

10. Libertad de expresión: perspectivas desalentadoras*

Era previsible que el gobierno nacional que asumió en diciembre de 2015 no continuaría las políticas en materia de comunicación de los años previos. Sin embargo, las modificaciones ocurridas en los primeros días de la gestión tienen efectos graves, por razones tanto de fondo como de forma. Dedicamos una parte importante de este capítulo a analizar sus repercusiones.

También examinamos algunos ejes de esta agenda durante 2015, aunque en materia de políticas públicas algunos podrían tornarse abstractos si prosperan las modificaciones promovidas por el nuevo gobierno. Al mismo tiempo, analizamos los efectos expansivos de la sentencia “Granier c. Venezuela” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sus consecuencias en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y sus aportes, para abordar los análisis de convencionalidad de las políticas de Estado y la defensa de los derechos humanos en este contexto.

1. Los cambios realizados por el nuevo gobierno

A partir de los primeros anuncios del recién nombrado ministro de Comunicaciones Oscar Aguad y la concepción de las funciones que se asignaron a esta nueva cartera con el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 13/15 que modificó la Ley de Ministerios, quedó en claro la concepción política que se planteaba para la actividad de la comunicación social. El anuncio fue explícito: lo que decidiría el modo de

* Este capítulo fue elaborado por el equipo del proyecto UBACyT 20020130100611BA, “Debates en torno a la libertad de expresión”, integrado por Damián Loreti (director), Diego de Charras (codirector), Wanda Fraiman, María Clara Güida, Alejandro Linares, Luis Lozano y María Soledad Segura.

actuar es un diagnóstico que sostiene que en la Argentina no hay concentración de medios y la decisión de que el país se rija en esta materia por las leyes del mercado. Además, se afirmó que el Estado ayudará a los medios pequeños y que el proceder del presidente de la Nación no tendría por qué verse limitado por una ley.

El Decreto 13/15 desconoció la autarquía de las autoridades de aplicación –Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) y Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (AFTIC)–, principio resguardado en varias oportunidades por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Según las reglas del derecho administrativo, los entes estatales descentralizados tienen algunas características básicas en común:

1. Tienen personalidad jurídica propia, esto es, pueden actuar por sí mismos, en nombre propio, en, por ejemplo, juicios como actores o demandados o celebrar contratos en su nombre, etc.
2. Cuentan o han contado con una asignación legal de recursos, es decir, tienen por ley la percepción de algún impuesto o tasa, o reciben sus fondos del presupuesto general con regularidad, o los han recibido en el momento de su creación aunque después se manejan exclusivamente con los ingresos obtenidos de su actividad.
3. Su patrimonio es estatal o, dicho de otra manera, estas entidades son de “propiedad” del Estado, en el sentido de que el Estado central puede eventualmente suprimir el ente y establecer el destino de sus fondos como desee, disponiendo de ellos como si fueran propios. Si bien, entonces, el ente aparece de manera formal como el “propietario” de sus propios bienes, en rigor de verdad, lo es el Estado.
4. Tienen capacidad de administrarse a sí mismos.

El decreto fue confuso y contradictorio. Según el punto 4 del artículo que establece las competencias del nuevo Ministerio, este asumía las facultades de las autoridades de aplicación AFSCA y AFTIC, pero más adelante las respetaría. Para sumar más contradicciones, tampoco las disolvía. El punto 8 señalaba entre sus funciones la de “ejercer, en el ámbito de su competencia, facultades de contralor respecto de aquellos entes u organismos de control de los prestadores de servicios en el área de su competencia, así como también hacer cumplir los marcos regula-

torios correspondientes, y establecer los regímenes de tarifas, cánones, aranceles y tasas de las mismas”. El punto 4 indicaba que debe “ejercer las funciones de Autoridad de Aplicación de las leyes que regulan el ejercicio de las actividades de su competencia”. El punto 7 establecía que tiene que “entender en la elaboración de normas de regulación de las licencias, autorizaciones, permisos o registros de servicios del área de su competencia, o de otros títulos habilitantes pertinentes otorgados por el Estado nacional o las provincias acogidas por convenios, a los regímenes federales en la materia”. Esto implicaba que reconocía la existencia de las autoridades, aunque, renglones más arriba y más abajo, les quitaba las competencias.

Trece días después de promulgado el decreto, el edificio de la AFSCA amaneció rodeado de policías, quienes señalaron que estaban “esperando a las nuevas autoridades”. En una conferencia de prensa, el ministro Aguad anunció la intervención de los organismos y la remoción de las autoridades nombradas en el marco de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (LSCA), que establecía un mandato legal fijo, aspecto que había sido destacado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en su informe 2009 al referirse a la Argentina. Pero hasta ese momento, el *Boletín Oficial* no había publicado el decreto que establecía la intervención. El texto del Decreto 236/15, conocido luego del anuncio de la decisión y el bloqueo policial al ingreso de las autoridades de la AFSCA a su sede, enumeró una serie de cuestiones que justificarían –a criterio del presidente de la Nación– la intervención de ambas autoridades de aplicación, a las que ya se les había quitado en parte la autarquía. El decreto sirvió como una pantalla legal para justificar una medida de naturaleza política, al desplazar a las autoridades con mandato vigente y plazo pendiente por no ser consideradas como funcionales al nuevo gobierno. Las fundamentaciones públicas oficiales se refirieron al color político de los desplazados.

Estas decisiones se tomaron violando las reglas establecidas por la propia legislación cuyo incumplimiento se denunció como argumento. La AFSCA y la AFTIC tenían en sus respectivos marcos legales modos de remoción, reglados con garantía de derecho de defensa, tal como la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos indica en reiterados fallos y los hace suyos la Relatoría Especial.¹

1 “La autoridad de aplicación y fiscalización [de leyes de comunicación audiovisual] debería ser un órgano independiente y autónomo del poder

En la LSCA se establecía lo siguiente:

El presidente y los directores sólo podrán ser removidos de sus cargos por incumplimiento o mal desempeño de sus funciones o por estar incurso en las incompatibilidades previstas por la Ley 25 188. La remoción deberá ser aprobada por los dos tercios (2/3) del total de los integrantes del Consejo Federal de Comunicación Audiovisual, mediante un procedimiento en el que se haya garantizado en forma amplia el derecho de defensa, debiendo la resolución que se adopta al respecto estar debidamente fundada en las causales antes previstas.

Pese a que los principios de libertad de expresión sostienen que las autoridades no deben tener injerencia ni de los gobiernos ni de las corporaciones, se removió a un directorio plural de siete personas con participación de usuarios, bloques parlamentarios, trabajadores y representantes académicos para reemplazarlo por un interventor partidario.

Estos actos administrativos fueron judicializados por vía de amparo y medidas cautelares, que continúan en trámite a la finalización de este capítulo, por ex funcionarios, medios comunitarios, consejeros electos, asociaciones de usuarios y universidades. Sin embargo, el avance sobre los organismos y la regulación previa fue en aumento.

El 29 de diciembre, una semana después de la intervención a ambas autoridades de aplicación, con policías que impedían el ingreso de

político y económico [...] 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 [...] 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". Informe anual de 2009 de la Relatoría Especial de Libertad de Expresión de la OEA, a cargo en ese momento de Catalina Botero Marino.

los trabajadores al edificio por orden de la justicia federal y sin quien cumpliera funciones de custodia del uso de frecuencias –tarea propia e indelegable de ese organismo, entre otras–, el Poder Ejecutivo nacional (PEN) dictó el Decreto 267/15, que implicó otro conjunto de retrocesos y avasallamientos.

