

# Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda

María Paz Ávila Ordoñez  
Ramiro Ávila Santamaría  
Gustavo Gómez Germano  
(*Editores*)



Organización  
de las Naciones Unidas  
para la Educación,  
la Ciencia y la Cultura

Oficina en Quito



Naciones Unidas  
**Derechos Humanos**

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS

Rosa M. González  
Consejera de Comunicación e Información para los Países Andinos  
Oficial a Cargo Oficina UNESCO-Quito  
Representación para Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela

**Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura**  
Veintimilla E9-53 entre Tamayo y Plaza  
Telf: (593) 2528911 [www.unesco.org/quito](http://www.unesco.org/quito)

Guillermo Fernández-Maldonado Castro  
Asesor en Derechos Humanos para el Sistema de la ONU en el Ecuador

**Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos**  
Av. Amazonas N. 2889 y la Granja  
Telf: (593-2) 2460 330 Fax: 2461 960 [www.ecuador.ohchr.org/](http://www.ecuador.ohchr.org/)

#### **Equipo de Apoyo**

Danilo Caicedo Tapia, María Belén Corredores Ledesma, Carlos Espinosa Gallegos-Anda,  
Tatiana Hidalgo Rueda, Angélica Porras Velasco, Yolanda Estefanía Pozo, Carolina Silva Portero.

**Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO**  
Andrea Apolo Montalvo, Laura Ciudad Rioja, Lucía García López.

**Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos**  
Esther Almeida, Christel Drapier.

**Corrector de Estilo:** Miguel Romero  
**Imprenta:** V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador, 2011  
1ra. edición: diciembre de 2011

# Contenido

<b>Presentación</b> .....	vii
<i>Rosa M. González,</i> Consejera de Comunicación e Información para los países Andinos Oficial a Cargo Oficina UNESCO-Quito Representación para Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela	

<b>Presentación</b> .....	ix
<i>Guillermo Fernández-Maldonado C.</i> Asesor en Derechos Humanos del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos	

<b>Prólogo</b> .....	xi
<i>María Paz Ávila Ordoñez, Ramiro Ávila Santamaría y Gustavo Gómez Germano</i>	

## I

### El derecho a la libertad de expresión: características, fundamentos y debates

<b>Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión</b> .....	3
<i>Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	
<b>Constitucionalismo y libertad de expresión</b> .....	31
<i>Roberto Gargarella</i>	
<b>Libertad de expresión y estructura social</b> .....	63
<i>Owen Fiss</i>	
<b>El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional</b> .....	87
<i>Miguel Carbonell</i>	
<b>Derechos a la comunicación y teorías de la democracia.</b>	
<b>Una aproximación al planteamiento constitucional ecuatoriano</b> .....	97
<i>Marco Navas Alvear</i>	
<b>Libertad de Expresión y Ley Penal</b> .....	117
<i>Alfredo Chirino Sánchez</i>	

II  
Nueva agenda de la libertad de expresión

Nueva agenda y reconceptualización de la libertad de expresión en las Américas .....	143
<i>Gustavo Gómez Germano</i>	
Censura indirecta, publicidad oficial y diversidad .....	161
<i>Roberto Saba</i>	
Diversidad, pluralismo y libertad de expresión .....	181
<i>Catalina Botero</i>	
Libertad de Expresión y Radiodifusión.....	193
<i>Catalina Botero</i>	
Libertad de expresión de los pueblos indígenas, minorías y grupos vulnerables .....	243
<i>Frank La Rue</i>	

III  
Jurisprudencia sobre libertad de expresión

“New york times vs. Sullivan” y la malicia real de la doctrina.....	255
<i>Eduardo Andrés Bertoni</i>	
Libertad de información, democracia y control judicial: la jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada .....	275
<i>Catalina Botero, Juan Fernando Jaramillo, Rodrigo Uprimny Yepes</i>	
Jurisprudencia interamericana sobre libertad de expresión: avances y desafíos .....	349
<i>Eduardo Andrés Bertoni</i>	
Sentencias de la Corte Interamericana sobre libertad de expresión.....	373
<i>Ramiro Ávila Santamaría, María Paz Ávila Ordóñez</i>	

IV  
Instrumentos y doctrina internacional

Declaración conjunta del décimo aniversario: diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década .....	409
Nota biográfica de autoras y autores .....	419

II

Nueva agenda de la  
libertad de expresión

---

# Libertad de Expresión y Radiodifusión\*

Catalina Botero

---

## Sumario

A. Introducción. B. Aspectos generales sobre la finalidad y los límites de la regulación estatal en materia de radiodifusión. 1. Naturaleza de la regulación sobre radiodifusión. 2. Requisitos generales para que la regulación de la radiodifusión resulte compatible con lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Convención Americana en materia de limitaciones a la libertad de expresión. 3. La regulación sobre radiodifusión debe estar establecida mediante una ley redactada de manera clara y precisa. 4. La regulación sobre radiodifusión, cuando puede afectar el derecho a la libertad de expresión, sólo es legítima si persigue una finalidad amparada por la Convención Americana. a. La regulación sobre radiodifusión debería tener como finalidad garantizar una mayor seguridad para que las personas puedan expresarse con libertad y sin miedo a ser sancionadas o estigmatizadas por ello. b. La regulación sobre radiodifusión debería tener como finalidad asegurar igualdad de condiciones en el acceso a las frecuencias y mayor diversidad de los medios de comunicación audiovisual. 5. La regulación sobre radiodifusión sólo puede contemplar aquellas restricciones que sean necesarias, idóneas y proporcionales para lograr la finalidad que se persigue. C. Sobre la autoridad de aplicación y fiscalización de la actividad de radiodifusión. 1. La autoridad de aplicación y fiscalización debería ser un órgano independiente y autónomo del poder político y económico. 2. La autoridad de aplicación y fiscalización debe proceder de modo transparente y respetuoso del debido proceso. D. Sobre la asignación y renovación de las frecuencias. 1. Criterios y procedimiento de asignación. 2. Reconocimiento de los distintos sectores. 3. Condiciones de uso exigidas. 4. Sobre la renovación de las licencias. E. Sobre la transformación digital. F. Sobre los medios públicos de comunicación. 1. Mandato establecido por ley. 2. Indepen-

---

\* Este texto corresponde al capítulo VI, "Libertad de expresión y radiodifusión", *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Catalina Botero, Relatora Especial para la Libertad de Expresión, 30 de diciembre de 2009.

dencia. 3. Acceso universal y financiamiento adecuado. 4. Transparencia y rendición de cuentas. G. Sobre los medios comunitarios de radiodifusión. 1. Importancia y características. 2. Reconocimiento legal. 3. Reservas de espectro y condiciones equitativas de acceso y de uso de las licencias. H. Sobre la radiodifusión privada comercial. I. Sobre el deber estatal de evitar monopolios u oligopolios en la radiodifusión. J. Publicidad oficial y otras formas de financiamiento de la radiodifusión. K. Sobre el régimen de sanciones. 1. Legitimidad de las sanciones. 2. Debido proceso.

## A. Introducción

El artículo 13 de la Convención Americana consagra el derecho a la libertad de expresión e indica que este derecho puede ejercerse *por cualquier medio*. En efecto, el artículo 13 establece que el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole puede ejercerse “oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. En tanto, los principios 1 y 6 de la Declaración de Principios reconocen que toda persona tiene el derecho a contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación.

Asimismo, hace ya más de veinte años, la Corte Interamericana aclaró que: “la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a fundar o utilizar *cualquier medio apropiado* para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”<sup>1</sup>. Asimismo, la Corte Interamericana ha señalado que los medios de comunicación cumplen un papel esencial en tanto vehículo o instrumento para el ejercicio de la libertad de expresión e información, en sus dimensiones individual y colectiva, en una sociedad democrática<sup>2</sup>. En efecto, los medios de comunicación tienen la tarea de transmitir toda clase de informaciones y opiniones sobre asuntos de interés general que el público tiene derecho a recibir y valorar de manera autónoma<sup>3</sup>. En tal sentido, la jurisprudencia y la doctrina regional han reiterado que la existencia de medios de comunicación libres, independientes, vigorosos, pluralistas y diversos, es esencial para el adecuado funcionamiento de una sociedad democrática<sup>4</sup>.

1 Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 31. El destacado es nuestro.

2 Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 117; Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 149.

3 Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 153.

4 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo IV, párrs. 216 a 230.

En este punto, resulta relevante recordar que el alcance democrático de la libertad de expresión reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos, implica tanto la facultad de cada persona de expresar sus pensamientos, como la de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, ya sea en forma oral, impresa, a través de medios masivos de comunicación o cualquier otro medio de su elección. Este alcance democrático de la libertad de expresión reconoce entonces una dimensión colectiva que incluye el derecho del público a recibir y el derecho de quien se expresa mediante un medio de comunicación a difundir la máxima diversidad posible de información e ideas.

En este sentido, el derecho a la libertad de expresión ampara, de una parte, el derecho a fundar o utilizar los medios de comunicación para ejercer la libertad de expresión y, de otra, el derecho de la sociedad a contar con medios de comunicación libres, independientes y plurales que le permitan acceder a la mayor y más diversa información. En otras palabras, los medios de comunicación, y en especial los medios de comunicación audiovisual<sup>5</sup>, desempeñan una función esencial para garantizar la libertad de expresión de las personas, en tanto sirven para difundir los propios pensamientos e informaciones y, al mismo tiempo, permiten acceder a las ideas, informaciones, opiniones y manifestaciones culturales de otras personas.

En la actualidad, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión a través de los medios de comunicación es una garantía fundamental para que pueda realizarse adecuadamente el proceso de deliberación colectiva sobre los asuntos públicos. En este sentido, la garantía reforzada de la libertad de expresión en este campo es condición de posibilidad para que el ejercicio de los derechos políticos y de participación obedezca a una selección informada y razonable de preferencias. En tal sentido, en las sociedades contemporáneas, los medios de comunicación son actores protagonistas de esta deliberación pues favorecen que las personas accedan tanto a la información relevante como a diversas perspectivas necesarias para la formación de un juicio razonado e informado sobre los asuntos públicos<sup>6</sup>.

Pero el ejercicio del derecho a la libertad de expresión a través de los medios masivos de comunicación no sólo es garantía del proceso democrático. También es condición de posibilidad para el ejercicio de la autonomía individual en otros ámbitos de la vida de cada persona. En efecto, la libertad de expresión ejercida a través de los medios de comunicación permite que las personas puedan expresar y conocer distintas visiones del mundo (propuestas estéticas, morales, culturales, entre otras) y puedan formarse un criterio autónomo para escoger su propio plan de vida.

5 Por “radiodifusión”, siguiendo a la Unión Internacional de Telecomunicaciones, se ha comprendido a la radio y a la televisión abierta. En tanto que, por “servicios de comunicación audiovisual”, pueden incluirse todos los medios de comunicación visuales y de audio, independientemente del soporte técnico utilizado para su transmisión. Si bien muchos de los estándares sistematizados en este documento pueden ser aplicados a todos los medios de comunicación audiovisual, a efectos de este capítulo se utilizará el término “radiodifusión” en sentido amplio, por ser un término usualmente aceptado.

6 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo IV.

Es clara, entonces, la función esencial que desempeñan los medios de comunicación para promover un verdadero debate democrático sobre los asuntos públicos y para cualificar también el proceso de selección de preferencias en los asuntos privados o individuales. Por este motivo, la Corte Interamericana ha sido enfática al señalar que la libertad y la diversidad deben ser principios rectores de la regulación de la radiodifusión<sup>7</sup>, y al indicar que la actividad de los medios de comunicación debe estar guiada y protegida por los estándares del derecho a la libertad de expresión. Al respecto, dicho tribunal ha señalado que son “los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad”<sup>8</sup>. Por consiguiente, cualquier regulación —y cualquier política pública en general— sobre los medios de comunicación debe evaluarse a la luz de las pautas y directrices que impone el derecho a la libertad de expresión.

La misma doctrina ha sido formulada de manera reiterada por la CIDH y su Relatoría Especial en sus diversos informes, que han señalado el importante papel del Estado a la hora de regular el espectro electromagnético para asegurar una radiodifusión libre, independiente, vigorosa, plural y diversa. En este sentido, como ya se mencionó, todas las personas tienen derecho a fundar o formar parte de medios de comunicación y aquéllos que requieren del uso del espectro deben ser objeto de una regulación clara, transparente y democrática, que asegure el mayor goce de este derecho para el mayor número de personas y, por consiguiente, la mayor circulación de opiniones e informaciones. En efecto, como ya se ha indicado, la regulación del espectro electromagnético debe garantizar, al mismo tiempo, la libertad de expresión del mayor número de personas o perspectivas, la igualdad de oportunidades en el acceso a los medios y el derecho a la información plural y diversa de las sociedades contemporáneas<sup>9</sup>. Para lograr tales objetivos se requiere que los Estados se sometan a una serie de reglas sin las cuales no es posible garantizar todos los extremos mencionados. Tanto la Corte Interamericana como la CIDH se han detenido en la explicación de estas pautas y directrices. En la parte que sigue de este documento, se recoge la doctrina y la jurisprudencia de ambos órganos especializados y se desarrollan algunos de los principios que éstos han planteado.

- 7 Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.
- 8 Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 31 y 34.
- 9 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo III, párrs. 184-187.

## B. Aspectos generales sobre la finalidad y los límites de la regulación estatal en materia de radiodifusión

La CIDH ha reconocido la potestad que tienen los Estados para regular la actividad de radiodifusión. Esta facultad abarca no sólo la posibilidad de definir la forma en que se realizan las concesiones, renovaciones o revocaciones de las licencias<sup>10</sup>, sino también la de planificar e implementar políticas públicas sobre dicha actividad, siempre y cuando se respeten las pautas que impone el derecho a la libertad de expresión<sup>11</sup>.

La regulación sobre radiodifusión suele abarcar aspectos vinculados con los procedimientos de acceso, renovación o revocación de las licencias, requisitos para acceder a ellas, condiciones para utilizarlas, composición y facultades de la autoridad de aplicación y fiscalización, entre otros temas. En tanto estos aspectos pueden significar restricciones al derecho a la libertad de expresión, la regulación debería cumplir con una serie de condiciones para ser legítima: estar prevista en una ley clara y precisa; tener como finalidad la libertad e independencia de los medios, así como la equidad y la igualdad en el acceso al proceso comunicativo; y establecer sólo aquellas limitaciones posteriores a la libertad de expresión que sean necesarias, idóneas y proporcionadas al fin legítimo que persigan<sup>12</sup>. En los próximos apartados se especificarán cada uno de los requisitos que debería cumplir la regulación sobre radiodifusión para ser adecuada a los parámetros impuestos por el derecho a la libertad de expresión.

### 1. Naturaleza de la regulación sobre radiodifusión

La jurisprudencia interamericana ha destacado que, en relación con la protección, garantía y promoción de los derechos humanos, los Estados no sólo deben abstenerse de “realizar acciones o favorecer prácticas que de cualquier manera se encuentren dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones que, *de iure* o *de facto*, discriminen o excluyan arbitrariamente a ciertos grupos o personas en [su] goce o ejercicio”, sino que, los Estados están obligados a “adoptar medidas positivas (legislativas, administrativas o de cualquier otra naturaleza) para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes que comprometan

10 En este informe se usarán indistintamente los términos “concesiones”, “licencias”, “autorizaciones” o “permisos”, aun cuando se reconozca que cada uno puede tener alcances distintos en los diferentes países de la región.

11 “La Comisión reconoce que el Estado tiene la potestad de administrar el espectro radioeléctrico, de establecer previamente términos de duración de las concesiones y de decidir sobre su renovación a la finalización de los plazos respectivos”. CIDH, 25 de mayo de 2007, Comunicado de Prensa No. 29/07, Internet: <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2007/29.07sp.htm>.

