

La radiodifusión comunitaria sin permiso: ¿crimen o derecho?

*Carlos TREVIÑO VIVES*¹

Resumen

En la sierra mazateca de Oaxaca, un grupo de mujeres indígenas generan inquietud en los hombres al hablar de los derechos de las mujeres y reproducción sexual. En el norponiente de Monterrey, un grupo de niños dialogan sobre las condiciones de otros niños que laboran en los supermercados. En Nueva York, un migrante mexicano escucha a través de internet noticias de su ciudad natal en lengua purépecha. Todo esto es parte de la radiodifusión comunitaria.

La radiodifusión comunitaria utiliza el espectro electromagnético como soporte tecnológico para ejercer la libertad de expresión. A pesar de los esfuerzos realizados, no ha sido reconocida expresamente en la legislación mexicana. Es así que los permisos para que una radio comunitaria pueda transmitir son difíciles de conseguir y generan costos que no todas las radios pueden pagar.

Ante la dificultad de obtener un permiso para transmitir y la ausencia de una política pública para la radiodifusión comunitaria, muchas radios han optado por transmitir sin el permiso gubernamental pero en el ejercicio de la libertad de expresión. En éste contexto, ¿debe el Estado sancionar penalmente o por vía administrativa? Y más allá de la respuesta a la interrogante, creemos que lo que está en juego es la posibilidad de sentar las bases para la construcción de una política pública para la democratización de los medios de comunicación y la promoción y el respeto a la libertad de expresión.

¹ Profesor de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Contacto: www.trevinovives.com

SUMARIO:

- I. Planteamiento inicial II. La radio comunitaria
III. Hechos de los casos Tierra y Libertad, Radio Ñomndaa y Radio Diversidad
IV. ¿Crimen o ejercicio de un derecho? IV. Conclusiones

I. Planteamiento inicial

Una radiodifusora comunitaria que transmite a través del espectro radioeléctrico sin permiso del Estado, ¿está cometiendo un delito o ejerciendo el derecho humano a la libertad de expresión? De acuerdo al artículo 13 de la Ley Federal de Radio y Televisión (LFRyTV)² el Ejecutivo Federal otorga concesiones o permisos para estaciones de radio de naturaleza comercial, oficial, cultural, de experimentación, escuelas radiofónicas o de cualquier otra índole. En este sentido, transmitir sin el permiso o concesión pudiera generar tanto sanciones administrativas como penales. Sin embargo, existen diversos modelos de radiodifusión que activan la necesidad de que el Estado realice un análisis previo antes de ejercer el *ius puniendi*.

La política que tradicionalmente seguía el Estado mexicano con respecto a la radiodifusión que no contaba con permiso o concesión, era el iniciar procedimientos administrativos con el objetivo de realizar el aseguramiento de los bienes utilizados en la transmisión y evitar “interferencias perjudiciales a otras estaciones de radio o equipos de comunicación que prestan sus servicios dentro de la ley”³ Sin embargo, posteriormente hubo una modificación en la política utilizada.

A partir del 2008, la Secretaría de Gobernación interpuso denuncias que iniciaron procedimientos penales en contra de radiodifusoras

¹ Profesor de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Contacto: www.trevinovives.com

² Artículo 13.- Al otorgar las concesiones o permisos a que se refiere esta ley, el Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes determinará la naturaleza y propósito de las estaciones de radio y televisión, las cuales podrán ser: comerciales, oficiales, culturales, de experimentación, escuelas radiofónicas o de cualquier otra índole.

³ Comisión interamericana de derechos humanos. *Informe entregado en la audiencia sobre radios comunitarias celebrada en el periodo de sesiones 120*. Marzo de 2004, p.8.

comunitarias que transmitían sin permiso. Este hecho representa una asimilación entre la radio comunitaria y comercial que opera sin permiso, que tiene implicaciones relacionadas con la criminalización del derecho humano a la libertad de expresión. En este contexto, el debate se centra en establecer si la radio comunitaria puede ser sujeta a sanciones penales o si se está ante el ejercicio de un derecho como causa de exclusión del delito.

Para entrar a un debate de fondo, es menester primeramente conocer el concepto de radio comunitaria (II) para posteriormente analizar los hechos del desmantelamiento —por vía penal— de la Radio Tierra y Libertad, Radio Ñomndaa y Radio Diversidad (III), Es así que podremos establecer si la radiodifusión comunitaria sin permiso implica un crimen o si se está en el ejercicio de un derecho (IV).

II. La radio comunitaria

Los casos de Radio Tierra y Libertad, Radio Ñomndaa y Radio Diversidad fueron los primeros en México en donde una radio comunitaria fue desmantelada en el marco de un procedimiento penal. Por tal motivo, es necesario primeramente conocer el concepto de la radiodifusión comunitaria para establecer si de igual forma que con una radio comercial sin permiso, es posible acudir a la vía penal.

