

Señores
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
Sección Cuarta

Ref. Recurso de Apelación de fallo de tutela No. 2005-01771-01
Acción de Tutela promovida por la Asociación Red Colombiana de Radio Comunitaria
RECORRA y otros, en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE
COMUNICACIONES

Nosotros, **JORGE ALBERTO LONDOÑO LUGO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 93.371.170 de Ibagué, obrando como representante legal de la ASOCIACIÓN RED COLOMBIANA DE RADIO COMUNITARIA RECORRA y **DANILO ROJAS BETANCOURTH**, identificado con cédula de ciudadanía No.6.001.127 de San Antonio, Tolima, socio fundador del CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO, JUSTICIA Y SOCIEDAD DJS, el primero obrando como apoderado judicial de las siguientes personas: CARLOS ARTURO ACERO RINCÓN, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.381.015 de Bogotá, representante legal de la ASOCIACIÓN DISTRITAL DE RADIO COMUNITARIA ANTENA CIUDADANA, JUAN CARLOS VALENCIA SALAZAR, identificado con cédula de ciudadanía No. 16.224.794, representante legal de la CORPORACIÓN PARA LA PROMOCIÓN DE LA COMUNICACIÓN Y EL DESARROLLO COMUNITARIO VOCEROS COMUNITARIOS, ANA CELIA SABOGAL CASTRO, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.592.305, representante legal de la COOPERATIVA MULTIACTIVA DE TRABAJO ASOCIADO PUNTO VERDE (COOPUNVER), JOSE YAMID SANMIGUEL, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.340.732, representante legal de la ASOCIACIÓN DE DIRIGENTES COMUNITARIOS ASODIC y PABLO HERNANDO CLAVIJO LÓPEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.117.695, representante legal de LA CORPORACIÓN PROMOTORA CÍVICO CULTURAL ZURO RIENTE; y el segundo como apoderado de las siguientes personas: ERIKA SOLORZANO, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.093.294 de Bogotá, representante legal de la ASOCIACIÓN DE COMUNICADORES POPULARES SOMOS RED ACOPOSOR, DANIEL GARCÍA-PEÑA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.222.802 de Bogotá, representante legal de CORPORACIÓN DERECHOS PARA LA PAZ CDPАЗ, SIGIFREDO GARCÍA SÁNCHEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 79'289.764 de Bogotá, MARTHA ISABEL MORA BERMÚDEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 35.318.520 de Bogotá y JOSÉ FLORENTINO CIFUENTES ROA, identificado con cédula de ciudadanía No. 79'452.045 de Bogotá, con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política Colombiana (en adelante C.P.) y en su respectivo Decreto reglamentario 2591 de 1991, dentro de la tutela de la referencia y encontrándonos dentro del término previsto por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1.991, acudimos ante este Despacho Judicial, para manifestar que **APELAMOS** el fallo proferido por su despacho el día trece de octubre del año en curso, por las razones expuestas en el memorial de sustentación, que se adjunta al presente.

Atentamente,

JORGE ALBERTO LONDOÑO LUGO

c.c. 93.371.170 de Ibagué, Tolima.

DANILO ROJAS BETANCOURT

c.c. 6.001.127 de San Antonio, Tolima.

Honorables Magistrados
CONSEJO DE ESTADO
Ciudad

Ref. Sustentación del recurso de Apelación de fallo de tutela No. 2005-01771-01
Acción de Tutela promovida por la Asociación Red colombiana de Radio Comunitaria
RECORRA y otros, en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE
COMUNICACIONES

Nosotros, **JORGE ALBERTO LONDOÑO LUGO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 93.371.170 de Ibagué, obrando como representante legal de la ASOCIACIÓN RED COLOMBIANA DE RADIO COMUNITARIA RECORRA y **DANILO ROJAS BETANCOURTH**, identificado con cédula de ciudadanía No.6.001.127 de San Antonio, Tolima, socio fundador del CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO, JUSTICIA Y SOCIEDAD DJS, el primero obrando como apoderado judicial de las siguientes personas: CARLOS ARTURO ACERO RINCÓN, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.381.015 de Bogotá, representante legal de la ASOCIACIÓN DISTRITAL DE RADIO COMUNITARIA ANTENA CIUDADANA, JUAN CARLOS VALENCIA SALAZAR, identificado con cédula de ciudadanía No. 16.224.794, representante legal de la CORPORACIÓN PARA LA PROMOCIÓN DE LA COMUNICACIÓN Y EL DESARROLLO COMUNITARIO VOCEROS COMUNITARIOS, ANA CELIA SABOGAL CASTRO, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.592.305, representante legal de la COOPERATIVA MULTIACTIVA DE TRABAJO ASOCIADO PUNTO VERDE (COOPUNVER), JOSE YAMID SANMIGUEL, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.340.732, representante legal de la ASOCIACIÓN DE DIRIGENTES COMUNITARIOS ASODIC y PABLO HERNANDO CLAVIJO LÓPEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.117.695, representante legal de LA CORPORACIÓN PROMOTORA CÍVICO CULTURAL ZURO RIENTE; y el segundo como apoderado de las siguientes personas: ERIKA SOLORZANO, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.093.294 de Bogotá, obrando como representante legal de la ASOCIACIÓN DE COMUNICADORES POPULARES SOMOS RED ACOPOSOR, DANIEL GARCÍA-PEÑA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.222.802 de Bogotá, representante legal de CORPORACIÓN DERECHOS PARA LA PAZ CDPAZ, SIGIFREDO GARCÍA SÁNCHEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 79'289.764 de Bogotá, MARTHA ISABEL MORA BERMÚDEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 35.318.520 de Bogotá y JOSÉ FLORENTINO CIFUENTES ROA, identificado con cédula de ciudadanía No. 79'452.045 de Bogotá, con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política colombiana (en adelante C.P.) y en su respectivo Decreto reglamentario 2591 de 1991, dentro de la tutela de la referencia y encontrándonos dentro del término previsto por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1.991, acudimos ante este Despacho Judicial, para **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en contra del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta el día trece de octubre del año en curso, por las razones que a continuación se exponen.

