios propuestos por nuestro autor: 1) "He sido sobornado y quiero cumplir con el arreglo; 2) considero cuál sería el mejor fallo recibido por la comunidad (jurídica y civil) a la que pertenezco; 3) considero lo que el tribunal de apelación haría en caso de ser apelada la sentencia; 4) considero que, en general, la ley está bien redactada, pero, para el caso concreto, aplicarla generaría inequidad; 5) puede uno también considerar que la ley no resuelve el caso particular como creo o presiento debe hacerse, en el sentido de que la ley debió ser más flexible para el caso particular; 6) considero que la ley es injusta y que sería mejor cambiarla"¹¹⁹.

Para el caso de la discrecionalidad otorgada para crear normas, son suficientes los escenarios 1 y 2 señalados con anterioridad, quedando reducidos los restantes a las decisiones estrictamente judiciales. En efecto, una norma puede llegar a ser expedida bajo consideraciones de chantaje o corrupción de la esfera política (de ahí también lo de intereses políticos) o bajo la consideración de cuál sería la recepción de la norma emitida por el mismo legislador. En este último caso, por ejemplo, pueden resultar relevantes los intereses de una comunidad organizada de alguna manera. Por ejemplo: una cosa sería proferir una norma para otorgar licencias de radiodifusión si los interesados son unos mineros que buscan hacer prevalecer sus reivindicaciones (caso Bolivia); otra si son miembros de una iglesia que buscan promover cierta práctica religiosa (caso Colombia, entre otros); y muy otra si lo que se pretende es tener injerencia en los asuntos políticos de una determinada comunidad.

También puede haber la posibilidad de que quien tenga entre manos la creación de una norma, esté interesado en desalojar de derechos a quienes se podrían ver beneficiados por la norma misma.

119 Ibid, p.97.

Una vez más, y esta vez de la mano de Kennedy, queda claro que por este camino también llegamos a consideraciones como las señaladas más arriba: lo que está en juego en la discrecionalidad para crear las normas que permiten otorgar licencias de radiodifusión comunitaria, son derechos como la libertad de expresión y la formación de opinión pública, aunque no exclusivamente.

CONCLUSIONES

La experiencia de pensar un tema como el de la discrecionalidad administrativa (en especial la referida al otorgamiento de licencias para el funcionamiento de emisoras comunitarias), nos condujo a reflexiones que iban sobrepasando el estudio de la norma hasta encontrarnos con dos conceptos articuladores del fenómeno de la radiodifusión. Estos conceptos, sin embargo, no estaban presentes de manera explícita en la normatividad que contempla este otorgamiento de licencias, y por eso, para darle un mayor alcance a la comprensión de esta misma reglamentación, debimos pensar hermenéuticamente en ellos: la libertad de expresión y la formación de opinión pública.

No bastó entonces con analizar de modo comprensivo el fenómeno de la discrecionalidad si no se le complementaba con un ejercicio del pensar que mostrara los derechos que estaban en juego en el acto discrecional en mención. En otras palabras, la mencionada discrecionalidad administrativa se puso en juego cuando se la pensó desde un caso concreto que revelara un *plus* de interpretación a partir de esos derechos ya mencionados.

Adelantar el ejercicio de pensar una norma en esta perspectiva, sirvió para comprender que, en el fondo de su creación, mucho más cuando ésta es discrecional, subyacen aspectos esenciales sin los cuales, ni es posible comprenderse en sí misma, ni se logran los objetivos del legislador en la materia regulada. Dicho en concreto, detrás de la creación de la norma que permite otorgar licencias de funcionamiento a las emisoras comunitarias, entran en juego derechos de los ciudadanos, más exactamente, derechos de los que depende, incluso, el logro de la democracia y la convivencia pacífica.

De hecho, se pudo analizar que la libre expresión y el derecho a formarse una opinión, son conquistas privilegiadas que se contraponen a formas de acciones no democráticas o vinculadas con la fuerza.