12 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo IV, párr. 82.

el goce y ejercicio efectivo del derecho a la libertad de expresión de ciertos grupos, en condiciones de igualdad y no discriminación”<sup>13</sup>.

La potestad de los Estados de regular la actividad de radiodifusión se explica, entre otras, en esta “obligación de garantizar, proteger y promover el derecho a la libertad de expresión en condiciones de igualdad y sin discriminación, así como en el derecho de la sociedad a conocer todo tipo de informaciones e ideas”<sup>14</sup>. De esta manera, la regulación que pueden y deben realizar los Estados en materia de radiodifusión está destinada a crear un marco en el cual sea posible el más amplio, libre e independiente ejercicio de la libertad de expresión por la más diversa cantidad de grupos o personas, de forma tal que se asegure al mismo tiempo que esta facultad no será usada como forma de censura y que se garanticen la diversidad y la pluralidad.

## 2. Requisitos generales para que la regulación de la radiodifusión resulte compatible con lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Convención Americana en materia de limitaciones a la libertad de expresión

La libertad de expresión no es un derecho absoluto<sup>15</sup> y, como tal, admite reglamentaciones y restricciones. El marco general que establece las condiciones para que la regulación de un Estado sea legítima está determinado por los incisos 2, 3, 4 y 5 del artículo 13 de la Convención Americana<sup>16</sup>. En particular, el inciso 2 señala que: “el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: (a) el respeto

13 *Ibid.*, párr. 230.

14 *Ibid.*, párr. 216. El destacado es nuestro.

15 Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 54; Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 79; Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120; Corte IDH, *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 106; Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 131; CIDH, *Informe Anual 1994*, Capítulo V: “Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

16 Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120; Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 35; CIDH, Informe No. 11/96. Caso No. 11.230. *Francisco Martorell* (Chile). 3 de mayo de 1996, párr. 55; CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*. Transcritos en: Corte IDH, *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 72 a); CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, p. 135.

a los derechos o a la reputación de los demás, o (b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. Por su parte, según el inciso 3, “no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

La jurisprudencia interamericana ha desarrollado una serie de pautas para analizar la legitimidad de las restricciones a la libertad de expresión y su compatibilidad con la Convención Americana que resultan aplicables a la regulación de la radiodifusión por ser ésta una de las formas en que se ejerce la libertad de expresión. De acuerdo con la Relatoría Especial, “las reglas atinentes a la admisibilidad de las restricciones se aplican a todos los elementos constitutivos de la libertad de expresión, en sus diversas manifestaciones. Así, por ejemplo, deben cumplir con estas condiciones las limitaciones impuestas a la expresión de los pensamientos e ideas propios, al acceso, la difusión y la circulación de la información, y a los medios de comunicación”, pero también toda otra manifestación del poder estatal (leyes, actos administrativos o decisiones judiciales) que incida sobre el ejercicio del derecho<sup>17</sup>.

La primera regla general que deben cumplir tanto las reglamentaciones como las restricciones para ser legítimas, según la Convención Americana, es ser compatibles con el principio democrático o, en otras palabras, “incorporar las exigencias justas de una sociedad democrática”<sup>18</sup>. Ahora bien, para analizar esta condición general, la jurisprudencia del sistema ha identificado tres condiciones específicas, que se derivan del artículo 13.2 de la Convención Americana, en lo que se denomina “*test* tripartito”: (1) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara mediante una ley formal y material; (2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana; y (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr; y estrictamente proporcional a la finalidad perseguida. Asimismo, el sistema interamericano ha establecido que los tres requisitos deben cumplirse en simultáneo y que corresponde a la autoridad que impone las limitaciones demostrar que dichas condiciones han sido cumplidas<sup>19</sup>.

- 17 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Cap. III, párr. 61; Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 36; Corte IDH, *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 165.
- 18 CIDH, *Informe Anual 1994*, Capítulo V: “Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Título IV, Apartado A. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.
- 19 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, pp. 135-136.

En los párrafos que siguen, se aplican estas condiciones específicas a la regulación sobre radiodifusión.

### 3. La regulación sobre radiodifusión debe estar establecida mediante una ley redactada de manera clara y precisa

La regulación sobre radiodifusión, en tanto puede implicar una limitación al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, debe estar establecida en forma previa y de manera expresa, taxativa, precisa y clara en una ley, tanto en el sentido formal como material<sup>20</sup>. A este respecto es aplicable la definición de la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-6/86, según la cual, la expresión “leyes” no significa cualquier norma jurídica, sino aquellos actos normativos generales adoptados por el órgano legislativo constitucionalmente previsto y democráticamente elegido, según los procedimientos establecidos en la Constitución, ceñidos al bien común<sup>21</sup>.

Es fundamental que el marco legal provea seguridad jurídica a los ciudadanos y ciudadanas y determine, en los términos más claros y precisos posibles, las condiciones de ejercicio del derecho y las limitaciones a que está sometida la actividad de radiodifusión<sup>22</sup>. Así, por ejemplo, al regularse la forma de integración de las autoridades de aplicación de la norma, o los procedimientos de acceso o revocación de licencias, o las facultades de las autoridades públicas, la redacción de la norma debería procurar evitar vaguedades o ambigüedades que

- 20 Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 39-40; Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 79; Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120; CIDH, *Informe Anual 1994*, Capítulo V: “Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Título IV, Apartado A. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995; CIDH, Informe No. 11/96. Caso No. 11.230. *Francisco Martorell* (Chile), 3 de mayo de 1996, párr. 55; CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*. Transcritos en: Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 72 a); CIDH, Informe Anual 2008, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, p. 137.
- 21 Corte IDH, *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 22.
- 22 En el mismo sentido se expresa la jurisprudencia del Tribunal Europeo, en virtud de la cual, “la expresión ‘previsto en la ley’, contenida en los artículos 9, 10 y 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [...], no sólo requiere que una interferencia a los derechos consagrados en estos artículos esté basada en la ley nacional, sino que también se refiere a la calidad de la ley en cuestión. Dicha ley debe ser accesible a las personas involucradas y debe estar formulada con suficiente precisión para permitirles, de ser necesario, prever, de manera razonable, las consecuencias que una acción determinada pueda implicar”. *Glas Nadezhda Eood and Elenkov vs. Bulgaria*, No. 14134/02, § 45, E.C.H.R. (11/10/2007), Internet: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/se.arch.asp?sessionid=39864985&skin=hudoc-en>.

favorezcan potenciales actos de arbitrariedad que impliquen la discriminación de una persona, grupo o sector en la radiodifusión. Es necesario entonces que sea la ley la que establezca los aspectos sustantivos de la regulación; es decir, que no delegue la definición de las políticas centrales de la actividad de radiodifusión en la autoridad de aplicación. En todo caso, ésta sólo podría completar o especificar los aspectos sustantivos definidos previa y claramente en la ley<sup>23</sup>.

Sobre el particular, la CIDH ha sostenido que: “las normas vagas, ambiguas, amplias o abiertas, por su simple existencia, disuaden la emisión de informaciones y opiniones por miedo a sanciones, y pueden llevar a interpretaciones judiciales amplias que restringen indebidamente la libertad de expresión”<sup>24</sup>.

Por su parte, en su Declaración Conjunta de 2007, los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OSCE, la OEA y la Comisión Africana hicieron hincapié en que, “la transparencia debe ser el sello distintivo de los esfuerzos de las políticas públicas en el área de la radiodifusión. Este criterio debe ser aplicable a la regulación, propiedad, esquemas de subsidios públicos y otras iniciativas en cuanto a políticas”<sup>25</sup>.

23 La regla general que exige que las restricciones sean definidas por una ley en sentido formal, “no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención” (Corte IDH, *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 36). En este sentido, el Tribunal Europeo ha reconocido que son incompatibles con el Convenio Europeo las leyes que asignan a la autoridad de regulación de la radiodifusión facultades absolutamente discrecionales. Al respecto, el Tribunal Europeo indicó que la “ley nacional también debe proporcionar una medida de protección legal contra las interferencias arbitrarias a los derechos garantizados por el Convenio por parte de las autoridades públicas. En materia de la afectación de derechos fundamentales, sería contrario al estado de derecho, el cual es uno de los principios básicos de una sociedad democrática consagrados por el Convenio, que una discreción legal otorgada al ejecutivo estuviera expresada en términos de poder ilimitado. En consecuencia, la ley debe indicar con suficiente claridad el alcance de cualquier norma discrecional y la manera de ejercitarla. Debe, además, proveer adecuadas y efectivas garantías en contra del abuso, las cuales en algunos casos incluyen procedimientos para el efectivo escrutinio judicial”. *Glas Nadezhda Eood and Elenkov vs. Bulgaria*, No. 14134/02, § 46, E.C.H.R. (11/10/2007), Internet: [http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessio\\_nid=39864985&skin=hudoc-en](http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessio_nid=39864985&skin=hudoc-en).

24 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, p. 138.

25 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

#### 4. La regulación sobre radiodifusión, cuando puede afectar el derecho a la libertad de expresión, sólo es legítima si persigue una finalidad amparada por la Convención Americana

La jurisprudencia del sistema interamericano ha establecido que las restricciones al ejercicio de un derecho, para ser legítimas, deben perseguir el logro de alguno de los objetivos expresamente previstos en la misma Convención Americana, a saber: la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público o de la salud o moral públicas. Esta advertencia se comprende en el caso de limitaciones a un derecho, pues debe ser evidente el interés público imperativo que justifique la restricción. En la medida en que la regulación sobre radiodifusión establezca alguna restricción al derecho a la libertad de expresión, resultan plenamente aplicables estos estándares<sup>26</sup>.

En este punto, es importante señalar que cuando se produce una restricción de la libertad de expresión en nombre de una de las finalidades mencionadas, corresponde al Estado la carga de demostrar que efectivamente existe una amenaza cierta de que se ocasione un daño real que resulte indispensable prevenir mediante la restricción impuesta. A este respecto, la Relatoría Especial ya ha tenido la oportunidad de indicar que cualquier limitación de la libertad de expresión en nombre de alguna de las finalidades previstas, “debe obedecer a causas reales y objetivamente verificables, que planteen una amenaza cierta y creíble de una perturbación potencialmente grave de las condiciones básicas para el funcionamiento de las instituciones democráticas. En consecuencia, no resulta suficiente invocar meras conjeturas sobre eventuales afectaciones del orden, ni circunstancias hipotéticas derivadas de interpretaciones de las autoridades frente a hechos que no planteen claramente un riesgo razonable de disturbios graves (‘violencia anárquica’). Una interpretación más amplia o indeterminada abriría un campo inadmisiblemente a la arbitrariedad y restringiría de raíz la libertad de expresión que forma parte integral del orden público protegido por la Convención Americana”<sup>27</sup>.

26 La jurisprudencia interamericana ha especificado cuál es la forma adecuada de armonizar el ejercicio de la libertad de expresión con “la protección de los derechos de los demás” y el “orden público”, por ejemplo, en aquellos casos en los cuales se analizó la imposición de responsabilidades ulteriores ante afectaciones al derecho a la honra o reputación por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión (Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177). Asimismo, los órganos del sistema han precisado que para justificar limitaciones de la libertad de expresión para la protección de los derechos ajenos, es necesario que éstos “se encuentren claramente lesionados o amenazados, lo cual compete demostrar a la autoridad que impone la limitación; si no hay una lesión clara a un derecho ajeno, las responsabilidades ulteriores resultan innecesarias” (CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, p. 139).

27 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo IV, párr. 75.

Asimismo, es indispensable que las categorías empleadas en el artículo 13.2 sean interpretadas conforme a la Convención Americana. Así por ejemplo, la Corte Interamericana ha definido que la expresión “orden público” debe ser interpretada como “las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”<sup>28</sup>. En tal sentido, la regulación sobre radiodifusión no podrá establecer limitaciones a la circulación de noticias, ideas u opiniones molestas, chocantes o perturbadoras, en nombre de la defensa del “orden público”, puesto que “el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse. [...] También interesa al orden público democrático, tal como está concebido por la Convención Americana, que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información”<sup>29</sup>.

Ahora bien, la regulación sobre radiodifusión debería aspirar a promover y expandir el alcance del derecho a la libertad de expresión y no a restringirlo. En esa medida, el marco jurídico debería asegurar que los medios de comunicación pudieran servir de vehículo para el ejercicio libre, vigoroso, abierto, plural y diverso de la libertad de expresión. A este respecto, la CIDH sostuvo que “la libre circulación de ideas y noticias no es concebible sino dentro de una pluralidad de fuentes de información y del respeto a los medios de comunicación”<sup>30</sup>. En consecuencia, la regulación debería tender a garantizar una mayor seguridad para expresarse en libertad sin miedo a ser sancionado o estigmatizado por ello y, al mismo tiempo, promover una mayor igualdad de condiciones en el ejercicio de la libertad de expresión, entendida ésta en una triple acepción: pluralidad de voces, diversidad de las voces y no discriminación. En los párrafos que siguen se explica un poco más en detalle esta formulación.

28 Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 68.

29 *Ibid.* En este mismo sentido, la CIDH ha explicado que una democracia funcional es la máxima garantía del orden público, y que la existencia de una sociedad democrática se basa en la piedra angular del derecho a la libertad de expresión (CIDH, *Informe Anual 1994*, Capítulo V: “Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Título IV, Apartado A. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995).

30 CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, p. 27.

- a. **La regulación sobre radiodifusión debería tener como finalidad garantizar una mayor seguridad para que las personas puedan expresarse con libertad y sin miedo a ser sancionadas o estigmatizadas por ello**

La regulación sobre radiodifusión debería tener como meta asegurar previsibilidad y certeza jurídica a quienes poseen o adquieren una licencia, de forma tal que puedan ejercer su derecho a la expresión con libertad y sin miedo a consecuencias negativas como represalia por la difusión de información. En consecuencia, las normas deben estar diseñadas de manera tal que otorguen garantías suficientes contra posibles actos de arbitrariedad estatal. Este objetivo dependerá, por ejemplo, de: (1) que las normas que establezcan derechos y obligaciones sean claras y precisas; (2) que se contemplen procedimientos transparentes y respetuosos del debido proceso —que permitan, entre otras cosas, revisar judicialmente las decisiones que se adopten en el ámbito administrativo—; (3) que se otorgue el permiso para el uso de la frecuencia por un tiempo suficiente para desarrollar el proyecto comunicativo o para recuperar la inversión y lograr su rentabilidad; (4) que se asegure que mientras se usa la frecuencia no serán exigidos más requerimientos que los establecidos en la ley; y (5) que no se tomarán decisiones que afecten el ejercicio de la libertad de expresión por razón de la línea editorial o informativa. Estas y otras garantías de las que se hablará adelante son esenciales para la existencia de una radiodifusión verdaderamente libre y vigorosa.

- b. **La regulación sobre radiodifusión debería tener como finalidad asegurar igualdad de condiciones en el acceso a las frecuencias y mayor diversidad de los medios de comunicación audiovisual**

La igualdad en el ejercicio de la libertad de expresión, a efectos de analizar la legitimidad de la finalidad perseguida por la regulación sobre radiodifusión, requiere tres componentes: pluralidad de voces (medidas antimonopólicas), diversidad de las voces (medidas de inclusión social)<sup>31</sup> y no discriminación (acceso en condiciones de igualdad a los procesos de asignación de frecuencias).

