

Estándares interamericanos y libertad de expresión

Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual de la Argentina

por **Gustavo Gómez Germano**

Resumen

Análisis del anteproyecto de Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual desde el derecho comparado interamericano. La radiodifusión desde una perspectiva que garantice los derechos humanos. Los objetivos principales y los principios establecidos en el proyecto respecto a los derechos a la información y la libertad de expresión, la promoción de la diversidad y el pluralismo, la desconcentración y fomento de la competencia, así como la caracterización de los servicios de comunicación audiovisual, están en sintonía con las mejores prácticas internacionales e incorporan las recomendaciones y estándares interamericanos en derechos humanos.

Palabras clave

Legislación interamericana – derechos humanos – interés público – pluralismo – diversidad

Abstract

Analysis of the draft bill of Services of Audiovisual Communication, from the compared North American Law. The broadcasting from a perspective that guarantees the human rights. The principal goals and the principles established in the project with regard to the information rights and the freedom of expression, the promotion of the diversity and the pluralism, the desconcentration and promotion of the competition, as well as the characterization of the services of audio-visual communication, they are in tuning with the best international practices and incorporate the recommendations and inter-American standards in human rights.

Key words

Inter-american legislation – human rights – public interest – pluralism – diversity

¿La propuesta de ley de servicios de comunicación audiovisual que se debate en la Argentina violenta la libertad de expresión o, por el contrario, la protege y garantiza? Este artículo aborda el análisis de la iniciativa desde los estándares interamericanos y mejores prácticas de legislación en radiodifusión en la región para lograr responder a esta pregunta.

Relacionar los servicios de radiodifusión con el derecho fundamental a la libertad de expresión es algo relativamente novedoso en nuestra región. Para importantes sectores académicos, políticos y empresariales, la radiodifusión sigue siendo básicamente un asunto tecnológico o de negocios. Nunca un asunto de derechos humanos. Tal vez un tema de industrias culturales, pero más en su dimensión de “industria” que de “cultura”¹.

Durante demasiado tiempo la libertad de expresión ha sido entendida como la libertad de los que ya cuentan con medios para expresarse o informar, mas no en su dimensión social de los derechos a estar informados e informarse de quienes no tienen medios. Casi nunca como el derecho a acceder en igualdad de

Gustavo Gómez Germano
gusgomez@chasque.net

Investigador y docente universitario. Maestrando en Industrias culturales: políticas y gestión, Universidad Nacional de Quilmes. Director del Programa de Legislaciones y Derecho a la Comunicación de la Asociación Mundial de Radios Comunitarias para América Latina y el Caribe (AMARC ALC).

oportunidades a esos medios que, a su vez, permiten difundir sus propias opiniones e informaciones.

El cambio no es menor, ya que la mayoría de población se encuentra en esta situación y sólo muy pocos (casi se diría “privilegiados”) tienen acceso a gestionar o utilizar medios de comunicación.

La inclusión por parte de la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Dra. Catalina Botero, de la cuestión de la diversidad y el pluralismo en la radiodifusión como uno de los cinco temas centrales de la Agenda Hemisférica para la Defensa de la Libertad de Expresión², es un símbolo de un proceso de re-significación que ha tenido el concepto de la libertad de expresión en el continente americano.

La situación de la radiodifusión en nuestros países, en tanto espacio público que debe ser diverso y plural para asegurar el libre ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la información de todas las personas comienza a ser, por tanto, un indicador fundamental del grado de democracia y plena vigencia de derechos fundamentales de ese país.

Muestra cabal de ello es el Informe Anual 2008, donde la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión expresa que “Los Estados tienen la obligación de garantizar, proteger y promover el derecho a la libertad de expresión en condiciones de igualdad y sin discriminación, así como el derecho de la sociedad a conocer todo tipo de informaciones e ideas. En el marco de esta obligación, los Estados deben evitar el monopolio en la propiedad y el control de los medios de comunicación y promo-

ver el acceso de distintos grupos a las frecuencias y licencias de radio y televisión, cualquiera sea su modalidad tecnológica. Dicho acceso también debe ser garantizado en condiciones de igualdad y sin discriminación”³.

El desarrollo de estándares en materia de radiodifusión todavía no es sistemático. Por su reciente incorporación al debate en los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, las referencias son más escasas que en otros terrenos de la libertad de expresión como el desacato y la difamación e injurias, la censura previa o el acceso a la información pública. Sin embargo, pueden mencionarse varios documentos, declaraciones e informes que les van dando forma y permiten señalar un norte para analizar el anteproyecto de ley en cuestión.

Entre ellos: los informes anuales, informes de países y recomendaciones de la Relatoría de Libertad de Expresión de la CIDH como ya hemos citado; la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión aprobada por la Asamblea General de la OEA en 2000; informes y comunicados de la Comisión Interamericana y las Declaraciones Conjuntas que cada fin de año emiten el Relator Especial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, el Relator Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) sobre Libertad de Expresión y la Relatora Especial de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información.