INTRODUCCIÓN

Con todo respeto, nos apartamos de la decisión proferida por el Tribunal pues consideramos que los argumentos en los que se funda son controvertibles constitucional y jurisprudencialmente. Antes de proceder a la exposición de los argumentos, es necesario señalar que el Tribunal no tuvo en cuenta dentro de sus motivaciones, en lo más mínimo, los argumentos expuestos en la tutela. Ello se evidencia no solamente, en el hecho de que se limitó a copiar la primera parte del escrito que describía los hechos que motivaban la acción, sino que además en varias oportunidades insiste en los argumentos

presentados por la entidad demandada sin ni siquiera ofrecer una breve explicación de porque no resultan convincentes nuestros argumentos. Incluso, la falta de atención por parte del Tribunal de la demanda presentada se refleja en el hecho de que ni siquiera tuvo claro que la acción era interpuesta por dos abogados en representación de distintas entidades cada uno, sino que simplemente hace referencia a uno de los abogados, señalando que el segundo es un simple representado.

A continuación procederemos a exponer las razones que justifican nuestro disentir, para lo cual primero, haremos una breve exposición de los argumentos en los que se funda el fallo que deniega la tutela; segundo, reiteraremos brevemente los argumentos principales de la demanda de tutela, por cuanto, no se hizo mención de ellos en el fallo de fondo; y tercero, se procederá a contestar uno a uno los argumentos en los que se basa la decisión del Tribunal. En este último punto, iniciaremos dando respuesta al argumento que pone en cuestión la procedibilidad de la acción y luego haremos referencia a los argumentos relativos el fondo del asunto.

I. SOBRE EL FALLO QUE SE APELA

El fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que deniega la acción interpuesta, se funda en los siguientes argumentos:

1. De acuerdo con el Tribunal, los accionantes carecen de legitimidad para interponer la acción, dado que en cabeza de ellos no radica aún ningún derecho como tal, sino apenas la “mera expectativa” de que se abra una convocatoria para participar en un servicio comunitario de radiodifusión sonora en la ciudad de Bogotá.
2. El juez de tutela no tiene la capacidad legal para ordenar la apertura de una convocatoria para la prestación del servicio comunitario de radiodifusión sonora. A juicio del Tribunal, ello equivaldría a reemplazar la acción de la administración, la cual es la única entidad competente para emitir una orden semejante.
3. El ejercicio de los derechos fundamentales de informar y fundar medios masivos de comunicación que utilizan el espectro electromagnético, no es un derecho “libre” sino que esta reglado por el Estado. De esta manera, el ejercicio del derecho a fundar medios masivos de comunicación tiene que subordinarse a las normas que lo reglamentan.
4. Por otra parte, para el Tribunal, la decisión del Ministerio de no abrir una convocatoria para la Ciudad de Bogotá, es “a todas luces lógica” dado que el decreto 1981 de 2003 artículo 20, el cual regula lo atinente a la prestación del servicio de radiodifusión sonora, establece que el “Ministerio propenderá porque los municipios carentes del servicio, las comunidades residentes en áreas urbanas y rurales marginales o de frontera, las étnicas culturales y en general los sectores más débiles o minoritarios de la sociedad accedan al Servicio Comunitario de Radiodifusión Sonora, a sin de propiciar su desarrollo, la expresión de su cultura y su integración a la vida nacional”. De esta manera, con su omisión, el Ministerio solo está dando cumplimiento a la norma, pues el municipio de Bogotá no cumple con las condiciones señaladas por la normatividad vigente.
5. Igualmente sostiene la Sala, que tampoco se viola el derecho a la igualdad, dado que dicho principio exige el mismo trato para personas que se encuentran cobijadas bajo una misma hipótesis, pero que en el caso concreto, cuando el Ministerio abre una convocatoria, simplemente

está acatando el contenido de una norma que establece una situación especial y solo para ciertos sectores.

6. Finalmente, a juicio del Tribunal, la acción no es procedente en la medida en que existen otros medios de defensa judicial para proteger los derechos presuntamente violados. En concreto, la acción de nulidad, se convierte en la medida idónea para cuestionar la legalidad del Decreto 1981 de 2003, el cual es el fundamento legal que justifica la omisión del Ministerio.

II. REITERACIÓN DEL PLANTEAMIENTO FÁCTICO Y JURÍDICO EXPUESTO EN LA DEMANDA DE TUTELA: VIOLACIÓN AL DERECHO DE FUNDAR MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN.

El planteamiento principal que fundamenta nuestra solicitud, y que consideramos necesario reiterar dado que no fue tenida en cuenta por el Tribunal, se funda en los siguientes hechos y argumentos:

(1) Que el Ministerio de Comunicaciones ha omitido de manera continua durante los últimos 10 años, es decir, desde el momento en que las emisoras comunitarias fueron entregadas legalmente, la apertura de una convocatoria pública para dar en concesión el servicio público comunitario de radiodifusión sonora a una o mas emisoras de la capital del país, a pesar de que no existe ninguna causal legal que le impida llevar a cabo tal apertura.