La necesidad de promover medidas antimonopólicas ya ha sido reconocida por la CIDH, al aprobar el principio 12 de la Declaración de Principios, según el cual “los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a

31 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo IV, párr. 216. Al respecto, los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OSCE destacaron “la importancia fundamental de la diversidad en los medios de 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”. Declaración Conjunta sobre los desafíos a la libertad de expresión en el nuevo siglo, 20 de noviembre de 2001.

leyes antimonopólicas 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. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación”. Al respecto la Relatoría Especial ha indicado que, “si los medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por sólo uno, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas, o sólo una, ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia. La democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático”<sup>32</sup>. En este punto no puede perderse de vista que el rechazo no se refiere sólo a la concentración privada de la propiedad. Naturalmente, si de lo que se trata es de garantizar una radiodifusión libre, independiente y plural, todo lo dicho se aplica también —y de manera especial— a los procesos de concentración de la propiedad o el control de los medios por parte del Estado.

Pero no basta con la adopción de medidas antimonopólicas para asegurar el acceso en condiciones de igualdad a los medios de comunicación. Al respecto, el principio 13 de la Declaración de Principios ha destacado que, “las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos”. En el mismo sentido, la CIDH ha indicado que “uno de los requisitos fundamentales del derecho a la libertad de expresión es la necesidad de que exista una amplia **pluralidad** en la información”<sup>33</sup>.

En este sentido, la regulación sobre radiodifusión debería formar parte de una política activa de inclusión social que tienda a la reducción de las desigualdades existentes en la población respecto del acceso a los medios de comunicación. Esto exige que los Estados, al momento de regular la actividad de radiodifusión, tengan especialmente en consideración a grupos con dificultades para hacer efectivo dicho acceso. En tal sentido, la regulación de-

32 CIDH, *Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala*, Capítulo VII: “La situación de la libertad de expresión”, párr. 419, Internet: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/ca pitulo7.htm>.

33 *Ídem*. En esta cita, el término “información” está considerado en su acepción amplia, en tanto incluye opiniones, ideas, expresiones artísticas, culturales, etc. Al respecto, la Corte Interamericana ha remarcado que, dada “la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la responsabilidad que entraña para los medios de comunicación social y para quienes ejercen profesionalmente estas labores, el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En estos términos se puede explicar la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios, que deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan, y el esfuerzo por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas”. Corte IDH, *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 106.

bería tener como finalidad contribuir a que todos los sectores puedan competir en igualdad de condiciones, garantizando para ello reglas especiales que permitan el acceso de grupos tradicionalmente marginados del proceso comunicativo.

Por su parte, en 2001, los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OSCE y la OEA elaboraron una Declaración Conjunta específica sobre la diversidad en la radiodifusión, como un mensaje claro destinado a resaltar la importancia de garantizar una igualdad de oportunidades a todos los individuos en el acceso a los medios de comunicación. En esta Declaración Conjunta señalaron que: “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”<sup>34</sup>. Asimismo, en la Declaración Conjunta de 2007, reconocieron que los diferentes tipos de medios de comunicación (comerciales, públicos y comunitarios), así como los que tienen diferente alcance (local, nacional, regional o internacional) contribuyen a la diversidad en la libertad de expresión. Finalmente, señalaron que tanto la concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación, como la injerencia arbitraria del gobierno “constituyen una amenaza a la diversidad de los medios”, entre otros efectos negativos en el sistema de medios de comunicación<sup>35</sup>.

Sobre este tema, resulta relevante citar la “Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales” de la UNESCO (2005), que promueve el respeto de las identidades culturales, la diversidad lingüística, las religiones y los usos y costumbres de los distintos sectores sociales y, en particular, de los grupos minoritarios. Al respecto, dicho instrumento establece que, “la diversidad cultural se manifiesta no sólo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados”<sup>36</sup>. En su preámbulo se aclara además que: “las actividades, los bienes y los servicios culturales son de índole a la vez económica y cultural, porque son portadores de identidades, valores y significados, y por consiguiente no deben tratarse como si sólo tuviesen un valor comercial”. La finalidad de la diversidad en la radiodifusión se debe plasmar en una regulación que asegure, entre otras cosas, suficiente espacio para la transmisión de las diferentes plataformas de comunicación. Según han advertido los relatores para la libertad de expresión, “en términos de difusión terrestre, ya sea análoga o digital, esto implica una asignación apropiada de las frecuencias para usos de radiodifusión”<sup>37</sup>.

34 Declaración Conjunta sobre desafíos a la libertad de expresión en el nuevo siglo, 20 de noviembre de 2001.

35 *Ibid.*

36 UNESCO, Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, artículo 4.1.

37 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007. Asimismo agre-

Como ya se mencionó, la finalidad de asegurar mayor pluralismo y diversidad en la radiodifusión, parte necesariamente de una política antidiscriminatoria en dos sentidos complementarios.

Por un lado, “los Estados deben abstenerse de realizar acciones o favorecer prácticas que de cualquier manera se encuentren dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones que, *de iure* o *de facto*, discriminen o excluyan arbitrariamente a ciertos grupos o personas en el goce o ejercicio del derecho a la libertad de expresión”<sup>38</sup>. En este sentido, la regulación sobre radiodifusión debería prohibir la toma de decisiones que afecte el ejercicio de la libertad de expresión basada en la línea editorial o informativa del medio de comunicación; o que excluya deliberadamente a un sector en el acceso a los medios (por ejemplo, sectores no comerciales o que tengan alcance geográfico local o regional). Así, en el informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, la CIDH aclaró que “las subastas que contemplen criterios únicamente económicos o que otorguen concesiones sin una oportunidad equitativa para todos los sectores son incompatibles con la democracia y con el derecho a la libertad de expresión e información garantizados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión”<sup>39</sup>.

Por otro lado, los Estados “deben adoptar medidas positivas (legislativas, administrativas o de cualquier otra naturaleza) para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes que comprometan el goce y ejercicio efectivo del derecho a la libertad de expresión de ciertos grupos, en condiciones de igualdad y no discriminación. Lo anterior, naturalmente, dentro del respeto pleno por el ejercicio de la libertad de expresión de todos, en los términos que ya han sido claramente definidos por la jurisprudencia interamericana”<sup>40</sup>.

Es claro entonces que la regulación sobre radiodifusión debería apuntar a superar las desigualdades existentes en el acceso a los medios de comunicación, por ejemplo, de sectores sociales desfavorecidos económicamente. En este sentido, los Estados no sólo deben abste-

---

gan que: “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), requerir que tanto las tecnologías de distribución como las de recepción sean complementarias y/o interoperable, inclusive a través de las fronteras nacionales, y proveer acceso no discriminatorio a servicios de ayuda, tales como guías de programación electrónica”.

- 38 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo III, párr. 230. En general, sobre la obligación del Estado de garantizar los derechos sin discriminación, véase Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 103-104.
- 39 CIDH, *Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala*, Capítulo VII: “La situación de la libertad de expresión”, párr. 414, Internet: [http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/ca\\_pitulo7.htm](http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/ca_pitulo7.htm).
- 40 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo III, párr. 230.

nerse de discriminar a estos sectores sino que además deben promover políticas públicas activas de inclusión social.

Al respecto, la Relatoría Especial ha señalado que: “hay un componente de la libertad de expresión con el cual estamos en deuda: las personas que integran los grupos sociales tradicionalmente marginados, discriminados o que se encuentran en estado de indefensión, son sistemáticamente excluidas, por diversas razones, del debate público. Estos grupos no tienen canales institucionales o privados para ejercer en serio y de manera vigorosa y permanente su derecho a expresar públicamente sus ideas y opiniones o para informarse sobre los asuntos que los afectan. Este proceso de exclusión ha privado también a las sociedades de conocer los intereses, las necesidades y propuestas de quienes no han tenido la oportunidad de acceder, en igualdad de condiciones, al debate democrático. El efecto de este fenómeno de exclusión es similar al efecto que produce la censura: el silencio”<sup>41</sup>.

Distintos aspectos de la regulación sobre radiodifusión están vinculados a esta finalidad. Así, por ejemplo, las previsiones sobre reservas del espectro para ciertos sectores generalmente excluidos, y el establecimiento de procedimientos especiales para que efectivamente puedan acceder a las licencias, apuntan a generar oportunidades equitativas para una igualdad real en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

**5. La regulación sobre radiodifusión sólo puede contemplar aquellas restricciones que sean necesarias, idóneas y proporcionales para lograr la finalidad que se persigue**

Es jurisprudencia consolidada del sistema interamericano que las limitaciones a la libertad de expresión deben ser “necesarias en una sociedad democrática”<sup>42</sup>, proporcionales e idóneas para el logro de los objetivos que persiguen. En la medida en que la regulación estatal sobre radiodifusión imponga limitaciones a la libertad de expresión, entonces ésta deberá respetar estos tres requisitos.

El requisito de ser “necesarias en una sociedad democrática” implica que la limitación, para ser legítima, debe ser imperiosa pues el mismo fin (que, por supuesto, debe ser legítimo) no puede alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo del derecho. En tal sentido, no basta con que se trate de una restricción “útil”, “razonable” u “oportuna”<sup>43</sup>. Que

41 *Ibid.*, Capítulo IV, párr. 100. La Relatoría Especial identifica, entre estos sectores, a las mujeres madres cabeza de familia que viven en situación de pobreza, indígenas, afrodescendientes, comunidades rurales o barriales organizadas, jóvenes artistas, entre otros.

42 Corte IDH, *Caso Herrería Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 120-123; Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 46.

43 Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr.

sea “necesaria” supone que no debe limitarse el derecho más allá de lo estrictamente indispensable para garantizar el pleno ejercicio y alcance del derecho a la libertad de expresión<sup>44</sup>.

Para determinar si la restricción impuesta por la regulación sobre radiodifusión es proporcionada, debe analizarse si existen o no alternativas menos restrictivas de la libertad de expresión para lograr el fin legítimo perseguido. En otras palabras, entre varias opciones para alcanzar el mismo objetivo, debe escogerse la que restrinja en menor escala el derecho protegido por el artículo 13 de la Convención Americana<sup>45</sup>.

Así, por ejemplo, el establecimiento de sanciones penales ante casos de violaciones a la legislación sobre radiodifusión no parece ser una restricción necesaria. En tal sentido, resulta relevante mencionar que tanto la CIDH como la Corte Interamericana han considerado, en todos los casos concretos que han sido objeto de su estudio y decisión, que la protección de ciertos derechos vulnerados por el ejercicio de la libertad de expresión por medio de sanciones penales resultaba desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática.

Además, en la medida en que la regulación sobre radiodifusión prevea limitaciones al derecho a la libertad de expresión, estas restricciones deben ser “idóneas” para cumplir la finalidad que se busca por medio de su imposición. En este sentido, la regulación debe ser un instrumento conducente y adecuado para obtener los objetivos legítimos e imperiosos que mediante ella se persiguen<sup>46</sup>.

Asimismo, para que las restricciones a la libertad de expresión que establezca la regulación sobre radiodifusión sean legítimas, éstas deberían ser “estrictamente proporcionadas” al fin que las justifica, y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible con el ejercicio legítimo de tal libertad<sup>47</sup>. Al respecto, es preciso

---

46; Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 122; CIDH, *Informe Anual 1994*, Capítulo V: “Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Título IV, Apartado A. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

44 Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 83; Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 85; Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 121-122; Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 46.

45 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo III, párr. 79.

46 Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 83.

47 *Ibid.*; Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 85; Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 123; Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 46.

analizar en cada caso si la restricción o sacrificio de la libertad de expresión “que ella conlleva resulta exagerado o desmedido frente a las ventajas que mediante ella se obtienen”<sup>48</sup>.

Si bien no hay fórmulas de aplicación general que permitan identificar *a priori* si una restricción es proporcionada o no, la Corte Interamericana ha señalado que para establecer la proporcionalidad de una restricción cuando se limita la libertad de expresión con el objetivo de preservar otros derechos, se deben evaluar tres factores: (i) el grado de afectación del otro derecho —grave, intermedia, moderada—; (ii) la importancia de satisfacer el otro derecho; y (iii) si la satisfacción del otro derecho justifica la restricción de la libertad de expresión<sup>49</sup>.

De lo hasta aquí expuesto, resulta claro que según los principios desarrollados por el sistema interamericano de protección de derechos humanos, los Estados tienen la facultad y el deber de regular la actividad de radiodifusión. Asimismo, la CIDH y la Corte Interamericana han dado ya algunas pautas que establecen que esta regulación debe cumplir con una serie de requisitos para ser adecuada a los estándares impuestos por el derecho a la libertad de expresión: debe estar establecida en una ley, en sentido material y formal, redactada de manera clara y precisa; debe tener como finalidad garantizar certeza en el ejercicio de la libertad de expresión; así como promover y garantizar un acceso equitativo al ejercicio del derecho, lo que implica que la regulación debe apuntar a lograr diversidad y pluralidad de voces.

### C. Sobre la autoridad de aplicación y fiscalización de la actividad de radiodifusión

La regulación estatal sobre radiodifusión debe reunir una serie de requisitos para ser compatible con los parámetros impuestos por el derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana. En este sentido, la protección del derecho a la libertad de expresión exige que la autoridad de aplicación y fiscalización de dicha regulación respete ciertas condiciones básicas, como garantía para el adecuado desarrollo del derecho. En efecto, las barreras o limitaciones para el ejercicio de la libertad de expresión pueden provenir, no sólo del marco legal sino también de prácticas abusivas de los órganos de aplicación.

Las normas jurídicas de radiodifusión en la mayoría de los países de la región le reconocen a la autoridad pública competente para aplicar las normas respectivas dos funciones esenciales: el desarrollo e implementación de ciertas políticas de comunicación (aplicación) y el control de las regulaciones previamente dictadas (fiscalización). Es importante señalar

48 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Cap. III, párr. 81. Véase también Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 83.

49 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Cap. III, párr. 82.

que aunque en algunos casos se hable de “autoridad de regulación”, conforme a los estándares del sistema interamericano ya expuestos, la regulación del Estado que afecte de manera sustancial el derecho a la libertad de expresión debe encontrarse consagrada en una ley en sentido formal, es decir, en una norma dictada por el órgano legislativo dispuesto por la Constitución. En todo caso, la llamada autoridad de aplicación y fiscalización podría estar facultada para concretar las circunstancias en las cuales serán aplicados los aspectos sustanciales de la política sobre radiodifusión definida previa y claramente en la ley<sup>50</sup>.

La autoridad de aplicación y fiscalización de la actividad de radiodifusión debe ser independiente, tanto de la influencia gubernamental como de los grupos privados vinculados a la radiodifusión pública, privada/comercial o comunitaria<sup>51</sup>. Debería ser un órgano colegiado que asegure pluralidad en su composición, estar sometido a procedimientos claros, integralmente públicos, transparentes y sometidos estrictamente a los imperativos del debido proceso y a un estricto control judicial<sup>52</sup>. Sus decisiones deben ser públicas, estar ajustadas a las normas legales existentes y encontrarse adecuadamente motivadas<sup>53</sup>. Finalmente, debe

50 Corte IDH, *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 36. En el mismo sentido, *Glas Nadezhda Eood and Elenkov vs. Bulgaria*, No. 14134/02, § 45, E.C.H.R. (11/10/2007), Internet: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=39864985&skin=hudoc-en>.

51 Al respecto, la Recomendación Rec(2000)23 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, citada por el Tribunal Europeo, sostiene que las “reglas que rigen a las autoridades de regulación del sector de la radiodifusión, en particular su composición, son un elemento clave de su independencia. Estas reglas deberán estar definidas de manera que estén protegidas de toda injerencia, particularmente de parte de fuerzas políticas o de intereses económicos”. Council of Europe. Committee of Ministers. Appendix to Recommendation Rec(2000)23 of the Committee of Ministers to member states. Regla 3, 20 de diciembre de 2000, Internet: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(2000\)23&Language=la nEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2000)23&Language=la nEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75).