Existen dos modelos tradicionales de radiodifusión, a saber: la pública-Estatal y la privada-comercial. Sin embargo, en las últimas décadas se ha ido gestando un tercer modelo social-comunitario que se apoya en los procesos de construcción de ciudadanía.⁴

Bajo la legislación mexicana, no existe un reconocimiento expreso para la radiodifusión comunitaria, por lo tanto no están contempladas ni definidas. En otros países de Latinoamérica la experiencia es distinta. Por ejemplo, la República de Uruguay ha legislado en específico sobre los medios comunitarios.⁵ Por su parte, Ecuador ha establecido a nivel constitucional el tercer sector de la radiodifusión en los artículos 16 y 17:

⁴ Calleja, Aleida, “La radiodifusión comunitaria. Espacio de construcción ciudadana”. En *Las claves necesarias de una comunicación para la democracia*. México, Asociación Mexicana de Investigadores de la Comunicación. 2008, p.36.

⁵ En la normativa uruguaya se define en términos amplios a la radiodifusión comunitaria y no se le limita en razón de su potencia o cobertura. Además se garantiza

Art. 16.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: ...

3. La creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas.

Art. 17.- El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación...

Los permisos que se han otorgado en México para las radiodifusoras comunitarias⁶ se pueden agrupar en el concepto de culturales siguiendo al artículo 13 de la LFRyTV. Sin embargo, aunque no existe una definición legal en México de las radios comunitarias, el Consejo Nacional para la Cultura y las Artes las define como:

Emisoras de servicio público sin fines de lucro, ni intereses comerciales, que cuando actúan en el marco de la legalidad responden a las necesidades de comunicación e información de sectores específicos de la sociedad civil, promueven la participación ciudadana, garantizan el libre ejercicio de la expresión y contribuyen al desarrollo equitativo y sustentable de las comunidades. La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura define a las radios como “complemento de las operaciones de los medios tradicionales , y como un modelo participativo de administración y producción de medios”⁷

que los medios comunitarios se puedan allegar de recursos para su subsistencia económica y se establece la reserva de espectro. De esta manera, a través de un marco general establecido en la constitución se puede desarrollar el ejercicio de la libertad de expresión dentro de un marco plural y democrático.

⁶ Existen 18 permisos para radios comunitarias en México, la mayoría de esas radios pertenecen a la Asociación Mundial de Radios Comunitarias, AMARC-México. Para más información sobre el trabajo de AMARC, www.amarcMexico.org

⁷ Información obtenida a través de una solicitud de acceso a la información.

La definición propia del Consejo Nacional para la Cultura y las Artes establecida en el primer párrafo, pareciera propagar el mito de que existe una voluntad de las radios comunitarias de permanecer “ilegales” y que son sólo las “legales” las que responden a las necesidades de comunicación e información. Sin embargo, la gran mayoría de las radios comunitarias en México y el mundo han peleado por el reconocimiento y por eliminar la concentración en los medios de comunicación, pero la mayoría de los permisos para radiodifusión son entregados a universidades, instituciones culturales y gobiernos estatales,⁸ dejando sin mucha oportunidad a las organizaciones de ciudadanos. Tal y como lo ha señalado la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en México “se establecen reglas para el otorgamiento de permisos para las radios comunitarias de una complejidad tal que en la práctica pueden hacer muy dificultosa su obtención”,⁹ además del exceso de discrecionalidad que tiene la autoridad al momento de decidir con respecto a una solicitud.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha recomendado legislar en materia de radiodifusión comunitaria y reservar parte del espectro a las radios comunitarias¹⁰. En la actualidad, el Estado mexicano no ha cumplido con ésta recomendación y como ya hemos señalado, la legislación en México no ha reconocido expresamente la existencia del tercer sector de la radiodifusión y los permisos que se han otorgado a radios comunitarias han sido bajo el concepto de estaciones culturales¹¹. De acuerdo a cifras oficiales, en amplitud modulada hay 46 permisos para gobiernos estatales, 21 para instituciones educativas, 20 para la Comisión

⁸ Examen Periódico Universal. *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México elaborado por las organizaciones de la sociedad civil para el examen periódico universal*, febrero 2009, p.4.

⁹ Relatoría para la libertad de expresión, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2006*, OEA/Ser.L/V/II.127 Doc. 4 rev. 1, 3 marzo 2007 párr. 58.

¹⁰ “Legislar en materia de radiodifusión comunitaria, de manera que se destine parte del espectro a radios comunitarias, y que en la asignación de estas frecuencias se tomen en cuenta criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a las mismas, conforme al Principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.” *Ibidem*, p. 96.