(2) Que, existen razones constitucionales y de derecho internacional, las cuales reiteraremos mas adelante, que permiten deducir la siguiente regla jurisprudencial que opera para el caso concreto: el omitir la apertura de una convocatoria pública para la concesión de un servicio público como lo es el de radiodifusión sonora comunitaria constituye una violación del derecho a la libertad de expresión de información y de fundar medios masivos de comunicación de los potenciales operadores de tal servicio por parte de la autoridad competente para llevar a cabo dicha apertura –en este caso el Ministerio de Comunicaciones- cuando la autoridad competente se niega injustificadamente a abrir la convocatoria pública a pesar de existir: (i) un interés serio y permanente de que tal convocatoria se lleve a cabo de parte de los potenciales fundadores y usuarios del medio de comunicación, (ii) comunidades al interior del municipio o distrito que –como en el caso de Bogotá- presentan necesidades profundas y demostradas de recibir los beneficios específicos del servicio publico, y (iii) las condiciones técnicas, los recursos económicos y los requisitos jurídicos necesarios para que la convocatoria pública pueda ser realizada. En estos eventos, salvo que la autoridad pública demuestre la existencia de una justificación imperiosa que se lo impida (cosa que ciertamente no ha sucedido en el caso concreto), debe concluirse que ésta abusa arbitrariamente de su facultad discrecional, transgrede los límites legales, constitucionales e internacionales que se le imponen y, por consiguiente, debe ser obligada por el juez que conozca del caso a detener inmediatamente la violación de los derechos fundamentales producidos.

(3) Que a pesar de que la decisión del Ministerio de Comunicaciones consistente en abrir o no una convocatoria pública de esta índole es discrecional, en este caso la misma resulta injustificada, desproporcionada y arbitraria. Esto porque (a) existen solicitudes reiteradas de parte de los ciudadanos para la apertura de la convocatoria; (b) no hay ningún tipo de obstáculo técnico o financiero para que se adjudiquen frecuencias a emisoras comunitarias en Bogotá, (c) ninguna de las emisoras existentes en Bogotá, (comerciales y de interés público) suple adecuadamente las necesidades particulares que tienen las comunidades y localidades bogotanas en relación con el servicio de radiodifusión sonora comunitaria, referidas en especial a la participación democrática y a la pluralidad de la información; y (d) el Ministerio de Comunicaciones no ha ofrecido ninguna razón lo suficientemente importante por lo

cual, a pesar de afectarse con ello los derechos de ciertos ciudadanos, una convocatoria pública no debería abrirse.

(4) Que, con la omisión del Ministerio de Comunicaciones se están violando también, los derechos de los potenciales usuarios del servicio de radiodifusión sonora comunitaria en Bogotá a la libertad de recibir aquellas opiniones e informaciones específicas provenientes de emisoras comunitarias, a la igualdad de trato en comparación con los usuarios del servicio de radiodifusión sonora de otros municipios del país que si tienen acceso a emisoras comunitarias, a la participación democrática, al acceso a la cultura, y al pluralismo informativo –que podría realizar a través de la recepción de la información emitida por emisoras comunitarias de la ciudad-, y al acceso equitativo al espectro electromagnético en su calidad de usuarios del mismo.

(5) Que, con la omisión referida, el Ministerio de Comunicaciones ha vulnerado además los derechos de los potenciales operadores a la igualdad, dada la diferencia de trato que estos han recibido con respecto a los potenciales operadores de otros municipios, en los que si se han llevado a cabo convocatorias públicas y procesos de adjudicación; a la participación democrática –pues se les niega la posibilidad de ejercer a través de un medio que, como la radiodifusión sonora comunitaria, fue creado precisamente con esa finalidad- y, por esta vía, a la cultura, al acceso equitativo al espectro electromagnético y al pluralismo informativo.

II. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

i. De la procedencia de la acción de tutela. Inexistencia de otros medios de defensa judicial (Contestación del Argumento No. 6 del Tribunal)

Procederemos ahora a dar respuesta a los argumentos invocados por el tribunal para negar la solicitud de tutela. Uno de los fundamentos expuestos en la sentencia, se orienta a señalar la improcedencia de la acción pues, a juicio del tribunal, existen otros medios de defensa judicial tales como la acción de nulidad, a través de la cual es posible hacer valer la protección de los derechos invocados. Sin embargo, dicho argumento resulta equivocado por dos razones que, siendo expuestas en la demanda no fueron tenidas en cuenta, y por tanto conviene ahora reiterar:

En primer lugar, por que la presente acción no busca retirar ningún acto administrativo del ordenamiento jurídico, por el contrario, lo que se pretende es la emisión de uno nuevo. En efecto, de acuerdo con los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, la acción de nulidad, así como la de nulidad y restablecimiento del derecho proceden para declarar la nulidad de un acto administrativo cuya existencia es contraria a la normatividad vigente. Sin embargo en el presente caso, no es una acción de la administración sino una omisión lo que ocasiona la vulneración del derecho invocado. Como se señaló anteriormente, el Ministerio de Comunicaciones viola el derecho de los peticionantes a fundar medios masivos en la medida en que se abstiene de convocar una licitación pública para la prestación del servicio de radiodifusión. De esta manera, el objetivo de esta acción no es buscar la anulación de ningún acto administrativo, al contrario, lo que se pretende es lograr la emisión de uno a través del cual se ordene la apertura de una convocatoria pública para la concesión del servicio público de radiodifusión sonora comunitaria en Bogotá y de este modo se detenga la vulneración de los derechos fundamentales amparados en esta acción.

