

## **POLÍTICAS PÚBLICAS Y DEBATES REGULATORIOS PARA EL SECTOR AUDIOVISUAL**

*Regulación de la concentración de la propiedad en la radiodifusión.  
Recomendaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*



**Fernando Krakowiak:** Es Licenciado en Ciencias de la Comunicación y Doctor en Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Se desempeña como docente en la materia “Políticas y planificación de la comunicación” de la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA. Sus líneas de investigación son políticas de comunicación, economía política de los medios y procesos de digitalización audiovisual. También es subeditor de la sección economía del diario argentino Página/12.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) es un mecanismo de promoción y protección de derechos humanos a través de una serie de instrumentos jurídicos sancionados por los países que integran la Organización de los Estados Americanos (OEA), sistema mayor con el que interactúa, en el cual se apoya y con el que se complementa. El SIDH dispone de dos órganos para supervisar y hacer cumplir esos derechos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Entre los derechos tutelados por el SIDH están incluidos la libertad de expresión y el derecho a la información. Este sistema sienta jurisprudencia sobre cómo diseñar e instrumentar políticas nacionales de comunicación destinadas a preservar esos derechos. Por lo tanto, es un espacio de disputa y negociación permanente.

El *objetivo* de este trabajo es analizar los tratados, declaraciones, sentencias, opiniones consultivas, informes de casos e informes anuales de relatorías del SIDH que refieren a la regulación de la concentración de la propiedad de medios de comunicación, poniendo especial énfasis en el sector *audiovisual*, para precisar si esos documentos se inscriben en un modelo regulatorio de mercado o intervencionista.

El relevamiento incluye la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, el documento Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, las Declaraciones de la Relatoría de Libertad de Expresión, los veinte informes anuales que elaboró la Relatoría de Libertad de Expresión desde su creación, y las

sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH referidas a medios de comunicación.<sup>1</sup>

La *hipótesis de trabajo* es que en el SIDH predomina una concepción regulatoria intervencionista que fundamenta la protección de la libertad de expresión no solo desde su dimensión individual –el derecho de cada persona a difundir sus opiniones por cualquier medio–, sino también desde su dimensión social –necesidad de todos los ciudadanos de recibir información y opiniones diversas–. Esa concepción es la que permite reivindicar la elaboración de normas estatales destinadas a prevenir la concentración de mercado para garantizar el pluralismo y la diversidad de voces, condiciones que son consideradas esenciales por el SIDH para el adecuado funcionamiento de una sociedad democrática.

En la primera parte del trabajo se describen los dos grandes modelos que regulan la radiodifusión, el intervencionista y el de mercado, y se identifican los valores en conflicto y los conceptos clave en torno a los que se organizan esos modelos a partir del relevamiento de bibliografía dedicada a su análisis.

En la segunda parte se pone el foco en el *corpus* seleccionado y, con el andamiaje conceptual desplegado en el punto anterior, se busca determinar en qué modelo regulatorio se referencian los documentos del SIDH. La metodología consiste en relevar esos documentos para identificar si las recomendaciones se inscriben dentro del modelo intervencionista, que privilegia criterios políticos y socioculturales para la defensa de la pluralidad y la diversidad, o dentro del modelo de mercado que equipara el pluralismo a la libertad de elección y busca minimizar las regulaciones gubernamentales para no interferir con esa libertad.

## Modelos regulatorios de la radiodifusión

El debate de ideas que se produjo durante la Ilustración y el

1 Entre 1979, año de su conformación, y 2017, la Corte IDH emitió 24 opiniones consultivas, pero solo la OC N° 5 (1985) y la OC N°7 (1986) se refieren a medios de comunicación, mientras que los efectos de la concentración de la propiedad de medios sobre la libertad de expresión se analizan en la OC N° 5. A su vez, hay 21 sentencias de la Corte IDH que refieren a la libertad de expresión, pero los efectos de la concentración en la propiedad de medios de comunicación son analizados en los casos "Kimel vs. Argentina" (2008), "Fontevecchia D'Amico vs. Argentina" (2011) y "Granier y otros (Radio Caracas Venezuela) vs. Venezuela" (2015).