¹¹ Para profundizar sobre el tema de los permisos concedidos a radios comunitarias, vid. Calleja, Aleida y Solís, Beatriz, *Con permiso. La radio comunitaria en México*. México, Fundación Friedrich Ebert, 2007.

Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, 5 para asociaciones civiles y 4 para el Instituto Mexicano de la Radio. En frecuencia modulada son 149 permisos para gobiernos estatales, 44 para instituciones educativas, 17 para asociaciones civiles, 7 para municipios, 7 para el Instituto Mexicano de la Radio y 4 para la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas¹².

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), ha señalado que una radio comunitaria es un medio de comunicación que da voz a los que no la tienen, que sirve como vocero de los marginados y es el corazón de la comunicación y de los procesos democráticos en las sociedades, y ha definido a estas emisoras como aquellas que son "... propiedad de una organización sin fines de lucro, constituida por miembros de la comunidad y su programación se basa en el acceso y la participación comunitaria. Ella refleja los intereses y necesidades especiales de los oyentes a los que debe servir"¹³.

Por su parte, la Asociación Mundial de Radios Comunitarias, a través de sus miembros, ha definido la radiodifusión comunitaria de las siguientes maneras:

Es una estación que responde a las necesidades de una comunidad, la cual sirve y contribuye al desarrollo de dicha comunidad de manera progresiva promoviendo el cambio social. Promueve la democratización de la comunicación facilitando la participación de la comunidad en la que se ubica y de la que se conforma. Su participación es muy variada y va acorde con el contexto en el que la radio opera.

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;

¹² Comisión interamericana de derechos humanos. *Informe entregado en la audiencia sobre radios comunitarias celebrada en el periodo de sesiones 120*. Marzo de 2004, p.7

¹³ Ondobo Claude, Sub-director General para la Comunicación y la información y Director de la División de Desarrollo de la comunicación de la UNESCO, en *Manual de la Radio Comunitaria*, UNESCO 2001. Citado en Calleja, Aleida et al; *Bases para una política pública en materia de libertad de expresión y medios comunitarios*, México, Iniciativa para la democracia y los derechos humanos de la delegación de la Unión Europea en México, 2008, p. 138.

cuando se estimula la diversidad cultural y no la 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 comunitaria¹⁴.

El Banco Mundial ha señalado que las radios comunitarias pueden ser un vehículo para el desarrollo participativo y pueden contribuir a eliminar uno de los puntos claves de la pobreza: el aislamiento¹⁵. De esta forma, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión a través de una radiodifusora comunitaria facilita el alcance de otros derechos humanos y fundamentales. Siguiendo el estudio realizado por el Instituto del Banco Mundial en el libro *Radiodifusión, Voces y Responsabilidad*, la radiodifusión puede jugar un papel muy importante en el desarrollo de los países, además es considerada la mejor herramienta para llegar a los pobres y analfabetas¹⁶.

Las radios comunitarias construyen y son gestoras de ciudadanía¹⁷. De un ciudadano participativo e integrado plenamente a su comunidad, comprometido con el desarrollo de su entorno y en ejercicio de sus derechos fundamentales. Además entre sus objetivos deben estar el fomentar comunicaciones a escala local, dar la palabra a quien no la tiene, promover un debate abierto. En otras palabras, hacer lo otro que los demás omiten hacer

Se puede decir que las radios comunitarias son actores que poseen objetivos y una finalidad social, y que se caracterizan por ser gestionadas por organizaciones sociales sin fines de lucro. En ellas participa la comunidad tanto en la propiedad del medio, como en la programación,

¹⁴ Asociación Mundial de Radios Comunitarias. *¿Qué es una radio comunitaria?* Disponible en línea: http://alc.amarc.org/index.php?p=Que_es_una_Radio_Comunitaria

¹⁵ Instituto del Banco Mundial. *Civic voice: Empowering the poor through community radio*. Disponible en línea: <http://bit.ly/kiqVrU>

¹⁶ Noticias del Banco Mundial. *Libro ofrece herramientas para promover radiodifusión independiente en países en desarrollo*, mayo 2008, Disponible en línea: <http://go.worldbank.org/ZOV274MKGo>

¹⁷ Mora Vizcaya, Camilo Ernesto. "La radio comunitaria en la región fronteriza de la cordillera andina colombo venezolana: identidad e integración." En *Integración regional, fronteras y globalización en el continente americano*. Colombia, Universidad Nacional de Colombia, 2004, p. 343.

administración, operación, financiamiento y evaluación. Se trata de medios independientes y no gubernamentales, que no responden a partidos políticos ni empresas comerciales, ni están vinculados a ellos¹⁸. Además, deben actuar dentro de un marco de legalidad que debe ser construido y facilitado por el Estado mexicano¹⁹.