Los modos de regulación

En su art. 75, inc. 19, la Constitución nacional establece que es facultad del Congreso de la Nación legislar en lo que hace a la defensa y la promoción del patrimonio audiovisual nacional. Sin embargo, el gobierno nacional no llamó a sesiones extraordinarias e ignoró su participación por medio de un DNU que no tiene ni necesidad ni urgencia. Pese a que en los considerandos del decreto se alegó el rango constitucional de los tratados de derechos humanos establecido en el art. 75, inc. 22 de la Constitución nacional, se ignoraron por completo los estándares vigentes que contrarían lo actuado.

La conformación de la autoridad de aplicación

Se disolvieron las autoridades que se había intervenido y se creó el Ente Nacional de Comunicaciones (Enacom). Lo integraron cuatro miembros designados por el PEN y otros tres por las primera, segunda y tercera minorías del Congreso. Esto implicó el desconocimiento de la necesidad de que la autoridad de aplicación mantenga autonomía de la política y las empresas y dejó de lado todo lo dicho en vigencia de la AFSCA sobre la necesidad de pluralidad en su composición. Además, en lugar de cumplirse con el estándar de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que respetaba la Ley 26 522, las remociones se hicieron por decreto y sin causa, incluidas las de los representantes de la oposición. Habría que mencionar las objeciones que se realizaban a la falta de independencia de las autoridades previas y cotejar la gestión precedente con la situación actual. Si se asignara alguna consistencia a aquellas críticas, en el presente la situación sólo ha empeorado.

Además, se disolvieron los consejos federales plurisectoriales de ambas leyes, Argentina Digital y Servicios de Comunicación Audiovisual. Hasta que un nuevo decreto determine cómo se conformará el futuro Consejo Federal de Comunicación Audiovisual, las atribuciones de ambos consejos las asume el ministro de Comunicaciones. Mientras tanto, el Enacom quedó constituido aún sin los representantes parlamentarios.

La televisión por cable y la convergencia

En un par de renglones del decreto, además de darles a las compañías de cable la condición de prestadoras de servicios TIC (tecnologías de la información y la comunicación) –lo que implica equipararlas a las empresas de telecomunicaciones–, se las liberó de las regulaciones de la Ley 26 522. De esta manera, ya no hay límites a la concentración de canales, ni están obligadas a tener una señal propia, ni a respetar la grilla de señales informativas, ni a incluir las señales locales de televisión. En este esquema, las televisiones abiertas no podrán ser proveedoras de contenido si no llegan a un arreglo con los dueños de los ductos, a no ser que se conformen con la escasa inserción de las antenas de la Televisión Digital Abierta. Como consecuencia, si los servicios de televisión por cable dejan de tener la obligación de emitir a sus competidores en sus propios “canales”, la única manera en que los usuarios pueden acceder a esos canales será mediante servicios gratuitos que quedarán limitados a la parte del *ultra high frequency* (UHF), desde el canal 20 en adelante. Es decir que el televidente deberá poner una antena y quizás un “deco” para poder ver lo mismo que ve hoy y además elegir en cada caso de qué aparato recibirá la señal. Adicionalmente, el retraso de los concursos para las nuevas señales, anunciados en 2011 y cumplidos sólo en parte desde 2015, conspira contra una buena oferta. También se anularon los porcentajes de contenido nacional.

La transferencia de licencias

El decreto modificó el art. 41 de la LSCA, declarado constitucional por la Corte Suprema, en votación de seis a uno. Se derogó la limitación a la transferencia de licencias para los medios comerciales, pero no para los medios cooperativos y otros sin fin de lucro. Con esta medida desaparece cualquier límite al crecimiento de los medios más grandes y se les facilita que procedan a la compra de otros, pudiendo, además, abrir hasta el 45% de su capital a la bolsa. También se prevé que los que están con situaciones societarias o de licencias irregulares puedan vender a los que estén en situación regular. Esto significa, por ejemplo, que un canal de cable pequeño o mediano que resistió como independiente puede ser fácilmente aplastado por un canal más grande que ya no tiene la obligación de contar con una señal propia que haga la diferencia en contenido, o por la televisión satelital o las telefónicas en un par de años. Resulta difícil estimar la cantidad de fuentes de trabajo involucradas, pero serán muchas.

Al mismo tiempo, la transferibilidad va de la mano del reinicio automático de licencias desde 2016 y la primera prórroga automática a

los diez años por cinco más. Como veremos más adelante, en el caso “Granier” la Corte IDH señaló que no existe un derecho adquirido a las frecuencias, ya que se trata de un bien público cuyo dominio corresponde al Estado.

Límites a la concentración

El decreto derogó las incompatibilidades en la posesión de licencias de cable y televisiones abiertas, relajó los límites de acumulación de licencias de uso de espectro y eliminó los límites de propiedad en el cable. Todas estas cuestiones habían sido declaradas constitucionales por la Corte Suprema, por seis votos a uno en el caso “Clarín”. También cayó el límite de concentración del 35% del mercado.

Por efecto de estas disposiciones, pierden virtualidad los procesos de adecuación iniciados, aceptados y aún cuestionados, a la luz del nuevo texto del art. 45 de la ley, ahora corregido. La caída de las reglas de incompatibilidad torna inoficioso el tratamiento de casos como los amparos y las medidas cautelares promovidas por periodistas del grupo Clarín y el grupo en sí contra la decisión de la AFSCA de iniciar un procedimiento de adecuación de oficio.

Las telefónicas y la convergencia

El Decreto 267/15 estableció que las telefónicas podrán empezar a prestar servicios de radiodifusión el 1° de enero de 2018, salvo que el Enacom disponga que haya un año más de espera. Pero como 2017 es un año electoral y los directores se remueven por decreto, es probable que no ocurra tal apertura, salvo que lo disponga el presidente de la Nación. El caso es que la entrada de un actor tan importante requiere de un conjunto de reglas específicas que no se contemplan. No es sólo cuestión de tiempo, sino de definiciones, de adecuaciones y maduraciones de mercados propios y de protección de quienes serán perjudicados por la diferencia de escala.

Sin que medie ninguna explicación –más bien lo contrario, en virtud de los considerandos del Decreto 267/15–, las empresas que brindan servicios de televisión por satélite no pueden dar servicios TIC. En todos los otros casos, las licencias de radiodifusión se transforman en licencias de servicios TIC Argentina Digital, es decir que pueden dar también todos los servicios de internet y telefonía. La empresa de televisión digital DirecTV fue comprada por AT&T, una compañía que brinda esos servicios con todavía escasa inserción local, pero que no posee red propia tendida y que no podría hacer esa extensión a servi-

cios para los que tiene licencia y con los que estaba experimentando. Es probable, entonces, que exista un conflicto serio en ese frente.

Sanciones

El Enacom tendrá facultades para sancionar, por lo que resulta muy importante en este caso el principio de legalidad y del juez natural. La garantía de defensa en juicio –incluyendo a las autoridades administrativas–, según la Corte IDH, requiere de jueces con estabilidad y no removibles por el Ejecutivo, cuestión que se ha discutido a propósito de la iniciativa de nombrar a jueces en comisión en la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Al respecto, conviene recordar que los directores son removibles sin causa por decreto y que la legalidad formal requiere que las reglas se discutan en el Congreso con participación de mayorías y minorías.