52 El Tribunal Europeo se ha pronunciado sobre las características que debe tener la autoridad de regulación, aplicación y fiscalización del sector de las comunicaciones, en los mismos términos que aquí se indican. Así por ejemplo, en el caso *Glas Nadezhda Eood and Elenkov vs. Bulgaria*, el Tribunal Europeo señaló que la Recomendación Rec(2000)23 del Comité de Ministros del Consejo de Europa estableció la independencia y las funciones regulatorias de las autoridades de radiodifusión, recomendando a los Estados Miembros, inter alia, “incluir provisiones en sus legislaciones y en sus políticas que encarguen a las autoridades regulatorias del sector de radiodifusión facultadas que les permitieran cumplir con su mandato de conformidad con la ley nacional, de manera efectiva, independiente y transparente, de acuerdo con las reglas establecidas por el apéndice de esta recomendación”. *Glas Nadezhda Eood and Elenkov vs. Bulgaria*, no. 14134/02, § 33, E.C.H.R. (11/10/2007), Internet: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=39864985&skin=hudoc-en>.

53 En este sentido, la Recomendación Rec(2000)23, del Comité de Ministros del Consejo de Europa ha indicado que: “27. Toda decisión tomada y norma de regulación adoptada por las autoridades de regulación deberá ser: debidamente motivada conforme al derecho nacional; susceptible de control por las jurisdicciones competentes de acuerdo con la ley nacional; puesta a disposición del público”. Council of Europe. Committee of Ministers. Appendix to Recommendation Rec(2000)23 of the Committee

tratarse de un cuerpo responsable que rinda cuentas públicamente de su gestión. Sobre la autoridad de aplicación, la CIDH ha sostenido que “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 judicial”<sup>54</sup>.

Dada la importancia de este tema, resulta relevante detenerse un poco en cada una de sus características.

### 1. La autoridad de aplicación y fiscalización debería ser un órgano independiente y autónomo del poder político y económico

En su Declaración Conjunta de 2001, los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OSCE remarcaron que: “las entidades y órganos gubernamentales que regulan la radiodifusión deben estar constituidos de manera de estar protegidos contra las injerencias políticas y comerciales”<sup>55</sup>.

En efecto, dada la importancia de las funciones que deben cumplir, es fundamental que los órganos encargados de aplicar políticas y fiscalizar el cumplimiento de la regulación en materia de radiodifusión sean independientes, tanto de la influencia del poder político como de los intereses de los grupos económicos. A este respecto, en la “Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión” (2007), los relatores para la libertad de expresión señalaron 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”<sup>56</sup>.

Es fundamental, en consecuencia, que la autoridad de aplicación y fiscalización en materia de radiodifusión no esté sometida a injerencias políticas del gobierno ni del sector privado vinculado a la radiodifusión. Para ello, es necesario que las reglas que gobiernen la

---

of Ministers to member states. Regla 27, 20 de diciembre de 2000, Internet: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(2000\)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2000)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75).

54 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo IV, párr. 82.

55 Declaración Conjunta sobre los desafíos a la libertad de expresión en el nuevo siglo, 20 de noviembre de 2001. En el mismo sentido, la Recomendación Rec(2000)23 del Comité de Ministros del Consejo de Europa indica que las “reglas que rigen a las autoridades de regulación del sector de la radiodifusión, en particular su composición, son un elemento clave de su independencia. Estas reglas deberán estar definidas de manera que estén protegidas de toda injerencia, particularmente de parte de fuerzas políticas o de intereses económicos”. Council of Europe. Committee of Ministers. Appendix to Recommendation Rec (2000)23 of the Committee of Ministers to member states. Regla 3, 20 de diciembre de 2000, Internet: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(2000\)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2000)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75).

56 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

creación y funcionamiento de este órgano aseguren que el mismo tendrá suficientes garantías funcionales, orgánicas y administrativas para no obedecer ni a los imperativos de las mayorías políticas eventuales ni a los intereses de los grupos económicos.

Diversas son las medidas que colaboran en asegurar la independencia de este órgano, y al mismo tiempo, a fortalecer su legitimidad. Así, por ejemplo, es importante contemplar un órgano colegiado cuyos miembros sean elegidos mediante un proceso de designación transparente, que permita la participación ciudadana y guiado por criterios de selección previos y objetivos de idoneidad<sup>57</sup>. También debería establecerse un estricto régimen de inhabilidad, incompatibilidad y conflicto de interés para asegurar la independencia tanto del gobierno como de otros sectores vinculados a la radiodifusión<sup>58</sup>. Es necesario aclarar que deben ser funcionarios autónomos que sólo están sometidos al imperio de la ley y la Constitución. Además, es conveniente prever plazos fijos de duración de los mandatos que no coincidan con los plazos de duración de los mandatos de quien participa en su designación y que se contemplen renovaciones parciales escalonadas de sus miembros. Asimismo, deberían preverse mecanismos de remoción de los integrantes que sean transparentes, que sólo procedan ante faltas muy graves previamente establecidas en la ley, y que aseguren el debido proceso, en especial, la revisión judicial, para evitar que se utilicen de modo arbitrario o como represalia ante decisiones adoptadas<sup>59</sup>. Por último, es esencial asegurarle a la autoridad

- 57 Sobre el proceso de elección de las autoridades que integren la autoridad de aplicación en materia de radiodifusión, el Comité de Ministros del Consejo de Europa indicó que: “por otro lado, las reglas deben garantizar que los miembros de esas autoridades: sean designados de manera democrática y transparente; no puedan recibir órdenes ni tomar instrucciones de cualquier persona o instancia; se abstengan de efectuar toda declaración o de interponer toda acción susceptible de perjudicar la independencia de sus funciones o de tomar cualquier beneficio. Council of Europe. Committee of Ministers. Appendix to Recommendation Rec(2000)23 of the Committee of Ministers to member states. Reglas 3-5, 20 de diciembre de 2000, Internet: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(2000\)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2000)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75).”
- 58 Sobre la importancia de establecer un régimen adecuado de incompatibilidades que garantice la independencia e imparcialidad de la autoridad de aplicación en materia de radiodifusión, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha indicado que “a tal efecto, deberán estar definidas reglas precisas en materia de incompatibilidades, con el fin de evitar: que las autoridades de regulación estén bajo la influencia del poder político; que los miembros de las autoridades de regulación ejerzan funciones o detenten intereses en empresas u otros organismos del sector de medios de comunicación, o de sectores conexos, que puedan conducir a un conflicto de intereses con la calidad de miembro de la autoridad de regulación”. Council of Europe. Committee of Ministers. Appendix to Recommendation Rec(2000)23 of the Committee of Ministers to member states. Regla 4, 20 de diciembre de 2000, Internet: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(2000\)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2000)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75).”
- 59 Según la Recomendación Rec(2000)23 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, la “remoción [de los miembros de la autoridad de aplicación] debería ser sólo posible en caso de que no se respeten las reglas de incompatibilidad que deberían respetar o la incapacidad probada de desempeñar sus funciones, sin perjuicio de la posibilidad de que la persona involucrada pueda recurrir a los tribunales

de aplicación y fiscalización, autonomía funcional, administrativa y financiera, y un presupuesto fijo (asegurado por ley) adecuado al mandato del que disponga. Finalmente, debe tratarse de un órgano responsable que rinda públicamente cuenta de sus actos.

## 2. La autoridad de aplicación y fiscalización debe proceder de modo transparente y respetuoso del debido proceso

Otra de las garantías para una debida protección del derecho a la libertad de expresión ejercida mediante la radiodifusión es que la autoridad pública con funciones de aplicación de las políticas y de fiscalización de la regulación de esta actividad actúe de manera pública y transparente, respetuosa del debido proceso y sometida a un estricto control judicial<sup>60</sup>.

Así, por un lado, en la definición de políticas o en la planificación de medidas de administración de la actividad de radiodifusión, los organismos estatales deben contemplar procedimientos transparentes, públicos, con mecanismos periódicos de rendición pública de cuentas sobre su gestión, y que garanticen una efectiva participación de la sociedad civil en los procesos de toma de decisiones. Dependiendo del diseño institucional de cada país, la rendición pública de cuentas de este organismo puede proceder ante el Parlamento, la Procuraduría o Auditoría del Estado o, incluso, ante la institución nacional de derechos humanos, como la Defensoría del Pueblo.

En ese sentido, es importante reiterar que los relatores especiales para la libertad de expresión, en su Declaración Conjunta de 2007, sostuvieron que: “[I]a transparencia debe ser el sello distintivo de los esfuerzos de las políticas públicas en el área de la radiodifusión. Este criterio debe ser aplicable a la regulación, propiedad, esquemas de subsidios públicos y otras iniciativas en cuanto a políticas”<sup>61</sup>. Procedimientos transparentes son aquéllos que están previamente determinados en la regulación, que consagren criterios de evaluación (por ejemplo para asignar o revocar una licencia) objetivos y claros, que contemplen la realización de audiencias públicas, que aseguren acceso a la información pública de los ciudadanos y ciudadanas, y que obliguen a la motivación suficiente de sus decisiones, entre otros requisitos.

---

para cuestionar su remoción. En ese sentido, la remoción en base a una ofensa no relacionada con sus funciones debería ser posible sólo en instancias graves claramente definidas por la ley, sujetas a una sentencia judicial definitiva de un tribunal”.

60 En este sentido, la Recomendación Rec(2000)23 del Comité de Ministros del Consejo de Europa ha indicado que: “27. Toda decisión tomada y norma de regulación adoptada por las autoridades de regulación deberá ser: debidamente motivada conforme al derecho nacional; susceptible de control por las jurisdicciones competentes de acuerdo con la ley nacional; puesta a disposición del público”. Council of Europe. Committee of Ministers. Appendix to Recommendation Rec(2000)23 of the Committee of Ministers to member states. Regla 27, 20 de diciembre de 2000, Internet: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(2000\)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2000)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75).

61 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

Por otro lado, en la medida en que dentro de las funciones del órgano estatal se contemple la fiscalización del cumplimiento de la regulación y la aplicación de faltas o sanciones, entonces es crucial que la autoridad respete las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 8.1 de la Convención Americana. En particular, la regulación debe contemplar que las personas afectadas en las decisiones que se adopten puedan presentar pruebas de descargo, accedan a decisiones fundadas emitidas dentro de un plazo razonable y puedan recurrir las decisiones que adopte la autoridad de aplicación, entre otras garantías. Sobre este último punto, resulta fundamental que, en todos los casos, las personas afectadas puedan contar con un recurso idóneo y efectivo para controvertir las decisiones administrativas que pueden comprometer su derecho a la libertad de expresión, en los términos del artículo 25 de la Convención Americana.

#### **D. Sobre la asignación y renovación de las frecuencias**

La asignación de licencias de radio y televisión debe estar orientada por criterios democráticos y procedimientos preestablecidos, públicos y transparentes, que sirvan de freno a la posible arbitrariedad del Estado y que garanticen condiciones de igualdad de oportunidades para todas las personas y sectores interesados. Al respecto, el principio 12 de la Declaración de Principios ha destacado que “las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos”.

Para promover la igualdad de oportunidades en el acceso a los medios de comunicación deben preverse medidas positivas para que los tres sectores de la radiodifusión puedan acceder a las licencias en condiciones equitativas; deben contemplarse criterios democráticos y procedimientos transparentes para la asignación de las licencias; y deben establecerse condiciones de uso de las licencias razonables y no discriminatorias.

##### **1. Criterios y procedimiento de asignación**

La asignación de licencias de radio o televisión es una decisión que tiene un impacto definitivo sobre el derecho a la libertad de expresión en su doble dimensión: el derecho de todos a expresarse libremente y el derecho a recibir ideas y opiniones diversas. De esta decisión dependerá tanto el acceso a los medios de comunicación de quienes solicitan acceso a las frecuencias, como el derecho de toda la sociedad a recibir información plural en los términos del artículo 13 de la Convención Americana. En efecto, al asignar las frecuencias, el Estado decide cuál es la voz que el público podrá escuchar durante los años venideros. En consecuencia, en este proceso se definen, entre otras cosas, las condiciones sobre las cuales se adelantará la deliberación democrática requerida para el ejercicio informado de los derechos

políticos, así como las fuentes de información que le permitirán a cada persona adoptar decisiones informadas sobre sus preferencias personales y formar su propio plan de vida.

Los bienes en juego demuestran la enorme importancia que reviste el proceso de asignación de licencias. Por esta razón, este proceso debe encontrarse estrictamente regulado por la ley, caracterizarse por su transparencia<sup>62</sup> y estar guiado por criterios objetivos, claros, públicos y democráticos<sup>63</sup>. En este mismo sentido, el procedimiento de adjudicación de una licencia debe estar rodeado de suficientes garantías contra la arbitrariedad, incluyendo la obligación de motivar la decisión que concede o niegue la solicitud, y el adecuado control judicial de dicha decisión<sup>64</sup>.

En los párrafos que siguen se explican brevemente algunos de los principios que deben guiar ese proceso.

En primer lugar, los criterios que deben guiar la asignación de licencias deben estar previstos de manera clara y precisa en las normas aplicables, de forma tal que protejan a los solicitantes contra cualquier forma de arbitrariedad. En este sentido, los procedimientos deben ser transparentes, claros y contar con plazos fijos predeterminados. Asimismo, los requisitos de asignación deben consagrarse en leyes claras y precisas de forma tal que se evite cualquier consideración política discriminatoria que pueda afectar la asignación en atención, por ejemplo a las ideas políticas o religiosas o de cualquier otro orden, de la persona que solicita la licencia. Al respecto, el principio 13 de la Declaración de Principios sostiene que:

62 *Idem*. En este mismo sentido, el Comité de Ministros del Consejo de Europa indicó que: “13. Una de las tareas esenciales de las autoridades de regulación del sector de la radiodifusión es normalmente la concesión de licencias de radiodifusión. Las condiciones fundamentales y los criterios que rigen la concesión y la renovación de las licencias de radiodifusión deben estar claramente definidos por la ley”. Y que: “14. Las reglas que rigen los procedimientos de concesión de licencias de radiodifusión deben ser claras y precisas y deben ser aplicadas de manera abierta, transparente e imparcial. Las decisiones tomadas en esta materia por las autoridades de regulación deben ser objeto de una publicidad apropiada”. Council of Europe. Committee of Ministers. Appendix to Recommendation Rec(2000)23 of the Committee of Ministers to member states. Reglas 13-14, 20 de diciembre de 2000, Internet: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(2000\)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2000)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75).

63 En este sentido, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha recomendado que las “regulaciones que gobiernan los procedimientos de asignación de licencias de radiodifusión deben ser claras y precisas, y deben ser aplicadas de una manera abierta, transparente e imparcial. Las decisiones de las autoridades regulatorias en este contexto deben ser públicas”. Recomendación Rec(2000)23. Comité de Ministros del Consejo de Europa, 20 de diciembre de 2003, párr. 14.

64 De la misma forma, el Tribunal Europeo ha entendido que, en “relación con los procedimientos relacionados con las licencias, la Corte reitera que la manera en que los criterios de licenciamiento son aplicados durante el proceso de adjudicación debe proveer suficientes garantías contra la arbitrariedad, incluyendo la expresión de razones de parte de las autoridades de regulación cuando deniegan una licencia de radiodifusión”. *Meltex Ltd. & Mesrop Movsesyan vs. Armenia*. Sentencia de 17 de junio de 2008, párr. 81, Internet: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Meltex&sessionId=39882418&skin=budoc-en>.

“la utilización del poder del Estado y [...] el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, [...] con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley”.

Por otra parte, los criterios de asignación y el procedimiento empleado para aplicarlo, deben limitarse a contemplar los requisitos que resulten necesarios para el logro de una finalidad legítima.