modelo informativo resultante posibilitaron la expansión de los principios de libertades económicas y civiles sobre los que se fundó la Revolución Francesa. La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano del 27 de agosto de 1789 proclamó la libre comunicación de los pensamientos y las opiniones como uno de los derechos individuales más preciados del hombre, formulación que luego se plasmaría normativamente en las sucesivas constituciones de las democracias liberales como libertad de expresión, de opinión o de prensa.<sup>2</sup> Es a partir de este período cuando la intervención del Estado sobre los medios empieza a ser caracterizada con mayor énfasis como negativa y restrictiva de la libertad de expresión. De este modo, se buscaba limitar su accionar censor, característico de los regímenes absolutistas previos.

Durante el siglo XIX, con la invención del telégrafo eléctrico, el teléfono y las tecnologías inalámbricas surge una nueva dimensión regulatoria caracterizada por leyes que por lo general se desprenden de acuerdos internacionales relativos a requerimientos técnicos, como la asignación de espectro radioeléctrico o el establecimiento de estándares comunes de transmisión, dimensión que se va a consolidar en el siglo XX con la aparición de la radio y la televisión. A su vez, estos medios tendrán mayores restricciones en cuanto a los contenidos de los que rigen para la prensa escrita, debido a consideraciones políticas, sociales y culturales, con ejemplos más flexibles (Estados Unidos) y más estrictos (Europa).

La libertad de expresión extendida a los medios masivos de comunicación se promueve en el siglo XIX como libertad de prensa, pues los únicos medios que existían por entonces eran los gráficos y solo accedían al ejercicio de esa libertad quienes contaban con los recursos materiales para tener un medio propio. A comienzos del siglo XX algunos derechos propios de la libertad de prensa se le extienden también, a través de los estatutos profesionales, a quienes trabajan en una empresa informativa y dedican su esfuerzo a la búsqueda y la transmisión de información. Sin embargo, la ampliación definitiva del derecho a la libertad de prensa va a llegar a mediados del siglo XX con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre del 10 de diciembre de 1948, que no tiene fuerza jurídica, sino que solo cuenta como declaración

2 Ver González Gartland, C.; Alén, L. y Esparis, R. (1993). *Lecciones de derecho a la información y derecho de la información*. Buenos Aires, Ed. Colihue, pp. 75-85.

# “Transformaciones de las Industrias Culturales en la Era Digital”

principista capaz de operar como una obligación moral.

Loreti resume el derecho a la información como el resultado de un devenir histórico que comienza por reconocer derechos a quienes son propietarios de las estructuras informativas, luego a quienes trabajan bajo la dependencia de aquellos y, finalmente, a todos los hombres.<sup>3</sup>

Lo que justificó el cambio fue, en parte, una creciente concentración de la propiedad, que ya había comenzado a tomar forma a fines del siglo XIX en el mercado de medios gráficos y se agudizó luego con la aparición de la radio y la televisión. La concentración, impulsada por lógicas comerciales que promueven las economías de escala, elevó las barreras de entrada y restringió la pluralidad de voces, dejando claro que no bastaba con la no intervención del Estado para garantizar el derecho a la libertad de expresión, sino que paradójicamente iba a comenzar a ser necesaria su intervención a través de la definición de políticas de comunicación para garantizarlo. La libertad de expresión, entendida como un derecho individual, comienza así a rivalizar con otra concepción considerada como un derecho público, o como un “instrumento de autodeterminación colectiva”, de acuerdo a la caracterización de Owen Fiss.<sup>4</sup>

Desde entonces, Venturelli,<sup>5</sup> Van Cuilenburg & McQuail<sup>6</sup> y Klimkiewicz<sup>7</sup> conviven dos grandes modelos regulatorios: el de mercado y el intervencionista.

En el modelo de mercado, el pluralismo se equipara a la libertad de elección y las regulaciones gubernamentales son mínimas para no interferir con esa libertad, limitándose fundamentalmente a sancionar abusos de posición dominante y conductas anticompetitivas. En este caso, la distorsión se identifica con el abuso de la posición dominante porque la

concentración en sí misma no es caracterizada como algo negativo, e incluso se afirma que no afecta la diversidad del contenido ofrecido por los medios de comunicación.

