

Aportes para la discusión legislativa sobre una nueva ley de servicios de comunicación audiovisual

Observaciones sobre autoridades de regulación y medios públicos

Asociación por los Derechos Civiles - Septiembre 2009

Introducción

La Asociación por los Derechos Civiles (ADC) considera que la sanción de una nueva ley de radiodifusión, que reemplace a la norma vigente desde la última dictadura militar y regule la comunicación audiovisual de acuerdo con los estándares internacionales en la materia, es necesaria e impostergable.

Resulta fundamental para la calidad de nuestra democracia establecer un marco regulatorio que favorezca la diversidad y el pluralismo informativo, garantice la autonomía de la autoridad de aplicación, fije límites a la concentración de la propiedad de los medios, asegure el acceso a las licencias sin discriminación para las organizaciones sin fines de lucro, y establezca un sistema de medios públicos robusto y no gubernamental.

La ADC celebra que la discusión sobre una nueva ley de servicios de comunicación audiovisual se haya colocado nuevamente en la agenda de debate público y espera su adecuado tratamiento el Congreso. El abordaje legislativo que esta ley requiere debe ser **profundo, riguroso, amplio y transparente**, sin que esto implique la postergación indefinida de la sanción de una ley que deberá sentar las bases para una política de Estado que garantice una comunicación democrática y plural y el ejercicio del periodismo independiente.

En este documento, y con la intención de efectuar aportes que sean útiles a la discusión legislativa, la ADC analiza dos aspectos del proyecto de Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual presentado por el Poder Ejecutivo Nacional: sus características en materia de **autoridad de aplicación** y la estructura propuesta para los **medios estatales**.

Se trata de dos cuestiones que consideramos clave en cualquier regulación en la materia. Una autoridad de aplicación **autónoma**, que esté protegida contra la indebida interferencia política y de otra índole, es la única manera de garantizar un marco plural, diverso y democrático en las comunicaciones audiovisuales. El proyecto elaborado por el Poder Ejecutivo no satisface dicho criterio y presenta notorias falencias. Si bien la propuesta incluye aspectos positivos, estos quedan opacados por la falta de autonomía de la nueva autoridad de aplicación. En su redacción actual, la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual estaría integrada por una mayoría de miembros designados por el Poder Ejecutivo, quedando bajo el control e influencia del gobierno de turno. La ADC considera que esto sería sumamente perjudicial, ya que la falta de autonomía podría **impedir**

el ejercicio independiente de su función y por ende atentar contra la libertad de expresión.

En cuanto a los medios públicos, la ADC ha sostenido repetidamente¹ que la construcción de medios públicos **independientes** es fundamental para asegurar el derecho a la información de toda la sociedad, fortalecer el debate público y permitir el crecimiento de una ciudadanía comprometida con los asuntos públicos. Creemos que es un punto donde también deberían efectuarse modificaciones en el proyecto propuesto.

Por último, cómo sostuvo en otras oportunidades, la ADC considera que existen **otras leyes** cuyo tratamiento es también impostergable para garantizar el derecho a la libertad de expresión e información de toda la sociedad. En ese sentido, la ADC reclama que se sancione una ley nacional de acceso a la información pública, la despenalización de las figuras de calumnias e injurias cuando involucren cuestiones de interés público, y una normativa que regule la distribución de la publicidad oficial de modo claro, transparente y no discriminatorio.

1) Autoridades de regulación y control

El proyecto de Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual incluye reformas positivas – como la incorporación de un Consejo Federal, la Defensoría del Público y el Consejo Asesor del Audiovisual y la Infancia-, que constituyen **avances** con relación a la situación actual de absoluta discrecionalidad del Poder Ejecutivo Nacional en el COMFER, nulo control parlamentario y ningún grado de participación de distintos sectores de la sociedad.

Sin embargo, en el diseño institucional propuesto se observan **serias deficiencias** que tienen que ver, principalmente, con la falta de autonomía que la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual –verdadero órgano decisor-, presentaría frente al Poder Ejecutivo Nacional debido, en gran medida, a la composición y estructura de su Directorio.

1. 1. Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual.

El proyecto de Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual crea diversos organismos. Dada la cantidad y calidad de sus funciones,² el más importante es la **Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual**, un órgano colegiado que se crea en el ámbito del PEN, y que depende de la Secretaría de Medios de Comunicación de la Jefatura de Gabinete de Ministros.³

¹ La ADC publicó los documentos "Una Radiodifusión Pública para la Democracia: Principios básicos sobre el funcionamiento de la radio y televisión públicas" y "Una Radiodifusión Pública para la Democracia: Propuestas para mejorar el funcionamiento de los medios públicos nacionales", con propuestas concretas para mejorar el sistema de radiodifusión pública en Argentina. Disponibles en www.adc.org.ar.

² Ver Art. 12º del proyecto de Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual.

³ Ver Art. 10º del proyecto de Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual.

La independencia de este organismo es de particular relevancia para la adecuada consecución de todas sus funciones. Entre ellas es de especial mención que, de acuerdo a las disposiciones del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es fundamental que los **procesos de asignación de las licencias** sean abiertos, públicos y transparentes, se sometan a requisitos justos y equitativos que no impongan barreras desproporcionadas o inequitativas de acceso a los medios, y que se evite la asignación, el retiro o la no renovación de las licencias por razones discriminatorias o arbitrarias. Para que todo esto sea posible es esencial una autoridad de aplicación libre de presiones **tanto gubernamentales como de grupos económicos y empresariales**.