En segundo lugar, por que las convocatorias a las que se hace mención son totalmente legítimas y no tienen vicio alguno que las hagan susceptibles de nulidad. Como se señaló en el escrito de tutela, la

alusión que se hace a los artículos 3° y 20 del Decreto 1981 de 2003, es para tratar de identificar los criterios que debe tener en cuenta el Ministerio para la realización de convocatorias, y no para tratar de invocar una posible ilicitud en el contenido del artículo. Nuestro argumento pretende señalar que si tomamos en serio el artículo 20 del Decreto 1981 de 2003, podremos deducir una serie de finalidades y criterios que debe tener en cuenta el Ministerio para la realización de las convocatorias, que dichas finalidades y criterios se cumplen para el caso de Bogotá, y que justamente al verse cumplidos sin que el Ministerio inicie la respectiva convocatoria se concluye la arbitrariedad de la omisión del Ministerio. Reiteramos, el objetivo de la acción interpuesta no es debatir el contenido del artículo 20 del Decreto 1981 de 2003, al contrario, partiendo de su legalidad y corrección nuestra solicitud se orienta a reclamar la expedición de un acto administrativo –la apertura de convocatoria para la ciudad de Bogotá- que desarrolle lo allí reglamentado.

De la misma manera las alusiones que se hacen a las convocatorias abiertas en otros municipios son para establecer el carácter discriminatorio de la omisión del Ministerio en el caso de Bogotá y no para señalar alguna crítica en contra de las convocatorias realizadas en otros municipios. Señalar que un acto administrativo debería ser realizado en la misma forma en que se realizaron otros bajo circunstancias similares, es muy distinto a decir que esos otros actos administrativos son erróneos o contrarios a la normatividad. Al contrario, solo partiendo del supuesto de que dichos actos son adecuados y legales es que podemos utilizarlos como puntos de comparación para el caso de Bogotá.

Incluso podría pensarse que es posible la interposición de otro tipo de acciones, distintas a la acción de nulidad, tal como la acción de cumplimiento, a través de la cual se hiciera efectivo el deber establecido en el artículo 20 del Decreto 1981 de 2003, según el cual el ministerio debe realizar convocatorias públicas para la adjudicación de las concesiones para la prestación del Servicio Comunitario de radiodifusión sonora en los diferentes municipios del país. Sin embargo, esta acción tampoco sería procedente pues conforme a la ley 393 de 1997 en su artículo 9, esta acción no procede para la protección de derechos que puedan ser amparados por vía de acción de tutela.

De esta manera es claro que, contrario a lo que argumenta el Tribunal, ante la inexistencia de otro medio de defensa judicial la acción de tutela se convierte en la acción procedente para proteger los derechos vulnerados de los accionantes. Si existiera otra acción posible o alguna justificación que hiciera procedente las acciones anteriormente desechadas, estaría bajo la carga argumentativa de nuestro crítico el señalar cuales son. Sin embargo, el fallo del Tribunal, ni siquiera intentó refutar los argumentos expuestos en la demanda y que sostenían la no procedencia de las acciones de nulidad, sino que se limitó a señalar que dichas acciones eran las pertinentes sin justificar porque.

Finalmente, una vez establecido que no existen otros medios de defensa, no es necesario demostrar la existencia de un perjuicio cierto e irremediable dado que, esta cláusula solo opera en forma excepcional. Efectivamente, según lo establece el artículo 86 C.P. la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. De esta manera, también se equivoca el tribunal cuando señala que no existe prueba que demuestre el perjuicio irremediable, pues en este caso la acción de tutela se hace procedente por el mecanismo ordinario de demostrar la inexistencia de otros medios de defensa y no por la vía excepcional de indicar un perjuicio irremediable.

ii. Sobre el derecho de los accionantes a la libertad de expresión y a fundar medios masivos de comunicación y de información (Art. 20 C.P.). (Contestación a los Argumentos No. 1, 2 y 4 del Tribunal)

De acuerdo con el Tribunal, no puede señalarse que el derecho a fundar medios de comunicación se encuentre violado, ya que los peticionantes no tienen un derecho cierto sobre este sino una mera “expectativa” de participar en la convocatoria pública para la concesión del servicio de radiodifusión sonora comunitaria. El Tribunal parece suponer que la concreción efectiva del derecho depende del hecho de que la convocatoria pública le de a los peticionarios la concesión del servicio público de radiodifusión sonora comunitaria en la ciudad de Bogotá.

Esta posición aunque respetable, se funda en argumentos discutibles. En efecto, y como se señaló en la acción originalmente interpuesta, el derecho a fundar medios masivos hace parte del derecho fundamental a la libertad de expresión y como tal es un derecho de aplicación inmediata, del cual gozan todas las personas en el ordenamiento Colombiano. Al igual que la mayoría de derechos fundamentales, el derecho a fundar medios masivos de comunicación es un derecho cuya titularidad radica en cabeza de todas las personas y como tal debe ser protegido.

Sostener que este derecho solo existe en cabeza de quienes señale la ley a través de, por ejemplo, la concesión que el Ministerio hace a un grupo de personas específicas para que ejerzan el servicio público de radiodifusión, no solo supone incorporar un requisito adicional que no está contemplado en la constitución, sino que además, implicaría sostener que ningún ciudadano estaría legitimado para demandar la violación de este derecho hasta tanto no exista una ley o un acto administrativo que lo señale como titular. De esta manera se equivoca el tribunal al señalar que los peticionarios carecen de un derecho real a fundar medios masivos de comunicación, pues este derecho, en tanto derecho fundamental, se encuentra radicado en cabeza de todas las personas. Lo contrario llevaría a una contradicción, que se evidencia en el presente caso: mientras los peticionarios aducen que la omisión del Ministerio de iniciar una convocatoria para el servicio de radiodifusión viola su derecho a fundar medios masivos de comunicación, el Tribunal responde que los peticionarios no gozan de este derecho dado que no existe aún una convocatoria en donde ellos sean partícipes, siendo que precisamente es la omisión del acto administrativo que autoriza la apertura de una convocatoria para Bogotá el objeto de reclamación de los peticionarios.

