



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**

Consejero Ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Bogotá, D.C., julio tres (3) de dos mil ocho (2008)

Radicación No. 1.912

Número Unico No 11001-03-06-000-2008-00050-00

Referencia: Imposibilidad de incluir como requisito en las convocatorias de radio comunitaria una declaración juramentada del proponente en el sentido de expresar: *'que ni la comunidad organizada, ni los miembros de misma, prestan o han prestado el servicio de radiodifusión de manera clandestina'*.

La señora Ministra de Comunicaciones, doctora María del Rosario Guerra de la Espriella, formula consulta a la Sala sobre *"la legalidad de incluir el requisito de una declaración juramentada del Proponente sobre la no prestación del servicio en forma clandestina, en las Convocatorias de Radio Comunitaria: Ciudades Capitales."* A tal fin formuló el siguiente interrogante:

"La exigencia de presentación de una declaración juramentada por parte del representante de una comunidad que esté interesada en presentar propuesta dentro de las convocatorias que adelanta el Ministerio de Comunicaciones para el otorgamiento de la concesión para la prestación del servicio comunitario de radiodifusión sonora en ciudades capitales, en el sentido de expresar: 'que ni la comunidad organizada, ni los miembros de la misma, prestan o han prestado el servicio de radiodifusión de manera clandestina', constituye un requisito de participación que puede ser establecido por la entidad convocante o una inhabilidad, caso este en el cual estaría reservada a la ley?"

Menciona como antecedente que el Decreto 1981 de 2003 mediante el cual se regula el servicio comunitario de radiodifusión sonora establece en el *"artículo 17 que las concesiones de este servicio serán otorgadas directamente mediante licencia, previa realización de un proceso de selección objetiva según lo establecido en el artículo 20 de la misma norma."* Que en cumplimiento de los lineamientos legales y la demanda del servicio, el Gobierno Nacional realizó las convocatorias en los años 1997, 2004 y 2006, que permitieron la selección de 540 comunidades organizadas para la prestación del servicio.

Señala que a partir de este avance, el Ministerio de Comunicaciones inició la adjudicación de este servicio en las ciudades capitales de departamento de la siguiente manera:

“Convocatoria 01 de 2007, que concluyó con la adjudicación de viabilidad a las mejores propuestas presentadas para la prestación del servicio en las ciudades de Mitú, Tunja, Quibdó y Riohacha.

Convocatoria 02 de 2007, proceso que se encuentra en la etapa de evaluación de las propuestas presentadas por las comunidades interesadas para la prestación del servicio en quince ciudades capitales: Armenia, Bucaramanga, Cartagena, Cúcuta, Ibagué, Manizales, Montería, Neiva, Pasto, Pereira, Popayán, Santa Marta, Sincelejo, Valledupar, Villavicencio, y

Convocatoria 01 de 2008, en cuyo marco se invita a las comunidades organizadas a presentar propuestas para prestar el servicio en Cali, Medellín Bogotá y Barranquilla.”

Advierte que dentro de los requisitos de participación establecidos por la entidad en los términos de referencia para los tres procesos referidos se incorporó:

(...)

1.1.3. Carta de presentación de la propuesta

La carta de presentación debe venir suscrita por el representante legal de la comunidad organizada. Dicha carta debe contener:

- *Manifestación de conocer y aceptar todas las especificaciones y condiciones consignadas en los términos de referencia;*
- *El municipio donde prestarán el servicio;*
- *El área de servicio de la ciudad para la cual se presenta la propuesta (Ver anexo 5)*
- *Declaración de no encontrarse incurso en prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de que trata la Constitución Política y la ley;*
- *Declaración juramentada de que la comunidad organizada, ni los miembros de la misma, prestan o han prestado el servicio de radiodifusión de manera clandestina (resalto extra-texto).*

Todo lo anterior de conformidad con los anexos Nos. 1 y 2 de los términos de referencia, los cuales deben ser diligenciados.

Esta carta será de obligatorio diligenciamiento.”

Informa que este requisito fue incluido en las convocatorias relacionadas con fundamento en lo dispuesto por el *“artículo 50 del Decreto 1900 de 1990, de acuerdo con el cual: cualquier red o servicio de telecomunicaciones, que opere sin autorización previa será considerado como clandestino y el Ministerio de Comunicaciones y las autoridades militares y de Policía procederán a suspenderlo y a decomisar los equipos, sin perjuicio de las sanciones de orden administrativo a que hubiere lugar, conforme a las normas legales y reglamentarias vigentes (...), y el art. 257 (sic)¹ de la Ley 1032 de 2006, que define el acceso ilegal o prestación ilegal del servicio de telecomunicaciones, cuando se acceda o use el servicio TMC u otro servicio de telecomunicaciones, mediante la copia o reproducción no autorizada por la autoridad competente de señales de identificación de equipos terminales de éstos servicios, derivaciones o uso de líneas de TPBCL, TPBCLE o TPBCLD no autorizadas o preste servicios o actividades de telecomunicaciones con ánimo de lucro no autorizados, como un delito sancionado por nuestra norma penal.”*

¹ Se anota por parte de la Sala que la cita correccata debe ser al artículo 1° de la Ley 1032 de 2006, que a su vez corresponde al artículo 257 del Código Penal.