Como dice en su Informe Anual 2008 la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de Estados Americanos (OEA): “Es esencial que todo el proceso de asignación y regulación esté orientado por un **órgano técnico independiente del gobierno, que goce de autonomía frente a presiones políticas coyunturales**, que se encuentre sometido a todas las garantías del debido proceso y que se someta al control judicial”.⁴ Del mismo modo, la “Declaración conjunta para la Promoción de la Diversidad en los Medios de Comunicación” adoptada en 2007 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, el Relator Especial de la OEA sobre Libertad de Expresión y la Relatora Especial de la CADHP (Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos) sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información, dispone que “la regulación de los medios de comunicación con el propósito de promover la diversidad, incluyendo la viabilidad de los medios públicos, es legítima **sólo si es implementada por un órgano que se encuentre protegido contra la indebida interferencia política y de otra índole**, de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos”.⁵

Es decir que la autoridad de aplicación debe gozar de **autonomía**, poseer una estructura que balancee adecuadamente la posibilidad de actuar de modo **operativo y eficiente**, y contar

⁴ El informe dice: “Reglas como las anteriores permitirán proteger a las radios y canales comerciales de injerencias abusivas y les darán la seguridad de que cualquiera sea su orientación no serán objeto de decisiones arbitrarias. Este tipo de reglas promueve también la existencia de radios y canales de televisión públicos o estatales, independientes de los gobiernos, que promuevan de manera decisiva la circulación de ideas e informaciones que por su baja rentabilidad no suelen hacer parte de la programación comercial, y por su alto costo de producción o por los temas que abarcan, no son usualmente atendidas por las radios o canales sociales. Finalmente, regulaciones como las propuestas permitirán el reconocimiento y la promoción de medios de comunicación social que, como las radios y canales comunitarios, cumplen un papel esencial en las democracias de nuestra región”. Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH, Informe Anual 2008, Cap. V, pto. 5, ap. 106, p. 227. Disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/2008sp/INFORME%20ANUAL%20RELE%202008.pdf> [Consulta: 10 junio 2009]

⁵ Declaración conjunta para la Promoción de la Diversidad en los Medios de Comunicación del 12 de diciembre de 2007. Disponible en <http://cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=719&IID=2> [Consulta: 31 de agosto 2009]

con una representación **plural**.⁶ Y esto porque sólo de esta manera podrá favorecer un marco plural, diverso y democrático en las comunicaciones audiovisuales.

En la composición del directorio que conduzca la autoridad de aplicación deberían respetarse, entonces, no sólo requisitos individuales de los miembros (a través de un régimen de incompatibilidades y de la idoneidad requerida para integrarlo) sino también requisitos colectivos tales como equilibrio de género y pluralismo político.

En definitiva, la ADC considera que es fundamental **modificar algunos aspectos del proyecto**, de modo de garantizar efectivamente la autonomía que precisa la Autoridad Federal para su desenvolvimiento como un órgano técnico independiente del gobierno. Específicamente, se realizan las siguientes observaciones:

a) En primer lugar, la Autoridad Federal **no debería depender de un organismo como la Secretaría de Medios de Comunicación**, una oficina de carácter eminentemente político, que ya reúne numerosas funciones en relación con la actividad de los medios de comunicación (es el comunicador de los actos de gobierno y maneja gran parte de los recursos de publicidad oficial, entre otras cuestiones íntimamente vinculadas a la relación con los medios de comunicación). Una autoridad de aplicación autónoma no debería quedar bajo la directa influencia política de una oficina como esta, con las consecuencias que esto podría acarrear, por ejemplo en relación al trámite de los recursos administrativos.

b) Para garantizar una estructura autónoma frente a las presiones políticas o comerciales es fundamental el modo de elección de los directores. En la propuesta del PEN, la Autoridad Federal se compone de un Directorio integrado por cinco miembros designados por el PEN, dos de ellos a propuesta de la segunda y tercera minoría de la Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de la Comunicación Audiovisual, mientras que el Presidente del Directorio también es nombrado, como tal, por el PEN.⁷ En el proyecto se lee que, en materia de autoridad regulatoria, se adaptaron los precedentes del funcionamiento de la *Federal Communications Commission*,⁸ una agencia norteamericana cuyos miembros son elegidos por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. Sin embargo, el modelo ha sido adaptado, en este caso, dándole mayor participación al PEN dentro de la toma de decisiones acerca de quiénes compondrán el Directorio.

Esta mayoría de directores elegidos por el PEN contradice el objetivo de garantizar una estructura suficientemente autónoma del gobierno de turno y debería modificarse para que el PEN no cuente con una mayoría automática en dicho organismo.

⁶ Ver Article XIX, *Acceso a las ondas. Principios sobre la normativa de libertad de expresión y la regulación de la difusión de radio y televisión*, Serie Estándares Internacionales, Londres, abril de 2002. Principio 13: *La Afiliación*. Disponible en <http://www.article19.org/pdfs/standards/access-to-the-airwaves-sp.pdf> [Consulta: 10 junio 2009]

⁷ Ver Art. 14° del anteproyecto de Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual.

⁸ Ver nota al Art. 18° del anteproyecto de Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual.