El CELS ha planteado la irregularidad de estas cuestiones con tres presentaciones ante la CIDH y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. En conjunto con universidades, sindicatos, radios comunitarias y otros actores, ha requerido la adopción de medidas urgentes. Hasta el cierre de este Informe, hemos sabido de una comunicación de la CIDH al gobierno respecto del art. 41 de la Convención Americana y que el relator especial, Edison Lanza, manifestó públicamente su preocupación.

2. AFTIC y Argentina Digital: poco debatidas, menos instrumentadas

Desde su promoción como proyecto, la Ley Argentina Digital fue cuestionada en las audiencias del Senado por la falta de determinación de la autoridad de aplicación que remitía a la decisión del PEN y porque autorizaba a las empresas de telefonía básica a prestar *cuádruple play* (televisión por cable, telefonía celular y básica, internet y televisión por satélite). Esta posibilidad ya había sido contemplada en el primer proyecto oficial de la LSCA, pero fue suprimida en respuesta a abundantes cuestionamientos de la oposición política de entonces, hoy oficialista, y de organizaciones sociales.

La Ley 27 078, sancionada el 16 de diciembre de 2014, creó la AFTIC como su autoridad de aplicación y la definió como un organismo descentralizado y autárquico bajo la órbita del Poder Ejecutivo. La conformación y la concepción de este organismo fueron muy discutidas, sobre todo en lo relacionado con sus competencias: regulación, promoción,

planificación, diagnóstico y resolución de conflictos, entre otras cosas porque el diseño del proyecto difería de la reglamentación en cuestiones fundamentales, como la preponderancia y las posiciones dominantes en el mercado, y los aspectos relacionados con las interconexiones y con el servicio público.

Durante 2015 la AFTIC no se expidió en cuestiones de importancia, a excepción de los rechazos de las inversiones del grupo de David Martínez (Fintech) y del Grupo Clarín en Telecom y en Nextel, respectivamente. Tampoco cumplió con su obligación de expedir los reglamentos encargados por la Ley Argentina Digital.

La composición de la AFTIC

El proyecto original enviado por el PEN al Congreso otorgaba al Ejecutivo la potestad absoluta para designar la autoridad de aplicación. Sin embargo, luego de las observaciones realizadas en las audiencias convocadas por el Senado, se incluyeron los artículos que establecieron un organismo colegiado con representación plural.

Según la ley, el organismo debía ser conducido y administrado por un directorio de siete miembros. El presidente y un director debían ser designados por el Ejecutivo nacional. Otros tres integrantes debían ser asignados por la Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de la Comunicación Audiovisual, las Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización en representación de las tres primeras minorías parlamentarias. Otro director debía ser designado por las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA). El miembro restante debía ser propuesto por el Consejo Federal de Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización. Este Consejo debía integrarse con 34 miembros: un representante por provincia y uno por la CABA; dos por las entidades que agrupan a prestadores de telefonía fija y móvil; uno por las entidades que reúnen a prestadores sin fines de lucro; un representante del Consejo Interuniversitario Nacional; un representante de las prestadoras de conectividad, servicios de banda ancha o internet; tres representantes por los sindicatos del sector TIC; un representante de las entidades proveedoras de servicios TIC; y un representante de las asociaciones de usuarios y consumidores con actuación en el ámbito de las TIC.

La norma establecía que el Ejecutivo debía dar a conocer los antecedentes curriculares de los nombres propuestos. Los directores y el presidente de la AFTIC se desempeñarían en sus cargos por cuatro años, con la posibilidad de una reelección. Todos los integrantes del direc-

torio podían ser removidos sólo por incumplir o desempeñar mal sus funciones o por tener incompatibilidades contempladas en la norma. En todos los casos, la remoción debía ser aprobada por dos tercios del total de los integrantes del citado Consejo Federal en un procedimiento con garantías del derecho a defensa. Este funcionamiento del directorio se acercaba a las recomendaciones de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH. En particular, cuando la Relatoría señala que debe ser un ente independiente “tanto de la influencia gubernamental como de los grupos privados”, constituido como “un órgano colegiado que asegure pluralidad en su composición”; cuando plantea períodos “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”; o cuando menciona la necesidad de contar con “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”.²

Si bien estos estándares se refieren a la radiodifusión, se trata de indicadores válidos porque incorporan la perspectiva de la promoción y protección de la libertad de expresión como derecho humano. La regulación sobre las infraestructuras para el transporte de información y comunicación no puede abordarse sin contemplar su valor cultural como instrumentos fundamentales para garantizar el ejercicio de la libertad de expresión y de la creación cultural diversa, y como canales necesarios para la formación y construcción de conocimiento. Por lo tanto, la autoridad de aplicación debe tener una composición plural.

El proceso político de la implementación

El Poder Ejecutivo, mediante el Decreto 1115/15, nombró presidente de la AFTIC a Norberto Berner (ex secretario de Comunicaciones de la Nación) y vicepresidente a Nicolás Karavaski (ex subinterventor de la Comisión Nacional de Comunicaciones). También designó, mediante el Decreto 1116/15, a los representantes propuestos por la Comi-

² *Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente*. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, OEA, 2010, pp. 15-16.

sión Bicameral del Congreso: Federico Bekerman, por el Frente para la Victoria (FPV), primera minoría legislativa, y Miguel Giubergia, por la segunda minoría, de la Unión Cívica Radical (UCR). La designación del representante de la tercera minoría generó una disputa en torno a la fuerza política con la potestad de nombramiento. La presidenta de la Comisión Bicameral, Liliana Fellner, recibió en la sesión del 26 de mayo las postulaciones de Giubergia y de Eduardo Bertoni, ex relator de Libertad de Expresión de la CIDH. Esta última fue realizada por el interbloque Frente Amplio Progresista-UNEN-Coalición Cívica como tercera minoría. En esa sesión el diputado Federico Pinedo reclamó el reconocimiento del bloque Unión PRO como tercera minoría, pero no pudo realizar mociones pues no se había efectivizado su designación en la Comisión Bicameral. Finalmente, la designación del bloque FAP-UNEN-CC, que proponía al abogado Eduardo Bertoni, no fue elevada al Poder Ejecutivo, que tomó la propuesta realizada por el Frente Renovador en alianza con el llamado Peronismo Federal y designó el 31 de agosto a José Peluc, de quien no se conocieron antecedentes en el sector.

Según una denuncia judicial realizada por la senadora Norma Morandini, del bloque FAP-UNEN-CC, la Comisión no volvió a reunirse luego del 26 de mayo, por lo que la selección de Peluc y la desestimación de Bertoni no fueron tramitadas en ese espacio. De hecho, no se conoce un documento público que informe del debate en ese foro sobre la postulación de Peluc.

La conformación de las minorías en el Congreso que debían ser consideradas eran las existentes luego de la renovación de bancas posterior a las elecciones legislativas de octubre de 2013. Es decir que el FPV tenía 150 legisladores (entre diputados y senadores), la UCR, 46, y el PRO, 21. Esta distribución se mantenía con los interbloques oficialmente reconocidos por el Congreso.³ Sin embargo, la senadora Morandini remarcó que la Comisión no había modificado su conformación después del recambio legislativo.