También varias organizaciones internacionales de la Sociedad Civil han estado trabajando en el desarrollo de estándares sobre estos temas como Artículo 19 y la Asociación Mundial de Radios Comunitarias en América Latina y el Caribe (AMARC ALC). En este caso, un documento de referencia internacional para analizar algunos aspectos del anteproyecto de ley se denomina “Principios para un Marco Regulatorio Democrático sobre Radio y TV Comunitaria”, que fuera elaborado por AMARC ALC en consulta con diversas organizaciones nacionales regionales⁴.

Tomando como base estos estándares y recomendaciones centraré mis comentarios en algunos de los aspectos más importantes de la propuesta.

Antes de entrar en el análisis quiero expresar que apoyo la iniciativa de revisar la Ley de Radiodifusión de la dictadura. De una lectura general del proyecto y luego de incluir algunas mejoras en su redacción como las que se recomiendan, puede concluirse que su aprobación significaría un avance en la democratización del sistema de medios en la Argentina y el pleno ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la información para todos sus habitantes.

Promoción de la diversidad y límites a la concentración

El abordaje y fundamentos de la propuesta de ley son consistentes con la comprensión creciente de que estos temas están fuertemente interrelacionados con el ejercicio de derechos fundamentales y el fortalecimiento de nuestras democracias.

Las referencias a los servicios regulados como actividades de interés público y soporte de derecho fundamentales como el de expresión e información. Se trataría así, de establecer “un marco normativo que promueva la vitalidad de la democracia si se atiende al hecho de que el proceso comunicativo no sólo debe satisfacer las necesidades de consumo de los habitantes (necesidades legítimas de entretenimiento, por ejemplo), sino las necesidades de información de los ciudadanos”⁵.

Los objetivos principales y los principios establecidos en el proyecto respecto a los derechos a la información y la libertad de expresión, la promoción de la diversidad y el pluralismo, la desconcentración y fomento de la competencia, así como la caracterización de los servicios de comunicación audiovisual están en sintonía con las mejores prácticas internacionales e incorporan las recomendaciones y estándares interamericanos en derechos humanos.

La existencia de un sistema diverso y plural de medios de comunicación es un estándar exigible como señal de plena vigencia de la libertad de expresión. “La promoción de la diversidad debe ser el objetivo primordial de la reglamentación de la radiodifusión; la diversidad implica igualdad de género en la radiodifusión e igualdad de oportunidades para el acceso de todos los segmentos de la sociedad a las ondas de radiodifusión”, afirman los relatores de libertad de expresión⁶.

Tal importancia ha cobrado este aspecto que mereció una declaración internacional para abordar la cuestión de la “diversidad en la radiodifusión”. En la misma, los Relatores han destacado “la importancia fundamental de la diversidad en los medios comunicación para el libre

intercambio de información e ideas en la sociedad, en términos de dar voz y satisfacer tanto las necesidades de información como otros intereses de todos y todas, de conformidad con la protección que brindan las garantías internacionales del derecho a la libertad de expresión”⁷.

Como contracara, la concentración es vista como una barrera fundamental para el desarrollo de la libertad de expresión⁸. La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH hace mención expresa a que “los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes anti-monopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos”⁹.

En el mismo sentido, los relatores para la libertad de expresión consideran que “la concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación, directa o indirecta, así como el control gubernamental sobre los mismos constituyen una amenaza a la diversidad de los medios, a la vez que generan otros riesgos, tales como la concentración del poder político en manos de los propietarios o de elites gobernantes”¹⁰.

“El Estado no es la única fuente de restricciones a la libertad de expresión pues también lo es, y de manera muy determinante, la concentración de la propiedad de los medios”, ha afirmado el Secretario General de la OEA, José Miguel Insulza¹¹. “Cuando se arriba a una circunstancia de ese tipo frecuentemente las personas no reciben todas las perspectivas de los asuntos que les conciernen, lo que por cierto no contribuye a la efectiva vigencia de la libertad de expresión y de la democracia, que implica siempre pluralismo y diversidad”, por tanto, es “obligación de los Es-

tados” tomar medidas activas para evitarlo, concluyó¹².

“Queda clara la necesidad de exigir a los Estados el cumplimiento de la obligación de evitar monopolios u oligopolios, de hecho o de derecho, en la propiedad y control de los medios de comunicación” se dice, a su vez, desde la Relatoría para la Libertad de Expresión¹³.

El anteproyecto no hace otra cosa que colocar el desafío de enfrentar la concentración como un aspecto central de su concepción y articulado. El desarrollo de estos aspectos es un punto fuerte del proyecto, recogiendo las mejores prácticas en materia de limitación de la concentración en medios de comunicación. De aprobarse, sería una referencia fundamental para los países de la región. Esto, en la medida que recoge las mejores prácticas mundiales y trata de superar las carencias de regulaciones que sólo atienden a la cantidad de licencias en manos de una misma persona o empresa.

