

Radios comunitarias. De la exclusión al reconocimiento expreso

Ricardo Porto

Introducción

En el presente trabajo voy a analizar la evolución de la legislación en materia de servicios de comunicación audiovisual, en orden a las denominadas emisoras comunitarias o sin fines de lucro.

En ese contexto, en primer lugar describiré como estas emisoras fueron inicialmente excluidas del universo de la radiodifusión; luego relataré la forma en que se terminó con esa discriminación; y, por último, destacaré como estas radios han logrado asegurarse una porción del espectro radioeléctrico.

De este modo, se podrá apreciar como la legislación del sector ha partido de una situación de discriminación, luego se ha alcanzado una igualdad formal, y, finalmente, se llegó, a través de una suerte de acción afirmativa, a consagrarse una igualdad estructural.

En efecto, la Ley 22.285 impedía a las emisoras comunitarias operar radios y canales de TV.

Luego, mediante la Ley 26.053 se modificó dicha norma y se autorizó a ese tipo de medios acceder a la titularidad de los servicios de radiodifusión.

De este modo, se daba el primer paso, consistente en terminar con esa inadmisibles discriminación y se establecía la igualdad formal entre los diferentes medios de comunicación.

Posteriormente, va a tener lugar una medida de acción positiva encaminada a preservar el derecho de los radiodifusores comunitarios.

Esto sucede con la Ley 26.522 que asegura a este tipo de medios el 33% del espectro radioeléctrico. El resto corresponde al sector público y al privado comercial.

De esta manera, se dio el segundo paso, y se avanzó en el camino de asegurar el derecho a prestar servicios de radiodifusión a esos sectores tradicionalmente marginados del escenario mediático, consagrándose, de este modo, una suerte de igualdad sustantiva.

Para analizar esta evolución legislativa me referiré al papel que ha jugado la jurisprudencia en este camino, lo que me permitirá considerar el polémico rol de los jueces en orden a impulsar un ideal igualitario.

Asimismo, destacaré la importancia que ha tenido el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en este tema. Como se verá, la Convención Americana de Derechos Humanos, los fallos y las opiniones consultivas de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las Declaraciones del Relator de la Libertad de Expresión y otros instrumentos de este nuevo derecho constitucional, han desempeñado un rol sustantivo en esta evolución legislativa.

De la igualdad formal a las acciones afirmativas

La Constitución Nacional sancionada en 1853 establece, en su artículo 16, el principio de igualdad ante la ley, señalando que “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley....”

En el artículo 15, por su parte, la constitución condena la esclavitud y en el 20 consagra la igualdad de derechos civiles entre argentinos y extranjeros.

Gustavo Maurino, en su trabajo *“Pobreza y Discriminación: La Protección Constitucional para los más Humildes.”* relata los debates que tuvieron lugar por entonces en torno a una idea más fuerte o más débil de la igualdad.

“Los alcances del principio igualitario fueron intensamente discutidos por conservadores y liberales desde el comienzo mismo de nuestra organización constitucional. Las posiciones más conservadoras limitaban su influencia a lo que luego se llamó la *igualdad formal* y rechazaban explícitamente cualquier intervención que implicara ideales más radicales sobre la igualdad. En particular, se oponían a la idea que el Estado debiera neutralizar o remediar las diferencias personales que fueran producto del azar o la lotería natural o social”.

Este último tipo de medidas llegará mucho tiempo después. Por entonces la noción de igualdad mayoritariamente aceptada era la de igualdad clásica, que opera como una suerte de protección negativa.

La jurisprudencia de entonces reiteraba que el principio de igualdad ante la ley consistía en que no se confieran derechos para algunos, que se niegan a otros, en similares circunstancias.