El segundo modelo, en cambio, se basa en una interpretación del pluralismo entendido como la convivencia de distintos puntos de vista políticos y culturales, que es necesario garantizar a través de una intervención estatal que prevenga la concentración de la propiedad de los medios y no opere sólo sobre sus consecuencias no deseadas.

De este modo, de un lado se ubica la metáfora del “libre mercado de ideas”, donde los límites y criterios son establecidos por los principios de la competencia y la elección del consumidor, y del otro lado, una perspectiva neo-habermasiana que recupera el concepto de esfera pública como marco de referencia en el cual los distintos actores deliberan de manera democrática y racional, haciendo valer libertades fundamentales que es necesario preservar. Como destacan Van Cuilenburg & McQuail, en ambos casos el objetivo general que se promueve es el interés público, pero en el modelo de mercado predomina la búsqueda del bienestar económico asociado a valores como eficiencia, beneficio, empleo, innovación e interconexión, mientras que en el modelo intervencionista se apunta al bienestar político, siendo el valor principal la libertad de expresión y publicación.

En el próximo punto se analiza cómo se plasma este debate entre el modelo de mercado liberal y el intervencionista estatal en las recomendaciones del SIDH referidas a la regulación de la concentración de la propiedad de los medios de comunicación, poniendo especial énfasis en el sector audiovisual.

## El derecho a la información en el SIDH. Interpretaciones y disputas

En el continente americano, el primer antecedente de reconocimiento del derecho a la información lo constituyó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948, donde también se dispuso la creación

3 Ver Loreti, D. (1995). *El derecho a la información*, Buenos Aires, Ed. Paidós, p. 17.

4 Ver Fiss, O. (1999). *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona, Ed. Gedisa.

5 Venturelli, S. (1998). *Liberalizing the European Media: Politics, Regulation and the Public Sphere*. Oxford, Ed. Clarendon Press.

6 Van Cuilenburg, J. & McQuail, D. (2003). *Media policy paradigm shifts: towards a new communications policy paradigm*. *European Journal of Communication*, 18(12), pp. 181-207.

7 Klimkiewicz, B. (2009). “Is the Clash of rationalities Leading Nowhere? Media Pluralism in European Regulatory Policies”. En Czepek, A.; Hellwig, M.; Nowak, E. *Press Freedom and Pluralism in Europe: Concepts and Conditions*, Bristol, Ed Intellect.

de la OEA. Fue el primer acuerdo internacional sobre derechos humanos, anticipándose incluso seis meses a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.<sup>8</sup> En su artículo IV establece que “toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”.

Luego sería el turno de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), suscripta el 22 de noviembre de 1969 por los Estados miembro de la OEA y conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”.<sup>9</sup> En lo que respecta a la libertad de expresión, en los tres primeros puntos del artículo 13 establece:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. 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 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.
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.

8 IX Conferencia Internacional de los Estados Americanos: “Acta final; resolución XXX”, Bogotá, Colombia, Marzo 30-mayo 2 de 1948.

9 El Pacto de San José de Costa Rica constituye un tratado internacional abierto a la firma, ratificación o reserva de cualquier Estado miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA). Entró en vigor el 18 de julio de 1978, al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado Miembro de la OEA. Al cierre de este trabajo (octubre de 2017), había sido ratificado por 25 Estados Americanos, con distintos tipos de reservas en cada caso.

La Convención le asignó en su artículo 33 a dos organismos dependientes de la OEA el objetivo de garantizar el cumplimiento de los derechos esenciales en el continente americano: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que había sido prevista en la Carta de la Organización de la OEA de 1948, que se crearía en 1959 y que funcionaba desde 1960; y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal que se estableció recién en 1979, un año después de que la Convención entró en vigencia.<sup>10</sup> La CIDH tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos (artículo 41 de la CADH), mientras que la Corte IDH tiene competencia para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de la Convención, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido su competencia (artículo 62 de la CADH).<sup>11</sup>

Un paso clave por parte de la Corte IDH para fundamentar la protección de la libertad de expresión fue la Opinión Consultiva N° 5 del 13 de noviembre de 1985, referida a una consulta sobre colegiación obligatoria de periodistas y su relación con la CADH, donde el organismo distingue entre la dimensión individual y social de la libertad de expresión.<sup>12</sup> En el párrafo 30 de esa opinión establece que cuando la CADH señala en su artículo 13 que la libertad de pensamiento y expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole [...]”, lo que está haciendo es establecer literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas:

Cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el

10 El 22 de mayo de 1979 los Estados Partes en la Convención Americana eligieron, durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los primeros jueces que integraron la Corte Interamericana. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington.