Estas regulaciones han sido superadas en los hechos por prácticas empresariales engañosas (como el uso de testaferrós) o por las tendencias a la centralización de la producción de programación, con la consecuente homogeneización (y reducción de la diversidad) de la oferta de contenidos disponibles para la población, sin importar si las frecuencias están a nombre de personas o empresas diferentes.

Destaca la existencia de diversas disposiciones que permitirían evitar la conformación de oligopolios y monopolios. Por ejemplo, hay normas que establecen límites a la “propiedad” (cantidad de licencias permitidas), límites en relación con la cantidad de audiencia potencial en la zona de cobertura, límites al cruzamiento de medios o servicios de comunicación audiovisual, a la difusión y distribución de progra-

mación mediante cadenas de re-
petidoras y las exigencias de pro-
gramación local, estas dos últimas
para evitar la centralización de la
producción de información y otros
contenidos.

Acceso a los medios en igualdad de oportunidades

La promoción de la diversidad
y pluralidad en la radiodifusión se
relaciona tanto con los límites a las
concentración como en establecer
mecanismos y criterios adecuados
para garantizar la igualdad de oportu-
nidades en el acceso al uso de las
frecuencias.

Hablando sobre pluralismo, di-
versidad y libertad de expresión, la
Dra. Catalina Botero menciona en
el Informe Anual 2008 que “[...] la
Relatoría Especial debe seguir tra-
bajando en dos áreas diferentes. En
primer lugar, es necesario insistir
en la urgente necesidad de aplicar
leyes antimonopólicas para evitar
la concentración en la propiedad y
en el control de los medios de co-
municación. En segundo término, es
necesario lograr que la asignación
de frecuencias y licencias de todo el
espectro radioeléctrico y en especial
del nuevo dividendo digital, respete
la obligación de inclusión que le im-
pone a los Estados el marco jurídico
interamericano y fomenta así, de
manera decisiva, el pluralismo y la
diversidad en el debate público”¹⁴.

En el mismo sentido, la Declara-
ción de Principios sobre Libertad
de Expresión establecía que para la
asignación de frecuencias para emi-
soras de radio y televisión “[...] de-
ben considerar criterios democráti-
cos que garanticen una igualdad de
oportunidades para todos los indi-
viduos en el acceso a los mismos”¹⁵.

La Comisión Interamericana con-
sidera que “en los concursos o en
la adjudicación directa de licencias
de uso del espectro radioeléctrico
los Estados deben procurar, bajo el
principio de igualdad de oportu-
nidades, procedimientos abiertos,
independientes y transparentes que
contengan criterios claros, objetivos
y razonables, que eviten cualquier
consideración de política discrimi-
natoria por la línea editorial del me-
dio de comunicación”¹⁶.

La Relatoría ha afirmado en diver-
sas oportunidades que los procedi-
mientos de asignación a través de
subasta u otros mecanismos, donde
la condición económica sea funda-
mental, serían incompatibles con lo
anterior¹⁷. En esa perspectiva, el es-
tablecimiento del concurso perma-
nente como procedimiento general
es adecuado.

En la propuesta de ley se opta por
un mecanismo de oposición y mé-
ritos y se descartan otros, tanto de
tipo discrecional como de selección
por ofertas económicas. Respecto a
los criterios que deben tomarse, los
que allí se mencionan son razona-
bles, aunque tal vez pudieran mejo-
rarse y expresarse de manera menos
general.

Es clara y oportuna la separación
entre requisitos y criterios de admi-
sibilidad, respecto a los criterios de
evaluación y selección. Entre los pri-
meros, es correcto que se explicita
que las consideraciones económi-
cas y técnicas deberán ser evaluadas
solamente para dar admisibilidad a
la solicitud, pero no deben conver-
tirse en variables de selección entre
postulantes. Sería una manera indi-
recta de permitir que tengan acceso
a medios encaminados a expresarse
libremente, solamente a aquellos
que tienen más dinero.

Estos procedimientos están en
sintonía con los estándares esta-
blecidos por la CIDH, que considera
que deben ser “abiertos, indepen-
dientes y transparentes” y contener
“criterios claros, objetivos y razo-
nables, que eviten cualquier consi-
deración de política discriminatoria
por la línea editorial del medio de
comunicación”. Asimismo, “la uti-
lización del poder del Estado y (...)
el otorgamiento de frecuencias de
radio y televisión (...) con el objeti-
vo de presionar y castigar o premiar
y privilegiar a los comunicadores
sociales y a los medios de comuni-
cación en función de sus líneas in-
formativas, atenta contra la libertad
de expresión y deben estar expresa-
mente prohibidos por la ley”¹⁸.