Existen distintas alternativas que pueden implementarse para garantizar un organismo de mayor pluralismo político: permitir una mayor participación de las minorías parlamentarias de la Comisión Bicameral disminuyendo el peso del PEN, la utilización de mayorías calificadas por parte del Congreso para confirmar o proponer directores o darle participación a otros organismos como el Consejo Federal en la elección de alguno o varios candidatos.⁹

c) El nombramiento debería ser **abierto**, permitiéndose la participación ciudadana. El sistema debería incorporar algún mecanismo que incluya, por ejemplo: la publicación de antecedentes de los candidatos; un período para la presentación de observaciones, apoyos o impugnaciones por parte de la ciudadanía; una audiencia pública en la cual los/las candidatos/as presenten su proyecto de trabajo y respondan a las observaciones efectuadas. La designación final debería estar acompañada de un informe fundado que considere los resultados de la consulta ciudadana. Un mecanismo de estas características ha sido implementado por el Decreto 222/03 para el nombramiento de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por el Decreto 588/03 para el Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación.

d) La **duración** de los directores en sus cargos no debería coincidir con los términos de cada mandato presidencial. En función del término de su mandato, su renovación podría ser por mitades y ante un supuesto de reelección debiera aplicarse un mecanismo que garantice la posibilidad de recibir opiniones públicas sobre el asunto.

e) La independencia del organismo regulador se mide, asimismo, a través de la existencia y efectiva aplicación de reglas de incompatibilidad para sus miembros. El proyecto establece que los Directores no podrán tener intereses o vínculos con los asuntos bajo su órbita en las condiciones de la Ley N° 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública. Esa ley de ética pública establece tres clases de incompatibilidades cuya generalidad podría resultar insuficiente.

Las **incompatibilidades deberían ser más específicas**, e incluir, por ejemplo: no ocupar cargo público; no tener relación laboral o poseer, directa o indirectamente, intereses en empresas de telecomunicaciones o medios de comunicación en general.¹⁰ En Francia, los miembros del Consejo Superior del Audiovisual (CSA) están además imposibilitados de ejercer un empleo en cualquiera de las empresas de comunicación audiovisual sujetas a autorización, a convenio, o que puedan ser sancionadas por el CSA durante los tres años

⁹ Por ejemplo, el proyecto del Consejo para la Consolidación de la Democracia creaba una Junta Ejecutiva Nacional, equivalente a la Autoridad Federal en el proyecto, que estaba compuesta por un Presidente (con rango de Secretario de Estado) y cinco miembros, designados por el Poder Ejecutivo Nacional del siguiente modo: dos con acuerdo del Senado, dos a propuesta de la Cámara de Diputados y una a propuesta de la Junta Asesora. Si bien este proyecto no establecía mayorías calificadas por parte de las cámaras Alta y Baja del Congreso Nacional, podrían pensarse las mismas como un complemento a este sistema electivo y así ahondar la necesidad de un acuerdo entre las distintas fuerzas políticas. En otros proyectos de ley presentados en el Congreso, el Directorio se compone de 7 o 9 miembros designados por el PEN a propuesta, en dos de sus tercios, por el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación.

¹⁰ Ver Article XIX, *Acceso a las ondas...*, Principio 13.3

siguientes al cese de sus funciones.¹¹ Incluso la regulación norteamericana, mencionada como fuente de consulta para el diseño de la autoridad de aplicación, es sumamente específica en relación al régimen de incompatibilidades.¹²

f) La independencia de la autoridad regulatoria depende asimismo de la **estabilidad** en el cargo de sus funcionarios. Los miembros del Directorio deberían ser nombrados por un plazo determinado, y gozar de una protección contra despidos arbitrarios antes del fin de ese período.¹³ En cualquier caso, los despidos deben estar sujetos a revisión judicial. El proyecto establece un plazo de 4 años para los directores en sus funciones pero no hay una garantía expresa de estabilidad.

g) Otro punto que promueve la rendición de cuentas, y por ende la autonomía, de la autoridad de regulación tiene que ver con la transparencia de su actuación. En este sentido, debería garantizarse a través de reglas de transparencia la **efectiva publicidad** de todas las decisiones de la Autoridad Federal.

1. 2. Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de la Comunicación Audiovisual

En el proyecto no se establece **cómo será la composición** de la Comisión Bicameral. El silencio puede estar remitiendo al modo en que tradicionalmente se componen las comisiones dentro del Poder Legislativo,¹⁴ pero no abundaría establecer una regla que **asegure el pluralismo político dentro de un organismo** que, además, sólo podría influir en la decisión final a través del enriquecimiento del debate democrático. Asimismo, se deberían incluir algunos de los criterios de independencia expuestos para los miembros de la autoridad de aplicación. Esto así, al menos, en relación al régimen de **incompatibilidades**, ante la posibilidad de que los legisladores que vayan a integrarla tengan intereses en la materia. A través de reglas de transparencia se debería garantizar la **publicidad** todos sus informes, recomendaciones y evaluaciones.

¹¹ Ver <http://www.csa.fr/multi/index.php?l=es&p=c> [Consulta: 31 agosto 2009]

¹² Prohíbe, entre otras cuestiones estrictamente definidas, poseer intereses financieros en cualquier sociedad o cualquier otra persona jurídica que ejerza el comercio dentro del negocio de las comunicaciones sea a través del cable o la radio o el uso del espectro electromagnético o ser empleado, poseer una relación oficial con, o ser propietario de acciones o títulos de cualquier persona jurídica cuyas acciones se encuentren reguladas por la Comisión. Ver *Federal Communications Act*. SEC.4. [47 U.S.C. 154] “Provisions relating to the Commission” (b). Disponible en <http://www.fcc.gov/telecom.html#text> [Consulta: 10 junio 2009] Ver también el artículo 8 de la Ley 18838 de creación del Consejo Nacional de Televisión de Chile en relación a las inhabilidades.