11 La Corte IDH no fue establecida en la Carta de la Organización de la OEA sino en la CADH. Por lo tanto, no todos los Estados miembros de la OEA están sometidos a su jurisdicción sino sólo aquellos que han ratificado la CADH y han reconocido además su competencia.

12 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.

# “Transformaciones de las Industrias Culturales en la Era Digital”

derecho de todos a ‘recibir’ informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.<sup>13</sup>

La evolución del derecho a la libertad de expresión muestra el establecimiento de una nueva concepción que privilegia los derechos sociales, sin por ello desmerecer las libertades individuales. La diferencia es que el respeto por las libertades individuales por parte del Estado consiste fundamentalmente en abstenerse de impedir el ejercicio de las mismas, salvo en los casos en que esa libertad atente contra el derecho de terceros, mientras que la concepción de derechos sociales engloba el respeto de las libertades individuales, pero al mismo tiempo lo trasciende y exige una protección activa por parte del Estado. Como señala Fiss:

El Estado puede ser opresor, pero también puede constituir una fuente de libertad [...] Este punto de vista –inquietante para algunos– descansa en una serie de premisas. Una de ellas se refiere al impacto que las concentraciones privadas de poder tienen sobre nuestra libertad; a veces se necesita al Estado para contrarrestar estas fuerzas.<sup>14</sup>

El reconocimiento de los derechos sociales deriva en la correlativa existencia de deberes no solo para con el individuo considerado aisladamente, sino como integrante de la sociedad con el objetivo de garantizar un verdadero intercambio de ideas que enriquezca el debate público a partir del acceso igualitario de todos los individuos y grupos a los medios de comunicación:

En principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente

abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla.<sup>15</sup>

En lo que refiere ya específicamente a la concentración de la propiedad en el mapa de los medios y su posible impacto en la reducción de la pluralidad, la Corte IDH advierte que ya no basta con garantizar el derecho a la libertad de prensa, sino que hace falta intervenir para garantizar un proceso democrático de comunicación que comprenda al conjunto de la sociedad:

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>16</sup>

De este modo, la Corte IDH deja en claro que, por más que exista el derecho a difundir informaciones e ideas, es inadmisibles aceptar la conformación de monopolios, ya que si bien estos ejercen su derecho a la libertad de expresión, al mismo tiempo están violando el derecho de los demás ciudadanos a acceder a una diversidad de ideas y opiniones. Desde este punto de vista, la promoción de normas para garantizar el pluralismo en los medios de comunicación es un requisito previo para que se cumpla el derecho humano a la libertad de expresión.

A su vez, en octubre de 1997, la CIDH creó una Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Se trata de una oficina permanente e independiente encargada de estimular la defensa de la libertad de pensamiento y de expresión para, de ese modo, ayudar a consolidar y desarrollar los sistemas democráticos de la región y proteger los demás derechos humanos. En respuesta al

<sup>15</sup> Corte IDH, OC 5/85, párrafo 34.

<sup>16</sup> Corte IDH, OC 5/85, párrafo 56.

<sup>13</sup> Corte IDH, OC 5/85, párrafo 30.