Especificando tal concepto, Federico Orlando, en su trabajo “*Las distinciones entre nacionales y extranjeros en la jurisprudencia de la CSJN; la saga Hooft, Gottschau y Reyes Aguilera y algunos interrogantes pendientes*”, señala que “...en el ámbito local, la Corte Suprema de Justicia de la Nación históricamente ha determinado que la igualdad establecida por el artículo 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se conceden a otros, de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes, según las diferencias constitutivas de ellos y que cualquier otra inteligencia o excepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza y al interés social (Fallos 105.273; 117.229; 153.67, entre otros)”

La recuperación democrática de 1983 implicó, desde luego, un compromiso mayor con la igualdad, que se tradujo, entre otros factores, en la ratificación de diversos tratados de derechos humanos, entre ellos, la Convención Americana de Derechos Humanos.

En 1988 se sanciona la Ley Antidiscriminatoria 23.592, con lo cual se da un paso significativo en el camino hacia un ideal igualitario.

Con la reforma constitucional de 1994 se incorporan a la norma fundamental un conjunto de medidas que van más allá de la igualdad formal, denominadas por la doctrina como “acciones afirmativas”, a la vez que se confiere rango constitucional a buena parte de los tratados internacionales sobre derechos humanos que nuestro país había ratificado a partir de 1983.

En el libro que coordinan Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, *El Derecho a la Igualdad*, en la *Introducción*, se señala “A nuestra Constitución, antes de 1994, se le ha adjudicado una concepción modesta o formal de la igualdad, limitada a la protección contra acciones abiertamente discriminatorias por parte del Estado. Esta no fue la interpretación unívoca, ya que coexistía con lecturas más ambiciosas de la igualdad tutelada por la Constitución, según las cuales nuestra Carta Magna estaba comprometida con la igualdad en los terrenos social y económico. Pero luego de la reforma de 1994 parece haber poco espacio para la noción modesta. La Constitución reformada, según lo exponen, con matices, Saba y Grossman, se alinea con una visión integralmente igualitaria, que exige un orden jurídico y un Estado más activo en la rectificación de desigualdades sustanciales, y que establece como norte de los gobiernos el logro de oportunidades accesibles a todos en un pie de igualdad”.

En ese orden, el artículo 75 inciso 17 de nuestra Carta Magna se ocupa de facultar al Congreso para legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen

la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

En cuanto a las mujeres específicamente, en el artículo 37 se consagra expresamente la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso en los cargos partidarios y electivos. Como consecuencia de ello, se sancionó la denominada ley de cupo femenino, que se encarga de asegurar la presencia de mujeres en los cargos legislativos.

Víctor Abramovich, en su artículo *“De las violaciones masivas a los patrones estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”*, al analizar el papel del SIDH, destaca la evolución de la idea de igualdad formal al concepto de igualdad sustantiva. “Esto significa que se evoluciona desde una noción clásica de igualdad, que apunta a la eliminación de privilegios o de diferencias irrazonables o arbitrarias, que busca generar reglas iguales para todos y demanda al Estado una suerte de neutralidad o *ceguera* frente a la diferencia, y se desplaza hacia una noción de igualdad sustantiva que demanda del Estado un rol activo para generar equilibrios sociales, la protección especial de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación. Esta última noción presupone un Estado que abandone su neutralidad...para saber que grupos o sectores deben recibir en un momento histórico determinadas medidas urgentes y especiales de protección”.

En la misma orientación, cabe señalar que la reforma de 1994 incorpora la acción de amparo colectiva como vía procesal de protección frente a medidas discriminatorias.

Maurino sintetiza la evolución legislativa. “En pocas palabras, la reforma constitucional consagró un principio de igualdad superador del entendimiento clásico – igualdad de oportunidades-, incorporó un marco normativo concreto para su funcionamiento –habilitación de medidas positivas e incorporación de cláusulas de no discriminación- y hasta reconoció un mecanismo de protección judicial específico, tanto para afectaciones individuales como colectivas –acción de amparo antidiscriminatoria-.”

La discriminación de la Ley de facto 22.285

La Ley Nacional de Radiodifusión 22.285 fue sancionada en 1980 por el entonces gobierno de facto.

Naturalmente, una norma gestada por un régimen autoritario no podía sino contener un sinnúmero de limitaciones, restricciones y exclusiones.