Pero en vano estos derechos (llamados aquí conquistas, valga decir, conquistas de la humanidad), pueden materializarse sin una correspondiente voluntad del legislador o del que haga sus veces, para aportar a la cristalización de estos derechos la posibilidad de crear y apoyar los medios masivos de comunicación.

Es por ello que, a manera de conclusión, en este trabajo se plantea, por último, que la administración- Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones-, en ejercicio de su poder discrecional para “disponer” sobre los requisitos y condiciones jurídicas, sociales y técnicas necesarios para otorgar la licencia a quien pretenda prestar el servicio de radiodifusión sonora comunitaria, tal como lo señala el párrafo segundo del artículo 57 de la Ley 1341 de 2009, así como para convocar, asignar o negar el permiso, acuda a un “método de balance”, observando lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos denomina “ estricta proporcionalidad”, valorando cada uno de los elementos en juego, de tal manera que, asegure condiciones estructurales que permitan el ejercicio de los derechos involucrados y a su vez garantice el pluralismo informativo, es decir, “la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto a ellos, cualquiera que sea la forma que pretenda adoptar”¹²⁰, y con las mínimas restricciones que favorezcan la diversidad de los canales informativos¹²¹.

Adviértase, sin embargo que, en el ejercicio de oposición entre la libertad de expresión con el tema del interés público que hemos visto dirige la discrecionalidad administrativa del Ministerio de las TIC en el caso del servicio público de radiodifusión sonora comunitaria, la Corte Interamericana ha declarado

¹²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-5/85, párrafo 34.

¹²¹ Aguiar Aranguren Asdrubal, La Libertad de Expresión y Prensa, Jurisprudencia Interamericana (1987-2009), Miami: Sociedad Interamericana de Prensa, 2009, Pag.21.

en su citada Opinión OC-5/85 que: “la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática” y que el bien común ha de ser entendido, “dentro del contexto de la convención, como un concepto referente a las condiciones de vida social que permiten a los integrantes de una sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos”. También ha dicho que el orden público no puede ser excusa para “justificar limitaciones de esos derechos en nombre de los intereses colectivos” poniendo en juego la democracia, que no se garantiza sin el cruce libre de información plural y de las opiniones diversas que transmiten o expresan los agentes de la comunicación social.

De otra parte, se ha de tener en cuenta, con apego a la doctrina internacional reconocida, el alcance de este ejercicio hermenéutico que debe realizar la administración en el cual están involucrados derechos humanos fundamentales, que no le permiten ir más allá del núcleo pétreo que a uno u otro le fija de antemano y de modo vinculante la Convención Americana y de conformidad con ésta la Constitución de cada Estado¹²² . Por ello, toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue, de tal manera que dichas medidas no resulten exageradas o desmedidas frente a las ventajas que se obtienen con ellas, sino que, al contrario, sean plenamente justificables frente a objetivos colectivos que preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho a la libertad de expresión¹²³.

Al respecto, el artículo 13.3 de la Convención Americana dispone que “no se puede restringir el derecho a la libertad de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, **frecuencias radioeléctricas**, o de enseres y aparatos usados en la difusión de

¹²² Ibid. , pag.22

¹²³ Ibid., pag 118.

información o por cualquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. (negrilla fuera de texto)

Por último, es necesario precisar que esta invitación que se hace a la administración no nace solamente de la preocupación por el derecho particular de toda persona a buscar, recibir e infundir ideas de toda índole, sino, en el de todos a recibir esas informaciones e ideas, porque, resulta claro manifestar que, la libertad de expresión goza de un carácter y un alcance especial, puesto que, en ella se manifiestan dos dimensiones: por una parte demanda que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de comunicar su pensamiento, representando por tanto un derecho individual; pero, por otra parte, involucra un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno¹²⁴ derecho que se encuentra en cabeza de toda la sociedad.

La libertad de expresión, ha reiterado la Corte es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública, conducto *sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales y en general quienes desean influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Y concluye: “por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”¹²⁵.

¹²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-5/85, párrafo 30.