Las interpretaciones respecto a cómo se debían reconocer las minorías parlamentarias con potestad de hacer nombramientos en la AFTIC se derivaron, en parte, de la ausencia de especificaciones en la norma y en sus reglamentos respecto al cómputo de mayorías circunstanciadas.

3 Disponible en <www.diputados.gov.ar/secparl/dclp/bloques/presi_interbloque_dclp.html>. Consultado el 3 de diciembre de 2015.

Sin embargo, resulta difícil imaginar una norma o reglamentación que considere todas las situaciones posibles con sus diferentes contextos y particularidades, por lo que normalmente se espera que la negociación y el debate político contribuyan a la resolución de lo que la norma no contempla.

La falta de formalización del Consejo Federal implicó que no se concretara la designación del director en representación de ese espacio, como tampoco se había nombrado al representante de las provincias. Quedó en manos del gobierno nacional que asumió el 10 de diciembre de 2015 finalizar la conformación del directorio.

La composición de la AFTIC se presentaba, por los pasos dados y las designaciones pendientes, como un desafío importante para el Ejecutivo, los sectores involucrados y la clase política en general. Sin embargo, la resolución de la controversia sobre el representante de la tercera minoría no fue transparente, no fue reconocida por todos los sectores políticos involucrados ni avalada por instancias de participación social. Constituyó así un antecedente preocupante en la construcción de una institucionalidad legítima e independiente para la regulación estatal de un sector de gran relevancia económica y cultural.

Por estas y otras razones que veremos en los próximos apartados, la Ley Argentina Digital tuvo poca aplicación concreta. Como dijimos, el proyecto desconocía principios fundamentales de la LSCA y los numerosos cambios a lo largo de su debate que modificaron gran cantidad de artículos en temas fundamentales como el cuádruple *play*, interconexiones y preponderancias de mercado. En 2014 la discusión de la ley le ocasionó grandes costos al gobierno nacional; costos que hoy no parecen haber tenido sentido.

3. Antena Negra TV: decomiso después de la LSCA

Una de las cuestiones que auspiciaba la LSCA era el reordenamiento del espectro de frecuencias y la incorporación del sector de entidades sin fines de lucro a la totalidad de las posibilidades de licencias. En el ámbito de radio FM se avanzó, sobre todo en lugares de alta vulnerabilidad social y disponibilidad del espectro, también en la televisión por cable para las cooperativas de servicios. No se puede decir lo mismo en la radio FM para las llamadas “zonas conflictivas”. En la televisión digital terrestre, con mucha demora, tras haberse llamado a concurso en 2011 y anularse la convocatoria poco tiempo después, sobre fines de

2014 se dictaron normas técnicas de servicio para la preparación de un nuevo llamado a concursos. En febrero de 2015, se publicaron algunos llamados, que se postergaron, y luego se volvieron a abrir. De los 82 concursos convocados, varios se adjudicaron, otros quedaron desiertos y volvieron a convocarse, pocos se judicializaron y gran cantidad quedó a la espera del decreto presidencial de asignación de licencias.

En ese contexto, el 4 de septiembre de 2015, alrededor de 40 efectivos de la Policía Federal Argentina (PFA), junto con funcionarios de la AFTIC, allanaron la sede del canal comunitario Antena Negra TV (ANTV). Secuestraron sus equipos de transmisión y dañaron las instalaciones. Tenían una orden de registro domiciliario firmada por Verónica Lara de la Secretaría n° 15 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 8 a cargo de Marcelo Martínez de Giorgi, en el marco de la causa penal n° 3169 caratulada “N.N. s. interrupción de las comunicaciones”, iniciada por una denuncia de la empresa multinacional de seguridad privada General Industries Argentina S.A. (GIASA)/ Prosegur. También se imputó penalmente a Martín Sande, responsable de la Cooperativa Antena Negra TV Ltda., por “interferir o interrumpir las comunicaciones”, según el art. 194 del Código Penal de la Nación.

En la Argentina no se practicaban decomisos de equipos de transmisión a medios alternativos o comunitarios, al menos, desde diez años antes, cuando en 2004 la CSJN declaró la inconstitucionalidad del art. 45 del antiguo Decreto-ley de radiodifusión 22 285/80, que excluía a las entidades sin fines de lucro de la posibilidad de prestar servicios de radiodifusión, y en 2005 el Congreso de la Nación modificara ese artículo reconociéndolas como prestadoras legales.

La empresa de seguridad privada Prosegur explotaba la frecuencia 20 para radioenlaces con la PFA para su sistema de alarmas inalámbricas que monitorea bancos, embajadas y sedes de organismos públicos. En la década del noventa, la banda del espectro que va del canal 14 al 20 fue adjudicada a diversos servicios de comunicación punto-multipunto que pagan un canon por el uso de ese espacio, entre ellos, a Prosegur.⁴ El 15 de diciembre de 2014, el Poder Ejecutivo, en el art. II del Decreto 2456 sobre el Plan Nacional de Servicios de Comunicación Audiovisual Digitales, ordenó la inmediata liberación de la frecuencia correspondiente a la señal 20 por parte de cualquier servicio que

4 AFSCA, “AFSCA trabaja para que Antena Negra recupere sus equipos y se regularice”, Buenos Aires, 10 de septiembre de 2015.

no sea radiodifusión y la destinó al exclusivo uso de Televisión Digital Terrestre Abierta. Por lo tanto, desde ese momento, este canal pasó a ser regulado por la LSCA, sancionada en 2009, que reconoce a las emisoras no lucrativas como prestadoras de servicios de comunicación audiovisual y les reserva un tercio del espectro radioeléctrico, y cuya aplicación está a cargo de la AFSCA. En marzo de 2015, la AFSCA dispuso que Canal 9 Telearte se mudara a la frecuencia 20 y que también pusiera allí al aire el canal de la Universidad de Buenos Aires mediante el sistema de Multiplex. Sin embargo, la AFTIC entendía que la transición debía realizarse en dos años. Desde abril de 2015, Antena Negra comenzó a realizar pruebas de emisión digital en esa frecuencia que no le había sido asignada.

Antena Negra surgió en 2008 y desde 2009 transmite de manera constante. La opera un colectivo político cultural que actualmente suma a unos 35 participantes. Desde sus inicios y hasta 2015, transmitió sólo en analógico por Canal 4 para la CABA y la localidad de Alejandro Korn en la provincia de Buenos Aires.⁵ Como otras decenas de entidades similares en todo el país, ANTV emitía sin licencia, pero en diálogo con la AFSCA, que toleraba esa situación. Para estar en mejores condiciones de participar de los procesos de regularización legal y de los concursos de financiamiento que impulsa el Estado, fue cumpliendo con requisitos tales como la realización del censo dispuesto por la AFSCA en 2009, la conformación de una cooperativa de trabajo, la inscripción en el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES) y la transmisión continua. Antena Negra no se había presentado al llamado a concurso de 82 licencias para transmisión por Televisión Digital Abierta convocado por la AFSCA mediante la Resolución 24 el 26 de febrero de 2015; y reclamaba la apertura de un concurso para la categoría “Licenciatario Operador en Alta Potencia, sin fin de lucro”.⁶

Luego del allanamiento, las dos asociaciones de carreras universitarias de comunicación del país, RedCom y FADECCOS, manifestaron su preocupación y solicitaron una resolución del caso acorde al paradig-

5 María Eva González, “Los dejaron sin aire”, *Anccom*, Agencia de Noticias de Ciencias de la Comunicación-UBA, Buenos Aires, 2015, disponible en <www.anccom.sociales.uba.ar>; Antena Negra, 2015, disponible en <www.antenanegratv.com.ar>.