Asimismo, los criterios para asignar las licencias deben tener, como una de sus metas, fomentar la pluralidad y diversidad de voces. Por ello, los requisitos para otorgarlas no pueden constituir una barrera desproporcionada para lograr estas finalidades. Así por ejemplo, cuando la oferta en dinero o el criterio económico es el factor excluyente o principal para adjudicar todas las frecuencias de radio o televisión, se compromete el acceso en igualdad de condiciones a las frecuencias y se desalienta el logro del pluralismo y la diversidad. Si bien estos criterios pueden ser considerados objetivos o no discrecionales, cuando se utilizan para asignar todas las frecuencias, terminan excluyendo a amplios sectores sociales del proceso de acceso a las mismas. Al respecto, la CIDH ya ha indicado que: “las subastas que contemplen criterios únicamente económicos o que otorguen concesiones sin una oportunidad equitativa para todos los sectores son incompatibles con la democracia y con el derecho a la libertad de expresión e información garantizados en la Convención Americana [...] y en la Declaración de Principios”<sup>65</sup>.

Por las mismas razones planteadas en los párrafos anteriores, los procedimientos de asignación de las licencias no deberían contemplar requisitos técnicos o administrativos con exigencias no razonables que requieran, en todos los casos, la contratación de técnicos o especialistas, pues ello, indirectamente, coloca al factor económico como una barrera para el acceso a la frecuencia. Asimismo, la distancia geográfica tampoco debería operar como una barrera para el acceso a las licencias, por ejemplo exigiendo a los medios de comunicación rurales trasladarse a la capital del país para formalizar una solicitud.

Finalmente, en todos los casos la decisión en virtud de la cual se acepta o se niega una solicitud en materia de asignación de frecuencias, debe ser pública, motivada en la ley y sometida a estricto control judicial. En este punto, es fundamental que la autoridad de aplicación aporte razones objetivas y suficientes de manera tal que todas las personas estén protegidas contra posibles actos de arbitrariedad<sup>66</sup>.

65 CIDH, *Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala*, Capítulo VII: “La situación de la libertad de expresión”, párr. 414, Internet: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/capitulo7.htm>. Asimismo, el mecanismo de la subasta ha sido declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de México, en tanto: “viola los principios de igualdad de libre concurrencia porque se privilegia el aspecto económico para la asignación, y atenta además contra la libertad de expresión”. En la sentencia, se analiza la constitucionalidad del artículo 17 del Decreto que modificaba la Ley Federal de Telecomunicaciones de 11 de abril de 2006. Al respecto, véase <http://www.scjn.gob.mx>.

66 El Tribunal Europeo se ha pronunciado sobre este tema al considerar “que un procedimiento de adju-

## 2. Reconocimiento de los distintos sectores

El alcance democrático de la libertad de expresión reconocido por la Convención Americana incluye no sólo el derecho de cada persona a expresarse libremente, sino también el derecho del público a recibir la máxima diversidad posible de información e ideas. Ello implica, entre otras cosas, que la regulación sobre radiodifusión contemple reservas del espectro para un sistema de medios de comunicación diverso que pueda representar, en conjunto, la diversidad y pluralidad de ideas, opiniones y culturas de una sociedad.

En tal sentido, los diferentes tipos de medios de comunicación (públicos independientes del Poder Ejecutivo, privados con fines de lucro, y comunitarios o privados sin fines de lucro) deben ser reconocidos y deben poder tener acceso, en condiciones de equidad, a todas las plataformas de transmisión disponibles, incluyendo el nuevo dividendo digital<sup>67</sup>. En secciones posteriores de este capítulo se desarrollarán algunos aspectos de cada uno de estos sectores. Baste por ahora indicar que de lo que se trata es de lograr una mayor diversidad en el proceso comunicativo, con lo cual deben darse las condiciones para que pueda existir una verdadera radiodifusión pública independiente del poder político o del órgano ejecutivo, una radio privada comercial o comunitaria libre, vigorosa e independiente.

## 3. Condiciones de uso exigidas

El reconocimiento legal para acceder a una licencia no es suficiente para garantizar la libertad, el pluralismo y la diversidad, si existen normas que establecen condiciones arbitrarias o discriminatorias en el uso de la licencia.

Así por ejemplo, son arbitrarias las limitaciones de tiempo excesivamente breves para las concesiones, que dificulten que los medios comerciales puedan recuperar la inversión o llevar adelante un negocio rentable, o que las radios sociales o comunitarias puedan realmente llevar a cabo su proyecto comunicativo. También pueden dar lugar a decisiones arbitrarias las concesiones que no conducen a la celebración de un contrato en el que se incluyan de manera expresa las reglas de uso de la licencia o las condiciones en las que se pueden solicitar enmiendas a las reglas acordadas.

Son discriminatorias, por ejemplo, las limitaciones que pueden estar previstas en la legislación, o que se imponen en la práctica, que establecen para cierto tipo de medios restricciones en cuanto a contenidos, potencia, cobertura territorial o acceso a fuentes de

---

dicación de licencias donde la autoridad de regulación a cargo no ofrece las razones de sus decisiones, no provee una adecuada protección del derecho fundamental a la libertad de expresión contra las interferencias arbitrarias de las autoridades públicas". *Meltex Ltd. & Mesrop Movsesyan vs. Armenia*. Sentencia de 17 de junio de 2008, párr. 83, Internet: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Meltex&sessionid=39882418&skin=hudoc-en>.

67 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

financiamiento, sin un argumento suficiente, objetivo y razonable, que persiga una finalidad legítima ajustada a la Convención Americana.

En todo caso, es fundamental que los requisitos administrativos, económicos y técnicos que se exijan para el uso de licencias sean los estrictamente necesarios para garantizar su funcionamiento, que estén previstos en la regulación de modo claro y preciso, y que no puedan ser modificados de manera injustificada mientras dura la licencia.

#### 4. Sobre la renovación de las licencias

La CIDH ya ha reconocido que los Estados tienen la potestad de administrar el espectro radioeléctrico y, concretamente, de establecer previamente términos de duración de las concesiones y decidir sobre su renovación o no a la finalización de los plazos respectivos<sup>68</sup>. En el caso en que la regulación contemple la posibilidad de renovar o prorrogar las licencias, al igual que el procedimiento de asignación, el procedimiento de renovación o prórroga debería estar regulado por la ley, ser transparente, estar guiado por criterios objetivos, claros y democráticos, y asegurar el debido proceso<sup>69</sup>.

En este sentido, toda decisión en esta materia debería ser motivada en razones objetivas y someterse a un proceso público, respetuoso del debido proceso. Al respecto, la CIDH ha sostenido que en estos procesos, “los Estados deben procurar, bajo el principio de igualdad de oportunidades, procedimientos abiertos, independientes y transparentes que contengan criterios claros, objetivos y razonables, que eviten cualquier consideración de política discriminatoria por la línea editorial del medio de comunicación”<sup>70</sup>.

En especial, la regulación debe contemplar plazos y criterios objetivos a fin de evitar que la situación de incertidumbre se convierta en un instrumento de presión indebida sobre los medios de comunicación que aspiran a renovar su licencia. Asimismo, el procedimiento para revisar la renovación de las licencias debe contemplar avisos previos con plazos de anticipación suficiente, y garantizar que efectivamente puedan participar tanto el que aspira a renovar la licencia como cualquier persona interesada. En todo caso, el hecho de ser licenciatario —si se demuestra además que se dio cumplimiento a los requisitos exigidos y a los compromisos asumidos derivados de la adjudicación de la licencia—, puede ser valorado positivamente en el procedimiento de evaluación de la solicitud de renovación.

Por lo demás, la decisión para renovar o no una licencia debe analizar en el caso concreto cómo compatibilizar el objetivo de fomentar la pluralidad y diversidad de voces, en particular en países o regiones con índices de concentración de la propiedad de los medios de comunicación muy altos, con la prohibición de castigar a la línea editorial o informativa

68 CIDH, 25 de mayo de 2007, Comunicado de Prensa No. 29/07, Internet: <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2007/29.07sp.htm>.

69 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

70 CIDH, 25 de mayo de 2007, Comunicado de Prensa No. 29/07, Internet: <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2007/29.07sp.htm>.

de un medio. Al respecto, la Relatoría Especial ha recomendado a los Estados que la regulación sobre radiodifusión establezca que en la asignación de frecuencias se tengan en cuenta “criterios democráticos que garanticen la igualdad de oportunidades de todos los individuos en el acceso y la operación de estos medios en condiciones de equidad, sin restricciones desproporcionadas o irrazonables” y que “se evite la asignación, el retiro o la no renovación de las frecuencias o licencias por razones discriminatorias o arbitrarias”<sup>71</sup>. Es por ello que resulta fundamental, a fin de evitar arbitrariedades, que la regulación establezca previamente y de manera clara y precisa los criterios que guiarán la decisión sobre las solicitudes de renovación de licencias.

Por último, para disminuir el margen de una posible arbitrariedad, el procedimiento para analizar la renovación de una licencia debe ser llevado adelante por un órgano que reúna los requisitos enumerados en los párrafos anteriores de este documento, entre los que se destacan la independencia respecto del poder político y el sector vinculado a la radiodifusión. Asimismo debe ser un mecanismo transparente y público, que contemple, por ejemplo, la realización de audiencias en las que pueda escucharse la opinión del público. Es crucial también que permita el derecho de quien aspira a la renovación a ser oído y ofrecer prueba, antes de la adopción de cualquier decisión; que se garantice el derecho a acceder a una decisión fundada, y en un plazo razonable; y que se asegure el control judicial posterior.

## E. Sobre la transformación digital

El desarrollo tecnológico ofrece una oportunidad fundamental para garantizar acceso a las frecuencias a personas o sectores generalmente marginados o excluidos. En este sentido, el desafío en estos tiempos, y en el futuro inmediato, es convertir la actual desigualdad en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en una oportunidad digital para todos y todas.

La transformación tecnológica en la radiodifusión debería tener como meta asegurar que el nuevo dividendo digital haga un uso óptimo del espectro para asegurar la mayor pluralidad y diversidad posible. Para ello, los Estados deberían establecer mecanismos legales específicos para llevar adelante la transición a los servicios de radiodifusión digitales. Esta regulación debería contemplar un programa de migración que tenga en cuenta las necesidades y capacidades de los distintos actores involucrados en este proceso, así como el nivel de aplicación de las nuevas tecnologías. En particular, los Estados deberían evaluar las posibilidades de emisión derivadas del uso del dividendo digital, considerando este cambio tecnológico como una oportunidad para incrementar la diversidad de voces y habilitar el acceso de nuevos sectores de la población a los medios de comunicación<sup>72</sup>. Al mismo

71 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo IV, párr. 106.

tiempo, los Estados deberían adoptar medidas para evitar que el costo de la transición análoga a la digital limite la capacidad de los medios de comunicación en función de los costos económicos.

Al respecto, en su Declaración Conjunta de 2007, los relatores especiales de la ONU, la OEA, la OSCE y la Comisión Africana resaltaron que: “en la planificación de la transición de la radiodifusión análoga a la digital se debe considerar el impacto que tiene en el acceso a los medios de comunicación y en los diferentes tipos de medios. Esto requiere un plan claro para el cambio que promueva, en lugar de limitar, los medios públicos. Se deben adoptar medidas para asegurar que el costo de la transición digital no limite la capacidad de los medios comunitarios para operar”<sup>73</sup>.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que los Estados de la región han reconocido la importancia de adoptar medidas para reducir la brecha digital entre los países. Así, mediante la resolución 2440 (XXXIX-O-09) de la Asamblea General de la OEA, los Estados miembros acordaron, entre otras cosas, que la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones

71 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo IV, párr. 106.

72 Al respecto, la Declaración de Principios de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (CMSI, aprobada en Ginebra en 2003), convocada por la Asamblea General de la ONU mediante la Resolución 56/183 de 21 de diciembre de 2001, afirma que: “somos plenamente conscientes de que las ventajas de la revolución de la tecnología de la información están en la actualidad desigualmente distribuidas entre los países desarrollados y en desarrollo, así como dentro de las sociedades. Estamos plenamente comprometidos a convertir la brecha digital en una oportunidad digital para todos, especialmente aquellos que corren peligro de quedar rezagados y aún más marginados” (principio 5). La resolución agrega que al “construir la Sociedad de la Información prestaremos especial atención a las necesidades especiales de los grupos marginados y vulnerables de la sociedad, en particular los migrantes, las personas internamente desplazadas y los refugiados, los desempleados y las personas desfavorecidas, las minorías y las poblaciones nómadas. Reconoceremos, por otra parte, las necesidades especiales de personas de edad y las personas con discapacidades” (principio 13).

También resulta relevante citar la Resolución 2007/2253, sobre concentración y pluralismo de los medios de comunicación en la Unión Europea de 25 de septiembre de 2008, en la que el Parlamento Europeo, “pide un enfoque equilibrado respecto a la asignación del dividendo digital con objeto de asegurar un acceso equitativo para todos los actores, salvaguardando con ello el pluralismo de los medios de comunicación” (2007/2253(INI), párr. 47). Asimismo, en la Resolución 2003/2237, sobre el peligro que corre en la Unión Europea, y particularmente en Italia, la libertad de expresión y de información (apartado 2 del artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales), el Parlamento Europeo “señala que los medios de comunicación digitales no garantizarán de forma automática una mayor libertad de elección, dado que las mismas empresas de medios de comunicación que ya dominan los mercados nacionales y mundiales de los medios de comunicación también controlan los portales de contenidos dominantes en Internet, y que la promoción de la formación básica en la comunicación y la técnica digitales es un aspecto estratégico del desarrollo de un pluralismo duradero de los medios de comunicación; expresa su preocupación por el abandono de las frecuencias analógicas en algunas zonas de la Unión” (2003/2237(INI), párr. 7).

73 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

(CITEL) debería continuar apoyando a los Estados en la adecuación de sus tecnologías y sus normativas para lograr la optimización en el uso del espectro<sup>74</sup>.

## F. Sobre los medios públicos de comunicación

Los medios públicos de comunicación pueden (y deberían) desempeñar una función esencial para asegurar la pluralidad y diversidad de voces necesarias en una sociedad democrática. Su papel es fundamental a la hora de proveer contenidos no necesariamente comerciales, de alta calidad, articulados con las necesidades informativas, educativas y culturales de la población. Sin embargo, para que los medios públicos puedan realmente cumplir su función, debe tratarse de medios públicos independientes del Poder Ejecutivo; verdaderamente pluralistas; universalmente accesibles; con financiamiento adecuado al mandato previsto por la ley; y que contemplen mecanismos de rendición de cuentas y de participación de la comunidad en las distintas instancias de producción, circulación y recepción de contenidos.

Al respecto, en su Declaración Conjunta de 2007, los relatores especiales para la libertad de expresión de la ONU, la OEA, la OSCE y la Comisión Africana sostuvieron que: “se requieren medidas especiales para proteger y preservar los medios públicos en el nuevo espacio radioeléctrico. El mandato de los medios públicos debe estar claramente establecido por ley y debe incluir, entre otros, el contribuir a la diversidad, la cual debe ir más allá de ofrecer diferentes tipos de programación, dar voz y satisfacer las necesidades de información e intereses de todos los sectores de la sociedad. Se deben explorar mecanismos innovadores para el financiamiento de los medios públicos, de forma tal que éste sea suficiente para permitirles cumplir con su mandato de servicio público, que sea garantizado por adelantado para periodos de varios años y que sea ajustado de acuerdo a la inflación”<sup>75</sup>.

### 1. Mandato establecido por ley

En primer lugar, es importante que los Estados regulen la actividad de los medios públicos de comunicación mediante una ley. Ésta debería establecer objetivos y mandatos complementarios, y no competitivos, con los de los medios de comunicación privados —en especial, los comerciales—.