Por otra parte, si bien es cierto que la “titularidad” del derecho a fundar medios masivos de comunicación es universal, también es necesario reconocer que, como lo señala el Tribunal, el “ejercicio” de este derecho está limitado al cumplimiento de ciertos requisitos especiales. Al igual que la mayoría de derechos fundamentales, el derecho a fundar medios de comunicación no es absoluto, sino que encuentra límites en los derechos de los demás, y en las características particulares (técnicas y materiales) necesarias para su ejercicio. Entonces, dado que el espectro electromagnético es un bien público limitado, se hace necesario que cuando el derecho a fundar medios requiera de su uso, el derecho se encuentre supeditado al otorgamiento de un permiso o licencia previa para su funcionamiento. De esta forma, puede decirse que el derecho a fundar medios de comunicación masiva es un derecho cuya titularidad está es cabeza de todos, pero su ejercicio está condicionado al otorgamiento de una licencia previa.

Ahora bien, conscientes del hecho de que el ejercicio de este derecho implica limitaciones, y que como tal se encuentra supeditado al otorgamiento de una licencia previa para su funcionamiento, es necesario reiterar que dicha facultad no puede convertirse en arbitrariedad. Es cierto que la limitación en el ejercicio del derecho supone cierta discrecionalidad por parte del Ministerio de Comunicaciones para determinar en que momento y lugar y bajo que condiciones debe abrirse una convocatoria para la concesión del servicio público de radiodifusión sonora comunitaria, sin embargo es necesario reiterar que toda facultad discrecional de la administración tiene límites. En el caso concreto, el ejercicio de la facultad discrecional del Ministerio de Comunicaciones para realizar la convocatoria para la concesión

del servicio público de redifusión local encuentra restricciones en los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En este sentido, el Tribunal acierta cuando afirma que el derecho a fundar medios masivos es un derecho que supone la intervención de la ley para regular su ejercicio, regulación que se traduce en la expedición de un permiso especial. Sin embargo, el Tribunal se equivoca cuando de dicha característica deduce que no existe vulneración del derecho. En efecto, la tesis del Tribunal desconoce principios esenciales del Estado de derecho, en especial aquel que señala que ninguna actuación de la administración puede constituirse en arbitrariedad, sino que debe estar guiada en argumentos razonables y proporcionales.

De esta manera, el argumento presentado en la acción de tutela demostraba como la omisión del Ministerio de Comunicaciones de abrir una convocatoria para el servicio de radiodifusión comunitaria en Bogotá, se convertía en una conducta arbitraria que no encontraba justificación razonable ni proporcionada ya que todos los criterios y finalidades señalados en los artículos 20 y 3° del Decreto 1981 de 2003 para iniciar convocatorias para la prestación del Servicio Comunitario de Redifusión Sonora se cumplen en el caso de Bogotá, pese a lo cual el Ministerio insiste en su negativa de realizar la convocatoria y sin que exista una justificación imperiosa para dicha omisión.

Efectivamente, en el caso de Bogotá se cumplen con “todos y cada uno de los criterios y finalidades señalados por los artículos 20 y 3° del Decreto 1981 se presentan en el caso de las comunidades y localidades de Bogotá, pues hay: (1) un interés serio y permanente de parte de los interesados en fundar emisoras comunitarias por que dicha convocatoria se lleve a cabo, interés que se manifiesta en las múltiples solicitudes que a lo largo de estos diez años han elevado ante el Ministerio de Comunicaciones, y que demuestra que la apertura de la convocatoria sería realizada en pro del interés público; (2) comunidades seriamente interesadas en ser usuarias del servicio público de radiodifusión sonora comunitaria -como lo demuestra el hecho de que varios de los accionantes de esta tutela reclamen la protección de sus derechos en calidad de potenciales usuarios-, que, dadas las condiciones de violencia, marginalidad y falta de integración que caracterizan a algunas de ellas, tienen grandes necesidades de los beneficios específicos que en términos de participación democrática y de integración social ofrece el servicio de radiodifusión sonora comunitaria, beneficios que no se ven suplidos de ninguna manera por las emisoras comerciales o de interés público que actualmente funcionan en Bogotá; (3) una disponibilidad técnica de dos frecuencias clase D en el espectro electromagnético para que las emisoras comunitarias de Bogotá puedan, una vez autorizadas para el efecto, emitir sus programas; (4) una serie de potenciales prestadores del servicio que cumplen con todas las condiciones exigidas por el Plan Técnico de Radiodifusión Sonora para operar como emisoras comunitarias”. Además, tampoco existe justificación imperiosa que justifique la omisión pues la apertura de dicha convocatoria pública no implica ningún costo adicional al proceso licitatorio propiamente dicho.

Entonces, si para el caso de Bogotá se encuentran cumplidos todos los requisitos señalados en el decreto para la apertura de convocatorias para la prestación del Servicio de Radiodifusión Sonora Comunitaria, nada explica que por mas de diez años el Ministerio se haya negado a iniciar el proceso licitatorio. Dicha omisión se convierte en una actuación arbitraria que viola el derecho de las agrupaciones peticionarias a fundar medios masivos de comunicación.