6 María Eva González, ob. cit.; Antena Negra, ob. cit.; Defensoría del Público, *amicus curiae* en la causa n° 3169/2015, “N.N. s. interrupción de las comunicaciones”, Buenos Aires, 21 de septiembre de 2015.

ma democratizador del sistema de medios en que se basa la LSCA. El 11 de septiembre, el CELS fue el primer organismo de derechos humanos que se pronunció sobre el uso indebido del derecho penal en causas relativas a la comunicación social. “El uso del derecho penal y la criminalización de comunicadores sociales son excesivos y perjudiciales para la libertad de expresión y deben ser evitados”, sostuvo en consonancia con lo manifestado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en 2009, la CIDH y la Corte IDH.⁷

El 20 de septiembre, la Defensoría del Público, a cargo de Cynthia Ottaviano, solicitó ser aceptada como *amicus curiae* en la causa judicial. Al día siguiente, fue aprobada su participación. El escrito de la Defensoría alentó “la inmediata descriminalización de la comunicación, ya que la comunicación comunitaria, alternativa y popular no es un accionar delictivo”, sino “la expresión más genuina de un pueblo, en el ejercicio de su derecho humano a la comunicación”. Advirtió que el caso en análisis no constituía un hecho criminal, sino un conflicto administrativo y que, por lo tanto, debía resolverse sin utilizar la justicia penal y por la vía administrativa prevista por la LSCA, “ya que se trata del uso del espectro radioeléctrico con fines de comunicación audiovisual para beneficio de las audiencias y no de telecomunicaciones”. En este sentido, enfatizó: “El incumplimiento del régimen audiovisual no habilita necesariamente la configuración de un tipo penal. En todo caso correspondería iniciar un procedimiento administrativo de regularización de la situación de las emisoras con todas las garantías constitucionales”.⁸

El titular de la Fiscalía Federal n° 6, Federico Delgado, recomendó el archivo de las actuaciones por “inexistencia de delito” y argumentó: “La puja precedentemente individualizada es materia de controversias administrativas específicas [...] que deben ser corregidas por la propia autoridad de aplicación: la AFSCA. En realidad, una causa judicial técnicamente requiere un hecho concreto preexistente que, por el momento, está ausente”.⁹

7 CELS, “Sobre la causa penal contra el canal de televisión Antena Negra”, Buenos Aires, 11 de septiembre de 2015, disponible en <www.cels.org.ar/comunicacion/index.php?info=detalleDoc&ids=4&lang=es&ss=46&idc=1980>.

8 Defensoría del Público, ob. cit.

9 Fiscalía Federal n° 6, dictamen en la causa n° 3169/2015, “N.N. s. interrupción de las comunicaciones”, Buenos Aires, 21 de septiembre de 2015.

El 26 de octubre del mismo año, teniendo en cuenta el dictamen del fiscal, el juez sobreescribió al titular de la cooperativa de ese canal comunitario. Martínez de Giorgi consideró que el hecho investigado “no encuadra en una figura legal”. Por eso, “no corresponde a este tribunal expedirse sobre la cuestión vinculada al derecho que en definitiva le asiste o no a la Cooperativa de Trabajo Antena Negra TV Ltda. y/o a la empresa General Industries Argentina S.A. de utilizar esa porción de espectro”. Martínez de Giorgi consideró que el derecho a la utilización del espacio radioeléctrico debe ser tratado “por el órgano al que la Constitución nacional le confirió facultades para dirimir acerca de esta clase de controversias”, porque “de otra manera, significaría desconocer el texto constitucional al subordinar la atribución conferida a otros poderes, al Poder Judicial”.¹⁰

Prosegur apeló el fallo de primera instancia ante la Sala 2 de la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional integrada por Oscar Salvi, María Fiorito y María Valeria del Bono Lonardi. La apelación basa sus argumentos en la “intención” del canal comunitario de interferir sus comunicaciones. Esta conducta, para los abogados de la multinacional, “no sólo demuestra su desprecio a la ley, sino también ilustra que, pese a conocer las graves consecuencias perjudiciales que su actuar podía implicar para la sociedad, desoyó a la autoridad y persistió en su actuar delictivo”.

El 2 de noviembre, se concretó la devolución de los equipos de transmisión al canal comunitario y el 20 de diciembre, luego de tres meses y medio, Antena Negra TV volvió a transmitir.

Este caso puso de manifiesto las consecuencias de no haber avanzado en la regularización de las llamadas “zonas de conflicto” en las grandes ciudades donde hay saturación en el uso del espectro radioeléctrico. Ante esto, otro poder del Estado –como ocurrió en este caso– u otra gestión de gobierno –como la actual– deberían respetar los diálogos y acuerdos que existían entre la gestión de la AFSCA, intervenida el 24 de diciembre de 2015, y los medios no lucrativos que aún no recibieron su licencia, y no optar por el decomiso o secuestro de equipos, la clausura de las emisoras ni la imputación penal de sus responsables.

10 Juzgado Criminal y Correccional n° 8, fallo en la causa n° 3169/2015, “N.N. s. interrupción de las comunicaciones”, Buenos Aires, 26 de septiembre de 2015.

4. Proyecto de ley antidiscriminación

A principios de noviembre de 2014, los diputados Andrés Larroque, Anabel Fernández Sagasti, Remo Carlotto, Horacio Pietragalla Corti, Julián Domínguez, Mayra Mendoza, María Luz Alonso, Eduardo de Pedro, Carolina Gaillard (Frente para la Victoria) y Alicia Comelli (Movimiento Popular Neuquino) presentaron un proyecto de Ley Nacional contra la Discriminación. Su objetivo era actualizar la legislación antidiscriminatoria –la Ley 23 592, de 1988–, incorporando las contribuciones de la jurisprudencia, las modificaciones del sistema legal argentino respecto del reconocimiento de derechos y los aportes del derecho internacional de los derechos humanos. El proyecto fue girado a las Comisiones de Derechos Humanos y Garantías, Legislación Penal y Justicia, que iniciaron su tratamiento por separado. Esta iniciativa recibió gran cantidad de objeciones, entre ellas la del CELS, que cuestionó la falta de claridad y precisión en la definición de las infracciones y la cabida de mecanismos de revisión previa inhibidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre la base de las previsiones del art. 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹¹

El 14 de julio de 2015, la Comisión de Derechos Humanos y Garantías firmó un dictamen que aprobó el proyecto por unanimidad en la parte de sus competencias con modificaciones. Para la elaboración del texto definitivo, también se tuvo en cuenta un proyecto del diputado Carlos Heller. Este dictamen había modificado numerosos aspectos que habían sido cuestionados del proyecto inicial. Sin embargo, mantenía algunos elementos que comprometían el respeto de los estándares de libertad de expresión de la CIDH, e incluso de la Corte Suprema en términos de las previsiones del art. 13.2 de la Convención Americana.