¹³ La Ley de Medios de Holanda, en su Sección 10, establece que los miembros de la Comisión de Medios mantienen su puesto excepto que: o bien renuncien, o bien se encuentren ante una incompatibilidad con el ejercicio del cargo de tipo financiero o de membresía con otra institución, o bien tengan interés en un asunto sobre el cual tiene poderes estatutarios según su función estatal. En un mismo sentido, Article XIX propone establecer que un miembro de la autoridad regulatoria no estará sujeto a ser despedido a menos que: o bien no cumpla las reglas de incompatibilidad, o bien cometa una violación grave de sus responsabilidades tal como aparecen en la ley (Ver Article XIX, *Acceso a las ondas...*, Principio 13.4).

¹⁴ Ver Arts. 86 y 91, Reglamento de la Cámara de Senadores de la Nación. Disponible en: <http://www.senado.gov.ar/web/reghsn/reghsn.htm> [Consulta: 10 junio 2009]

1. 3. Consejo Federal de Comunicación Audiovisual.

La creación del Consejo Federal de Comunicación Audiovisual es un **aspecto destacable** de la propuesta. El Consejo está compuesto por treinta y ocho miembros, que al provenir de diversos sectores dotan al organismo de representatividad. Es la única autoridad regulatoria federal.

Para promover la máxima transparencia en su actuación, la ley debería establecer que todas sus recomendaciones e informes sean expresamente **públicos**. Esto es particularmente relevante dado el carácter no vinculante de sus decisiones: la publicidad no sólo contribuye a la transparencia y rendición de cuentas del organismo, sino que además obliga a la Autoridad Federal a justificar ante el público cualquier apartamiento a las recomendaciones del Consejo.

1. 4. Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual

Otra de las reformas positivas introducidas por el proyecto es la creación de la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual, organismo que realiza recomendaciones públicas no vinculantes, representa los intereses del público y la colectividad en sede administrativa o judicial y lleva un registro público de reclamos y denuncias, entre otras funciones. Su titular es designado por el PEN a propuesta de la Comisión Bicameral y se sugiere que se adscriba a la Defensoría del Pueblo ya existente, para una mejor utilización de los recursos del Estado.

El Defensor del Público debería gozar de la mayor independencia de criterio posible respecto de la influencia del poder gubernamental de turno y de los grupos de interés, a fin de poder evaluar libremente las situaciones en las que debe intervenir. La legitimidad y fortaleza de la labor de la Defensoría dependerá en buena medida del prestigio del que goce y de la falta de cuestionamiento de la que pueda ser objeto su titular, más aún si se tiene en cuenta que se trata de un órgano unipersonal que carece de poder coercitivo respecto de sus recomendaciones. Todas sus recomendaciones y presentaciones deberían ser expresamente públicas.

De acuerdo a la propuesta oficial, el Defensor debe reunir los mismos requisitos que los miembros del Directorio de la Autoridad Federal, con lo cual rige lo dispuesto en el artículo 14 en relación a la calificación, trayectoria e incompatibilidades. Lo señalado anteriormente para los integrantes del Directorio en relación a la mayor especificidad requerida para el régimen de **incompatibilidades** y la necesidad de garantizar su **estabilidad**, aplica también para este caso.

A los fines de garantizar su idoneidad deviene fundamental que el **procedimiento de selección respete estándares básicos en materia de transparencia y participación de la sociedad**, algo que no está previsto en la propuesta oficial. Este proceso debe garantizar,

por ejemplo, la posibilidad de que la ciudadanía realice un análisis exhaustivo de los antecedentes y experiencia previa de los candidatos.¹⁵

1.5. Régimen de sanciones

Entre sus competencias, la Autoridad Federal posee la atribución de aplicar sanciones.¹⁶ En este sentido, consideramos que algunos aspectos del régimen sancionatorio deberían modificarse, según se detalla a continuación.

1.5.a) Indeterminación de los procedimientos administrativos a utilizar:

Una primera cuestión a considerar se desprende de la lectura del Art. 93, en el que se dice que, para la instrucción y aplicación de sanciones, serán de uso los “procedimientos administrativos vigentes”. No señala el proyecto, sin embargo, **a cuáles procedimientos hace referencia, ni establece garantías mínimas para los mismos.**

Los procedimientos sancionatorios pueden afectar seriamente el ejercicio de la libertad de expresión. Por ello, deberían incluir la realización de audiencias orales y públicas en las que se respete el **derecho a ser oído** por parte del licenciataria, se contemple asimismo su **derecho a ofrecer y producir pruebas**, como así también se determine su responsabilidad, llegado el caso, a través de una **decisión fundada**.¹⁷

1.5.b) Indeterminación de las sanciones de aplicación:

¹⁵ Ver al respecto las propuestas incluidas en la campaña “Una defensoría del pueblo, para el pueblo y por el pueblo” que lanzaron distintas organizaciones de derechos humanos en el país, disponible en <http://www.defensoriaparaelpueblo.org/index.html> [Consulta: 31 de agosto 2009]

¹⁶ Conf. Art. 12° inc. 14) del Proyecto de Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual.