En síntesis, la importancia de las radios comunitarias radica en la oportunidad que ofrecen para que la radio no sólo sea una herramienta de entretenimiento, sino también una herramienta de desarrollo social:

Las radios comunitarias buscan democratizar la palabra para democratizar la sociedad...No hacen referencia a un lugar pequeño, sino a un espacio de intereses compartidos...Estas emisoras pueden trabajar con voluntarios o personal contratado, con equipos artesanales o de mayor desarrollo tecnológico... Lo comunitario no se contraponen con la producción de calidad ni a la solidez económica del proyecto... Comunitarias pueden ser las emisoras de propiedad cooperativa, o las que pertenecen a una organización civil sin fines de lucro, o las que funcionan con cualquier otro régimen de propiedad, siempre y cuando se garantice su finalidad sociocultural y la propiedad colectiva ciudadana del medio²⁰.

III. Hechos de los casos Tierra y Libertad, Ñomndaa y Radio Diversidad

1. Radio Tierra y Libertad

La radiodifusora comunitaria Tierra y Libertad está ubicada en la zona poniente de la ciudad de Monterrey, Nuevo León. Forma parte de la asociación civil Tierra y Libertad²¹ que ha luchado por más de treinta años por el reconocimiento de los derechos laborales del sector obrero. Su programación se enfocaba a éste sector y además incluía temas de derechos de los niños, de la mujer, entre otros.

¹⁸ Asociación Mundial de Radios Comunitarias AMARC-ALC, *Principios para un marco regulatorio democrático sobre radio y TV comunitaria*, AMARC, 2007, p.3.

¹⁹ Relatoría para la libertad de expresión, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009*, OEA/Ser.L/V/III. Doc. 51, 30 de diciembre de 2009, párr. 425

²⁰ Asociación Mundial de Radios Comunitarias. *Carta de las radios comunitarias y ciudadanas*. VII Asamblea Mundial AMARC 7, 1988, Disponible en línea: <http://goo.gl/dDZG4>

²¹ Finalmente la radio Tierra y Libertad obtuvo el permiso en enero de 2010 bajo la persona moral de Por la Igualdad Social, A.C.

En el año de 2002 comenzaron a gestar su proyecto de radio buscando obtener el permiso por parte del Ejecutivo Federal. Sin embargo, los requisitos establecidos en el reglamento y en la LFRyTV prácticamente son imposibles de cubrir para una estación comunitaria sin fines de lucro y que sólo se puede sostener con los donativos de la comunidad. En este contexto, la radiodifusora Tierra y Libertad comienza sus transmisiones.

Derivado de una denuncia interpuesta por la Secretaría de Gobernación, el 6 de junio de 2008 aproximadamente a las 18:00 horas, más de 100 elementos de la policía federal armados acudieron hasta las instalaciones de la radio para ejecutar la orden de cateo 54/2008 librada por el Juzgado de Distrito en materia penal en Monterrey, Nuevo León. Alrededor de 400 vecinos de la radio se hicieron presentes para defender su radio. En este acto desmantelaron la radiodifusora .

Posteriormente los vecinos se manifestaron en la delegación de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes en Nuevo León. Uno de los participantes era Jason²², niño que participaba en el programa “Los pequeños locutores” y que mencionó:

Cuando vi a los federales no sabía por qué estaban ahí, pero estaba muy asustado, pensé que había pasado una balacera; después me dijeron que nos iban a quitar nuestra radio, ¿por qué nos quitan nuestra voz y nuestra libertad?... pero yo soy fuerte y hoy he venido a manifestar que los niños tenemos derechos. Felipe Calderón nos quitó nuestra radio comunitaria, que no es sólo mía, sino del pueblo, de todo Tierra y Libertad, y ahora falté a la escuela para venir a apoyar a mis compañeros²³.

El procedimiento en contra de Héctor Camero Haro, director de la radio, continuó y en fecha 30 de junio de 2009 se decretó el auto de formal prisión en su contra. Con fecha de 29 de octubre de 2010, el Juez Quinto de Distrito en Materia Penal en Nuevo León, consideró que Héctor Camero Haro desarrolló una conducta típica y antijurídica, debido

²² Un ejemplo del trabajo de Jason y de la radio Tierra y Libertad puede ser consultado en la siguiente liga: <http://goo.gl/fzwt2> El audio corresponde al día en que fue cerrada la radio por la policía federal.

²³ Carrizales, David. *NL exigen la reapertura de radio comunitaria*. Diario La Jornada, 13 de junio de Carrizales, David. Nuevo León: Exigen la reapertura de radio comunitaria. Diario La Jornada, 13 de junio de 2008, Disponible en línea: <http://bit.ly/mhguNd>

al uso del espectro radioeléctrico cuyo dominio pertenece a la Nación. Por tanto, se le impuso una pena de dos años de prisión. Sin embargo, el juez concedió los beneficios de la sustitución de la pena de prisión impuesta por trabajo a favor de la comunidad o semilibertad, tratamiento en libertad o por una multa. Además, el juzgador sostuvo que no fueron acreditadas ninguna de las causas de exclusión del delito, debido a que no se demostró que actuara en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho.