Es necesario hacer notar que también se equivoca el Tribunal al señalar que el Caso de Bogota no cumple con las condiciones señaladas por la normatividad vigente. Cuando justamente es al contrario, pues dado que cumple con todas las condiciones señaladas por el Decreto que reglamenta la

radiodifusión comunitaria, es que puede explicarse que la omisión del Ministerio de iniciar una convocatoria pública se convierta en un acto abusivo.

En síntesis, la omisión de la apertura de una convocatoria pública para la concesión de un servicio público como lo es el de radiodifusión sonora comunitaria constituye una violación del derecho a la libertad de expresión de información y de fundar medios masivos de comunicación de los potenciales operadores de tal servicio por parte de la autoridad competente para llevar a cabo dicha apertura, cuando la autoridad competente se niega injustificadamente a abrir la convocatoria pública a pesar de cumplirse con todos los requisitos técnicos y económicos establecidos en la ley, y sin que la Administración de una justificación razonable de dicha omisión. Como ya demostramos en el caso de Bogotá se cumplen con todos los requisitos señalados por el Decreto 1981 de 2003 y no existe una razón justificable del Ministerio que justifique la omisión, ya que dicha convocatoria no implica un costo adicional para la Administración, de allí que se explique la vulneración de los derechos invocados.

Esta tesis no encuentra novedad ninguna, pues ya la Corte Suprema de Justicia en providencia del siete de octubre de 1936 (M.P. Dr. Eduardo Zuleta Angel) había expuesto una tesis semejante para un caso similar. En efecto, se trataba de estudiar la constitucionalidad del Decreto 1365 de 1935 que reglamentaba la concesión de licencias para la instalación y explotación de estaciones radiodifusoras. En ese caso un grupo de artículos no disponía claramente que las licencias de instalación o construcción debían ser concedidas aún si se llenaban los requisitos contemplados en el decreto. Por el contrario, en uno de esos artículos (artículo 39 del Decreto señalado) se decía que el gobierno podría negar las licencias cuando así lo aconsejaran “las conveniencias de la administración pública o los progresos de la técnica”. Al respecto la Corte Suprema sostuvo que:

*“Como no puede quedar al capricho o al arbitrio del Gobierno de conceder o no conceder las licencias porque ello seria contrario a la libertad de industria, las aludidas disposiciones no pueden ser constitucionales en cuanto ellas implican que el gobierno puede abstenerse de conceder la licencia aun en los casos en que se llenen todos lo requisitos técnicos exigidos. (...) Por lo mismo el Gobierno puede reglamentar la cuestión de los permisos o licencias sobre la base de que estos serán concedidos siempre que se llene todos lo requisitos técnicos exigibles para evitar perturbaciones en la radiodifusión, empero **no puede atribuirse la facultad de negar arbitraria o caprichosamente tales permisos o licencias pues ello constituiría un atentado contra la libertad de industria no autorizado ni por la constitución ni por las leyes ni por la doctrina administrativa sobre policia**”.*
(Negrita fuera del texto)

En atención a lo cual, la Corte Suprema declaró la inexecutable del mencionado parágrafo del artículo 39, condicionándolo a que “únicamente en cuanto las normas jurídicas allí contenidas implican la facultad para el gobierno de otorgar o no otorgar, a su arbitrio y sin que la negativa en caso de haberla, dependa de razones técnicas, la licencia de construcción o instalación”.

El precedente aquí citado, es totalmente relevante para el caso que se estudia. En ambos casos la administración – en el primero el gobierno y en el presente el Ministerio de Comunicaciones- invoca facultades discrecionales para impedir la concesión de licencias –el primero no concediendo la licencia y en el presente sin ni siquiera dar oportunidad a iniciar la convocatoria- aún si se hubieran cumplido todos los requisitos técnicos y económicos. Por lo cual, la tesis expuesta por la Corte Suprema que limita dicha discrecionalidad, según la cual, la concesión de licencias para la instalación o construcción de estaciones radiodifusoras no puede quedar al capricho o al arbitrio del gobierno de tal forma que

siempre que se llenen todos los requisitos técnicos es deber de la administración conceder el permiso sin que pueda pretestar argumentos fundados exclusivamente en su discrecionalidad, se convierte en un precedente vinculante para el caso concreto que sustenta la tesis expuesta en la demanda de tutela.

En el mismo sentido, el argumento de la demanda encuentra sustento en la normatividad internacional, en especial en el inciso 3° del artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos –que como ha sido reiterado varias veces, forma parte del bloque de constitucionalidad y prevalece en el orden interno-. De acuerdo con dicho artículo:

No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos 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 (subraya y negrita fuera del texto).

Como lo ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la disposición anterior es de la mayor relevancia para la garantía efectiva del derecho a la libertad de expresión, pues prohíbe terminantemente toda limitación del mismo que no resulte estrictamente necesaria, sea ella impuesta por medios directos o indirectos. Entre estos medios indirectos a través de los cuales puede restringirse sutilmente el derecho a la libertad de expresión se encuentra, como explícitamente lo señala la Convención Americana, todo abuso de los controles oficiales de las frecuencias radioeléctricas, encaminado a obstaculizar “la comunicación y circulación de ideas y opiniones”. En el caso concreto, la omisión del Ministerio de iniciar una convocatoria para el servicio de radiodifusión sonora comunitaria se convierte en uno de esas vías o medidas indirectas en que puede restringirse el derecho de expresión ya que constituye un control desproporcionado y arbitrario de la frecuencia radioeléctrica.