¹²⁵ Aguiar Aranguren Asdrubal, op. cit., pag. 17, 62.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ TABÍO, Fernando. El Proceso Contencioso Administrativo, La Habana: Editorial Librería Martí 1954.
- ANTEQUERA R., Juan Carlos y otro. La Radio Como Dinamizadora de los Procesos Sociales y Culturales en Barranquilla, Barranquilla, 2002.
- AGUIAR ARANGUREN ASDRUBAL, La Libertad de Expresión y Prensa, Jurisprudencia Interamericana (1987-2009), Miami, Sociedad Interamericana de Prensa : 2009.
- AULIS, Aarnio. Lo Racional Como Razonable. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid: 1991.
- BRUNETTI, Vicente. Emergencia de las Radio Comunitaria en Paraguay. 1997.
- CAMPAZ, Jorge Enrique. Radios Para la Democracia. En: Revista 1, 2, 3 probando, N° 12. Bogotá : 2007.
- CEA EGAÑA, José Luis. Revista Chilena de Derecho, N° 2, Santiago de Chile: 1984.
- CEBALLOS, Miguel y otros, Participación y Fortalecimiento Institucional a Nivel Local en Colombia, Centro Editorial Javeriano, Bogotá: sf.

- CHACÍN FUENMAYOR, Ronald de Jesús. La Discrecionalidad Administrativa en el Ordenamiento Jurídico Venezolano. Cuestiones Políticas, No.35, Maracaibo: 2005.
- DELGADO OBANDO, José Manuel, Curso de Filosofía del Derecho. Vadell Hernanos, 1994.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón en De la Arbitrariedad de la Administración, Madrid: Civitas, 1994.
- GARCÍA DE RENTERRIA, Eduardo y otro. Curso de Derecho Administrativo, Madrid: Editorial Ovitas, 1998.
- GÓMEZ MEJÍA, Gabriel y otro. Para Entender la Radio Comunitaria Hoy. Revista Signo y Pensamiento, N° 38, Universidad Javeriana: 2001.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio. Estudios en Homenaje al Profesor Perez de Ayala, Madrid: Editorial Dikynson, 2007.
- GUMUCIO DRAGÓN, Alfonso, Derecho a Comunicar, AREDMAG, 2008.
- KENNEDY, Duncan. Libertad y Restricción en la Decisión Judicial. Siglo del Hombre editores. Bogotá-Colombia. En coedición con la Universidad de los Andes y la Universidad Javeriana: 1999.
- LAMAS, Ernesto. Gestión Integral de la Radio Comunitaria, Quito: 2000.
- LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio, Anulación de los Actos de la Administración Pública, Bogota: Ediciones Doctrina y Ley, 1996.

- LÓPEZ VIGIL, José Ignacio. Manual Urgente Para Radialistas Apasionados. 1997.
- LOCKE, John. Ensayo Sobre el Entendimiento Humano, Fondo de Cultura Económica, Vol. 1.
- MALAGÓN PINZÓN Miguel Alejandro. Vivir en Policía, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007,
- MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto.. Discrecionalidad Administrativa, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- MENDOZA PALOMINO, Alvaro. Teoría y Sinopsis de la Constitución de 1991, Bogotá : Ediciones Doctrina y Ley, 1966.
- MILLÁN OROZCO Arlet, NIETO y otros. La Radio Comunitaria: Una posibilidad Para el Desarrollo Endógeno de las Minorías Etnicas. En: Revista, Comunicación y Ciudadanía, No. 6. México, 2008.
- MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto y otro, La Relación Especial de Sujeción, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007
- MORA CAICEDO, Esteban y otro. Derecho Administrativo y Procesal Administrativo, Tercera Edición, Bogotá: Grupo Editorial Iyer, sf.
- NIETO GARCÍA, Alejandro. El Arbitrio Judicial, Barcelona: Ediciones Ariel, 2000