2. Radio Ñomndaa y Radio Diversidad

La radio indígena Ñomndaa está ubicada en la comunidad de Suljaa', Xochistlahuaca en el estado de Guerrero. La palabra Ñomndaa es parte del idioma amuzgo y significa la palabra del agua. Con fecha 20 de diciembre de 2004, Radio Ñomndaa comenzó sus transmisiones. La cabina de transmisión se ubica en el cerro de las Flores y su programación se realiza mayoritariamente en el idioma amuzgo. Uno de sus objetivos es promover la cultura de los amuzgos, que es mayoritaria en la región. El día 10 de julio de 2008, aproximadamente 40 elementos de la Agencia Federal de Investigaciones y personal de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, acudieron a las instalaciones de la radiodifusora con la orden de desmantelarla y asegurar el equipo de transmisión. La misma comunidad, al percatarse de la presencia de la policía federal, dio aviso a la radio para que ellos a su vez, llamaran a la comunidad a manifestarse en contra del posible cierre.

Los elementos de la Agencia Federal de Investigaciones se confrontaron verbalmente con la gente de la comunidad durante aproximadamente dos horas, en las cuales también mencionaban que se estaba cometiendo un delito federal por no existir el permiso para operar una radiodifusora.

Después de que se retiraron los elementos de la policía y de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, la comunidad se reunió para platicar de la situación. Una mujer de la comunidad mencionó:

“Nosotras por ser mujeres tenemos el derecho de venir y estar en nuestra radio, digo nuestra porque está en nuestro pueblo, en nuestra casa. Antes no conocíamos lo que era la radio, yo ya estoy vieja y no conocía la radio pero ahora ya la conozco. Y doy gracias que pudimos obtener el equipo

que tenemos en el pueblo...vAgradezco que hayan acudido, llegaron como el viento"²⁴.

Hasta donde se tiene conocimiento, la averiguación previa no ha avanzado y no han existido más actuaciones dentro de ella.

Por su parte, Radio Diversidad está ubicada en Paso del Macho, Veracruz. Esta radio comunitaria tiene como principales radioescuchas a las personas de la comunidad campesina y es el único medio de comunicación de la comunidad.

El 11 de marzo de 2009, también derivado de una denuncia de la Secretaría de Gobernación, se dio cumplimiento a una orden de cateo y se aseguraron diversos bienes de la radio. El 11 de marzo de 2009 fue detenido un integrante de la radio y fue ingresado al penal de Villa Aldama en Veracruz bajo la causa penal 52/09 seguida ante el juez décimo sexto de distrito. Finalmente, José Juan Hernández, integrante de la radio comunitaria Diversidad, recibió una pena de dos años de prisión al igual que Héctor Camero de radio Tierra y Libertad.

IV. ¿Crimen o ejercicio de un derecho?

La Secretaría de Gobernación ha utilizado los artículos 149 y 150 de la Ley General de Bienes Nacionales (LGBN) como base para iniciar procedimientos penales en contra de radiodifusoras comunitarias que transmiten sin permiso:

Artículo 149.- Se sancionará con prisión de dos a doce años y multa de trescientas a mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal a quien, vencido el término señalado en la concesión, permiso o autorización que se haya otorgado para la explotación, uso o aprovechamiento de un bien sujeto al régimen de dominio público de la Federación, no lo devolviera a la autoridad correspondiente dentro del término de treinta días naturales siguientes a la fecha de notificación del requerimiento administrativo que le sea formulado.

²⁴ Para ver el video con el testimonio y la actuación de la policía federal en el cierre de la radio comunitaria, véase: <http://goo.gl/WFAPQ>

Artículo 150.- La pena señalada en el artículo anterior se impondrá a quien use, aproveche o explote un bien que pertenece a la Nación, sin haber obtenido previamente concesión, permiso o autorización, o celebrado contrato con la autoridad competente.

Se ha considerado que el delito establecido en la Ley General de Bienes Nacionales se compone de dos elementos, que alguien use un bien que pertenece a la Nación, en el caso el espectro radioeléctrico; y que ése uso se realice sin haber obtenido previamente concesión, permiso o autorización, o celebrado contrato con la autoridad competente. Pareciera que *prima facie*, los casos analizados caen en lo establecido en la Ley General de Bienes Nacionales. Sin embargo, existe una imposibilidad de proceder por la vía penal que se resume en el siguiente silogismo:

1. El pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado en jurisprudencia²⁵ que un permiso de radiodifusión no concede ningún derecho sino que reconoce un derecho preexistente. Por tanto, si se transmite sin permiso se está ejerciendo un derecho.
2. La fracción sexta del artículo 15 Código Penal Federal²⁶ establece que una de las causas de exclusión del delito es estar en ejercicio de un derecho.
3. Por lo tanto, una radiodifusora comunitaria que inicie transmisiones sin permiso, está en el ejercicio de un derecho y sólo puede ser sancionada administrativamente, no por la vía penal.