Dichas disposiciones internacionales resultan vinculantes para el caso concreto ya que, como lo señala el artículo 93 C.P. y el artículo 4° del Decreto 2591 de 1991 reglamentario de la acción de tutela, los derechos consagrados en la Constitución deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales relativos a derechos humanos que –como la Convención Americana- hayan sido ratificados por Colombia.

iii. Sobre la facultad del juez constitucional para ordenar la apertura de la convocatoria para la prestación del Servicio Público de Radiodifusión Sonora Comunitaria. (Contestación al argumento No 2 del Tribunal)

Resulta también discutible la afirmación que hace el Tribunal según la cual “el juez de tutela no tiene la aptitud legal para abrogarse facultades propias de la Administración”, en concreto, que el Tribunal no tiene capacidad para ordenar la apertura de una convocatoria por cuanto ello corresponde al Ministerio de Comunicaciones. Una afirmación en este sentido supone desconocer el alcance mismo de la acción de tutela y del juez constitucional en la protección de derechos fundamentales. Efectivamente, la acción de tutela es consagrada como el mecanismo procesal idóneo de protección de los derechos fundamentales cuando estos se encuentran amenazados por una acción u omisión del Estado o de ciertos particulares. Justamente porque los órganos estatales no cumplen siempre con la protección de los derechos, es que se faculta al juez constitucional para que intervenga en su protección, emitiendo órdenes que son obligatorias para el funcionario público. Esta intervención del juez es legítima, en tanto que se funda en el principio clásico de división de poderes, a través del cual ante los excesos de

una rama del poder – v.gr. el sector administrativo de la rama ejecutiva a través del Ministerio de Comunicaciones- se faculta a otra – la rama judicial por medio del juez constitucional- para que restablezca el orden perdido y garantice el Estado de Derecho.

Ahora bien, es verdad que la intervención del juez en las otras ramas no puede ser desproporcionada, a tal punto de impedir la propia acción de la administración y generar así un “gobierno de los jueces”. La garantía de que su protección es legítima radica en que el juez constitucional se encuentra limitado por el ordenamiento constitucional y legal y por el deber de argumentar y sustentar sus decisiones. En el presente caso, la garantía de que el juez constitucional no este excediendo sus competencia, radica en que la orden se emite solo porque el actuar omisivo de la administración se muestra a tal punto arbitrario que viola el derecho fundamental de los peticionarios. Y es que en un Estado de Derecho ninguna actuación puede tornarse en arbitraria, de manera que las facultades discrecionales de la administración deben fundarse en criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En el caso de referencia, esperamos haber demostrado como la existencia de todos los requisitos para la apertura de una convocatoria para el servicio de radiodifusión comunitaria en Bogotá, evidencia que el Ministerio no tiene ninguna razón de peso para omitir la realización de dicha convocatoria, de forma que su actuación se convierte en arbitraria y justifica así la intervención del juez constitucional.

Pero además es que es el propio ordenamiento legal, a través de la constitución y la ley, los que establecen la posibilidad de que el juez emita órdenes de este tipo. Efectivamente el artículo 86 de la C.P. señala que para la tutela, la protección del juez consistirá “en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, **actúe o se abstenga de hacerlo**” (negrillas fuera del texto). En el mismo sentido el artículo 23 del Decreto 2591 de 1991 que reglamenta la acción de tutela señala que “**Cuando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, el fallo ordenará realizarlo o desarrollar la acción adecuada**, para lo cual se otorgará un plazo prudencial perentorio” (negrillas fuera del texto). De forma que no puede considerarse justificable, desde el punto de vista constitucional ni legal, la actitud del tribunal de negarse a ordenar a la administración la realización de un acto que ha omitido.

iv. Imposibilidad jurídica del Ministerio para utilizar el criterio de no acceso a la radiodifusión sonora en general como requisito para dar acceso al servicio de radiodifusión comunitario. (Contestación al argumento No. 5 del Tribunal)

En varias oportunidades, el Ministerio de Comunicaciones ha intentado justificar su negativa de abrir una convocatoria pública para emisoras comunitarias en Bogotá argumentando que, a diferencia de otros municipios considerados prioritarios, Bogotá ya cuenta con el servicio de radiodifusión sonora. Sin embargo, aunque si lo parezca, dicho argumento no puede justificar la omisión del Ministerio, por dos razones:

En primer lugar porque dicha prioridad solo es aplicable a las concesiones para la prestación del servicio de radiodifusión sonora en general y no para el servicio de radiodifusión sonora comunitario. En efecto, el artículo 7° del Decreto 1447 de 1995 en su parágrafo 1°, que ha sido citado por el Ministerio de Comunicaciones como fundamento de su omisión, señala que:

Artículo 7°. El Ministerio de Comunicaciones otorgará las concesiones para la prestación del servicio de radiodifusión sonora en gestión indirecta mediante licencia, previa la realización del procedimiento de selección objetiva, en los términos establecidos en la ley y en este Decreto.

Parágrafo 1°. La apertura de las licitaciones para dar en concesión el servicio de radiodifusión sonora en gestión indirecta, se hará dando prioridad a los municipios que carecen del servicio y a los municipios o distritos donde a juicio de la administración, sea necesario ampliar la oferta del servicio para alcanzar los fines establecidos en el artículo 6° del Decreto 1900 de 1990.
(Subraya y negrilla fuera del texto)

Sin embargo, a continuación, el parágrafo 2° de este mismo artículo excluye explícitamente al servicio de radiodifusión sonora comunitaria del campo de aplicación de esa norma, remitiéndolo a las disposiciones que lo regulan de manera específica (antes el capítulo V del Derecho 1447 de 1995, y ahora el Decreto 1981 de 2003 que lo ha derogado), así:

Parágrafo 2°. El servicio comunitario de radiodifusión sonora, se otorgará directamente de acuerdo con las condiciones, requisitos y procedimientos establecidos en el Capítulo V de este Decreto. (Subraya y negrilla fuera del texto)

Esto significa que aún cuando el criterio de la inexistencia del servicio de radiodifusión sonora en un municipio si puede justificar la decisión del Ministerio de darle prioridad a la apertura de licitaciones para la concesión de dicho servicio en tales municipios, dicho criterio no puede servir para darle prioridad a la apertura de convocatorias públicas para la concesión del servicio de radiodifusión sonora comunitaria.