Una de ellas fue respecto de las emisoras sin fines de lucro.

En efecto, el artículo 45 de dicha norma solo permitía ser titulares de radios y canales de TV a las sociedades comerciales; excluyendo, de ese modo, a las entidades sin fines de lucro.

Desde luego, se trataba de una condenable discriminación.

En la exposición de motivos no se fundamenta tal exclusión. No obstante, pueden trazarse algunas hipótesis que traten de explicar las razones que llevaron a tal discriminación.

El gobierno militar consagró en esa ley el principio de subsidiariedad en materia de radiodifusión, según el cual el Estado solo debía prestar servicios allí donde no lo hacía la actividad privada comercial.

Las radios y canales privadas eran comerciales, con fines de lucro; no se autorizaba a operar servicios de radiodifusión a las sociedades sin fines de lucro.

De este modo, quedaban fuera del escenario audiovisual las emisoras comunitarias y las cooperativas. Este tipo de medios no perseguían fines comerciales, sino que procuraban alcanzar objetivos comunitarios, sociales, etc.

Al respecto, no puede dejar de advertirse la feroz oposición del régimen de facto hacia este tipo de valores. Lo comunitario, lo social era sospechoso. Nada peor, según el pensamiento autoritario, que permitir que dichos valores tengan una posibilidad de expresión.

Por otro lado, las sociedades comerciales que estaban habilitadas para explotar radios y canales de TV solo podían contar con un máximo de 20 socios. El régimen quería saber exactamente quienes eran los dueños de los medios.

En este orden, la existencia de una sociedad cooperativa, con decenas o centenares de socios, impedía al gobierno de facto tal conocimiento.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que tal discriminación continuó vigente hasta el año 2005, lo cual permite apreciar la inadmisibile asignatura pendiente que, por años, mantuvo la democracia argentina.

La reforma de la Ley 22.285

Si bien desde 1983 existieron numerosos proyectos de ley orientados a terminar con la mencionada discriminación de las emisoras comunitarias, la reforma de la Ley 22.285 surgió como consecuencia de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En efecto, en septiembre de 2003, nuestro máximo tribunal declaró la inconstitucionalidad del primer párrafo del art. 45 de la Ley 22.285, en cuanto sólo autorizaba a prestar servicios de radiodifusión a las personas físicas y a las sociedades comerciales.

Se tomó la medida en los autos “Asociación Mutual Carlos Mujica c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional-COMFER) s/ amparo”, en donde una asociación sin fines de lucro, propietaria de una radio que se encontraba en funcionamiento por más de 10 años, solicitaba la declaración de inconstitucional de la norma a raíz de que no podía concursar para obtener en forma legal la licencia habilitante.

Sobre el particular, la Corte destacó “la función esencial y trascendental que cumple la radio La Ranchada, tanto en lo que respecta a la información y comunicación popular, como en lo referente a una fuente importante de trabajo y de capacitación de corresponsales populares”; concluyendo, que, “en tales condiciones, no se advierte la existencia de un interés superior que autorice a prohibir que la actora intervenga en un concurso publico para normalizar su situación legal y poder, en el caso de ser seleccionada, ejercer su derecho a la libre expresión”.

La CSJN expresó, que el primer párrafo del art. 45 de la Ley 22.285, resultaba violatorio de los artículos 14, 16, 28 y 75 inciso 23 de la Constitución Nacional y del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”; pues impedía a la accionante participar de un concurso de radiodifusión.

La Corte tomó en cuenta que las normas que regulan a las asociaciones mutuales (Leyes 19.331, 20.321 y, en especial, la 25.374) otorgan a las mismas “una estructura apta para llevar adelante una empresa colectiva”. En consecuencia, manifestaron que no se advierte “que estas asociaciones estén en una razonable desigualdad de circunstancias

con las sociedades comerciales regularmente constituidas para acceder a la licencia habilitante de una radio de frecuencia modulada”.