<sup>14</sup> Fiss, p. 14.

mandato encomendado con la creación de la Relatoría para la Libertad de Expresión, este organismo trabajó en la elaboración de un proyecto de Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión que la CIDH aprobó en octubre del año 2000, y que debía servir para interpretar el alcance del artículo 13 de la CADH. La Declaración incluye trece principios con previsiones específicas que los Estados de la región deben atender, entre los cuales el principio 12 refiere específicamente a la regulación de la concentración de la propiedad de los medios de comunicación:

Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a 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. 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.<sup>17</sup>

En la interpretación de los principios de la Declaración, la CIDH incluso va más allá al dejar en claro por qué los medios de comunicación no deben estar controlados por un reducido grupo de personas:

En la sociedad actual, los medios de comunicación masiva, como la televisión, radio y prensa, tienen un innegable poder en la formación cultural, política, religiosa, etc. de todos los habitantes. Si estos 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, 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.<sup>18</sup>

En aplicación de estos principios, la Relatoría Especial para

17 CIDH, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, principio 12.

18 CIDH, Antecedentes e interpretación de la Declaración de Principios, principio 12, punto 55.

la Libertad de Expresión de la OEA ha venido advirtiendo en sus declaraciones e informes anuales, en algunos casos junto a relatores de otros organismos internacionales, sobre la necesidad de prevenir la concentración de la propiedad de los medios de comunicación por ser una amenaza para el pluralismo y la diversidad de voces. En una declaración conjunta del 20 de noviembre de 2001 se advirtió que “deben adoptarse medidas efectivas para evitar una concentración indebida de la propiedad en los medios de difusión”.<sup>19</sup> En otra declaración conjunta del 10 de diciembre de 2002, se dejó constancia 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”.<sup>20</sup>

A su vez, en su Informe Anual de 2002, la Relatoría incluyó por primera vez un capítulo referido a la libertad de expresión y los medios comunitarios, donde no solo contempla el derecho de los que ya tienen medios de comunicación para expresarse, sino también el derecho de las organizaciones comunitarias que tienen dificultades para acceder a los medios. A raíz de ello el párrafo 43 de ese informe establece:

Dada la importancia que pueden tener estos canales de ejercicio de la libertad de expresión comunitario, resulta inadmisibles el establecimiento de marcos legales discriminatorios que obstaculizan la adjudicación de frecuencias a radios comunitarias.

Otro aporte clave es el que la Relatoría incorpora en su Informe Anual de 2004, cuando en el párrafo 94 interpreta la restricción expresada en el principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión que dice que en ningún caso las leyes antimonopólicas deben ser diseñadas de modo exclusivo para regular a los medios de comunicación. Eso impediría, por ejemplo, la existencia de una ley sectorial que ponga límites a la concentración

19 Declaración Conjunta sobre la libertad de expresión en el nuevo siglo firmada por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la sobre la Libertad de los Medios de Comunicaciones y el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, el 20 de noviembre de 2001.

20 Declaración Conjunta sobre libertad de expresión y administración de justicia, comercialización y libertad de expresión y difamación penal firmada por firmada por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la sobre la Libertad de los Medios de Comunicaciones y el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, 10 de diciembre de 2002.

# “Transformaciones de las Industrias Culturales en la Era Digital”

en el mercado audiovisual, pero la Relatoría deja en claro que se puede avanzar en esa dirección, siempre y cuando no se busque afectar la libertad de prensa:

La Relatoría considera que el marco del derecho a la competencia en muchas ocasiones puede resultar insuficiente, particularmente en cuanto a la asignación de frecuencias radioeléctricas. No se impide entonces la existencia de un marco regulatorio antimonopólico que incluya normas que garanticen la pluralidad atendiendo la especial naturaleza de la libertad de expresión. En todo caso, a la luz del principio 12 los Estados no deben adoptar normas especiales bajo la apariencia de normas antimonopólicas para los medios de comunicación que en realidad tienen como propósito y efecto la restricción de la libertad de expresión.

La propia Corte IDH reconoció en la sentencia del “Caso Kimel vs. Argentina” que la libertad de expresión no es un derecho absoluto<sup>21</sup> y, como tal, admite reglamentaciones y restricciones. Además, en dicha resolución dejó en claro que el Estado debe impulsar el pluralismo informativo:

El Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo.<sup>22</sup>

A su vez, en la sentencia del “Caso Granier y otros vs. Venezuela” remarcó la obligación estatal de impulsar leyes y políticas públicas que garanticen el pluralismo:

Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos y principios establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano, para lo cual deberán establecer leyes y políticas públicas que garanticen el pluralismo de medios o informativo en las distintas

aéreas comunicacionales, tales como, por ejemplo, la prensa, radio, y televisión.<sup>23</sup>