¹⁷ En tal sentido, debe recordarse que el Art. 8.5. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispuso que el “(...) proceso penal debe ser público, salvo lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”. La citada garantía también resulta aplicable a procedimientos como los previstos en el Proyecto. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso del Tribunal Constitucional* (sentencia del 31.1.2001) señaló que “69. Si bien el Art. 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos...”, y que “70. Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal’(...)” (transcripto en el voto concurrente de los jueces Fayt y Zaffaroni de la Corte Suprema en el caso “Marchal”, considerando 5°, sentencia del 10.4.2007). Por otra parte, aún cuando se afirmara que la Convención Americana no exige que todos los procedimientos administrativos se lleven a cabo a través de las citadas audiencias, la importancia central que tiene la libertad de expresión para la subsistencia del sistema democrático determina que ciertas restricciones que pueden ser válidas en otros ámbitos de la actividad profesional (como por ejemplo, el carácter no público del procedimiento administrativo), no lo sean cuando pueden afectar el ejercicio de dicha libertad (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, Opinión Consultiva 5/85, párrs. 68/69)

Una segunda objeción se centra en la enumeración indistinta de sanciones que realiza el proyecto examinado. Según el mismo, para las faltas leves se aplicarán las sanciones de “llamado de atención, apercibimiento y/o multa”,¹⁸ mientras que las faltas graves se sancionan con “apercibimiento, multa, suspensión de la publicidad y/o caducidad de licencia”.¹⁹

Estas disposiciones no cumplen el **principio constitucional de legalidad**, que requiere una **doble precisión por la ley de los hechos punibles y la pena aplicable**.²⁰ Las normas aludidas no cumplen con este requisito al otorgar a la Autoridad Federal la facultad de imponer cualquiera de las penas allí mencionadas, siendo que **es preciso que a cada conducta tipificada se le adscriba una sanción específica**, que además debe ser proporcionada.

Tal discrecionalidad contradice los principios enunciados recientemente por la Corte Interamericana en el caso *Kimel v. Argentina* (sentencia del 2.5.2008), en el cual el Tribunal resolvió que la exigencia de precisión en los tipos penales impuesta por el principio de legalidad (Art. 9 de la Convención Americana) -el cual incluye, naturalmente, la especificación de las penas aplicables (conf. caso *Legumbres S.A.* Fallos: 312:1920)-, debía ser especialmente riguroso respecto de las normas que criminalizaban ejercicio del derecho a la libre expresión (fallo cit., especialmente, parrs. 62/67 y 76/77). No sería una objeción válida a este entendimiento la circunstancia de que las sanciones impuestas en *Kimel* formaban parte del Código Penal y, por el contrario, las previstas en el Proyecto serían “meramente” administrativas. Tal objeción no tendría en cuenta que la misma Corte Interamericana ha sido muy clara en establecer que los requisitos del Art. 9 de la Convención Americana también debían ser fielmente respetados respecto de las sanciones impuestas por la Administración (conf. caso *Baena v. Panamá*, sentencia del 2.2.2001, parrs. 106/115).

El único límite a la discrecionalidad en la aplicación y elección de sanciones dentro del proyecto examinado es la gradación mencionada en el Art. 101, que refiere a la gravedad, repercusión social y ventaja para el infractor implicadas en la infracción. Sin embargo, la **extrema vaguedad** de esta regla impide que sea un límite adecuado y suficiente a la discreción de la Autoridad Federal.

1.5.c) Indeterminación de las conductas a sancionar:

Una tercera observación al proyecto es la **indeterminación de algunos de los tipos que dan lugar a las sanciones por faltas leves y graves**. Entre ellos preocupa especialmente en el Art. 99 del proyecto, que sanciona con caducidad de la licencia o registro, la indefinición de cuáles son los “actos atentatorios contra el orden constitucional de la Nación o utilizar los Servicios de Comunicación Audiovisual para proclamar e incentivar la

¹⁸ Conf. Art. 95 del Proyecto de Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual

¹⁹ Conf. Art. 97 del Proyecto de Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual

²⁰ Así se determinó en el caso *Legumbres S.A.*, Fallos: 312:1920, en el que se especifica que el Art. 18, CN, “(...) exige indisolublemente la doble precisión por la ley de los hechos punibles y las penas aplicables (Fallos: 204:359; 237:636, 254:315; 275:89; 301:395; 304:892 y 308:1224; 2043 y 2650 y causa G.221, XXII, ‘Gerstein, Myriam Noemí s/ infracción ley 20771’ resuelta el 20 de diciembre de 1988).”

realización de tales actos” del inc. d) y cuáles serían los “delitos dolosos” a los que alude el inc. i) del proyecto examinado.

Del mismo modo, correspondería especificar a que se refieren varios de los términos incluidos en el Art. 98, que se resaltan a continuación: a) “las escenas que contengan violencia verbal y/o física *injustificada*, b) “la desnudez y el lenguaje adulto *fuera de contexto*”, c) “la utilización de lenguaje obsceno de manera sistemática, sin una *finalidad narrativa que lo avale*”. La falta de precisión es especialmente relevante teniendo en cuenta que se trata de conductas consideradas como faltas graves y sancionadas con suspensión de publicidad.

La vaguedad de las conductas de algunos de los tipos de sanción se opone **al principio constitucional de legalidad, en la medida en que la acción prohibida no aparece suficientemente descrita en la norma**. Tal indeterminación no sólo no cumple con la doctrina reseñada del caso *Kimel* sino que tampoco tiene en cuenta la advertencia formulada por la misma Corte Interamericana en su *Opinión Consultiva 6/86* (“La expresión ‘Leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”). En esa oportunidad, el Tribunal señaló que “...las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos (...) emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo (...). Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención” (parr. 35).