1. *El permiso sólo reconoce un derecho que ya existe*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que la doctrina reconoce que a través del permiso sólo “se permite el ejercicio de un derecho preexistente del particular”²⁷. De lo anterior se deriva que el derecho no nace con la obtención del permiso sino que ya existe desde antes, y el permiso sólo lo reconoce.

²⁵ “... a través de la autorización o permiso sólo se permite el ejercicio de un derecho preexistente del particular” P/J. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXVI*, Diciembre de 2007. Pág. 1085

²⁶ Artículo 15: El delito se excluye cuando: ...la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro.

²⁷ Op .cit.

De esta manera, una radio comunitaria —aunque no esté expresamente reconocida como tal en la ley— puede ser concebida como una radio cultural en el sentido del artículo 13 de la LFRyTV y por tanto, para su funcionamiento requerirá permiso, el cual le va a reconocer un derecho que ya tenía. Y en la hipótesis de que ése derecho sea usado en forma indebida tendrá que ser sujeto de sanciones administrativas y no de naturaleza criminal.

El derecho preexistente que ejerce una radio comunitaria sin permiso es el de la libertad de expresión. En este sentido, nos estamos refiriendo a un derecho constitucional que se puede ejercer a través de la radiodifusión²⁸. Esto lo debemos de entender por mayoría de razón a las radiodifusoras comunitarias en donde no se tiene un fin de lucro y se busca ciudadanizar los medios de comunicación. En este orden de ideas, “el individuo tiene una esfera de derechos que la autoridad no debe obstruir, la libertad de expresión incluida”²⁹.

2. *Ejercicio de un derecho*

El ejercicio del derecho a la libertad de expresión debe ser comprendido en términos amplios siguiendo lo establecido por los tratados internacionales que se ubican jerárquicamente por encima de la Ley General de Bienes Nacionales. Es así que se debe reconocer que los tratados internacionales pueden ampliar los derechos protegidos en la legislación nacional³⁰. De acuerdo a lo establecido por la interpretación de los tribunales mexicanos³¹, para que el ejercicio de un derecho produzca sus efectos excluyentes de responsabilidad penal es necesario que los derechos estén consignados en la ley. En este contexto, el artículo 133 de la Constitución Federal vigente en México señala que la misma constitución y los tratados serán ley suprema de toda la unión. Por tanto,

²⁸ “... sería absurdo, en la sociedad contemporánea, que sólo la palabra hablada o escrita en forma individual estuviera constitucionalmente protegida, dejando al arbitrio o monopolio de las autoridades el uso, a su antojo, de los medios masivos de comunicación modernos, como son la prensa, el radio” *Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época*. Volumen 109-114 Sexta Parte. Pág. 120. Tesis Aislada.

²⁹ *Idem*.

³⁰ I.4^o.A.440 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época*. Tomo XX, Septiembre de 2004 Pág. 1896. Tesis Aislada.

³¹ *Semanario Judicial de la Federación, Séptima época*, 32 Séptima parte, p.15. Tesis aislada.

es el artículo 6 de la Constitución y los tratados internacionales la base jurídica para establecer que la radio comunitaria sin permiso está en el ejercicio de un derecho.

La Constitución en su artículo sexto establece la libertad de expresar ideas, y de acuerdo a la interpretación del Tribunal Colegiado³², se incluye a las radios como medio para expresar las ideas. Por su parte, el artículo 13.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos³³ establece que es posible ejercer la libertad de expresión a través de cualquier procedimiento que se elija, lo que se debe entender que se incluye a la radiodifusión. Por tanto, la radiodifusión es un soporte tecnológico que permite el ejercicio de la libertad de expresión.

Tanto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁴ como la de la Suprema Corte de Justicia de la Nación³⁵ han reconocido las dos dimensiones —individual y social— de la libertad de expresión, señalando que el derecho abarca no solamente el derecho a difundir ideas, sino también el derecho a recibir información y opiniones.

Por lo anterior, se puede establecer que el ejercicio del derecho no sólo corresponde al encargado de la operación de la radiodifusora, sino respecto de la sociedad entera que tiene derecho a la información. Y una radiodifusora con perfil de permisionada y de naturaleza comunitaria, al no tener fin de lucro ni ser una radiodifusora comercial, garantiza plenamente el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en sus dos dimensiones.