Sería conveniente, por tanto, pre-
cisar quién realiza la evaluación de
las propuestas y, en cualquier caso,
dar aún mayor transparencia al pro-
ceso. En atención a buenas prácticas
de otros países, se podría crear un
organismo consultivo *ad hoc* inte-
grado pluralmente y con mayoría de
integrantes no estatales para opinar
preceptivamente sobre las solici-
tudes y fiscalizar el desempeño de las
autoridades.

Particularmente crítico es el ar-
tículo que establece los radios de
“baja potencia” o de menos de 1kw,
manteniendo una disposición de
la actual ley de radiodifusión que
hace una excepción al mecanismo
concursable. Si bien esa disposi-
ción permitiría resolver de manera
simplificada históricas omisiones
de Estado respecto a medios co-
munitarios que hace años solicitan
su reconocimiento definitivo, sería
un riesgo dejar librado a la absoluta
discrecionalidad de cualquier go-
bierno la adjudicación directa de un
rango tan amplio de emisoras.

Pueden y deben establecerse mecanismos simplificados a emisoras públicas o privadas sin fines de lucro que, por sus características o entorno socio-económico, los mecanismos regulares exigibles a grandes empresas sean una barrera indirecta para el acceso. Ejemplo de esto pueden ser los grupos sociales en situación de vulnerabilidad o ubicados en contextos críticos o de prioritario interés social, como las comunidades indígenas o sectores campesinos.

El plazo de 10 años para las licencias es adecuado, estando en el promedio regional. Respecto a las renovaciones de las licencias, el proyecto establece que sólo podrá haber prórroga por única vez. Debería explicitarse qué pasará después de la prórroga, pues no se menciona. Se supone que se volverá a llamar a concurso por el uso de esa frecuencia, lo cual compartimos, pero debería explicitarse y considerar la inclusión de algún tipo de puntaje extra en caso de que, de haber realizado una función acorde al contrato y los objetivos de la ley, brinde preferencias al actual operador en caso de empate con los entrantes.

El proyecto parece distanciarse de la opción de renovación automática (lo cual compartimos) pero debería explicitarse más claramente cómo se hará la evaluación, la cual no debe limitarse al mero cumplimiento de cuestiones administrativas o técnicas como se parece decir la propuesta. Debe evaluarse también el debido cumplimiento de las condiciones de uso comprometidas por el licenciatario, cuyo alcance no puede quedar librado a lo que diga el reglamento o las decisiones de la autoridad de aplicación, tanto para que sea exigible por una norma de carácter legal, como para que no quede librado a la discrecionalidad del gobierno o la autoridad de aplicación.

Sobre esto, la CIDH ha reconocido la potestad del Estado en renovar o no renovar las licencias, pero debe hacerlo de manera que no signifique una restricción directa o indirecta al ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

La inclusión de audiencias públicas en el proceso de evaluación para una eventual prórroga es un acierto que brinda mayor transparencia al proceso. También deberían establecerse audiencias públicas cuando se otorgan las licencias por primera vez y al finalizar la prórroga y realizarse un nuevo llamado a concurso.

Medios comunitarios y reparto equitativo de las frecuencias

Es adecuada la diferenciación que establece el anteproyecto entre tres sectores de servicios de comunicación audiovisual, distintos y complementarios (público, comercial y sin fines de lucro). Esto es consistente con legislaciones de otras partes del mundo, así como los estándares y recomendaciones de los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La propuesta recoge así a la Declaración sobre Diversidad en la Radiodifusión cuando recomienda que (sobre la diversidad de tipos de medios de comunicación) “los diferentes tipos de medios de comunicación –comerciales, de servicio público y comunitarios– deben ser capaces de operar en, y tener acceso equitativo a todas las plataformas de transmisión disponibles. Las medidas específicas para promover la diversidad pueden incluir el reservar frecuencias adecuadas para diferentes tipos de medios, contar con *must-carry rules* (sobre el deber de transmisión)”²¹⁹.

Uno de los Principios para un Marco Regulatorio Democrático

sobre Radio y TV Comunitaria de AMARC ALC y otras organizaciones recoge que “son necesarias medidas efectivas para promover la diversidad de contenidos y perspectivas, el acceso a los medios de radiodifusión y el reconocimiento de diversidad de formas jurídicas de propiedad, finalidad y formas de funcionamiento, incluyendo medidas para prevenir la concentración de medios. El marco regulatorio debe explicitar el reconocimiento de tres diferentes sectores o modalidades de radiodifusión: público, comercial y social/sin fines de lucro, el cual incluye los medios propiamente comunitarios”²²⁰.

La reserva de espectro de un 33 por ciento para medios no comerciales es una disposición adecuada para asegurar su inclusión en el acceso al espectro. También está en sintonía con los estándares elaborados por los Relatores de Libertad de Expresión: “Se debe asignar suficiente ‘espacio’ para la transmisión de las diferentes plataformas de comunicación para asegurar que el público, como un todo, pueda recibir un espectro variado de servicios de medios de comunicación”²²¹.