Que adicionalmente a lo anterior, se incluyó este requisito como una de las condiciones necesarias para desarrollar los principios de eficacia, eficiencia, y transparencia que rigen la contratación y la gestión pública², lo cual permitirá la selección de las propuestas de manera objetiva en condiciones de igualdad y legalidad para todos los interesados; que además el proceso que se adelanta no puede erigirse en una forma de legalizar las operaciones clandestinas o ilegales, esto es, sin la firma del contrato de concesión.

Manifiesta que frente a este nuevo requisito los posibles concesionarios han presentado varios derechos de petición dentro de la convocatoria 01 de 2008, *“respecto a si la declaración juramentada antes referida se constituye en una causal de inhabilidad que como tal resulta de reserva legal, en cuanto excluye de participar a aquellos ciudadanos que han optado por las vías de hecho para la prestación del servicio de radio comunitaria.”*

CONSIDERACIONES

Con el fin de absolver los interrogantes formulados, considera la Sala que se deben absolver los siguientes problemas jurídicos: i) establecer en primer término si el requisito exigido por el Ministerio de Comunicaciones en la Convocatoria 01 de 2008 para la concesión de radio comunitaria vulnera el artículo 33 de la Constitución, en cuanto al principio de no auto-incriminación en materia penal y ii) definir si dicha exigencia de la administración constituye una inhabilidad y si, por lo mismo, puede o no ser establecida por ella.

1. Principio de no autoincriminación frente a un requerimiento por parte de la administración.

Inicialmente debe tenerse en cuenta que el artículo 1º de la ley 1032 de 2006 tipifica el delito de prestación, acceso o uso ilegales de servicios de telecomunicaciones de la siguiente manera:

ARTICULO 1º. El artículo 257 del Código Penal quedará así:

Artículo 257.. De la prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones. *El que, sin la correspondiente autorización de la autoridad competente, preste, acceda o use servicio de telefonía móvil, con ánimo de lucro, mediante copia o reproducción de señales de identificación de equipos terminales de estos servicios, o sus derivaciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años y en multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

En las mismas penas incurrirá el que, sin la correspondiente autorización, preste, comercialice, acceda o use el servicio de telefonía pública básica local, local extendida, o de larga distancia, con ánimo de lucro.

Iguals penas se impondrán a quien, sin la correspondiente autorización, acceda, preste, comercialice, acceda o use red, o cualquiera de los servicios de telecomunicaciones definidos en las normas vigentes.

² Artículos 75, 95, 209, y 365 de la Constitución y los artículos 4º, 23 y 32 de la ley 80 de 1993.

PARÁGRAFO 1o. No incurrirán en las conductas tipificadas en el presente artículo quienes en virtud de un contrato con un operador autorizado comercialicen servicios de telecomunicaciones.

PARÁGRAFO 2o. Las conductas señaladas en el presente artículo, serán investigables de oficio. (Subrayas fuera de texto)

Debe entenderse por telecomunicación, según el artículo 2º del decreto 1900 de 1990, por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines, *“toda emisión, transmisión o recepción de señales, escritura, imágenes, signos, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza por hilo, radio, u otros sistemas ópticos o electromagnéticos.”*

Es decir que la conducta a que se refiere la declaración jurada exigida por el Ministerio de Comunicaciones para participar en las convocatorias de radio comunitaria, recae sobre conductas que podrían ser constitutivas de un delito.

Ahora bien, la Carta Política en su artículo 33 prescribe que *“nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.”* La Corte constitucional en la sentencia C-422 de 2002, refiriéndose al ámbito de aplicación de la mencionada norma, precisó:

“Ahora bien, debe la Corte llamar la atención acerca de que no obstante que en las decisiones que, entre otras muchas, se han relacionado surge como criterio orientador de la proyección y alcance del artículo 33 de la Constitución el relativo a la naturaleza de las actuaciones para señalar que la protección a la no auto incriminación “solo debe ser aplicada en los asuntos criminales, correccionales y de policía” es lo cierto que tal principio en los términos textuales mismos de la regla Constitucional reviste una amplitud mayor pues ésta no restringe la vigencia del principio a determinados asuntos³ y por ello bien cabe su exigencia en todos los ámbitos de la actuación de las personas⁴.