Al respecto, indicaron que la participación de una asociación mutual en un concurso público para acceder a una licencia de radiodifusión, en el supuesto de ser seleccionada, “facilita el pluralismo de opiniones que caracteriza a las sociedades democráticas, e importa un verdadero contrapeso o poder equilibrador de los grupos económicos”.

Como consecuencia del citado fallo de la CSJN se dictó la Ley 26.053, en 2005, por la cual se termina con la injusta discriminación hacia las emisoras comunitarias, permitiendo tanto a las personas jurídicas comerciales, como a las que no poseen fines de lucro poseer radios y canales de TV.

El papel de los jueces

La importancia del mencionado fallo de la CSJN en esta reforma legislativa permite realizar algunas consideraciones sobre el papel de la justicia en las políticas antidiscriminatorias.

Para comenzar, es pertinente citar a Federico Orlando, que analiza la jurisprudencia de la CSJN y realiza un detallado análisis de los votos de los diferentes jueces en los casos Hooft, Gottschau y Reyes Aguilera, concluyendo que, más allá de los aspectos positivos de dichos fallos, nuestro máximo tribunal aún no ha desarrollado una profunda y fundada defensa del principio de igualdad y no discriminación, lo que refleja la ausencia de una verdadera teoría de la igualdad.

En ese contexto, existen autores que analizan ciertas cuestiones propias del Poder Judicial y su relación con fallos poco proclives a atender la situación de personas que integran categorías sospechosas.

En primer lugar puede mencionarse el elitismo epistémico, que menciona Carlos Nino, que muestra funcionarios ilustrados, no elegidos popularmente, alejados del debate democrático, con puestos de por vida, y ,virtualmente, sin necesidad de rendir examen por su fallos.

Por otro lado, la composición del poder judicial refleja un ámbito integrado, en una buena mayoría, por blancos, varones, de clase media, católicos y conservadores.

Por cierto, no es posible establecer una relación inexorable, en todos y cada uno de los casos, entre fallos y clase social. No obstante, me parece que la composición socio-cultural del poder judicial, tan alejada de ciertas minorías, influye en sentencias poco comprensivas con las categorías sospechosas.

Sin perjuicio de ello, es posible encontrar un conjunto de fundamentos sobre el papel judicial, como actor del proceso de igualación social. Marcelo Alegre, en su trabajo *Igualitarismo, Democracia y Activismo Judicial* aborda la labor de los jueces en el camino de plasmar una sociedad igualitaria.

En el trabajo de Alegre, el autor desarrolla su idea de igualitarismo, admitiendo que se trata de una concepción política, en la cual tienen lugar posturas más radicales y más moderadas.

No obstante ello, afirma que, básicamente, el igualitarismo expresa el ideal de una sociedad en la cual, como mínimo, están atenuadas las diferencias de riquezas y origen.

Alegre se refiere al papel que debieran desempeñar los órganos políticos y el poder judicial en orden a asegurar los derechos socioeconómicos básicos y los que se encuentran un escalón arriba de ellos.

La tesis de Alegre es que los jueces deben asegurar los derechos socioeconómicos básicos, tales como salarios mínimos, prestaciones imprescindibles en materia de salud, educación, etc.

Por el contrario, afirma que los derechos que están más allá de este igualitarismo básico, corresponde que sean preservados y delimitados por los órganos políticos.

La admisión de este activismo judicial la fundamenta, básicamente, por razones de necesidad y urgencia.

Por otro lado, Alegre justifica que los sectores más marginados de la sociedad vean satisfechos sus derechos socioeconómicos básicos por fuera de los poderes políticos, teniendo en cuenta la poca receptividad de las instituciones gubernamentales respecto de las demandas de estos sectores.

Las fundamentación de Alegre de este papel que debe desarrollar el poder judicial encuentra paralelismos con la postura de Roberto Gargarella, que destaca el rol de los jueces en la idea deliberativa de la democracia y como pueden ayudar a preservar derechos sociales básicos. Cita, en esa orientación, ejemplos de la justicia en Sudáfrica, India y Colombia, referidos a derecho a la vivienda, enfermos de SIDA, sectores marginados, etc.