El Informe Anual 2007 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA recomendó a los Estados “legislar en materia de radiodifusión comunitaria, de manera que se destine parte del espectro a radios comunitarias”²²².

En la misma línea, uno de los principios sobre marcos regulatorios en radiodifusión comunitaria establece que “los planes de gestión del espectro deben incluir una reserva equitativa en todas las bandas de radiodifusión, respecto a los otros sectores o modalidades de radiodifusión, para el acceso de medios comunitarios y otros no comerciales como forma de garantizar su existencia. Este principio es extensivo a

las nuevas asignaciones de espectro para emisoras digitales²³.

Numerosas notas a artículos del anteproyecto de ley mencionan la recurrente recomendación internacional respecto a la necesidad de un reconocimiento explícito a los medios comunitarios. Sin embargo, llama la atención que esta profusión de citas y directas recomendaciones de los relatores no hayan sido incluidas en el texto a consideración. Incluso uno de los puntos de la Coalición por una Radiodifusión Democrática (expresamente mencionada como base para la elaboración del proyecto) lo menciona expresamente pero no está recogido en el texto²⁴.

Siguiendo los estándares interamericanos y declaraciones de diversos organismos internacionales es preciso incluir una definición expresa del sector comunitario como parte del sector “sin fines de lucro”. De esta manera se da cumplimiento a estas recomendaciones y permite diferenciar a este sector de otros emprendimientos no comerciales pero que distan mucho de la lógica de participación y contenidos de las emisoras comunitarias (como las emisoras religiosas o las que pudieran ser creadas por fundaciones).

Aunque podría integrarse en el concepto de “comunitario”, tal vez sería conveniente establecer también un reconocimiento expreso al derecho de las comunidades y pueblos indígenas a tener acceso a las frecuencias y establecer expresamente ciertas reservas y condiciones especiales para su existencia.

Lo que es adecuado de establecer como principios generales en algunos casos, válidos para todos los medios sin distinguos y se comparte (acceso a la publicidad, no límites

previos y arbitrarios de potencia, entre otros) en otras cuestiones es preciso atender a las características distintivas de este sector.

Por ejemplo, en lo referente a los procedimientos de asignación (válidos para todo el sector sin fines de lucro). Debería haber bases y pliegos diferenciados respecto a los medios comerciales y por tanto, concursos diferenciados donde se compare a iguales con iguales. Esto estaría acorde con los Principios sobre legislación de medios comunitarios: “los concursos podrán estar diferenciados según los sectores de radiodifusión, a través de procedimientos y criterios específicos y deberán tomar en consideración la naturaleza y las particularidades del sector de los medios comunitarios para garantizarles una participación efectiva y no discriminatoria”²⁵.

Los requisitos y criterios deberían atender a estas diferencias. Por ejemplo, no parece razonable que se exija a comunidades indígenas u organizaciones campesinas tener idoneidad y trayectoria cultural comprobable en el país o el extranjero. Librado a algunos malos gobiernos, una interpretación abusiva de este concepto se convertiría en un obstáculo a acceso de sectores sociales vulnerables²⁶.

Se destaca positivamente la reserva de las localizaciones planificadas, pero es imprescindible modificar el artículo para evitar interpretaciones que puedan violentar el objetivo de esta disposición (expresado claramente en la nota comentada del anteproyecto). Debería establecerse claramente que se reservará ese porcentaje en todas las bandas de radiodifusión abierta y en todas las localidades o áreas de coberturas del territorio nacional, tanto en

frecuencias de uso analógico como digital.

Sería también conveniente expresar ciertas obligaciones para que los medios comunitarios e indígenas puedan acceder a una parte sustancial de este porcentaje ya que podrían darse exclusivamente a grupos religiosos.

Diseño institucional para la regulación

En la propuesta se notan avances respecto a la situación actual con la creación de una Autoridad de Aplicación con participación plural y la creación de un Consejo Consultivo de amplia y variada integración.

Es destacable también la creación de institucionalidad y mecanismos que habilitan la participación ciudadana, así como veedurías sobre la actuación del Estado y los operadores de los servicios. Entre otros: Consejo Federal, Consejo Asesor Infancia, Defensor del Público, Consejo Consultivo de Medios Públicos y mecanismos de audiencia pública.

El establecimiento de mecanismos de control político partidario sobre la Autoridad en diversas instancias permite dar mayor transparencia a la administración del gobierno en asuntos tan complejos.

La creación del Consejo Federal es positiva y aunque consultiva, su actuación puede ser importante. Se hace notar que tiene mayoría estatal que, si bien se puede argumentar que las provincias no siempre responden al gobierno central, concentra demasiado peso en el Estado frente a otras representaciones sociales o académicas. Debido a que las decisiones siempre las tomará el Estado, un esquema de representación con una mayor presencia

de sociedad civil y representantes académicos habilitaría una efectiva asesoría y control ciudadano.