Asimismo, la ley debería asegurar: (1) el carácter no gubernamental o independiente del sistema de medios públicos; (2) los aspectos vinculados con la programación orientada al interés público; (3) la gratuidad; (4) la cobertura en todo el territorio del Estado; y (5) la

74 Asamblea General de la OEA, Resolución 2440 (XXXIX-O/09), “Desarrollo de las telecomunicaciones en la región para reducir la brecha digital”.

75 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

forma de su financiamiento. La existencia de lineamientos legales claros, al mismo tiempo, fortalece el proyecto comunicacional del sistema de medios públicos.

Es importante resaltar que en su “Declaración Conjunta sobre medios de comunicación y elecciones” (2009), los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OSCE, la OEA y la Comisión Africana reconocieron que, por ejemplo, en períodos electorales, los medios de comunicación públicos tienen ciertas obligaciones específicas para asegurar que la sociedad acceda a información plural, imparcial y equilibrada que refleje las propuestas de los distintos partidos políticos y candidatos o candidatas<sup>76</sup>.

## 2. Independencia

En segundo lugar, en tanto se ha reconocido que la libertad de expresión exige necesariamente una amplia pluralidad en la información<sup>77</sup>, es esencial garantizar que estos medios públicos sean *independientes* del gobierno. Para la CIDH, la independencia de los medios de comunicación públicos contribuye asimismo a su credibilidad y legitimidad. A este respecto, es importante recordar que, de conformidad con el principio 12 de la Declaración de Principios, la existencia de *monopolios u oligopolios públicos* o privados se constituye en un serio obstáculo para la difusión del pensamiento propio, como también para la recepción de opiniones diferentes. En palabras de la Relatoría Especial, “tanto la Corte Interamericana como la [CIDH] han manifestado que la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén abiertos a todos sin discriminación, o más exactamente que no haya individuos o grupos que estén excluidos del acceso a tales medios. Exige igualmente ciertas condiciones respecto a éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de la libertad de expresión”<sup>78</sup>.

En tal sentido, los Estados deben orientar los medios de comunicación públicos al mandato de pluralidad y diversidad de expresiones e informaciones; lo que implica necesari-

76 Declaración Conjunta sobre medios de comunicación y elecciones, 15 de mayo de 2009. Asimismo, resulta relevante citar la Resolución 2007/2253, sobre concentración y pluralismo de los medios de comunicación en la Unión Europea de 25 de septiembre de 2008, en la que el Parlamento Europeo pide “a los Estados miembros que apoyen unos servicios públicos de radiodifusión de elevada calidad capaces de ofrecer una verdadera alternativa a la programación de las cadenas comerciales y que, sin tener necesariamente que competir por las cuotas de pantalla y los ingresos procedentes de la publicidad, ocupen un lugar más visible en el panorama europeo como pilares de la preservación del pluralismo de los medios de comunicación, el diálogo democrático y el acceso de todos los ciudadanos a unos contenidos de calidad” (2007/2253(INI), párr. 32).

77 Véase, entre otros, CIDH, *Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala*, Capítulo VII: “La situación de la libertad de expresión”, párr. 419, Internet: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/capitulo7.htm>. Nuevamente corresponde aclarar que en esta cita, el término “información” está considerado en su acepción amplia, que incluye opiniones, ideas, expresiones artísticas, culturales, etc.

78 CIDH, *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, octubre 2000, Sección B: “Interpretación”, párr. 53.

riamente que no estén sometidos a injerencias arbitrarias del gobierno ni del sector privado vinculado a la radiodifusión. Así, la radio y la televisión públicas no pueden ser utilizadas como herramientas de comunicación o propaganda de los gobiernos, sino como espacios informativos y culturales autónomos que actúen al servicio de los intereses de la sociedad en su conjunto. Su programación debería: (1) difundir producciones artísticas, culturales, científicas, académicas y educativas de interés general llevadas a cabo en los diversos puntos del país; (2) informar sobre cuestiones de interés público; y (3) reflejar el pluralismo político, social, geográfico, religioso, cultural, lingüístico y étnico de la sociedad<sup>79</sup>.

Para asegurar la autonomía de los medios públicos se debería establecer por ley la independencia de su línea editorial o informativa<sup>80</sup>. Asimismo, no obstante cada uno de los Estados puede definir el diseño institucional más adecuado, es importante que todos los medios de radiodifusión gestionados por el Estado estén supervisados por una autoridad independiente, cuyos integrantes sean elegidos mediante un procedimiento transparente y competitivo en función de la idoneidad profesional y ética<sup>81</sup>. La legislación debería contemplar un régimen severo de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de interés. Los Estados deberían contemplar también requisitos y procedimientos de designación y remoción objetivos y transparentes para los directivos de cada uno de los medios de públicos de comunicación que no deberían ser de libre nombramiento y remoción del Poder Ejecutivo Nacional.

### 3. Acceso universal y financiamiento adecuado

El sistema de radios y canales de televisión públicos debe tender a su gratuidad y tener alcance en todo el territorio del Estado a fin de garantizar los derechos de libertad de expresión y acceso a la información de todas las personas bajo su jurisdicción sin discriminación en función de las condiciones sociales, económicas o geográficas.

79 En tal sentido, el artículo 15 de la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece que: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación pública y los medios de información públicos”; y su artículo 16 que: “2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena”.

80 En este sentido, los relatores para la libertad de expresión sostuvieron que la injerencia arbitraria del gobierno constituye “una amenaza a la diversidad de los medios”. Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

81 En cuanto a la integración del directorio de los medios de comunicación públicos, es relevante lo recomendado por el Consejo Europeo, en cuanto a que las “reglas que gobiernan el *status* de los cuerpos directivos de las emisoras públicas, especialmente en cuanto a la designación de sus miembros, deben ser definidas de manera tal que se evite cualquier riesgo de intervención política o de otra naturaleza” (Consejo Europeo, Recomendación No. R (96) 10, sobre la garantía de independencia de las organizaciones que prestan servicio de radiodifusión pública).

Para que el sistema de medios públicos se adecue a los parámetros del derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, no sólo debe garantizar pluralidad y diversidad de voces en su programación, sino también que la mayor cantidad de personas puedan acceder a ella. En tal sentido, los Estados deben promover que las personas que habitan en zonas donde no existen otros medios de comunicación —por ejemplo por no constituir un negocio rentable para los sectores privados—; o que no puedan pagar un servicio de televisión de paga, tengan acceso a los medios públicos.

El Estado debe asegurar que estos medios de comunicación cuenten con fondos públicos suficientes y estables. El financiamiento público adecuado al mandato establecido por la ley es una garantía contra la injerencia arbitraria de sectores públicos y privados. En tal sentido, si bien pueden preverse otras formas de financiamiento complementarias, éstas no pueden condicionar su misión de servicio público determinando sus contenidos. Por lo demás, los medios públicos de comunicación deben contar con un presupuesto estable y autonomía financiera que impida injerencias arbitrarias también del sector gubernamental.

#### 4. Transparencia y rendición de cuentas

Los medios públicos de comunicación deben actuar de modo transparente. Ello implica, por un lado, que los Estados garanticen acceso a la información sobre todos los aspectos vinculados a su gestión (salvo las garantías propias del periodismo como la reserva de la fuente de la información); y por otro, que se contemplen mecanismos de rendición de cuentas y de participación ciudadana, por ejemplo para la recepción de propuestas y de comentarios o quejas por parte de la audiencia.

Como ya se examinara supra, en todo lo vinculado a la actividad de radiodifusión, los Estados deben actuar de modo transparente y público pues, tal como establecieron los relatores especiales para la libertad de expresión en su Declaración Conjunta de 2007, “la transparencia debe ser el sello distintivo de los esfuerzos de las políticas públicas en el área de la radiodifusión. Este criterio debe ser aplicable a la regulación, propiedad, esquemas de subsidios públicos y otras iniciativas en cuanto a políticas”<sup>82</sup>.

### G. Sobre los medios comunitarios de radiodifusión

El derecho a la libertad de expresión exige que los Estados no sólo se abstengan de realizar acciones que impiden el ejercicio del derecho, sino además que adopten medidas para garantizar su ejercicio en condiciones de igualdad y no discriminación<sup>83</sup>. Así, por ejemplo, se

82 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

83 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo III, párr. 230. En general, sobre la obligación del Estado de garantizar los derechos

deben remover los obstáculos que impiden que ciertos sectores sociales puedan acceder a los medios de comunicación; y, al mismo tiempo, promover activamente, la inserción de grupos desfavorecidos o actualmente marginados en los medios de comunicación.

En varias oportunidades, la CIDH y la Relatoría Especial han reconocido que los medios de comunicación comunitarios cumplen en nuestra región una función fundamental para el ejercicio de distintos sectores de la sociedad a la libertad de expresión y al acceso a la información<sup>84</sup>. En dichos pronunciamientos han establecido que resulta necesario que los Estados los reconozcan legalmente y que se contemplen reservas de espectro para este tipo de medios, así como condiciones equitativas de acceso a las licencias que diferencien las realidades distintas de los medios privados no comerciales<sup>85</sup>.

### 1. Importancia y características

En su Informe Anual 2002, la Relatoría Especial, en el capítulo sobre “Libertad de expresión y pobreza”, señaló:

La libertad de los individuos para debatir y criticar abiertamente las políticas y las instituciones los protege contra las violaciones a los derechos humanos. La apertura de los medios de difusión no solo promueve las libertades civiles y políticas, sino que a menudo contribuye a los derechos económicos, sociales y culturales. En algunos casos la utilización de los medios de comunicación ha ayudado a generar conciencia pública y ejercer presiones para que se adopten medidas tendientes a mejorar la calidad de vida de los sectores marginales o más vulnerables de la población.

Sin embargo, la utilización de los medios tradicionales de comunicación masiva no siempre se presenta como medio accesible para la difusión de las necesidades y reivindicaciones de los sectores más empobrecidos o vulnerables de la sociedad. En este sentido, los medios comunitarios de comunicación y difusión vienen insistiendo desde hace tiempo para incluir en las agendas nacionales, estrategias y contenidos que atiendan a las necesidades de estas comunidades<sup>86</sup>.

---

sin discriminación, véase Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 103-104.

84 CIDH, *Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala*, Capítulo VII: “La situación de la libertad de expresión”, párr. 414, Internet: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/ca pitulo7.htm>; CIDH, *Informe Anual 2002*, Volumen III: “Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV: Libertad de expresión y pobreza”, párr. 41.

85 CIDH, *Informe Anual 2007*, Volumen II: “Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo III: Conclusiones y Recomendaciones, párr. 5.

86 CIDH, *Informe Anual 2002*, Volumen III: “Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo IV: Libertad de expresión y pobreza, párrs. 37-38.

Y más adelante, en el mismo informe, indicó que:

La necesidad creciente de expresión de las mayorías y minorías sin acceso a medios de comunicación, y su reivindicación del derecho de comunicación, de libre expresión de ideas, de difusión de información hace imperante la necesidad de buscar bienes y servicios que les aseguren condiciones básicas de dignidad, seguridad, subsistencia y desarrollo<sup>87</sup>.

En el mismo sentido, en su informe “Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala”, la CIDH indicó que:

La [CIDH] y su Relatoría [Especial] entienden que las radios comunitarias son positivas porque fomentan la cultura e historia de las comunidades, siempre que lo hagan en el marco legal. La Comisión recuerda que la entrega o renovación de licencias de radiodifusión debe estar sujeta a un procedimiento claro, justo y objetivo que tome en consideración la importancia de los medios de comunicación para que todos los sectores de la sociedad [...] participen informadamente en el proceso democrático. Particularmente, las radios comunitarias son de gran importancia para la promoción de la cultura nacional, el desarrollo y la educación de las distintas comunidades [...]<sup>88</sup>.

A su turno, en el Informe Anual 2007, la Relatoría Especial sostuvo que la normativa sobre radiodifusión comunitaria debe reconocer las características especiales de estos medios y contener, como mínimo, los siguientes elementos: (a) la existencia de procedimientos sencillos para la obtención de licencias; (b) la no exigencia de requisitos tecnológicos severos que les impida, en la práctica, siquiera que puedan plantear al Estado una solicitud de espacio; y (c) la posibilidad de que utilicen publicidad como medio para financiarse. En ese informe, la Relatoría Especial recomendó a los Estados: “[l]egislar 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”<sup>89</sup>.

Todos estos elementos están contenidos también en la “Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión” (2007) de los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OSCE, la OEA y la Comisión Africana. La Relatoría Especial añadió también que, “en la misma línea, es necesaria una legislación que defina apropiadamente el concepto

87 *Ibid.*, párr. 41.

88 CIDH, *Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala*, Capítulo VII: “La situación de la libertad de expresión”, párr. 414, Internet: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/capitulo7.htm>.

89 CIDH, *Informe Anual 2007*, Volumen II: “Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo III: Conclusiones y Recomendaciones, párr. 6.

de radio comunitaria y que incluya su finalidad social, su carácter de entidades sin fines de lucro y su independencia operativa y financiera”<sup>90</sup>.

Finalmente, en su Informe Anual 2008, la Relatoría Especial señaló que:

Las personas que integran los grupos sociales tradicionalmente marginados, discriminados o que se encuentran en estado de indefensión, son sistemáticamente excluidas, por diversas razones, del debate público. Estos grupos no tienen canales institucionales o privados para ejercer en serio y de manera vigorosa y permanente su derecho a expresar públicamente sus ideas y opiniones o para informarse sobre los asuntos que los afectan. Este proceso de exclusión ha privado también a las sociedades de conocer los intereses, las necesidades y propuestas de quienes no han tenido la oportunidad de acceder, en igualdad de condiciones, al debate democrático. El efecto de este fenómeno de exclusión es similar al efecto que produce la censura: el silencio<sup>91</sup>.

Es por todas las razones mencionadas que se ha reconocido que los medios de comunicación comunitarios desempeñan una función esencial no sólo en el proceso de inclusión social, sino como mecanismos para fomentar la cultura e historia, y para el desarrollo y educación de las distintas comunidades<sup>92</sup>.

En especial, los medios de comunicación comunitarios son fundamentales para garantizarle a los pueblos indígenas de nuestra región efectivo respeto por la libertad de expresión y el acceso a la información. En tal sentido, conviene recordar que tanto la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículo 16<sup>93</sup>, como el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado por la CIDH el 25 de febrero de 2007, en su artículo VIII.2<sup>94</sup>, reconocen el derecho de los pueblos

90 *Ibid.*, párr. 5.

91 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo IV, párr. 100.

92 CIDH, *Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala*, Capítulo VII: “La situación de la libertad de expresión”, párr. 414, Internet: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/capitulo7.htm>.

93 El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas establece que: “1. *Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación alguna*”; y que: “2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Los Estados, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los medios de comunicación privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena”. El resaltado es nuestro.

94 El artículo VIII.2 del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas dispone que, los “Estados tomarán medidas para promover y asegurar que sean transmitidos programas en lengua indígena por las radios y televisoras de las regiones de alta presencia indígena, y para apoyar la creación de radioemisoras y otros medios de comunicación indígenas”. El resaltado es nuestro.

indígenas a establecer sus propios medios de comunicación en sus propios idiomas. Pero los medios de comunicación comunitarios no sirven sólo a los pueblos indígenas. Como lo indicó la Relatoría Especial en su Informe Anual 2008, se encuentran en circunstancia de exclusión e invisibilización, por ejemplo, las mujeres madres cabeza de familia que viven en situación de pobreza (o extrema pobreza) que no tienen los medios para difundir sus necesidades e intereses y que deben soportar los efectos de una cultura sexista alimentada, en no pocos casos, por el poderoso flujo masivo de informaciones y opiniones al cual ellas no pueden acceder; afrodescendientes que viven en zonas marginales y deben soportar las consecuencias de culturas racistas sin poder incidir decisivamente en los debates que ayudarían a revertir los procesos de discriminación; comunidades rurales o barriales organizadas con el propósito de superar situaciones indignantes de marginalidad social, que no pueden conocer alternativas exitosas de acción colectiva ni informar adecuadamente a la sociedad sobre sus necesidades y propuestas; personas con discapacidad física o psíquica, cuyas necesidades e intereses son sistemáticamente excluidas de la deliberación colectiva. En fin, millones de personas cuya libertad de expresión no se encuentra suficientemente asegurada, todo lo cual conduce a una falla fundamental en el proceso de deliberación democrática<sup>95</sup>.