Así las cosas, considera la Corte que más que a la naturaleza específica de los asuntos de que se trate debe atenderse como criterio preponderante, definidor del ámbito de aplicación de la regla contenida en el artículo 33 constitucional, el carácter relevante de la información en función de la protección de la garantía de no autoincriminación, que se repite, puede proyectarse en los más variados ámbitos de la interrelación de las personas con el Estado.

(...)

En este sentido el derecho-deber de participación comporta para los ciudadanos la obligación de atender los requerimientos de las autoridades que en desarrollo de sus tareas, necesariamente ligadas al interés general, les soliciten la información anotada. El Legislador en el marco de su potestad de configuración estableció en la norma en estudio un mecanismo para constreñir al cumplimiento de dicha obligación por parte de los ciudadanos. Empero en armonía con lo ya expresado acerca del amplio ámbito de proyección de la protección establecida en el artículo 33 de la Constitución, se debe precisar que en todo caso el deber de información de los ciudadanos halla límite en la garantía constitucional, de manera tal que en la medida en que el cumplimiento de aquel pueda implicar auto-incriminación el requerido podrá legítimamente abstenerse.⁵

³ ver Sentencia C-776/01 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

⁴ Ver S.P.V. Eduardo Cifuentes Muñoz Sentencia C-622/98 M.P. Fabio Morón Díaz. Ver igualmente la Sentencia T-1031/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

⁵ Sentencia C-244 de 2002. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

Como se observa, el derecho del individuo a no ser obligado a declarar contra sí mismo, cubre en general todos los espacios de interacción con el Estado.

En ese orden de ideas, una cosa es que se deban acreditar calidades correspondientes al perfil requerido por la entidad de acuerdo con los requisitos previstos en la ley o suministrar la información necesaria para certificar experiencia, capacidad, etc., y otra que se obligue a dar información que pueda incriminar al participante con un delito, en tanto que ello podría violar el artículo 33 Superior.

Frente a ello, considera la Sala que la exigencia por parte de una autoridad administrativa de efectuar una declaración juramentada de no haber incurrido en conductas ilegales castigadas por el ordenamiento penal, podría encajar dentro de esta última hipótesis.

En ese sentido, estima igualmente la Sala que los requerimientos que una entidad pública haga en cumplimiento de sus funciones no pueden ir en contra de las garantías constitucionales y legales de los administrados, pues éstas constituyen límites objetivos que la Administración no puede desconocer en sus actuaciones.

Por tanto, la exigencia de una declaración de no haber prestado el servicio de comunicaciones “de manera clandestina” dentro de las convocatorias que adelanta el Ministerio, puede conducir a partir de la Ley 1032 de 2006, a la necesaria posibilidad de autoincriminación, vulnerando así el artículo 33 de la Carta.

2. La configuración por vía extralegal de una verdadera inhabilidad.

Las inhabilidades *“han sido tradicionalmente concebidas como restricciones fijadas por el constituyente o por el legislador, para limitar el acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, con el propósito de asegurar que la ejecución de las funciones administrativas se realice en condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad.”*^{6,7}

El concepto de inhabilidad puede comprender la existencia de una condición que restringe la posibilidad de un administrado de participar en el ejercicio de la función administrativa o de relacionarse contractualmente con el Estado. Por tanto, tienen alcance restrictivo⁸.

En relación con la materia contractual la Corte Constitucional ha precisado que:

⁶ Corte Constitucional. Sentencias C-380-97, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-200-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-1212-01, M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁷ Sentencia C-1001 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

⁸ “Las palabras de la ley son la frontera que no se puede traspasar en el ejercicio hermenéutico de las mismas, más aún si se trata de aplicar inhabilidades que exige una interpretación restrictiva.” (Sentencia T-282 de 2006).

"Las inhabilidades constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia.

(...)

La consagración de las inhabilidades e incompatibilidades obedecen unas, primordialmente a razones éticas, y otras se vinculan con la eficiencia, la eficacia y la imparcialidad administrativa, pues, se busca asegurar una adecuada selección del contratista, que redunde en beneficio de los fines de interés público o social ínsitos en la contratación.⁹

Ahora bien, es claro que la Carta sólo confirió potestades de regulación del régimen de inhabilidades al legislador, quien es el que, al elaborar la ley, analiza las consideraciones éticas, de eficiencia, eficacia e imparcialidad, razón por la cual, cualquier limitación para la participación en un proceso ante la administración sólo puede configurarse por ese medio -reserva legal-.¹⁰

Así, cuando la administración establece condiciones, que de suyo impiden el acceso a los procesos de selección, ya sea de personal o de contratación, está en la práctica creando inhabilidades, para lo cual no está facultada.

Es claro, en efecto, que cuando los requisitos que se exigen impiden la intervención del ciudadano en los procesos ante los organismos del Estado, se configuran como verdaderas inhabilidades en la medida en que limitan la capacidad de participación que se le reconoce a todos los administrados en igualdad de condiciones.