Existen contradicciones a ser aclaradas en relación al grado de independencia de la Autoridad de Aplicación respecto de las decisiones del gobierno, pues si bien se trata de un ente definido como autárquico también es dependiente de la Secretaría de Medios, que concentra demasiado poder en un área muy sensible. La mayoría de miembros designados directamente por el Poder Ejecutivo puede reforzar esa dependencia.

Para atender los estándares interamericanos, la potestad atribuida al Poder Ejecutivo en decisiones fundamentales como las de otorgar las licencias de servicios de comunicación audiovisual, incluyendo la radio y la TV abierta, debería ser revisada. Al respecto, las recomendaciones internacionales son unánimes en señalar que los organismos que regulan la radiodifusión deberían ser independientes.

La CIDH habla de procedimientos "independientes"²⁷ y los Relatores de Libertad de Expresión afirman que "la regulación de los medios de comunicación con el propósito de promover la diversidad, incluyendo la viabilidad de los medios públicos, es legítima sólo si es implementada por un órgano que se encuentre protegido contra la indebida interferencia política y de otra índole, de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos"²⁸.

En la misma inteligencia, AMARC ha sostenido que "El otorgamiento de licencias, las asignaciones de frecuencias y otros aspectos del funcionamiento del servicio de radiodifusión comunitaria deberán ser regulados por organismos estatales independientes del gobierno, así como de grupos económicos y empresariales. Se debe garantizar

una efectiva participación de la Sociedad Civil en los procesos de toma de decisiones. El debido proceso y la posibilidad de recurrir sus decisiones son garantías necesarias en un Estado de Derecho"²⁹.

Hablar de independencia del organismo que regule la radiodifusión y los servicios de comunicación audiovisual no significa pensar en una institucionalidad por fuera del Estado. De hecho, las mejores prácticas internacionales igualmente ubican a estos organismos en el marco del Poder Ejecutivo y muchas veces la designación administrativa final la realiza el Presidente.

Tampoco implica (ni debería implicar) una completa separación de las políticas públicas en materia de comunicación, desarrollo e inclusión social, pero sí una adecuada autonomía técnica y protección frente a los ineludibles intereses en juego en estos temas, sean estos gubernamentales, políticos de diversa índole y, sobre todo, de grupos de poder privados. En la región hay ejemplos de organismos independientes del gobierno pero que son influenciados fuertemente por intereses económicos en desmedro del interés general.

Un organismo de estas características necesita tener muy claramente marcadas en la ley cuáles son sus potestades y definir mecanismos y recursos que permitan llevarlas a la práctica, con capacidad de ejercer su debida autoridad sobre los regulados, sean privados o públicos. La contrapartida a este poder regulador es el establecimiento de adecuados controles parlamentarios y ciudadanos (como hay en este anteproyecto de ley), rendiciones de cuentas permanentes sobre su actuación y garantías de debido proceso y mecanismos judiciales adecuados para recurrir razonablemente a sus decisiones.

Las características de sus integrantes también son un aspecto clave de su grado de independencia. Pueden tener una perspectiva política (en el sentido más amplio del término) pero debe respetarse su idoneidad para la tarea que llevarán adelante y deberá exigirse que no tengan vínculos directos ni indirectos con las empresas reguladas y otras limitaciones que impidan una cooptación por parte de intereses corporativos. Algunas legislaciones impiden que varios años después de ejercer su cargo en el organismo regulador estas personas puedan ser contratadas por empresas del sector, por ejemplo.

También es importante cómo y quién evalúa la idoneidad de estos integrantes y quién decide su designación. Hay ejemplos de marcos institucionales en los que el Presidente propone los nombres pero, como muchos organismos estatales que deben tener una marcada autonomía respecto a los vaivenes políticos coyunturales, podría establecerse un mecanismo de aprobación por mayorías especiales del Congreso (como en algunos países los integrantes de la Suprema Corte de Justicia o miembros de organismos electorales).

Otras disposiciones recogidas de legislaciones avanzadas establecen el mandato de los integrantes por períodos mayores a los del gobierno (para dar garantías de estabilidad y no hacer depender su nombramiento o destitución de los cambios en el Poder Ejecutivo) y se toman previsiones para asegurar su independencia financiera.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, finalmente, ha sido clara al respecto cuando afirma que "es necesario que los Estados adopten normas que impidan que en un futuro, cualquiera de sus agentes, pueda usar arbitrariamente el poder

de fiscalización o de regulación para silenciar la expresión disidente. Se requiere entonces, como en el caso anterior, que existan normas legales claras, preestablecidas, precisas y razonables, que establezcan de manera concreta cuales son las facultades de regulación y fiscalización de las autoridades, facultades que deben perseguir un fin legítimo y ser estrictamente necesarias para el logro del fin perseguido. En particular, es fundamental que los órganos de regulación o fiscalización de los medios de comunicación sean independientes del poder ejecutivo, se sometan completamente al debido proceso y tengan un estricto control judicial³⁰.