## 2. Reconocimiento legal

Muchas legislaciones de nuestros países aún establecen prohibiciones o barreras desproporcionadas que impiden que sectores privados no comerciales puedan acceder a los medios de comunicación. Es importante por ello que la regulación sobre radiodifusión reconozca expresamente el derecho de las organizaciones sin fines de lucro a ser propietarias de medios de comunicación audiovisual. Como ha dicho la Relatoría Especial, “se trata en estos casos de 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”<sup>96</sup>.

En tal sentido, en su “Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión”, los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA, la OSCE y la Comisión Africana destacaron que, “la radiodifusión comunitaria debe estar expresamente reconocida en la ley como una forma diferenciada de medios de comunicación”. En el mismo sentido indicaron que “los diferentes tipos de medios de comunicación (públicos y privados, con y sin fines de lucro) deben ser capaces de operar en, y tener acceso equitativo a todas las plataformas de transmisión disponibles, incluyendo el nuevo dividendo digital”<sup>97</sup>.

95 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo IV, párr. 101.

96 *Ibid.*, párr. 107.

97 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

La legislación debería definir apropiadamente el concepto de medio de comunicación comunitario, incluyendo su finalidad social y no comercial, y su independencia operativa y financiera del estado y de intereses económicos<sup>98</sup>. Asimismo, la legislación debería: (1) prever procedimientos sencillos para la obtención de licencias; (2) la no exigencia de requisitos tecnológicos severos que les impida acceder a ellas; y (3) la posibilidad de que utilicen distintas fuentes de financiación, como la publicidad, como medio para financiarse<sup>99</sup>. En todo caso, la legislación debería incluir suficientes garantías para que por vía de la financiación oficial no se conviertan en medios dependientes del Estado.

### 3. Reservas de espectro y condiciones equitativas de acceso y de uso de las licencias

Dada la situación de exclusión existente, los Estados deben adoptar medidas positivas para incluir a los sectores sin fines comerciales en los medios de comunicación<sup>100</sup>. Entre estas medidas aparece la de asegurar frecuencias del espectro de radiodifusión para los distintos tipos de medios, y disponer específicamente que ciertas frecuencias sean reservadas para el uso de los medios comunitarios, en especial cuando éstos no estén representados equitativamente en el espectro. Al respecto, la Relatoría Especial ha insistido en la necesidad de que la regulación sobre radiodifusión establezca el deber de destinar parte del espectro a medios de comunicación comunitarios<sup>101</sup>.

Otra de las medidas que debe promover el Estado para generar oportunidades equitativas para una igualdad real en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, es establecer procedimientos especiales para que los sectores sin fines comerciales puedan acceder a las licencias. En tal sentido, deberían contemplarse procedimientos que no exijan requisitos tecnológicos severos que, en la práctica, impacten discriminatoriamente en estos sectores impidiéndoles siquiera formalizar una solicitud de licencia. Por el contrario, los requisitos para acceder a las licencias deberían contemplar las necesidades específicas de los radiodifusores comunitarios.

Como ya se explicó en otra sección de este capítulo, en el informe “Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala” (2003), la CIDH indicó que: “la entrega o renovación de licencias de radiodifusión debe estar sujeta a un procedimiento claro, justo

98 CIDH, *Informe Anual 2007*, Volumen II: “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, Capítulo III: Conclusiones y Recomendaciones, párr. 5.

99 Al respecto, la Relatoría Especial ha establecido que es “imprescindible, que se remuevan todas las restricciones desproporcionadas o discriminatorias que impiden que los operadores de radio y televisión, en todas las modalidades, puedan cumplir cabalmente con la misión comercial, social o pública que tienen asignada”. CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo IV, párr. 106.

100 *Ibid.*, Capítulo III, párr. 230.

101 CIDH, *Informe Anual 2007*, Volumen II: “Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo III: Conclusiones y Recomendaciones, párr. 5.

y objetivo que tome en consideración la importancia de los medios de comunicación para que todos los sectores de la sociedad [...] participen informadamente en el proceso democrático. [...] Por lo tanto, las subastas que contemplen criterios únicamente económicos o que otorguen concesiones sin una oportunidad equitativa para todos los sectores son incompatibles con la democracia y con el derecho a la libertad de expresión e información garantizados en la Convención Americana [...] y en la Declaración de Principios”<sup>102</sup>. Similar criterio sostuvieron los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA, la OSCE y la Comisión Africana en su “Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión” (2007)<sup>103</sup>.

De otra parte, el simple reconocimiento legal para acceder a una licencia no alcanza para garantizar la libertad de expresión si existen discriminaciones o arbitrariedades en las condiciones de uso de las licencias que limitan severamente la capacidad de los sectores privados sin fines de lucro de utilizar las frecuencias, así como el derecho del público en general a escucharlas. En tal sentido, el derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana prohíbe que se impongan limitaciones arbitrarias o discriminatorias al uso de las licencias de radiodifusión comunitarias<sup>104</sup>. Es por ello que la regulación debería permitirle a estos medios de comunicación diferentes fuentes de financiamiento; entre ellas la posibilidad de recibir publicidad en tanto existan otras garantías que impidan el ejercicio de competencia desleal con otras radios y siempre que no interfiera en su finalidad social<sup>105</sup>. Asimismo, es necesario asegurar que el financiamiento estatal no disuelva la independencia de la radio comunitaria, pues de esta manera se estaría perdiendo el valor genuinamente comunitario de este sector de la radiodifusión.

Por último, se deberían remover otras restricciones arbitrarias al uso de las licencias, como por ejemplo las limitaciones al uso de lenguas minoritarias o indígenas utilizadas por los medios de comunicación dirigidos específicamente a distintas comunidades.

## H. Sobre la radiodifusión privada comercial

El artículo 13 de la Convención Americana ampara el derecho de todas las personas a fundar medios masivos de comunicación para ejercer, por esta vía, su libertad de expresión. El derecho a fundar y gestionar medios masivos de comunicación se encuentra así revestido de las mismas garantías reforzadas que protegen a la libertad de expresión. En este sentido, las

102 CIDH, *Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala*, Capítulo VII: “La situación de la libertad de expresión”, párr. 414, Internet: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/ca pitulo7.htm>.

103 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

104 Véase también, el principio 13 de la Declaración de Principios, que prohíbe todo tipo de presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales.

105 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

sociedades democráticas deben procurar la existencia de una radiodifusión libre, independiente y plural, que se encuentre blindada contra interferencias arbitrarias y que cumpla con responsabilidad las obligaciones legítimas, razonables y proporcionadas, que le imponen la ley y la Constitución.

Todas las personas que ejerzan su derecho a la libertad de expresión a través de medios que pretendan utilizar las frecuencias tienen derecho a ser considerados en igualdad de condiciones en un proceso de asignación de frecuencias que sea transparente, claro, preestablecido y respetuoso del debido proceso. Las licencias deben estar sometidas a condiciones razonables y proporcionadas de uso y deben permitir el uso de la frecuencia durante el tiempo suficiente para que la persona pueda recuperar su inversión y rentabilidad. La autoridad de aplicación de las disposiciones pertinentes debe reunir las características de independencia e imparcialidad mencionadas anteriormente en este capítulo. Las normas que regulen o limiten el ejercicio de la radiodifusión, deben encontrarse claramente consagradas en una ley y ser claras, concisas y necesarias en una sociedad democrática. Finalmente, debe existir un recurso judicial idóneo y efectivo para poder remover cualquier obstáculo o reparar cualquier daño que se cometa contra quienes legítimamente ejercen su derecho a la libertad de expresión por esta vía.

## I. Sobre el deber estatal de evitar monopolios u oligopolios en la radiodifusión

Los monopolios u oligopolios en los medios de comunicación atentan contra la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana, por cuanto impiden la diversidad y pluralidad de voces necesarias en una sociedad democrática<sup>106</sup>. Tanto la CIDH como la Corte Interamericana han sostenido la importancia de la intervención estatal para garantizar competencia y promover pluralismo y diversidad. Entre las medidas efectivas que los Estados deben adoptar se encuentran las leyes antimonopólicas que limiten la concentración en la propiedad y en el control de los medios de radiodifusión.

Es claro que la concentración de la propiedad de los medios de comunicación conduce a la uniformidad de contenidos que éstos producen o difunden. Por ello, hace ya más de veinte años, la Corte Interamericana señaló que se encuentra prohibida la existencia de todo monopolio en la propiedad o la administración de los medios de comunicación, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar<sup>107</sup>. También reconoció que los Estados deben intervenir

106 El principio 12 de la Declaración de Principios establece 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”.

107 Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido que son “los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones

activamente para evitar la concentración de propiedad en el sector de los medios de comunicación. El máximo tribunal de justicia de la región sostuvo que: “en los términos amplios de la Convención [Americana], la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica ‘medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones’”<sup>108</sup>.

En sus declaraciones conjuntas de 2001<sup>109</sup>, 2002<sup>110</sup> y 2007, los relatores para la libertad de expresión se pronunciaron en contra de los monopolios en los medios de comunicación. Específicamente, en su Declaración Conjunta de 2007 sostuvieron que, “en reconocimiento de la particular importancia que la diversidad de los medios de comunicación tiene para la democracia, para prevenir la concentración indebida de medios de comunicación o la propiedad cruzada de los mismos, ya sea horizontal o vertical, se deben adoptar medidas especiales, incluyendo leyes antimonopólicas”<sup>111</sup>.

- 
- de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas” y que “tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista”. Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs 33-34. El resaltado es nuestro.
- 108 Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 56. En el mismo sentido, véase CIDH, *Informe Anual 2004*, Volumen III: “Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo IV: “Violaciones indirectas a la libertad de expresión: El impacto de la concentración de la propiedad en los medios de comunicación social”.
- 109 “Deben adoptarse medidas efectivas para evitar una concentración indebida de la propiedad en los medios de difusión”. Declaración Conjunta sobre la libertad de expresión en el nuevo siglo, 20 de noviembre de 2001.
- 110 Los relatores para la libertad de expresión se declararon conscientes de “la amenaza que plantea la creciente concentración de la propiedad de los medios de prensa y los medios de comunicación, en particular para la diversidad y la independencia editorial”. Declaración Conjunta sobre libertad de expresión y administración de justicia, comercialización y libertad de expresión y difamación penal, 10 de diciembre de 2002.
- 111 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007. También resultan de interés para la CIDH, las resoluciones adoptadas por el Parlamento Europeo en la materia, como la Resolución 2007/2253 de 25 de septiembre de 2008, sobre concentración y pluralismo de los medios de comunicación en la Unión Europea, en el que el Parlamento Europeo: “3. Constata que el panorama de los medios de comunicación europeos está sujeto a una convergencia continua, tanto por lo que respecta a los propios medios de comunicación como a los mercados; 4. Pone de relieve que la concentración de la propiedad del sistema de medios de comunicación crea un entorno que favorece la monopolización del mercado de la publicidad, introduce barreras a la entrada de nuevos actores del mercado y conduce asimismo a la uniformidad de los contenidos de los medios de comunicación; 5.

En concreto, los Estados deben evitar situaciones de monopolio u oligopolio y contemplar la existencia de estas situaciones al momento de definir la asignación o la renovación de las licencias. Al respecto, en la “Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión” (2007), los relatores para la libertad de expresión aclararon que las medidas antimonopólicas, “deben implicar el cumplimiento de estrictos requisitos de transparencia sobre la propiedad de los medios de comunicación a todos los niveles. Además deben involucrar un monitoreo activo, el tomar en cuenta la concentración de la propiedad, en caso que sea aplicable, en el proceso de concesión de licencias, el reporte con antelación sobre grandes combinaciones propuestas, y la concesión de autoridad para evitar que tales combinaciones entren en vigor”<sup>112</sup>.

Ahora bien, los controles y restricciones que se impongan para evitar monopolios u oligopolios no deberían limitar innecesariamente el crecimiento, desarrollo o viabilidad económica del sector comercial en la radiodifusión. En este sentido, el artículo 13.3 de la Convención Americana dispone que: “no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. En tanto que ha sostenido la Corte Interamericana que también es violatorio de la libertad de expresión “todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención”<sup>113</sup>.

En todo caso, la existencia de regulaciones sobre radiodifusión que respeten los requisitos enumerados en los primeros apartes de este capítulo, y de autoridades de aplicación y fisca-

---

Observa que el desarrollo del sistema de medios de comunicación se ve cada vez más arrastrado por el ánimo de lucro y, como consecuencia, no se salvaguardan en la medida adecuada los procesos sociales, políticos o económicos ni los valores recogidos en los códigos de conducta periodísticos; considera, por tanto, que la legislación en materia de competencia debe estar interrelacionada con la legislación en materia de medios de comunicación, a fin de garantizar el acceso, la competencia y la calidad y de evitar conflictos de intereses entre la concentración de la propiedad de los medios y el poder político, que son perjudiciales para la libre competencia, la igualdad de condiciones y el pluralismo”. En el mismo sentido, en la resolución sobre el peligro que corre en la Unión Europea, y particularmente en Italia, la libertad de expresión y de información (apartado 2 del artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales) (2003/2237(INI)), el Parlamento Europeo precisó que: “30. Se felicita por la contribución de los medios de comunicación comerciales a la innovación, el crecimiento económico y el pluralismo, pero observa que el creciente grado de integración de los mismos, su conexión con las multinacionales del sector multimedia y su constitución en estructuras de propiedad transnacional representan también una amenaza para el pluralismo”.

112 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

113 Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 55.

lización que cumplan las condiciones desarrolladas en este documento, protegerán a los radios y canales de televisión comerciales de injerencias abusivas y de decisiones arbitrarias<sup>114</sup>.

## J. Publicidad oficial y otras formas de financiamiento de la radiodifusión

La publicidad —entre ésta la publicidad estatal— representa una fuente de ingresos muy relevante para la viabilidad o desarrollo de los medios de comunicación<sup>115</sup>. Al mismo tiempo, el uso de los medios de comunicación para transmitir información de interés público es una herramienta importante y útil para los Estados<sup>116</sup>. Es por ello esencial asegurar que la pauta oficial no sea utilizada como instrumento de castigo a medios de comunicación independientes o críticos con el gobierno, o como subsidio encubierto que beneficie, directa o indirectamente, a los medios de comunicación afines o condescendientes con las autoridades<sup>117</sup>.

Es necesario recordar que el principio 5 de la Declaración de Principios ha establecido que “la censura previa, interferencia o *presión directa o indirecta* sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, así como también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de ex-

114 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo IV, párr. 107.

115 “Los costos de producción de los medios de comunicación son elevados, y la forma más lucrativa de cubrir esos gastos es una amplia publicidad. Tradicionalmente, los presupuestos de publicidad del Estado representan un porcentaje sustancial de la inversión total en publicidad de los medios. En general, el público no conoce las cifras exactas de lo que se gasta en publicidad. Sin embargo, existen informes de numerosos medios de comunicación que indican que reciben del Estado entre el 40% y el 50% de su ingreso”. CIDH, *Informe Anual 2003*, Capítulo V: “Violaciones indirectas a la libertad de expresión: Asignación discriminatoria de la publicidad oficial”, párr. 4.