Uno de los temas principales del debate fueron las medidas de “promoción de la no discriminación en internet”. El art. 21 establecía:

Los administradores de sitios de internet que dispongan de plataformas que admitan contenidos y/o comentarios subidos por los usuarios están obligados a: a) publicar términos y condiciones que contengan la información del Anexo II de esta

11 Véase <[cels.org.ar/common/documentos/CELS%20sobre%20proyecto%20de%20ley%207379-D-2014%20final%20\(1\).pdf](http://cels.org.ar/common/documentos/CELS%20sobre%20proyecto%20de%20ley%207379-D-2014%20final%20(1).pdf)>.

ley, con el objeto de informar sobre el carácter discriminatorio de un contenido y la legislación vigente al respecto; b) disponer y hacer pública una vía de comunicación para que los usuarios denuncien y/o soliciten la remoción del material que se encuentre en infracción a esta ley. Los medios de prensa, agencia de noticias, diarios *online* y revistas electrónicas que cuenten con plataformas que admitan contenidos generados por los usuarios deben, además de las obligaciones previstas precedentemente, disponer de la información prevista en el inc. a) de este artículo a través de la activación automática de una ventana cuyos términos deben ser aceptados por el usuario antes de acceder a realizar el comentario o subir cualquier contenido, y adoptar las medidas necesarias para evitar la difusión de contenidos discriminatorios.

En este punto se reclamaba que la posición de la jurisprudencia exige el conocimiento cierto de la existencia de los contenidos denunciados para evitar supuestos de responsabilidad objetiva, cuestión que el proyecto dejaba de lado en forma regresiva.

El artículo también se proponía regular formas de promoción de la no discriminación en internet. Esto habilitaba mecanismos de revisión de los contenidos que son contradictorios con la libertad de expresión. En este punto era necesario que se precisara en el texto la distinción entre las afectaciones al honor o a la intimidad y los discursos que incitaban a la violencia por cuestiones de odio.

La motivación legislativa de aprobar un proyecto que promueva la no discriminación, y que incorporase las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, persigue un objetivo legítimo y autorizado por nuestro Estado constitucional y convencional de derecho. Sin embargo, la vaguedad de la definición de lo que se entiende por “contenido discriminatorio” excede ampliamente las excepciones al discurso protegido por la libertad de expresión en los términos del art. 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Para que hubiera compatibilidad entre el derecho a la no discriminación, las obligaciones que asumen los Estados para asegurarlo y el alcance y contenido del derecho a la libertad de expresión y la libre circulación de información e ideas, era necesario que el texto fuera más

preciso en lo referido a la definición de los supuestos sujetos a responsabilidades ulteriores.

Fueron tantas las oposiciones que el dictamen nunca llegó al recinto, si bien podría tratarse en el próximo período, dado que todavía conserva estado parlamentario.

5. Publicidad oficial en la CABA: destino desconocido

En el contexto general de la discusión sobre la necesidad de regular o no la publicidad oficial, la vigencia de los principios emergentes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los fallos de la CSJN a fin de sentar doctrina sobre la ilegalidad del retiro sin causa de la pauta en casos como “Perfil” y “Artear” –cuestión que incluso fue llevada por un grupo de periodistas ante la CIDH en noviembre de 2014–, en 2015 se hicieron públicas irregularidades en la distribución de la pauta oficial de la CABA.

En 2009 la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionó una ley de publicidad oficial (Ley 3391) cuyas partes sustantivas fueron vetadas por decreto del entonces jefe de Gobierno, Mauricio Macri.

En septiembre de 2015, la Cooperativa de Trabajo La Usina de Ideas Ltda., que gestiona Radio Ahijuna FM 94.7 en la localidad de Bernal (provincia de Buenos Aires), realizó una denuncia en la justicia federal contra el secretario de Comunicación Social y el secretario de Medios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA). La acusación refería “delitos de peculado, falsificación de documentos privados y/o lavado de dinero”, debido a que existían importantes diferencias entre los montos que habían recibido durante 2014 por publicidad oficial y los que el GCBA declaraba haberles pagado en su página web Buenos Aires Data. A partir de esta denuncia, el periodista del diario *Página/12* Werner Pertot publicó una investigación que confirmaba la existencia de más de ochenta medios de comunicación de todo el país que tampoco habrían cobrado las sumas declaradas por el gobierno o a las que, directamente, no les habían contratado espacios para publicidad oficial. La suma de dinero cuyo destino no podía verificarse era de 12 millones de pesos para 2014.¹² Además, en este caso tenían un rol protagónico

12 Werner Pertot, “El agujero negro de la publicidad porteña”, *Página/12*, 15 de octubre de 2015, disponible en <www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-283885-2015-10-15.html>.

los intermediarios entre el gobierno y los medios gráficos, radiales, televisivos y digitales, conocidos como “bolseros de publicidad”, que no son mencionados en el portal de información del GCBA.

La investigación judicial fue llevada adelante por Federico Delgado, a cargo de la Fiscalía Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal n° 6, a raíz de “presuntas irregularidades en la contratación de los proveedores publicitarios, la distribución de la pauta y la publicación de la información oficial al respecto en el sitio web del GCBA”.¹³ Delgado confirmó el accionar identificado respecto de 14 radios y que ese número podría ascender a otras 47.¹⁴ En octubre el fiscal le solicitó al juez Marcelo Martínez de Giorgi, titular del Juzgado Criminal y Correccional Federal n° 8, que determine “qué ocurrió con los fondos públicos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que fueron falsamente consignados como pauta publicitaria, cuando en realidad fueron llamativa y burdamente desviados”.¹⁵ Martínez de Giorgi les requirió a los medios involucrados que ratificasen los importes recibidos y exhortó al GCBA a presentar los contratos “mediante los cuales se otorgó pauta oficial a las emisoras y medios de comunicación”.¹⁶

Hacia fines de 2015, no existían novedades sustanciales en la causa, cuya resolución permitiría conocer la utilización de los fondos públicos y, a la vez, corroborar si ha existido alguna relación entre los destinatarios reales de las contrataciones por publicidad y los aportantes a la campaña presidencial de Mauricio Macri, quien se desempeñó como jefe de Gobierno hasta diciembre de 2015.

Si el Poder Judicial confirmara la utilización irregular del presupuesto estatal, sería evidente la necesidad de una mayor transparencia en el pago de la pauta oficial, tal como lo establece la Ley 3391 –específica en la materia–. A su vez, quedaría de manifiesto una insuficiente garantía del derecho de acceso a la información pública tanto de los titulares de los medios involucrados como de la población en general,

13 “Impulsaron la investigación por irregularidades en la pauta publicitaria del gobierno porteño”, 1° de octubre de 2015, disponible en <www.fiscalias.gob.ar/fiscalias/impulsaron-la-investigacion-por-irregularidades-en-la-pauta-publicitaria-del-gobierno-porteno/?hl=publicidad+oficial>.

14 Werner Pertot, “La pauta en la justicia”, *Página/12*, 14 de octubre de 2015, disponible en <www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-283780-2015-10-14.html>.

15 “Impulsaron la investigación...”, ob. cit.

16 “La pauta en la justicia”, ob. cit.

debido a que el portal Buenos Aires Data no estaría brindando información “completa, veraz, adecuada y oportuna” (art. I de la Ley 104 de la CABA), porque los datos que allí se proporcionan resultarían incorrectos e incompletos.