Otros puntos a destacar

Como se expresó al principio, este artículo ha abordado algunos de los aspectos centrales del anteproyecto pero no todos. No quisiera dejar de comentar algo sobre otros temas, no menos relevantes, aunque sea muy brevemente.

Son compatibles las limitaciones establecidas al capital extranjero y el control de los servicios de comunicación audiovisual por extranjeros en sintonía con recomendaciones internacionales y disposiciones. Las limitaciones al cruzamiento de servicios en el caso de empresas prestadoras de servicio público. Se deja entrar a las telefónicas pero con contrapartidas y limitaciones que tratan de limitar el fuerte impacto de empresas y tan poderosas en el mercado nacional. El establecimiento de un fondo de fomento a partir de los gravámenes que deben pagar los operadores. Deberían establecerse algunos criterios que eviten un uso discriminatorio del mismo. Las re-

ferencias a la transición digital son correctas pero insuficientes.

Los derechos de los usuarios de los servicios o las personas en general, también sujetos del derecho a la información, son protegidos en este proyecto. Algunos ejemplos son los derechos de los niños y niñas, la regulación sobre publicidad, los derechos de los discapacitados, el acceso universal de las señales de TV abierta y la recepción de programas de interés general a través de servicios de recepción abierta, como el fútbol.

Las disposiciones respecto a regulación de contenidos responden adecuadamente a objetivos de protección del derecho de todas las personas, más que a restringir indebidamente los derechos de los licenciatarios. Otras regulaciones tienen como fundamento razones de interés general como la promoción de la producción y difusión de contenidos culturales nacionales o locales.

Son razonables, por tanto, las regulaciones a la publicidad comercial, el establecimiento de franjas horarias y otras medidas tendientes a dar protección especial a la niñez, así como las contrapartidas de producción local y mínimos de programas de información exigidas a los licenciatarios.

También se comparten las limitaciones establecidas al capital extranjero y el control de los servicios de comunicación audiovisual por extranjeros, atento a la importancia de los medios de comunicación respecto a la soberanía e identidades culturales nacionales, en consonancia con las normas recogidas en la Convención sobre Diversidad Cultural de UNESCO y vigentes en el país.

Por último, quiero destacar como positivo lo que no se regula, y que podría significar una limitación ilegítima a derechos fundamentales de los licenciatarios. Me refiero a la ausencia de limitaciones o regulaciones desde el Estado sobre los programas informativos o periodísticos, sobre la veracidad u objetividad de las informaciones u opiniones que se difunden en los medios o la calidad de los programas, lo cual se comparte y se destaca.

Esto no supone defender una especie de impunidad o irresponsabilidad de los medios al respecto, pero hay suficiente literatura a nivel regional para comprender que se trata de asuntos especialmente sensibles donde la regulación estatal (muchas veces gubernamental), aún cuando se justifica como defensa de derechos puede terminar conculcándolos. En palabras más simples: puede ser peor el remedio que la enfermedad³¹.

Notas

- 1 Aunque el anteproyecto de ley refiere a aspectos más generales, el presente artículo se referirá particularmente a la radiodifusión abierta terrestre, aunque varios de los principios y estándares mencionados seguramente pueden aplicarse a otros soportes tecnológicos incluidos en la propuesta. La regulación de los “servicios de comunicación audiovisual” en lugar de una regulación exclusivamente de “servicios de radiodifusión” está acorde con las tendencias más avanzadas en materia de regulación de medios de comunicación y atienden correctamente a los nuevos desafíos regulatorios que coloca la convergencia tecnológica.
- 2 CIDH, Informe Anual 2008, Volumen III: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo IV, pp. 98-108.
- 3 CIDH, Informe Anual 2008, Volumen III: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo III, párr. 216.
- 4 Los “Principios” fueron presentados finalmente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en audiencia realizada el 28 de octubre de 2008. El documento fue presentado en conjunto con las organizaciones de comunicación y de defensa y promoción de la libertad de expresión que participaron del proceso de elaboración y otros que apoyaron la iniciativa: ADC y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) de Argentina, Observatorio de Medios FUCATEL de Chile, AMEDI de México, FLIP de Colombia, IPYS de Perú, Interveozes de Brasil, Reporteros Sin Fronteras (RSF), Artículo 19 y las organizaciones regionales ALER, OCLACC y FIP. La Relatoría se comprometió a estudiar la propuesta, para lo cual organizará varias consultas públicas durante 2009, de modo de revisarla y validarla para ponerla a consideración de la CIDH, quien deberá determinar si el documento de Principios podría ser adoptado como un estándar interamericano oficial en materia de libertad de expresión y acceso a las frecuencias radioeléctricas.
- 5 CIDH, Informe Anual 2008, Volumen III: Informe Anual de la Relatoría Especial para la