El proyecto establece, además, que la reglamentación posterior podrá fijar nuevos supuestos de faltas leves y graves.²¹ De esta manera crea “**tipos en blanco**”, esto es, conductas a ser completadas de manera discrecional por la Autoridad Federal en vez de por una ley en sentido formal, y lo hace a través de una delegación absolutamente indeterminada (cualquier acción podría ser considerada una falta grave por la Autoridad Federal a través de la reglamentación o sus modificaciones).²²

1.5.d) Efectos no suspensivos de los recursos:

En cuarto lugar, la actual redacción del **Art. 103, 2º párrafo**, establece que la interposición de recursos administrativos o de acciones judiciales contra la implementación de sanciones “**no tendrá efecto suspensivo**”. Esta falta de efecto suspensivo es especialmente grave en la esfera judicial²³ y también en materia de recursos administrativos puede ser problemático, especialmente en los casos de caducidad de las licencias.²⁴

²¹ Conf. Arts. 95 inc. f) y 97 inc. i) del Proyecto de Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual.

²² En su Opinión Consultiva 6/86 (parr. 36) la Corte Interamericana entendió asimismo que la regla según la cual sólo a través de leyes formales se pueden restringir derechos contemplados en la Convención no se contradecía “(...) forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención” (Opinión cit., parr. 36; el énfasis ha sido agregado).

²³ Tal disposición estaría en contradicción con el derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el Art. 18 de la Constitución Nacional y en diversos tratados de jerarquía constitucional, entre ellos, el Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal como lo ha resuelto la jurisprudencia en varias ocasiones al declarar la inconstitucionalidad de normas análogas, conf., entre otros, sentencia de la Sala 4º

2) Estructura de medios públicos

Los medios públicos cumplen un rol fundamental para garantizar la libertad de expresión, entendida como el derecho a emitir, recibir y buscar informaciones y opiniones de toda índole, en condiciones que garanticen la pluralidad informativa, ya que a través de ellos se puede ofrecer una pluralidad de perspectivas, dando voz a todos los sectores de la sociedad, sin enrolarse en ninguna corriente específica de opinión, de modo tal de asegurar el derecho de acceder a información diversa. Las emisoras públicas constituyen una alternativa para aquellos intereses que no son tomados en cuenta por los medios privados y en ese sentido ambos deben coexistir²⁵. En este sentido, la Resolución 10 del Comité de Ministros de los Estados Miembros de la Unión Europea sobre la garantía de independencia de los servicios públicos de radiodifusión (adoptada el 11 de septiembre de 1996), enfatiza que el rol de los medios públicos de radiodifusión es “un factor esencial del pluralismo comunicacional el cual es accesible para todos, tanto a nivel regional como nacional, a través del suministro de programas de servicios que incluyan información, educación, cultura y entretenimiento”.

En consecuencia, el Estado debe cumplir un rol activo promoviendo la construcción y el fortalecimiento de medios públicos independientes. Por estas razones, la ADC celebra que la propuesta del PEN -así como otros proyectos de ley presentados en el Congreso para regular

de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en el caso *Prácticos Río de La Plata Caja de Crédito*, sentencia del 13.8.1999, J.A. 1999-IV-444; en donde se citaron las decisiones de la Corte Suprema de la Nación que establecieron el mencionado principio constitucional en los casos *Dumit*, Fallos: 248:150 y *Lapiduz*, Fallos: 321:1043; ver, en el mismo sentido, *Pepsico de Argentina S.R.L.*, del Tribunal del Trabajo N° 6 de San Isidro, sentencia del 27.2.2008, J.A. 2008-II-379, en donde se citó la decisión de la Corte Suprema en el mismo sentido en el caso *AFIP v. Falasconi*, Fallos: 324:2183). Por su parte, la Corte Interamericana ha resuelto que para que el recurso judicial que otorgue dicha tutela exista “(...) no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica; porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones...” (Caso *Cesti Hurtado c. Perú*, sentencia del 29/9/99, párr. 125; doctrina reiterada por el mismo tribunal en las siguientes decisiones: *Caso del Tribunal Constitucional*, sentencia del 31/1/2001, párr. 90; *Las Palmeras*, sent. del 6/12/2001, párr. 60 y *Acevedo Jaramillo c. Perú*, sentencia del 7/2/2006, párr. 213; entre muchos otros).

²⁴ En sentido contrario, por ejemplo, el proyecto del Consejo para la Consolidación de la Democracia establecía que los recursos tenían efectos suspensivos cuando se trataba de caducidades de licencia o medidas de reparación ulterior imposible o inadecuada, y en lugar de intervenir la emisora y tomar para sí la administración, establecía un veedor para observar su funcionamiento habitual (Art. 77). En igual sentido, Art. 83° del Proyecto de Ley N° 2023-D-2008 (Alcuaz, Linares, Peralta y Morán) y Art. 82° del Proyecto de Ley N° 4369-D-2006 (Giudici, Baragiola, Marín de Tula y Lozano).

²⁵ Ver Article XIX, “Acceso a las ondas. Principios sobre la normativa de libertad de expresión y la regulación de la difusión de radio y televisión”, serie de Estándares Internacionales, Londres, abril de 2002

la materia²⁶ - reconozca a los medios estatales como **complementarios y no subsidiarios** de los medios privados, tal cual establecía la ley vigente²⁷. El desarrollo de medios públicos independientes -en condiciones de complementariedad y no de subsidiariedad con los medios privados- es un paso hacia la plena vigencia de la libertad de expresión garantizada en los instrumentos internacionales suscriptos por nuestro país y debiera constituir una política comunicacional de Estado traducida en instrumentos legales.