116 “Existen dos tipos de publicidad del Estado: la publicidad no pagada y la publicidad pagada. La publicidad ‘no pagada’ incluye los comunicados de prensa, los textos de leyes o sobre reuniones legislativas, e información que cuenta con respaldo del gobierno pero que puede ser pagada por un particular. Con frecuencia existen obligaciones jurídicas de parte de los medios de comunicación nacionales de divulgar esta publicidad como condición para que utilicen las frecuencias y las ondas del Estado. Esas condiciones están habitualmente incluidas en las leyes fundamentales de radiodifusión y prensa. La publicidad ‘pagada’ incluye los anuncios pagados en la prensa, la radio o la televisión, el material de software y video producido por el gobierno o patrocinado por éste, las campañas a base de folletos, el material publicado en Internet, las exposiciones, etc.” CIDH, *Informe Anual 2003*, Capítulo V: “Violaciones indirectas a la libertad de expresión: Asignación discriminatoria de la publicidad oficial”, párr. 3.

117 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo IV, párr. 77.

presión”. Al interpretar el alcance de este principio<sup>118</sup>, la CIDH ha aclarado que “este principio establece que es inadmisibles la imposición de presiones económicas o políticas por parte de sectores de poder económico y/o del Estado con el objetivo de influenciar o limitar tanto la expresión de las personas como de los medios de comunicación. La [CIDH] ha expresado al respecto que el uso de poderes para limitar la expresión de ideas se presta al abuso, ya que al acallar ideas y opiniones impopulares o críticas se restringe el debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas”<sup>119</sup>.

Asimismo, el principio 13 de la Declaración de Principios prevé que: “la utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; *la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales*; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión”.

En diversas oportunidades, la CIDH y la Relatoría Especial han constatado en la región el uso de la publicidad como una de las manifestaciones posibles de las restricciones indirectas al derecho a la libertad de expresión<sup>120</sup>. Por su parte, los relatores especiales para la libertad de expresión también alertaron sobre este fenómeno a nivel mundial. En su Declaración Conjunta de 2002 afirmaron que: “los gobiernos y los órganos públicos nunca deben abusar de su custodia de las finanzas públicas para tratar de influir en el contenido de la información de los medios de prensa; el anuncio de publicidad debe basarse en razones de mercado”<sup>121</sup>. Y en su “Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión” (2007) expresaron que: “debe considerarse ilícita la asignación y el cobro por parte de los medios de comunicación de publicidad oficial según criterios discriminatorios basados en la opinión política u otras razones similares”<sup>122</sup>.

En tal sentido, el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana prohíbe a los Estados adoptar decisiones sobre radiodifusión basadas en la línea editorial o informativa<sup>123</sup>. De ello se deriva entonces que la publicidad oficial no

118 CIDH, *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, octubre 2000, Sección B: Interpretación, párr. 27.

119 CIDH, *Informe Anual 1994*, Capítulo IV. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

120 Véase, entre otros, CIDH, *Informe Anual 2003*, Capítulo V: “Violaciones indirectas a la libertad de expresión: Asignación discriminatoria de la publicidad oficial”.

121 Declaración Conjunta sobre libertad de expresión y administración de justicia, comercialización y libertad de expresión y difamación penal, 10 de diciembre de 2002.

122 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

123 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo III, párr. 230.

puede ser asignada por los Estados de manera discriminatoria para premiar o castigar a los radiodifusores en función de sus opiniones o de su línea informativa.

En otras palabras, la CIDH advierte que si bien no existe un derecho intrínseco a recibir recursos del Estado por publicidad, la asignación discriminatoria de publicidad estatal en función de la línea editorial o informativa de la radio o el canal de televisión es violatoria del derecho a la libre expresión garantizado por la Convención Americana.

Por el contrario, los Estados deberían decidir qué comunican y dónde comunican sus mensajes a la sociedad, en función de criterios objetivos vinculados con la mejor manera de transmitir esa información de forma más eficaz, y con absoluta independencia del contenido informativo o editorial del medio que deban contratar para tales efectos<sup>124</sup>.

La Relatoría Especial ha encontrado que: “en el marco de los criterios de distribución, existen asignaciones discriminatorias negativas y positivas de la publicidad. La asignación negativa se otorgaría a una persona o un medio de comunicaciones para inducirlo a no informar desfavorablemente sobre quienes están en el poder. La asignación positiva exige que el beneficiario se exprese favorablemente para recibir los fondos estatales”<sup>125</sup>. En estos dos casos existe una violación del derecho a la libertad de expresión.

Resulta imprescindible que los Estados cuenten con una regulación específica que fije expresamente criterios previos y objetivos de asignación de la pauta oficial, redactados de manera clara y precisa, de manera que establezca previsibilidad para los radiodifusores y obligaciones para el Estado. La legislación debería contemplar asimismo procedimientos competitivos y transparentes.

Al respecto, la Relatoría Especial ha verificado que: “la insuficiente precisión de las leyes y las facultades inaceptablemente discrecionales constituyen violaciones a la libertad de expresión. Es, en efecto, cuando las leyes vinculadas a la asignación de publicidad oficial no son claras o dejan las decisiones a la discreción de funcionarios públicos, que existe un marco legal contrario a la libertad de expresión”<sup>126</sup>. Por esta razón, también ha indicado que: “la transparencia es un elemento imperiosamente necesario. Deben divulgarse públicamente los criterios que utilicen quienes toman las decisiones a nivel de gobierno para distribuir la publicidad del Estado. La asignación real de publicidad y la suma total del gasto

124 *Ibid.*, Capítulo IV, párr. 77. “La decisión debe adoptarse entonces, en atención a la finalidad objetiva y legítima que debe cumplir la publicación de la información y no a la afinidad del medio con el gobierno que, en cada momento, tenga la atribución de asignarla”.

125 CIDH, *Informe Anual 2003*, Capítulo V: “Violaciones indirectas a la libertad de expresión: Asignación discriminatoria de la publicidad oficial”, párr. 7. “Las asignaciones negativas son formas de coerción basadas en los contenidos, que obligan a los medios de comunicación al silencio sobre cuestiones de interés público, en tanto las asignaciones positivas pueden distorsionar artificialmente un debate público al inducir a apoyar las opiniones del gobierno a quienes en otras circunstancias hubieran adoptado una posición contraria (o hubieran optado por no expresarse del todo)”.

126 *Ibid.*, párrs. 23 y 86.

en esta esfera deben ser también objeto de divulgación pública, para garantizar la justicia y el respeto a la libertad de expresión<sup>127</sup>.

Por último, se deberían adoptar medidas para evitar que la pauta oficial genere una dependencia de los medios de comunicación audiovisual privados —con o sin fines de lucro— respecto del poder público. Al respecto, es claro que la publicidad estatal puede representar en muchos casos la única alternativa posible de financiamiento para ciertos medios pequeños —que no aparecen como opciones comercialmente rentables para la publicidad privada— o de los que critican a las empresas o grupos económicos poderosos<sup>128</sup>. En estos casos, los Estados deberían asegurar fuentes de financiamiento alternativas para fomentar la pluralidad de voces.

## K. Sobre el régimen de sanciones

La regulación sobre radiodifusión puede prever sanciones ante el incumplimiento de alguna obligación legal o ante la comisión de una falta o irregularidad en el uso de las licencias. Estas sanciones son restricciones a la libertad de expresión. Por ello, tanto la regulación, como la aplicación de estas sanciones, deben respetar ciertos requisitos para ser acordes con la Convención Americana y con los principios establecidos por la jurisprudencia interamericana.

Las sanciones por el uso irregular de una licencia de radio o televisión pueden comprometer gravemente derechos fundamentales de las personas involucradas y generar un efecto inhibitorio o de silenciamiento del debate democrático. Al respecto, en tanto la libertad de expresión engloba dos aspectos —el derecho de expresar pensamientos e ideas y el derecho de recibirlas—, cuando este derecho es restringido mediante una interferencia arbitraria, afecta no sólo el derecho individual de expresar información e ideas, sino también el derecho de la comunidad en general de recibir todo tipo de información y opiniones<sup>129</sup>.

Entonces, las faltas y sanciones que prevea la regulación sobre radiodifusión, para respetar el derecho a la libertad de expresión, deben ser legítimas y ser aplicadas mediante un procedimiento que respete el debido proceso legal.

127 *Ibid.*, párr. 89. Por su parte, los relatores para la libertad de expresión, en su Declaración Conjunta de 2007, hicieron hincapié en que la “transparencia debe ser el sello distintivo de los esfuerzos de las políticas públicas en el área de la radiodifusión”. Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

128 CIDH, *Informe Anual 2003*, Capítulo V: “Violaciones indirectas a la libertad de expresión: Asignación discriminatoria de la publicidad oficial”, párr. 4.

129 Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 30-32; véase también, CIDH, *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, octubre 2000. Sección B: Interpretación, párr. 23.

## 1. Legitimidad de las sanciones

En apartados anteriores de este capítulo se analizaron en detalle los requisitos que deben cumplir las restricciones a la libertad de expresión que resultan plenamente aplicables a lo referido al régimen de faltas y sanciones que pueden establecer las regulaciones sobre radiodifusión. En términos generales, para ser legítimas, las faltas y sanciones impuestas por la regulación sobre radiodifusión deben respetar el “test tripartito”, que se deriva del artículo 13.2 de la Convención Americana, establecido por la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano: (1) las sanciones deben haber sido definidas en forma precisa y clara a través de una ley formal y material preexistente; (2) deben estar orientadas al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana; y (3) deben ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionadas a la finalidad perseguida; e idóneas para lograr el objetivo imperioso que pretenden lograr. Estas condiciones deben verificarse simultáneamente y corresponde a la autoridad que las impone demostrar que todas ellas han sido cumplidas<sup>130</sup>.

Respecto a la obligación que establece que las sanciones deben encontrarse establecidas en una ley clara y precisa, la Corte Interamericana ha sostenido que en un estado de derecho el principio de legalidad —junto con el de irretroactividad— preside la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando se trata del ejercicio de su poder punitivo<sup>131</sup>. Es por ello que ha especificado que los requisitos del artículo 9 de la Convención Americana también deben ser respetados en el caso de las sanciones impuestas por la administración<sup>132</sup>. En efecto, la vaguedad de las faltas o de las sanciones establecidas por la regulación sobre radiodifusión favorece la arbitrariedad de la autoridad de aplicación y fiscalización y con ello se compromete la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana.

En segundo lugar, para ser legítimas, las sanciones deben estar orientadas al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana. Ello implica, entonces, que no pueden preverse ni aplicarse sanciones como castigo por la línea editorial o informativa. Mucho menos serán legítimas las revocatorias de licencias que se basen en la línea editorial o informativa del medio de comunicación. Al respecto, la Relatoría Especial ha sostenido que: “el uso de los medios coercitivos del Estado para imponer una visión única del mundo o desalentar una deliberación vigorosa y abierta sobre todos los asuntos de relevancia pública,

130 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, pp. 135-136.

131 Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 177; Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 107; Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 126.

132 *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrs. 106-115.

resulta incompatible con los principios que orientan los regímenes democráticos y, en particular, con el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana”<sup>133</sup>.

En tercer lugar, las sanciones —entre ellas la revocatoria de una licencia— deben ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionadas a la finalidad perseguida; e idóneas para lograr el objetivo imperioso que pretenden lograr. En esta materia resultan de plena aplicación los estándares fuertemente arraigados en el sistema interamericano que indican que las sanciones por el uso abusivo de la libertad de expresión siempre deben resultar proporcionales, en el sentido de que el beneficio para el interés protegido supere el daño a la libertad de expresión. Los argumentos que soportan esta tesis están vinculados a la necesidad de evitar la creación de marcos jurídicos que permitan al Estado adoptar decisiones arbitrarias o desproporcionadas que tengan un efecto general de silenciamiento (*chilling effect*)<sup>134</sup>.

En especial, la revocatoria de una licencia sólo puede estar prevista y aplicarse ante supuestos de grave incumplimiento a la regulación que hayan generado perjuicios reales en los derechos de otras personas. Al respecto, la jurisprudencia interamericana ha sido clara en precisar que cuando se establezcan restricciones a la libertad de expresión justificadas en la protección de los derechos ajenos, es necesario que la autoridad que impone la limitación demuestre que efectivamente estos derechos se han lesionado, pues “si no hay una lesión clara a un derecho ajeno, las responsabilidades ulteriores resultan innecesarias”<sup>135</sup>.

Asimismo, en diversas oportunidades la CIDH y la Corte Interamericana han advertido que resultan sumamente gravosas para la libertad de expresión las respuestas que establezcan sanciones penales. En tanto existan medidas alternativas y menos restrictivas de la libertad de expresión que la previsión y tipificación penal de conductas que impliquen la violación de la regulación sobre radiodifusión, éstas no deberían dar lugar a respuestas de tipo penal.

La CIDH y la Relatoría Especial han sostenido que los Estados tienen “la obligación de establecer un marco regulatorio que promueva una discusión libre, abierta, plural y desinhibida, lo cual implica el diseño de instituciones que permitan, y no que dificulten, la deliberación sobre todos los asuntos y fenómenos de relevancia pública. Nada de esto se compece con el uso indiscriminado del derecho penal como mecanismo para limitar la circulación libre de opiniones e informaciones, especialmente cuando las mismas se refieren a asuntos públicos”<sup>136</sup>.

En especial, el incumplimiento de las normas fijadas en la regulación relativas al contenido, si se trata de expresiones vinculadas a asuntos de interés público, nunca pueden dar

133 CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen II: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo IV, párr. 54.

134 *Ibid.*, párr. 57.

135 *Ibid.*, Capítulo III, párr. 70.

136 Relatoría Especial – CIDH, 5 de agosto de 2009, Comunicado de Prensa No. R57/09, Internet: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=759&IID=2>.

lugar a sanciones de naturaleza criminal. Asimismo, la postergación en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, por ejemplo ante las dificultades injustificadas o arbitrarias de acceder a una licencia, opera como un límite claro a la posibilidad de perseguir penalmente las conductas encaminadas a lograr su vigencia.

## 2. Debido proceso

Por otro lado, los procedimientos sancionatorios pueden afectar seriamente el ejercicio de la libertad de expresión, por ello deben contemplar todas las garantías del debido proceso consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.

En tal sentido, debe recordarse que, de acuerdo con la Corte Interamericana, “si bien el [artículo] 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”. Y que “a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal”<sup>137</sup>.

Por otra parte, la importancia central que tiene la libertad de expresión para la subsistencia del sistema democrático determina que ciertas restricciones que pueden ser válidas en ciertos procedimientos administrativos (como por ejemplo, el carácter no público de alguna parte del proceso), no lo sean cuando pueden afectar el ejercicio de este derecho<sup>138</sup>.

En particular, el procedimiento para aplicar sanciones —máxime en el caso de revocatorias de licencias— (1) debe ser llevado adelante por un órgano que reúna los requisitos ya mencionados, entre los que se destacan la imparcialidad y su autonomía e independencia respecto del poder político y el sector vinculado a la radiodifusión; (2) debe ser transparente y público, por ejemplo, contemplando la realización de audiencias públicas; (3) debe permitir el derecho de defensa antes de la adopción de cualquier decisión, permitiendo expresamente la posibilidad de ser oído y ofrecer prueba; y (4) asegurar el control judicial.

Por último, es necesario aclarar que la prohibición de censura previa establecida en el artículo 13 de la Convención Americana exige que, cualquier sanción por incumplimiento de las normas fijadas en la regulación relativas al contenido, debe ser aplicada sólo después de la transmisión.

137 Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párrs. 69-70.

138 Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 72-73.