3. Imposibilidad de acudir a la vía penal para dismantelar una radio comunitaria sin permiso

El inicio de un procedimiento penal en contra de una radiodifusora con perfil de permisionada implica una lesión a un derecho fundamental como lo es el de la libertad de expresión en perjuicio tanto del indivi-

³² Op. Cit. Nota 28.

³³ Artículo 13.1 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.

³⁴ Corte I.D.H. *Caso la última tentación de cristo (Olmedo Bustos y otros vs Chile)*. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas. 5 de febrero de 2001. párr 64-67.

³⁵ P/J 25/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, Tomo XXV, Mayo de 2007, p.1520. Jurisprudencia.

duo como de la sociedad entera³⁶. Es por ello, que cuando se conoce del acto ilícito que representa una radiodifusora comunitaria que opera sin permiso, se deben buscar las vías menos lesivas para el ejercicio de la libertad de expresión, lo que conduce al procedimiento administrativo y no al procedimiento criminal.

Por lo tanto, nos encontramos ante el ejercicio de un derecho que se ejerce no sólo de manera individual sino colectiva por el conjunto de la sociedad, y que además representan derechos fundamentales del Estado de derecho. De esta manera, cuando se esté en presencia de una radiodifusora sin permiso, pero que fortalezca los derechos fundamentales y no esté lucrando ni comercializando, se deberán buscar las vías menos lesivas para proteger el derecho a la libertad de expresión. En este contexto, la única vía posible está dada por la LFRyTV a través del procedimiento administrativo.

Consideramos que se debe realizar una ponderación entre la restricción del ejercicio de la libertad de expresión —en perjuicio del individuo y de la sociedad— que resulta de la aplicación del artículo 150 de la LGBN y los tratados internacionales de derechos humanos que amplían el ejercicio de la libertad de expresión. En este orden de ideas, la aplicación del artículo 150 de la LGBN es una restricción del derecho a la libertad de expresión, misma que está prohibida por el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, la señal que manda el Estado es que cualquier intento por socializar los medios de comunicación, por hacerlos accesibles a la comunidad, por intentar vías no comerciales de radiodifusión será castigado severamente con pena privativa de la libertad. Por lo tanto, es fundamental analizar las distintas vías que se tienen para el cierre de una radio con perfil de permisionada que esté operando sin el permiso correspondiente, en la inteligencia de que es imprescindible lesionar lo menos posible el derecho fundamental del ejercicio de la libertad de expresión. Y la respuesta a lo anterior está dada por la vía administrativa y no por la vía penal.

El derecho penal debe ser utilizado como la *ultima ratio* y cuando se haya fracasado en otras vías para sancionar. En efecto, el principio de subsidiariedad penal señala que si la protección del bien jurídico tutelado se puede realizar con medios menos lesivos, se tendrá que omitir la vía penal. En el caso que nos ocupa, el bien jurídico se encuentra bajo tutela

³⁶ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo XXV, Mayo de 2007. Pág. 1522.

de la LFRyTV, que en su artículo 101 fracción XXIII menciona: *Artículo 101.- Constituyen infracciones a la presente ley: ...XXIII.- Operar o explotar estaciones de radiodifusión, sin contar con la previa concesión o permiso del Ejecutivo Federal;*

Siendo tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, es menester analizar si nos encontramos en la concurrencia de bienes jurídicos y de hechos constitutivos de delito. De esta manera, la LGBN se refiere de manera general al uso, aprovechamiento, o explotación de un bien que pertenece a la Nación, sin haber obtenido previamente el permiso. Por su parte, la LFRyTV, de manera especial alude a la operación o explotación de estaciones de radiodifusión sin contar con previo permiso. Por tanto, *lex specialis derogat generali*, y la respuesta Estatal al hecho ilícito debe provenir del derecho administrativo. A igual conclusión llegó el segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito en la siguiente interpretación.

RADIOCOMUNICACION, SISTEMAS DE. AL OPERAR SIN LA CONCESION NECESARIA, LA SANCION APLICABLE LA CONTEMPLA LA LEY DE VIAS GENERALES DE COMUNICACION.

La Ley de Vías Generales de Comunicación reglamenta, entre otras cosas, las concesiones que se otorguen sobre servicios que se prestan en tratándose de líneas conductoras eléctricas, el medio en que se propagan las ondas electromagnéticas, cuando se utilizan para verificar comunicaciones de signos, señales, escritos, imágenes o sonidos de cualquier naturaleza. De ello se desprende **que si se operan sistemas de radiocomunicación sin la concesión o permiso aludidos, ello dará lugar a la imposición de las sanciones previstas por el citado ordenamiento legal, sin que sea aplicable en ese caso específico la Ley General de Bienes Nacionales**³⁷, puesto que de su articulado se advierte que esta legislación tutela la conservación, protección y administración sólo de bienes inmuebles propiedad de la Nación³⁸.