De acuerdo a su postura, nuestra CSJN está recorriendo incipientes caminos similares, en los casos Verbitsky y Mendoza, referidos a la situación de las cárceles en la Provincia de Buenos Aires y la contaminación de las aguas del Riachuelo.

En este orden de ideas, el fallo “Carlos Mugica” se inserta en esta corriente de pensamiento que coloca a los tribunales como ámbitos en los cuales corresponde remediar situaciones de discriminación.

En otro orden, desde algunos sectores liberales-conservadores se han formulado críticas a estas posturas de la justicia por una supuesta *politización* de la misma.

Desde una postura aparentemente neutral, se condena este tipo de fallos.

Neil Gotanda, en la obra *Una crítica a Nuestra Constitución es Ciega al Color*, hace referencia a la postura de Sowell, que formula una crítica el papel *politico* desplegado por el poder judicial.

En esa corriente de pensamiento, el académico neo-conservador Thomas Sowell, exponente de la nueva derecha de los EE.UU, critica a los líderes del Movimiento de los Derechos Civiles cuando, según él, politizaron el derecho, al cambiar su objetivo original de obtener un trato igual bajo la ley, por una exigencia de igualdad de resultados a pesar de las auténticas diferencias en capacidades.

“Señala Sowell que la rama judicial es merecedora de particular reproche. Los jueces, según Sowell, han desconocido la comprensión original del Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 y han impuesto, en su lugar, sus propias concepciones políticas”. Según afirma Neil Gotanda, Sowell no aporta pruebas de tal politización.

Por mi parte, quisiera señalar que es frecuente que los sectores conservadores critiquen la supuesta politización del derecho, desde una postura supuestamente neutral, técnica y apolítica. En tal sentido, creo que este tipo de posiciones aparentemente *antipolíticas* suelen encubrir posturas *decididamente políticas* y, a mi parecer, particularmente cuestionables.

En síntesis, y sin perjuicio de esta polémica, lo cierto es que en el caso “Mugica” la Corte Suprema de Justicia de la Nación dio un importante paso en acabar con una

injusta discriminación, que la democracia argentina había mantenido por más de dos décadas, y contribuyó significativamente a la reforma legislativa que acabó con la misma.

La influencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Como señalaba en la Introducción del presente trabajo, ha sido muy significativo el rol que ha tenido el Sistema Interamericano Interamericano de Derechos Humanos en la transformación de la legislación de servicios de comunicación audiovisual.

Lo ha sido tanto en la derogación de la normativa que discriminaba a las emisoras comunitarias, que permitió consagrar la igualdad formal entre los diferentes medios, como en la ley que establece acciones afirmativas que asegura derechos a estos sectores tradicionalmente excluidos del universo de la radiodifusión.

En este contexto, la Convención Americana de Derechos Humanos, los fallos y las opiniones consultivas de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las Declaraciones del Relator de la Libertad de Expresión y otros instrumentos de este nuevo derecho constitucional, han desempeñado un rol sustantivo en esta evolución legislativa.

Víctor Abramovich, en su artículo *“De las violaciones masivas a los patrones estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”* analiza el rol de dicho Sistema Interamericano de Derechos Humanos SIDH y su influencia en la jurisprudencia, legislación y doctrina de los países de la región.

En ese trabajo, Abramovich comienza por destacar el papel de dicho SIDH en tres momentos diferentes del proceso histórico de América Latina.

En un principio, los órganos del SIDH desarrollaron su tarea en el marco de regímenes políticos de facto, con lo cual se enfocaron a visibilizar las graves violaciones a los derechos humanos cometidos por esos gobiernos.

Posteriormente, su objetivo central fue apoyar las transiciones post-dictatoriales, acompañar los procesos políticos dirigidos al tratamiento del pasado autoritario y evitar el debilitamiento de las incipientes instituciones democráticas. En ese orden se procuró, entre otras cosas, asegurar el derecho a la verdad y la reparación de las víctimas.