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 CADH. Además, la jurisprudencia del sistema identifica tres condiciones específicas: (1) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de 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.<sup>24</sup>

En la Declaración sobre Diversidad en la Radiodifusión firmada el 12 de diciembre de 2007, el Relator Especial de la OEA sobre Libertad de Expresión recomendó explícitamente, junto a relatores de otros organismos internacionales, impulsar leyes antimonopólicas para prevenir la concentración indebida de medios de comunicación:

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 anti-monopólicas. Tales medidas 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>25</sup>

21 Corte IDH, Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C, No. 177, párrafo 54.

22 Corte IDH, Caso Kimel vs. Argentina, párrafo 57. La Corte IDH reiteró esta postura en el párrafo 45 de la sentencia “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” del 29 de noviembre de 2011, y en el párrafo 144 de la sentencia “Caso Granier y otros vs. Venezuela” del 22 de junio de 2015.

23 Corte IDH, Caso Granier y otros vs. Venezuela, párrafo 145.

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

25 La declaración también fue firmada por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la OSCE sobre Libertad de los Medios de Comunicación y la Relatora Especial de la Comisión Africana de Derechos

Pese a la amplia jurisprudencia reseñada del SIDH, las leyes sectoriales nacionales que buscan ponerle límites a la concentración de la propiedad en los distintos países de la región siguen siendo resistidas por los grandes medios de comunicación y las asociaciones que los agrupan, los cuales identifican cualquier tipo de regulación específica que busque limitarlos con una amenaza a la libertad de expresión. Desde la visión liberal ven la intervención del Estado como el principal peligro a combatir, e incluso relativizan que la concentración en la propiedad de los medios afecte la libertad de expresión al sostener que cierta “talla crítica” por parte de un medio garantiza mayor independencia frente al poder estatal, siempre y cuando no se ponga en riesgo la libre competencia al hacer abuso de posición dominante o llevar adelante otro tipo de prácticas anticompetitivas. En el caso de que eso ocurra, la recomendación es que se apliquen las reglas generales de defensa de la competencia. De este modo, el sector de la comunicación es considerado un mercado como cualquier otro.

A partir de esta concepción es que se pone el foco en la necesidad de preservar la dimensión individual de la libertad de expresión, dejando de lado la dimensión social que se reivindica en el SIDH. La Asociación Internacional de Radiodifusión, organismo que agrupa asociaciones nacionales de radio y televisión privada de toda América, ha remarcado, cada vez que tuvo la oportunidad, que si bien la regulación de libre competencia debe propender a que ningún actor haga abuso de su posición dominante para impedir el surgimiento de otros medios, el principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión aclara que en ningún caso las leyes antimonopólicas deben ser exclusivas para los medios de comunicación, relativizando, o incluso ignorando la interpretación que ha hecho de ese principio la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH en su informe anual

de 2004.<sup>26</sup> Se remarca que los regímenes de licencias o autorizaciones solo pueden aceptarse para el acceso a un recurso limitado como es el espectro radioeléctrico pero

*El discurso liberal busca fortalecer el modelo regulatorio de mercado que apuesta a limitar la intervención del Estado a controles ex post, ya que así se aprovechan las ventajas de la economía de escala y se incentiva la innovación. El problema es que ese razonamiento constituye una política simplista que ve al Estado como una amenaza a la libertad de expresión y que es necesario minimizar, cuando, como se ha visto, el Estado también puede convertirse en una garantía de esa libertad.*

no como una opción de política de comunicación, pues si no responde a una restricción técnica constituiría una forma de censura. Es correcto legislar sobre el acceso a licencias o autorizaciones de uso del espectro, pero el regulador también está facultado para sancionar normas que a priori organicen de manera equitativa el acceso de los ciudadanos a los medios de comunicación y eso no constituye una práctica de censura en sí misma.