En segundo lugar, por que la radiodifusión sonora comunitaria fue creada para suplir unas necesidades específicas que no estaban pudiendo ser suplidas por la radiodifusión sonora comercial ni por la radiodifusión sonora de interés público. El interés principal de la radiodifusión sonora comunitaria es abrir nuevos espacios de participación democrática, de integración social y de representación de las perspectivas de mundo de los miembros de comunidades marginales, que contribuyan a la creación de ciudadanía y a la consecución de la paz. De esta manera, la radiodifusión comunitaria es relevante, independientemente de si en un lugar ya existe o no la radiodifusión sonora general, dado que su objetivo no es extender una cobertura nacional sino brindar nuevos medios para la expresión de ciertas ideas e informaciones que en muchos casos no pueden ser cubiertas por la radiodifusión sonora comercial.

Es esto precisamente lo que sucede en Bogotá, ciudad en la que -a pesar de existir múltiples emisoras de índole comercial y de interés público- se requiere (como ha sido demostrado a lo largo de esta tutela) de manera urgente del servicio y los contenidos específicos que sólo puede prestar y transmitir la radiodifusión sonora comunitaria, en razón de la gran fragmentación de su población, y de la marginalidad, el imperio de la violencia, la falta de participación democrática, la ausencia de representación de los puntos de vista de sus miembros y la carencia de integración social de muchas de sus comunidades y localidades.

En ese orden de ideas, es posible afirmar que, aún teniendo un amplio cubrimiento del servicio público de radiodifusión sonora a través de emisoras comerciales y de interés público, Bogotá puede tener tantas necesidades de que allí se abra una convocatoria pública para la concesión del servicio de radiodifusión sonora comunitaria, como muchos de los municipios que no cuentan con ningún tipo de servicio de radiodifusión sonora. Y ello porque, de lo contrario, la especificidad de la radiodifusión sonora comunitaria se desnaturalizaría por completo, y acabaría por convertirse en un mecanismo únicamente ideado para lograr una mayor cobertura de la radiodifusión sonora a nivel nacional.

v. **Aclaraciones finales sobre la solicitud de la demanda**

Por último, es relevante aclarar que la solicitud de la demanda de tutela no busca el otorgamiento directo de la licencia para prestar el servicio público de radiodifusión sonora comunitaria, por cuanto es claro que dicha licencia no puede concederse sin la realización previa de una convocatoria pública en donde otras entidades puedan participar en igualdad de condiciones. El objeto de la solicitud es, mas bien, lograr la apertura de dicha convocatoria de forma que no solo los peticionarios sino cualquier otra entidad interesada pueda participar y garantizar así que la ciudad de Bogotá pueda tener acceso a la radiodifusión comunitaria.

En este sentido, la petición se encuentra acorde con los precedentes constitucionales. En especial, por aquel establecido en la sentencia T-838 de 2002, en donde los actores pretendían que el juez de tutela ordenara al Ministerio de Comunicaciones adjudicarles una licencia para la prestación del servicio de radiodifusión sonora comunitaria en Tulúa, servicio cuya concesión ya había sido por lo demás llevada a cabo previa convocatoria pública en el Municipio. Dicha solicitud fue negada por la Corte Constitucional considerando que la tutela no era el medio adecuado para tal fin.

III. **SOLICITUD**

En atención a las consideraciones anteriormente consignados y de la manera más atenta posible, solicitamos al Honorable Consejo de Estado, se sirva:

PRIMERO: REVOCAR el fallo de primera instancia y proceder a tutelar los derechos fundamentales a la libertad de expresión, de fundar medios masivos de comunicación y de información, a la igualdad y a la participación democrática, en conexidad con sus derechos sociales al acceso a la cultura, al acceso equitativo al uso del espectro electromagnético, al pluralismo informativo y a la paz, invocados por los accionantes en la demanda de tutela.

SEGUNDO: Que en consecuencia, se ordene a LA NACIÓN - MINISTERIO DE COMUNICACIONES a comenzar a tomar todas las medidas necesarias para abrir una convocatoria pública para la concesión del servicio público de radiodifusión sonora comunitaria en Bogotá D.C. en un término perentorio de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS contadas a partir del momento en que el respectivo fallo de esta tutela sea proferido, término que en todo caso no exceda el plazo máximo de UN (1) MES en lo que se refiere a la expedición del acto administrativo mediante el cual se abra la convocatoria pública señalada.

TERCERO: Que en el caso de que el Ministerio de Comunicaciones no emita el acto administrativo de apertura de la convocatoria pública para la concesión del servicio público de radiodifusión sonora comunitaria en Bogotá D.C. dentro del plazo máximo estipulado de UN (1) MES, de manera subsidiaria solicitamos respetuosamente, en nombre de nuestros representados y apoderados, que, en aplicación del artículo 23 del Decreto 2591 de 1991, este Honorable Despacho disponga lo necesario para que sus derechos fundamentales puedan ser ejercidos libremente sin más requisitos.

Atentamente,

JORGE ALBERTO LONDOÑO LUGO
c.c. 93'371.170 de Ibagué

DANILO ROJAS BETANCOURTH
c.c. 6.001.127 de San Antonio, Tolima