- Libertad de Expresión, Capítulo IV, párr. 107.
- 6 Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión, Declaración conjunta desafíos a la Libertad de Expresión en el Nuevo Siglo, 19 y 20 de noviembre de 2001.
- 7 Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión, Declaración conjunta sobre Diversidad en la Radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.
- 8 Ver CIDH, Informe Anual 2004, Volumen III: Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo IV: “Violaciones indirectas de la libertad de expresión: el impacto en la concentración de la propiedad de los medios de comunicación social”.
- 9 Principio N° 12. *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la OEA, en octubre de 2000.
- 10 Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión, Declaración Conjunta sobre Diversidad en la Radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.
- 11 Discurso del Secretario General de la OEA, José Miguel Insulza, “La Libertad de Expresión en las Américas”, AIR, Washington, 4 de mayo. Ver comunicado de prensa en: http://www.oas.org/OASpage/press_releases/press_release.asp?sCodigo=C-157/09
- 12 Ídem anterior.
- 13 CIDH, Informe Anual 2008, Volumen III: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo III, párr. 224.
- 14 CIDH, Informe Anual 2008, Volumen III: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo IV, párr. 103.
- 15 Principio N° 12. CIDH. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, octubre de 2000.
- 16 CIDH. Comunicado de Prensa N° 29/07. “Preocupa a la CIDH la libertad de expresión en Venezuela”, 25 de mayo de 2007.
- 17 “Las subastas que contemplen criterios únicamente económicos, o que otorguen las concesiones sin una oportunidad equitativa para todos los sectores, son incompatibles con la democracia participativa y con el derecho a la libertad de expresión e información garantizado en la Convención Americana so-

- bre Derechos Humanos”, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Informe sobre Paraguay 2001”, Cap. IX: El derecho a la libertad de pensamiento y expresión, párr. 32.
- 18 Principio N° 13. *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la OEA, octubre de 2000.
- 19 Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión, Declaración conjunta sobre Diversidad en la Radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.
- 20 Principio N° 1. Diversidad de medios, contenidos y perspectivas. “Principios para un Marco Regulatorio Democrático sobre Radio y TV Comunitaria”, AMARC ALC, 2008.
- 21 Mecanismos Internacionales Para la Promoción de la Libertad de Expresión, Declaración Conjunta sobre Diversidad en la Radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.
- 22 CIDH, Informe Anual 2007, Volumen III: Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión. Capítulo III: Conclusiones y Recomendaciones, párr. 6.
- 23 Principio N° 7. Reservas de espectro. *Principios para un Marco Regulatorio Democrático sobre Radio y TV Comunitaria*, AMARC ALC, 2008.
- 24 “Existen tres tipos de prestadores de servicios de radiodifusión: públicos, comerciales y comunitarios de organizaciones de la Sociedad Civil sin fines de lucro”. Punto N° 11. 21 Puntos Básicos por el Derecho a la Comunicación, Coalición por una Radiodifusión Democrática, disponible en: www.coalicion.org.ar/index.htm
- 25 Principio N° 9 “Procedimiento para licencias y asignaciones”, Principios para un Marco Regulatorio Democrático sobre Radio y TV Comunitaria, AMARC-ALC, 2008.
- 26 “Los requisitos administrativos, económicos y técnicos exigidos a las comunidades organizadas y entidades sin fines de lucro interesadas en fundar medios comunitarios deben ser los estrictamente necesarios para garantizar su funcionamiento y el más pleno ejercicio de sus derechos. Las condiciones de las licencias no podrán ser discriminatorias y deberán ser compatibles con los principios anteriores. Estas condiciones, así como los criterios y mecanismos de evaluación y

los cronogramas del proceso, deberían estar establecidas en la normativa en forma clara y serán ampliamente divulgadas antes del inicio del procedimiento". Principio N° 10, "Requisitos y condiciones no discriminatorias", *Principios para un Marco Regulatorio Democrático sobre Radio y TV Comunitaria*, AMARC ALC, 2008.

27 CIDH. Comunicado de Prensa N° 29/07, "Preocupa a la CIDH la libertad de expresión en Venezuela", 25 de mayo de 2007.

28 Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión, Declaración Conjunta sobre Diversidad en la Radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

29 Principio N° 8. Autoridades competentes, *Principios para un Marco Regulatorio Democrático sobre Radio y TV Comunitaria*, AMARC ALC, 2008.

30 CIDH, Informe Anual 2008, Volumen III: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", capítulo IV, párr. 82.

31 Las prácticas sugieren que el mejor entorno sería un esquema de regulación mixto, donde existan organismos estatales con perfil técnico y representación plural, mecanismos de autorregulación de los propios medios e instancias de control social y ciudadano, no estatales.