3. El caso concreto

Manifiesta el Ministerio consultante que dentro de las convocatorias Nos. 01 y 02 de 2007 y 01 de 2008, para radio comunitaria en ciudades capitales, se incluyó el siguiente requisito:

"1.1.3. Carta de presentación de la propuesta

La carta de presentación debe venir suscrita por el representante legal de la comunidad organizada. Dicha carta debe contener:

- *Manifestación de conocer y aceptar todas las especificaciones y condiciones consignadas en los pliego de condiciones;*
- *El municipio donde prestarán el servicio;*
- *El área de servicio de la ciudad para la cual se presenta la propuesta (Ver anexo 5)*
- *Declaración de no encontrarse incurso en prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de que trata la Constitución Política y la ley;*

⁹ Sentencia C-489 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁰ Sentencia C-618 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero: "La propia Carta ha conferido una amplia libertad al Legislador para regular la materia y establecer distintas hipótesis generales de inhabilidad, con base en sus propios criterios de conveniencia."

- Declaración juramentada de que la comunidad organizada, ni los miembros de la misma, prestan o han prestado el servicio de radiodifusión de manera clandestina¹¹.

Todo lo anterior de conformidad con los anexos Nos. 1 y 2 de los pliegos de condiciones, los cuales deben ser diligenciados.

Esta carta será de obligatorio diligenciamiento¹²

De conformidad con lo anteriormente expuesto, se advierte que la exigencia que se hace en la convocatoria de la referencia se convierte en una verdadera inhabilidad en la medida en que limita la participación de los interesados en el proceso que se encuentren en la hipótesis señalada. Además, con tal requisito los participantes son obligados a presentar una información, que no sólo les impide participar sino que podría constituir la confesión de una conducta penal, que incluso la misma entidad tendría la obligación de denunciar.

Igualmente, tal declaración comprometería no solo la responsabilidad del representante legal sino la de la comunidad organizada¹³, entendida como “la asociación de derecho, sin ánimo de lucro, integrada por personas naturales y/o jurídicas, en la que sus integrantes están unidos por lazos de vecindad y colaboración mutuos en beneficio del desarrollo local y la participación comunitaria”, razón adicional para afirmar que no se puede obligar a una persona a responder ante el Estado por las conductas de terceros ni a que comprometa la responsabilidad de la comunidad aún así definida.

Las anteriores consideraciones le permiten a la Sala llegar a las siguientes conclusiones:

1. El requisito del Ministerio de Comunicaciones en las convocatorias Nos. 01 y 02 de 2007, y 01 de 2008, de “presentar una declaración juramentada de que la comunidad organizada, ni los miembros de la misma, prestan o han prestado el servicio de radiodifusión de manera clandestina”, si bien no constituye necesariamente una exigencia de declaración en contra, en la práctica la información que se pretende obtener puede derivar en la confesión de un delito, y en consecuencia, tal exigencia atenta contra el derecho a la no autoincriminación.
2. El requisito mencionado limita la participación de las comunidades organizadas en las convocatorias de la referencia, dado que su consecuencia real es que quien no pueda suscribir tal declaración, falte a la verdad o no pueda participar, por tanto se convierte en una verdadera inhabilidad, tema reservado por la Constitución a la ley.

Con base en las anteriores consideraciones, LA SALA RESPONDE:

¹¹ Se subraya el aparte objeto de consulta.

¹² www.mincomunicaciones.gov.co, Convocatoria 001 de 2008. Radio Comunitaria de Ciudades Capitales. Se advierte que en la solicitud de consulta se utiliza la expresión “términos de referencia”, sin embargo en la página Web del Ministerio se publicó la convocatoria con el término de “pliego de condiciones”.

¹³ Según el Decreto 1981 de 2003, por el cual se reglamenta el Servicio Comunitario de Radiodifusión Sonora y se dictan otras disposiciones.

La exigencia de presentación de una Declaración juramentada por parte del representante de una comunidad que esté interesada en presentar propuesta dentro de las convocatorias que adelanta el Ministerio de Comunicaciones para el otorgamiento de la concesión para la prestación del servicio comunitario de radiodifusión sonora en ciudades capitales, en el sentido de expresar: 'que ni la comunidad organizada, ni los miembros de misma, prestan o han prestado el servicio de radiodifusión de manera clandestina', efectivamente constituye una inhabilidad, cuya regulación está reservada de manera exclusiva a la ley.

Transcríbase a la señora Ministra de Comunicaciones y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO
Presidente de la Sala
(Ausente con Excusa)


GUSTAVO APONTE SANTOS


ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO


WILLIAM ZAMBRANO CETINA


JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaría de la Sala

12 1 AGO 2012 LEVANTAMIENTO DE RESERVA MEDIANTE AUTO DEL 17 DE AGOSTO DE 2012