Loreti y Lozano sostienen que el control de los oligopolios y monopolios en la comunicación no se debe limitar solamente a reglas generales de defensa de la competencia, porque los productores de información y contenidos tienen dispositivos, fines y lógicas distintos a los de otros mercados:

Es necesario debatir si las soluciones deben llegar a posteriori, mediante sanciones en los casos de prácticas predatorias, o ser reglas preventivas. Aquí tenemos un nuevo apartamiento del supuesto sentido común de la economía de los bienes y servicios. Los daños a la libertad de expresión, así como a los derechos humanos y a la democracia en general, no son reparables con dinero. Las

26 En la Audiencia Pública convocada por la Corte Suprema de Justicia de Argentina, el 28 de agosto de 2013, para analizar la constitucionalidad de la ley de Servicios de Comunicación Audiovisual 26.522, el doctor Lucas Sebastián Grossman, amicus curiae convocado por la parte actora (el Grupo Clarín), impugnó la ley por ser una norma antimonopólica exclusiva para los medios de comunicación, y lo justificó citando el principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Allí Grossman relativizó la interpretación de ese principio realizada en el Informe Anual 2004 de la Relatoría al afirmar que si bien en ese texto se remarca que las leyes de defensa de la competencia pueden resultar insuficientes en el caso de los medios de comunicación, la referencia es para la asignación de frecuencias radioeléctricas. Igual, por las dudas, aclaró después que “más allá de eso, este informe 2004, preparado por un joven pasante de la Relatoría, no puede reemplazar el análisis detallado de las normas y jurisprudencia de cada país de la región para determinar si la ley general en materia de competencia es suficiente o no para garantizar la libertad de expresión” (Versión taquigráfica, página 36). La referencia a “un joven pasante” se debe a que el capítulo del informe que hace referencia al impacto de la concentración en la propiedad de los medios fue preparado y redactado por Carlos J. Zelada, egresado de la Maestría en Derecho de la Universidad de Harvard, quien desarrolló la investigación durante su estadía como pasante en la Relatoría.

# “Transformaciones de las Industrias Culturales en la Era Digital”

distorsiones a la competencia y los negocios, sí.<sup>27</sup>

El discurso liberal busca fortalecer el modelo regulatorio de mercado que apuesta a limitar la intervención del Estado a controles ex post, ya que así se aprovechan las ventajas de la economía de escala y se incentiva la innovación. El problema es que ese razonamiento constituye una política simplista que ve al Estado como una amenaza a la libertad de expresión y que es necesario minimizar, cuando, como se ha visto, el Estado también puede convertirse en una garantía de esa libertad.

## Palabras finales

En los tratados, declaraciones, sentencias, opiniones consultivas e informes anuales de relatorías del SIDH que refieren a la regulación de la concentración de la propiedad de medios de comunicación en la radiodifusión, predomina una concepción intervencionista que permite reivindicar la elaboración de normas estatales destinadas a prevenir la concentración de la propiedad de los medios de comunicación para garantizar el pluralismo y la diversidad.

El principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión dice que las leyes antimonopólicas no deben ser exclusivas para los medios de comunicación, poniendo en cuestión las normas que regulan el sector audiovisual, incluyendo los límites previos a la concentración de mercado. Sin embargo, la Corte IDH ha reivindicado explícitamente, en la Opinión Consultiva 5/85, la intervención del Estado al hacer valer la dimensión social de la libertad de expresión, remarcando que la libertad y la diversidad deben ser principios rectores de la regulación de la radiodifusión, jurisprudencia que recuperó en las sentencias de los casos “Kimel vs. Argentina” (2008), “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” (2011) y “Granier y otros vs. Venezuela” (2015). En el fallo “Granier y otros

*Las recomendaciones emanadas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se inscriben mayoritariamente dentro del modelo intervencionista.*

vs. Venezuela” remarcó incluso la obligación estatal de impulsar leyes y políticas públicas que garanticen el pluralismo.

Además, el informe de 2004 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión relativiza la advertencia

incluida en el principio 12 sobre las leyes antimonopólicas y declaraciones como la referida a la diversidad en la radiodifusión de 2007, recomienda explícitamente prevenir la concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación con regulaciones destinadas a garantizar el pluralismo. Esto permite concluir que las recomendaciones emanadas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se inscriben mayoritariamente dentro del modelo intervencionista.

27 Loreti, D. y Lozano, L. (2014). *El derecho a comunicar. Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas*. Buenos Aires, Ed. Siglo Veintiuno Editores, p. 172.