6. El caso Radio Caracas Televisión en la Corte IDH: sus implicancias en la Argentina

El 22 de junio de 2015, la Corte IDH emitió su fallo en la causa “Granier y otros (Radio Caracas Televisión) c. República Bolivariana de Venezuela”. El caso refiere a la denuncia por violación del derecho a la libertad de expresión presentada por accionistas, directivos y periodistas que conformaban la sociedad anónima Radio Caracas Televisión (RCTV) y editorialistas, a partir de la decisión adoptada por el Estado venezolano de no renovar la concesión del canal 2 de la televisión nacional de ese país.

Para la Corte IDH, aquella medida aplicada por el gobierno de Hugo Chávez el 27 de mayo de 2007 implicó una “desviación de poder”, al acallarse de modo discriminatorio a los concesionarios de uno de los principales canales de televisión en razón de su línea editorial. La Corte le ordenó al Estado venezolano que reestableciera la concesión de la frecuencia del espectro radioeléctrico correspondiente al canal 2 de televisión y la devolución de bienes, y que afectara a la empresa pública que continuó con la explotación de esa frecuencia. Además, exigió disponer, en un plazo razonable, la apertura de un proceso abierto, independiente y transparente para el nuevo otorgamiento de la frecuencia. El Estado también debería pagar indemnizaciones por daño material e inmaterial.

El trámite del caso estuvo rodeado por la tensión política y diplomática que concluyó en la denuncia por parte de Venezuela de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en septiembre de 2012. Como veremos, la sentencia tiene implicancias concretas en los debates en nuestro país en aspectos como la discusión acerca de las condiciones de admisibilidad de una persona jurídica –un medio de comunicación– como peticionaria ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el reconocimiento de la obligación del Estado como garante de la diversidad y el pluralismo, la constatación de un uso arbitrario de poder y la definición acerca de la existencia de un derecho de propiedad sobre las licencias de radiodifusión.

La empresa RCTV obtuvo su licencia original como emisora nacional de televisión abierta, con carácter precario, en 1953, bajo el régimen de la Ley de Telecomunicaciones de 1940. En 1987, con el Decreto 1577, se aprobó un Reglamento sobre Concesiones de Televisoras y Radiodifusoras que dispuso el otorgamiento de una nueva licencia por otros veinte años. Ese plazo vencía el 27 de mayo de 2007. El art. III de ese decreto establecía una “preferencia” para las emisoras que hubieran cumplido las disposiciones para una extensión de la concesión por otros veinte años. En 2000 el Estado venezolano promulgó la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOTEL). El art. 210 de esa norma plantea la posibilidad de “transformación de títulos” para que las concesiones o los permisos obtenidos con una reglamentación anterior se adapten a la nueva legislación, pero también contempla: “Si la Comisión Nacional de Telecomunicaciones no se pronuncia sobre la procedencia o no de la solicitud [de transformación] dentro de los lapsos establecidos [...] dicho silencio se entenderá como una negativa respecto de la solicitud formulada”.

En abril de 2002, Venezuela sufrió un golpe de Estado que tuvo entre sus principales aliados a varios importantes medios masivos de comunicación de ese país. La CIDH advertía en su Informe “Democracia y Derechos Humanos en Venezuela” de 2009, que

Ha observado con preocupación la escasa o en ciertos momentos nula información en que se encontró la sociedad venezolana en los días de la crisis institucional de abril. [...] Aunque puedan existir múltiples justificaciones para explicar esta falta de información, en la medida en que la supresión de información haya resultado de decisiones editoriales motivadas por razones políticas, ello debe ser objeto de un indispensable proceso de reflexión por parte de los medios de comunicación venezolanos acerca de su rol en tal momento.

Los principales medios del país –entre ellos, los canales de televisión Globovisión, Venevisión, Televen y RCTV– dieron una profusa cobertura al accionar de los golpistas. Incluso tuvieron reuniones (que nunca desmintieron) con el pretendido nuevo jefe de Estado, Pedro Carmoña Estanga. El golpe resultó fallido y Hugo Chávez fue repuesto en su cargo. Sin embargo, esos medios incurrieron en un silencio absoluto que dejó a la ciudadanía sin información acerca de la restauración de

las instituciones democráticas. El Estado venezolano adjudicó a estos medios un rol de partícipes políticos activos en la asonada.

En este marco, el gobierno comenzó a referirse a las televisoras mencionadas como “los cuatro jinetes del apocalipsis”, “enemigos del pueblo”, “fascistas” o “golpistas”. En diversas ocasiones, tanto Chávez como otros funcionarios anunciaron que no se le renovarían la licencia a RCTV y se refirieron a su gerente general, Marcel Granier. En términos generales, el propio presidente Chávez aludió, a principios de 2003, a los dueños de canales de televisión y de emisoras de radio:

Tienen una concesión del Estado, pero no les pertenece la señal. La señal le pertenece al Estado [...]. La estamos revisando y si ellos no recuperan la normalidad en la utilización de la concesión, si ellos siguen utilizando la concesión para tratar de quebrar el país, o derrocar el gobierno, pues yo estaría en la obligación de revocarles la concesión que se les ha dado para que operen los canales de televisión.¹⁷

El máximo tribunal interamericano sostuvo que los hechos se enmarcaron en la situación de tensión posterior al golpe de Estado y por ello consideró que se encontraba probado en el caso el “ambiente de intimidación generado por las declaraciones de altas autoridades estatales en contra de medios de comunicación independientes”.¹⁸ Sin embargo, el fallo en el voto de mayoría parece dejar de lado el hecho de que nos encontramos, por un lado, con un gobierno legítimamente electo en un proceso democrático y, por otro, con quienes participaron de un pretendido golpe de Estado.

Es cierto que se analizó la posible desviación de poder de tipo discriminatorio por parte del Estado con un licenciatario perpetuado –igual que otros, lo que hace sostenible la idea de discriminación– por más de cinco décadas en el dial venezolano. Si el Estado hubiera actuado siguiendo los procedimientos legales pautados y, luego, sancionado al canal por su accionar durante el intento de golpe de Estado en abril de

17 Transcripción del programa *Aló, presidente*, edición n° 135, 12 de enero de 2003, pp. 6-7, en Corte IDH, “Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) c. Venezuela”, sentencia de 22 de junio de 2015.

18 Íd.

2001, hubiera sido posible analizar el obrar de los actores no estatales bajo el prisma de la carta democrática interamericana y la magnitud de las responsabilidades ulteriores. Sólo de manera aislada, por disidencia del juez Roberto Caldas, se mencionó el tema cuando se señaló que no era posible dejar de considerar que los demandantes, por los hechos ocurridos en 2001, fueran responsables de violaciones a los derechos humanos al negar el acceso a información imparcial y fundada a la sociedad venezolana. También se indicó que las responsabilidades del Estado de Venezuela “deben ser analizadas dentro de un contexto amplio de tensión política con excesos de ambos lados, inclusive una grave actuación de apoyo y sustento a un golpe de Estado”.

El Estado venezolano presentó un cuestionamiento a la competencia de la Corte IDH en el caso, en la medida en que el sistema no prevé la protección de personas jurídicas, sino solamente de personas físicas víctimas de violaciones de derechos humanos perpetradas por los Estados. La presentación se funda en que el art. I.2 de la Convención Americana dispone que “persona significa todo ser humano”, lo cual haría inaplicable la protección a un medio de comunicación.