- PERELMAN, Chaïm. El Imperio Retórico: Retórica y Argumentación. Traducción de Adolfo León Gómez Giraldo. Editorial Norma, Bogotá: 1997.
- PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS – TYTECA. *Retórica y Lógica*, 1987.
- PERELMAN, Chaïm . La Interpretación Jurídica. Centro de estudios de filosofía del derecho. Traducción del francés de H. Petzold-Pernía. Maracaibo: 1974
- PERELMAN, Chaïm , La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica. Traducción de Luis Díez-Picazo. 1979
- PERELMAN, Chaïm, El Razonamiento Jurídico. Traducción del francés de H. Petzold-Pernía. 1973
- PERELMAN, Chaïm, Tratado de la Argumentación : La Nueva Retórica. Traducción de Julia Sevilla Muñoz, España. 1989
- RENIZ CABALLERO, Doris y otros. Medios de Información y Comunicación. Biblioteca Virtual Luis Ángel Arango: Marzo, 2006.
- RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. Derecho Administrativo - Teoría General, Bogotá: Ediciones Librería profesional, 1981
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, Bogotá: Temis , 2002,
- RUTHERFORD, James H, The Moral Foundations of United States Constitutional Democracy, Pittsburg: 1992

- SÁNCHEZ, Gloria Cecilia. Legislación Sobre Radiodifusión Sonora Comunitaria, Estudio Comparativo de Legislaciones de Trece Países, UNESCO : 2003.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2003
- SENEAL, Michel. Televisiones y Radios Comunitarias. Editorial Mitre: España, 1986.
- SILVA SIMMA, Enrique. Derecho Administrativo Chileno Comparado, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- VANOSSI, Jorge R. «Enfoque Jurídico de la Corrupción en las Américas», en *Propuesta y Control* 23, Buenos Aires: 1992.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo, Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005
- VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo, Bogotá: Legis Editores S.A, 2004
- VILLAMAYOR, Claudia, LAMAS, Ernesto. Asociación Mundial de Radios Comunitarias y Friedrich Ebert Stiftung, 1998.
- <http://www.observatoriodosmedios.org/mediateca/observatorio/xornadas/200803/artigo11.pdf>.
- http://alc.amarc.org/index.php?p=Que_es_una_Radio_Comunitaria

- http://www.abn.info.ve/reportaje_detalle.php?articulo=700
- <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001309/130970s.pdf>
- http://www.caraysenal.agenciapulsar.org/pdf/cys01/cys01_06_dossier.PDF
- http://www.abn.info.ve/reportaje_detalle.php?articulo=700
- <http://www.comminit.com/es/la>
- Corte Constitucional, Sentencia T- 602 de 1955
- Corte Constitucional, Sentencia T- 578 de 1992
- Corte Constitucional, Sentencia C-204 de 1993
- Corte Constitucional, Sentencia C-488 de 1993.
- Corte Constitucional, Sentencia T-602 de 1995.
- Corte Constitucional, Sentencia C-098 de 1996.
- Corte Constitucional, Sentencia C- 421 de 1997
- Corte Constitucional , Sentencia C - 443 de 1997
- Corte Constitucional, Sentencia SU-623 de 2001
- Corte Constitucional, Sentencia T-725 de 2004
- Corte Constitucional, Sentencia T- 928 de 2004
- Corte Constitucional, Sentencia C- 525 de 2005
- Corte Constitucional, Sentencia T-349 de 2006
- Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2007.
- Corte Constitucional, Sentencia T-856 de 2007
- Corte Constitucional , Sentencia C-075 de 2007
- Corte Constitucional, Sentencia C-811 de 2007
- Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2008
- Corte Constitucional, Sentencia C-798 de 2008

- Corte Constitucional, Sentencia C-029 de 2009.
- Consejo de Estado, exp. 4526, Sentencia de marzo de 1985
- Consejo de Estado, Exp. 4883 Sentencia de Octubre de 1993
- Constitución Nacional
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-5/85
- Ley 80 de 1983
- Ley 72 de 1989
- Ley 1341 de 2009
- Decreto No. 222 de 1983
- Decreto –Ley 1900 de 1990
- Decreto – Ley 1901 de 1990
- Decreto 1446 de 1995
- Decreto 348 de 1997
- Decreto 1981 de 2003
- Decreto 2805 de 2008