En nuestro país, los medios de comunicación audiovisuales gestionados por el Estado no se corresponden estrictamente con la definición de “medios públicos” ya que carecen de mandato de servicio público y su integración es definida, exclusivamente, por la decisión del Poder Ejecutivo Nacional, sin ningún tipo de participación del Congreso ni de la sociedad civil. La estructura propuesta por el proyecto oficial constituye un **avance** en relación al sistema actual – por ejemplo, a través de la incorporación de un mandato de servicio público y de organismos como el **Consejo Consultivo Honorario de los Medios Públicos**- pero adolece de algunos de los requisitos que debiera tener un sistema de medios estatales para ser **verdaderamente público e independiente**, en particular en lo que hace a la integración del Directorio.

A continuación, nuestras observaciones sobre el sistema de medios estatales propuesto por el proyecto:

2.1. Mandato

Como dijéramos anteriormente, los medios públicos tienen un importante rol social. Ellos deben ofrecer información y contenidos de calidad de manera independiente, garantizando el acceso universal a su programación y fomentando la pluralidad de miradas y perspectivas para fortalecer el debate público y permitir el crecimiento de una ciudadanía informada y comprometida con los asuntos públicos. Consideramos que, en general, los objetivos y obligaciones que debe tener un medio público están adecuadamente reflejados en el artículo 112 de la propuesta presentada.

Sin embargo, consideramos que aunque se establece el objetivo de respetar y favorecer el pluralismo político, religioso, social, cultural y étnico, sería conveniente incorporar, de modo aún más explícito, la **prohibición de favorecer unilateralmente a algún partido o grupo de poder** y la obligación de contribuir al debate informado y al pensamiento crítico, **asegurando que sus programas reflejen una amplia variedad de puntos de vistas y perspectivas e incluyan una cobertura imparcial y equilibrada de los temas de interés público**²⁸.

²⁶ Ver por ejemplo los proyectos de Ley N° 0861-D-2009 (Cortina y Viale), N° 2023-D-2008 (Alcuaz, Linares, Peralta y Morán) y N° 0016-D-2008 (Giudice, Baragiola, Garín de Tula y Lozano). Todos los proyectos disponibles en www.diputados.gov.ar

²⁷ Ver artículo 77 del proyecto del PEN sobre reservas en la administración del espectro radioeléctrico para medios provinciales y municipales.

²⁸ Por ejemplo, la ley 25.208 que creaba Radio y Televisión Argentina S.E., aprobada por el Congreso en noviembre de 1999 y luego vetada por el entonces presidente Fernando de la Rúa, imponía el objetivo de

Una **garantía expresa de independencia** del control gubernamental, político y/o económico puede parecer sobreabundante pero nos parece necesaria en un país como el nuestro, donde la continua confusión entre lo público y lo gubernamental ha llevado a que la radio y la televisión pública sean vistas por gran parte de la comunidad como una herramienta de propaganda del gobierno de turno.

2.2. *Directorio de Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado*

Para que los medios públicos cumplan con el importante rol social que tienen asignado es condición esencial asegurar su independencia tanto del gobierno como de cualquier grupo de interés particular, así como establecer una estructura institucional que consolide una dirección capaz de actuar con independencia de criterio. Si bien son varios los factores que deben tenerse en cuenta en la búsqueda de independencia de los medios públicos (como por ejemplo el financiamiento), uno de los más importantes se relaciona con su administración y dirección.

En este sentido, un modo efectivo de promover su independencia es a través del establecimiento de un **Directorio** que tenga el mandato de defenderla de cualquier intromisión, sin intervenir en la gestión cotidiana de los medios. Para que pueda cumplir con dicha tarea, es necesario que dicho directorio esté al margen de presiones políticas o de otra naturaleza. El Consejo Europeo, en una de sus recomendaciones ha mencionado que “las reglas que gobiernan el status de los cuerpos directivos de las emisoras públicas, especialmente en cuanto a la designación de sus miembros, deben ser definidas de manera tal que se evite cualquier riesgo de intervención política o de otra naturaleza”²⁹.

En primer lugar, **la autonomía e independencia institucional del Directorio deberán estar garantizadas y protegidas por la ley**. Como dijéramos antes, en Argentina, donde la cultura de apoyo a los sistemas de radiodifusión es débil aún, es particularmente importante que la independencia de la emisora esté claramente establecida en la ley, y que se incluya como parte del mandato del Directorio la obligación de asegurar la independencia e integridad de los servicios de radiodifusión estatales.³⁰

“asegurar el derecho a exteriorizarse de todos los partidos políticos que hayan presentado listas para comicios cuando corresponda y en todo momento deberá abstenerse de favorecer unilateralmente a ningún partido o grupo político como tampoco a intereses especiales de tipo económico”.

²⁹ Recomendación N° R(96) 10 sobre la garantía de independencia de las organizaciones que prestan servicios de radiodifusión pública

³⁰ En Australia por ejemplo, la Australian Broadcasting Corporation (ABC) Act dispone que el Directorio debe a) asegurar que las funciones de la Corporación sean desarrolladas de modo eficiente y con el máximo beneficio para la población de Australia, b) mantener la independencia y la integridad de la Corporación, c) asegurar que la búsqueda y presentación de noticias e información sea precisa e imparcial, de acuerdo a los estándares reconocidos de periodismo objetivo”. En el caso del Reino Unido, la independencia de la British Broadcasting Corporation (BBC), explícitamente se establece que “La Corporación será independiente en todos los asuntos concernientes al contenido de sus programas y los tiempos de emisión y en la gerencia de sus asuntos”. Ver: Toby Mendel, “Public Service Broadcasting. A comparative Legal Survey”. Kuala Lumpur: UNESCO, Asia Pacific Institute for Broadcasting Development, 2000.