Aunque pudiera establecerse que tanto la LFRyTV y la LGBN contemplan penas de distinta naturaleza y desde distintas perspectivas, esto

³⁷ El resaltado es nuestro.

³⁸ Semanario Judicial de la Federación, Octava Época. Tomo XIV, Noviembre de 1994. Pág. 521

no acontece así debido a que la perspectiva es la misma: la manifestación punitiva del Estado. Para acudir a la vía proporcionada por el derecho penal se necesitaría proteger un interés jurídico distinto y una sanción que fuera proporcional a la necesidad de protección adicional. Más aun, habiendo establecido que se está bajo la hipótesis del ejercicio de un derecho, a lo más que se podría concluir es que se está ejerciendo indebidamente un derecho, pero al no haber violencia de por medio no puede aplicarse el artículo 226 del Código Penal Federal³⁹.

Finalmente, tal y como lo ha señalado la Relatoría Especial para la libertad de expresión de la OEA, el Estado debe ser un facilitador para que las radios comunitarias actúen dentro del marco de la legalidad⁴⁰, y en caso de que exista motivo para sanción, se aplique de manera proporcional a través de la vía administrativa y no la penal.

V. Conclusiones

Iniciar un procedimiento penal en contra de una radiodifusora comunitaria que transmite sin permiso implica una violación al ejercicio de la libertad de expresión consagrado en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos. La posibilidad de imponer un castigo de hasta doce años de prisión y una multa se puede concebir como una amenaza que vulnera derechos tanto individuales como colectivos.

El presente análisis arroja un vacío legal que el Estado necesita cubrir para garantizar el ejercicio efectivo de la libertad de expresión. Por tanto, el debate planteado se ubica en una discusión más amplia que refiere a la necesidad de establecer un marco normativo adecuado para la libertad de expresión y en específico para la radiodifusión comunitaria. Es así que toda reforma legal busque proteger la libertad de expresión deberá contener los siguientes elementos mínimos: el reconocimiento del sector social de las comunicaciones y la reserva del espectro radioeléctrico para su desarrollo, la posibilidad de acceso en igualdad de circunstancias a las nuevas tecnologías de información y comunicación, las garantías para la subsistencia de los medios sociales de comunicación y los candados para evitar la concentración de los medios de comunicación en pequeños grupos.

³⁹ Artículo 226: Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año o de 30 a 90 días multa. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida.

⁴⁰ *Op. cit.* Nota 19, párr. 425.

VI. Bibliografía

- Asociación Mundial de Radios Comunitarias AMARC-ALC, *Principios para un marco regulatorio democrático sobre radio y TV comunitaria*, AMARC, 2007.
- Calleja, Aleida y Solís, Beatriz, Con permiso. *La radio comunitaria en México*. México, Fundación Friedrich Ebert, 2007.
- Carrizales, David. Nuevo León: *Exigen la reapertura de radio comunitaria*. Diario La Jornada, 13 de junio de 2008, Disponible en línea: <http://bit.ly/mhguNd>
- Calleja, Aleida; Arjona, Juan Carlos et al; *Bases para una política pública en materia de libertad de expresión y medios comunitarios*, México, Iniciativa para la democracia y los derechos humanos de la delegación de la Unión Europea en México, 2008.
- Comisión interamericana de derechos humanos. Informe entregado en la audiencia sobre radios comunitarias celebrada en el periodo de sesiones 120. Marzo de 2004.
- Corte I.D.H. Caso la última tentación de cristo (Olmedo Bustos y otros vs Chile). Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas. 5 de febrero de 2001. párr 64-67.
- Instituto del Banco Mundial. Civic voice: *Empowering the poor through community radio*. Disponible en línea: <http://bit.ly/kiqVrU>
- Martínez Becerra, Carlos. *Integración regional, fronteras y globalización en el continente americano*. Colombia, Universidad Nacional de Colombia, 2004.
- Mora Vizcaya, Camilo Ernesto. "La radio comunitaria en la región fronteriza de la cordillera andina colombo venezolana: identidad e integración." En *Integración regional, fronteras y globalización en el continente americano*. Colombia, Universidad Nacional de Colombia, 2004.
- Noticias del Banco Mundial. Libro ofrece herramientas para promover radiodifusión independiente en países en desarrollo, mayo 2008, Disponible en línea: <http://go.worldbank.org/ZOV274MKGo>
- Relatoría para la libertad de expresión, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2006, OEA/Ser.L/V/II.127 Doc. 4 rev. 1, 3 marzo 2007
- Vega Montiel, Aimeé; Portillo, Maricela et al. *Las claves necesarias de una comunicación para la democracia*. México, Asociación Mexicana de Investigadores de la Comunicación, 2008.