El tribunal rechazó el cuestionamiento venezolano y sostuvo que las presuntas violaciones a los derechos consagrados en la Convención son alegadas respecto de afectaciones a los accionistas y trabajadores de RCTV como personas físicas. Al respecto, afirmó:

Los medios de comunicación son [...], generalmente, asociaciones de personas que se han reunido para ejercer de manera sostenida su libertad de expresión, por lo que es inusual en la actualidad que un medio de comunicación no esté a nombre de una persona jurídica, toda vez que la producción y distribución del bien informativo requieren de una estructura organizativa y financiera que responda a las exigencias de la demanda informativa.¹⁹

Para precisar la posición, el tribunal trazó un paralelismo con los sindicatos y los partidos políticos, a los cuales considera –del mismo modo que a los medios–, instrumentos para hacer realidad el ejercicio de derechos.

19 Íd.

Este planteo, que se presenta a priori muy razonable, implica algunos problemas cuando se traslada al caso concreto. Por un lado, la Corte reconoce, luego de nombrar a los presuntos accionistas de RCTV, que:

Ninguna de las presuntas víctimas anteriormente referidas es accionista directa de RCTV. Por el contrario, los socios mencionados son accionistas de una o varias personas jurídicas separadas, que a su vez son compañías propietarias de las acciones de RCTV.²⁰

El tribunal deja en claro, entonces, que no hay una “asociación de personas”, sino un encadenamiento de personas jurídicas. Esto vuelve más difusa la vinculación de las supuestas víctimas con el medio de comunicación como vía para ejercer sus derechos. Tal como sostiene en su voto en disidencia el juez Caldas: “Puesto que no estaban directamente relacionados con RCTV, no hay necesidad de hablar de violación de los derechos humanos de estas personas si la consecuencia es necesariamente de afectación patrimonial”.²¹ Por otra parte, los sindicatos están incluidos de manera explícita en el articulado del Protocolo de San Salvador, pero las sociedades comerciales no lo están.

Además, el fallo de la Corte IDH identifica a los trabajadores como quienes hacen realidad su derecho a la libertad de expresión mediante las empresas, una perspectiva también problemática. No existe en las empresas capitalistas una relación de paridad entre miembros como en un sindicato o en un partido político. Por lo general, los trabajadores de una empresa mediática, sean o no periodistas, no tienen capacidad de incidencia en la línea editorial. Las expresiones de las empresas no pueden ser consideradas como representación de la expresión de sus trabajadores. De hecho, mecanismos como la cláusula de conciencia, que abundan en el derecho comparado, refuerzan esta visión en desmedro de la sostenida en el fallo.

Pluralismo y rol del Estado

En la sentencia, el tribunal repasa la jurisprudencia sobre libertad de expresión y las obligaciones de los Estados para garantizar diversidad y pluralismo. Recupera la Opinión Consultiva 05/85 al recordar que “la

20 Íd.

21 Íd.

libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público, ‘es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática’”. Enfatiza también que la protección del pluralismo es “no solamente un fin legítimo, sino, además, imperioso”.²²

Desarrolla asimismo una saludable preocupación por la necesidad de la diversidad de fuentes, que no depende sólo de la cantidad de medios de comunicación sino también de la existencia de distintos tipos de medios y del pluralismo que cada uno de ellos proponga. Recuerda que los ciudadanos de un país tienen el derecho a acceder a la información y a las ideas desde una diversidad de posturas, pero también advierte:

El pluralismo de ideas en los medios no se puede medir a partir de la cantidad de medios de comunicación, sino de que las ideas y la información transmitidas sean efectivamente diversas y estén abordadas desde posturas divergentes sin que exista una única visión o postura. Lo anterior debe tenerse en cuenta en los procesos de otorgamiento, renovación de concesiones o licencias de radiodifusión.

Sobre todo, cuando se trata de concesiones que utilizan el espacio radioeléctrico, ya que, en la medida que se trata de un bien escaso con un número finito de frecuencias utilizables, se reduce o limita la cantidad de medios que pueden acceder a ellas, “por lo que es necesario asegurar que en ese número de medios se halle representada una diversidad de visiones o posturas informativas o de opinión”.²³

Esto es fundamental porque pone en cuestión el punto sobre la prórroga o renovación automática de concesiones. Sobre ello, el tribunal resolvió que no correspondía considerar como una restricción la no renovación automática de la licencia por otros veinte años, como pedía RCTV, dado que la legislación venezolana “no hace mención alguna a que el Estado estuviera obligado a conceder la renovación, ni tampoco establece una prórroga automática” y, a su vez, “esta obligación no está contemplada en el derecho internacional”.²⁴ Además, al haberse adjudicado la frecuencia a una emisora pública, caída la licencia por

22 Íd.

23 Íd.

24 Íd.

vencimiento de plazo, el derecho de preferencia para un nuevo concurso quedaba sin efecto. Esta fue una de las razones por las que, en su momento, la Comisión Interamericana no otorgó la medida cautelar requerida.

Lo que describimos se articula con una equivocación recurrente en torno al concepto de propiedad aplicado en servicios con uso de concesiones radioeléctricas. Generalmente se confunde el hecho de ser concesionario o licenciatarario con ser propietario de la frecuencia. La sentencia es concluyente al afirmar que el espectro radioeléctrico es un bien público cuyo dominio corresponde al Estado y, por tanto, su titularidad no puede ser reclamada por particulares.

El caso RCTV cristalizó buena parte de los debates políticos y jurídicos vinculados con el ejercicio del derecho a la comunicación a través de medios audiovisuales que tuvieron lugar, con mayor o menor intensidad, en todos los países de la región a lo largo de la última década. La relación entre gobiernos y medios concentrados, el rol de los conglomerados mediáticos privados en alzamientos contra el Estado de derecho, los límites de las potestades estatales en torno a la regulación de las condiciones de acceso al debate público y su relación con el pluralismo y la diversidad son algunas de las cuestiones que se pueden rastrear desde el inicio, en 2002, de los hechos que motivaron el caso internacional hasta la sentencia de la Corte IDH, en junio de 2015.

El fallo desnuda contradicciones en torno a algunos puntos como la legitimación de los peticionantes para alegar una violación de derechos humanos y, desde ese lugar, fuerza una intervención que no da cuenta de los matices del conflicto. La principal imputación al Estado venezolano, la “desviación de poder”, se ve en conflicto con las propias apreciaciones de la Corte IDH, dado que la licencia fue declarada caduca al cumplirse el plazo legal previsto y el propio tribunal reconoció que no correspondía una renovación automática por otros veinte años.

Además, el fallo castiga con precisión las violaciones al debido proceso y a la protección judicial que sufrió RCTV al declararse la caducidad de la licencia. Sin embargo, el tema aparece como una asignatura pendiente en materia de políticas públicas de comunicación, que recién comenzó a sanearse en algunos países en años recientes y no sin resistencias por parte de quienes se beneficiaban del (des)orden administrativo previo. El caso argentino, con la LSCA sancionada en 2009, resulta ejemplificador.

Finalmente, el fallo de la Corte IDH reafirma aspectos centrales vinculados con la regulación de la radiodifusión, el rol del Estado y las po-

líticas públicas en relación con el sistema de medios. Sin embargo, llaman la atención ciertos claroscuros en la sentencia. Algunos desarrollos doctrinarios no se condicen con las conclusiones, y las distintas visiones de los jueces resultan difíciles de armonizar. En definitiva, el fallo parece recoger las cenizas de un debate que, a trece años del inicio de los hechos, todavía arde.