En la composición del Directorio deberían respetarse no sólo requisitos individuales de los miembros (establecidos correctamente por los artículos 115 y con el régimen de incompatibilidades del artículo 117) sino también requisitos colectivos tales como **equilibrio de género**, pluralismo político, equilibrio en materia de **especialidades** y **representatividad regional** (podría ampliarse la especificación del artículo 115 en este sentido).

Es importante garantizar la **estabilidad** en el cargo. La remoción de los miembros sólo podría tener lugar antes de la finalización del mandato si se cumplieran algunos de los supuestos previamente establecidos por ley (este requisito se cumple con las disposiciones del artículo 122).

La estructura y designación del Directorio debe tener por objetivo prevenir una indebida influencia por parte de cualquier fuerza política en particular. La **estructura** que se propone para el Directorio cuenta con cinco miembros, tres elegidos directamente por el Poder Ejecutivo y dos a propuesta de la Comisión Bicameral, uno por la segunda minoría y otro por la tercera minoría. Esta **mayoría de directores elegidos por el PEN** se contradice con el objetivo de garantizar una estructura independiente del gobierno de turno, de modo que **debería modificarse** para que el PEN no cuente con una mayoría automática en dicho organismo.

La experiencia comparada es diversa, con distintos grados de participación y de representación parlamentaria, de discrecionalidad en cabeza del Ejecutivo, y de participación de la sociedad civil, según el caso. En ese sentido, creemos que sería más adecuado crear una estructura con mayor participación parlamentaria en la designación de los directores, que obligue a generar acuerdos para que las fuerzas políticas no puedan tener exclusiva preponderancia (con mayorías especiales por ejemplo). O la posibilidad de que el Consejo Consultivo elija a uno de los miembros del Directorio que en la propuesta son designados directamente por el PEN.

Otro punto a tener en cuenta en el proceso de designación de los miembros del Directorio es la necesidad de incorporar un mecanismo que fomente la **transparencia** y permita la **participación de la sociedad civil en el debate**, como se dijo anteriormente en relación con la elección de los directores de la autoridad de aplicación³¹.

Por último, dentro de las atribuciones y obligaciones del Directorio debería figurar la de garantizar un procedimiento efectivo interno de **tramitación de quejas**. Esto es, independientemente de la existencia de la defensoría del público, debería quedar claro que los individuos podrán presentar una queja contra RTA por incumplimiento del Código y que RTA se ocupará de tales quejas de una manera justa e imparcial.

³¹ En Sudáfrica, por ejemplo, el nombramiento de los miembros del Directorio se realiza luego de un debate público y participativo, a través del cual todos los miembros de la comunidad tienen la oportunidad de expresar sus opiniones respecto de las posturas de los/as candidatos/as. Por otra parte, existen criterios preestablecidos y públicos que deben orientar la elección de los miembros.

2.3. Financiamiento

Una de las mayores amenazas para las emisoras públicas radica en la falta de fondos suficientes para llevar a cabo su función con independencia de criterio y calidad en sus contenidos. La ley debe establecer claramente el mecanismo de financiamiento de los medios públicos y este debe ser **suficiente, apropiado y estable**. Suficiente para poder lograr sus objetivos, apropiado teniendo en cuenta el rol que cumplen, y estable en el sentido de que el mismo sea sostenido a lo largo del tiempo. Si bien consideramos que el financiamiento debería provenir sustancialmente de fondos públicos, es importante contemplar la posibilidad de establecer **sistemas mixtos**, como el que incorpora la propuesta del PEN.

2.4. Medios públicos provinciales y municipales

Como dijéramos anteriormente, el reconocimiento del Estado como un actor complementario y no subsidiario de los medios privados es un **paso adelante** en materia de libertad de información. En este sentido opera la reserva de frecuencias para medios provinciales y municipales que propone tanto el proyecto oficial como otros de los presentados en el Congreso. Sin embargo, vale la pena remarcar que la creación de estos medios **sólo tiene sentido** si están orientado a cumplir con los objetivos de servicio público de los medios públicos, para lo cual es indispensable que cuenten con **un diseño institucional que garantice su independencia frente a los gobiernos de turno**. De otro modo, existe el riesgo de que sean utilizados como herramientas al servicio de intereses meramente gubernamentales.

Por esa razón, una ley de radiodifusión debe **garantizar la autonomía en la estructura de estos medios**. Por ejemplo en el proyecto presentado por el diputado Roy Cortina³² se dispone que: “La gestión de los servicios de radiodifusión públicos-estatales está a cargo de los organismos autárquicos que sean creados a tal fin y según corresponda, por ley nacional, ley provincial, ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires u ordenanza municipal. Tales organismos deben gozar de autonomía administrativa, económica y técnica e independencia funcional e institucional respecto del gobierno correspondiente. Su funcionamiento es financiado por los fondos públicos que cada jurisdicción establezca presupuestariamente”.

³² Proyecto de Ley N° 0861-D-2009.

SOBRE LA ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES

La Asociación por los Derechos Civiles (ADC) es una organización no gubernamental, apartidaria y sin fines de lucro creada en 1995 con el propósito de contribuir a afianzar una cultura jurídica e institucional que garantice los derechos fundamentales de las personas, sustentada en el respeto por la Constitución y los valores democráticos. La ADC cuenta con un área dedicada exclusivamente a la promoción de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información pública.

Asociación por los Derechos Civiles

Av. Córdoba 795, 8° piso.

(C1054AAG) Buenos Aires, Argentina

Tel./Fax: (54 11) 5236-0555/6/7 - 5256-5658

www.adc.org.ar

Contacto para la prensa:

Mónica Baumgratz

mbaumgratz@adc.org.ar

Cel.: 15-5728-3191