Finalmente, en una tercera etapa, los órganos del SIDH enfrentan un desafío tanto o más complejo, como lo es profundizar el sistema democrático en un contexto de fuerte exclusión y desigualdad social, que crea un clima de inestabilidad política en la región.

En este sentido, y a los efectos del presente trabajo, importa especialmente apreciar cual ha sido la influencia del SIDH en la transformación operada en la legislación sobre radiodifusión en lo que respecta a los derechos de las emisoras comunitarias.

Así, Abramovich afirma que la Corte Interamericana ha avanzado en su concepto de igualdad formal, para pasar a una noción de igualdad estructural, que requiere de acciones positivas orientadas a asegurar los derechos de los sectores tradicionalmente marginados. El Estado no solo tiene el deber de no discriminar, sino tiene, además, la obligación de tomar acciones afirmativas en beneficio de quienes padecen exclusión de tipo estructural. “En este sentido, la perspectiva histórica sobre la jurisprudencia del SIDH marca una evolución desde un concepto de igualdad formal, elaborado en la etapa de transición hacia un concepto de igualdad sustantivo que se comienza a consolidar en la etapa actual del fin de las transiciones a la democracia, cuando la temática de la discriminación estructural se presenta con más fuerza...Así se

avanza desde una idea de igualdad como no discriminación, a una idea de igualdad como protección de grupos subordinados”.

En ese orden, quiero mostrar como la jurisprudencia y la legislación argentina en materia de servicios de comunicación audiovisual ha evolucionado en es camino de igualdad estructural, tomando como base, la normativa del SIDH.

En primer lugar, corresponde precisar que la discriminación sufrida por las emisoras comunitarias, además de vulnerar, entre otros, los artículos 14, 16 y 32 de la Constitución Nacional, violaba también lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 13 inciso 1, expresa que: “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”.

Asimismo, la discriminación aludida desconocía lo establecido también por la mencionada Convención, que no solamente consagra un amplio criterio de libertad de expresión, reconociendo a toda persona tal derecho, sino que expresamente afirma además que: “No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

Teniendo presente esta normativa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 5/85 tiene dicho: 85 "...en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación 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 estos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable la pluralidad de medios y la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera fuera la forma que pretenda adoptar...". (el subrayado me pertenece)

En esta importante Opinión Consultiva 5/85, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, subraya la dimensión individual y social de la libertad de expresión: "así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información que disponen otros como el derecho a difundir la propia"... y también: "La libertad de prensa no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios..."

Por último, en la citada Opinión Consultiva, la Corte Interamericana entiende que: "Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas "por cualquier...procedimiento", está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo de que una restricción de las probabilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente".

Posteriormente, en el Informe 2002 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también se trata expresamente la problemática de las emisoras comunitarias. Concretamente, allí se afirma que “Dada la importancia que pueden tener estos canales de ejercicio de la libertad de expresión comunitarias, resulta inadmisibles el establecimiento de marcos legales discriminatorios que obstaculizan la adjudicación de frecuencias a radios comunitarias. Igualmente preocupante resultan las prácticas que, aún en los casos de funcionamiento en el marco de la legalidad, importan amenazas de cierre injustificadas o incautación arbitraria de equipos.”

Todo este conjunto de principios emanados del SIDH ha tenido una sustancial influencia en los proyectos de ley que procuraban modificar la ley de facto 22.285 y en la propia causa “Mujica” resuelta por nuestra CSJN en donde se declara la inconstitucionalidad de tal exclusión.

No obstante la importancia de la reforma legal que tuvo lugar con la Ley 26.053, que permitió a las emisoras sin fines de lucro acceder a la titularidad de radios y canales de TV en pie de igualdad con las sociedades comerciales, esta normativa implicó el establecimiento de una igualdad formal entre esos dos tipos de medios.

Recién con la sanción de la denominada ley de medios, más precisamente la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual 26.522, se da un paso más y se consagra una suerte de acción afirmativa que asegura a las emisoras comunitarias contar con una porción del espectro radioeléctrico.

En dicha norma se señala expresamente que los servicios previstos por esta ley serán operados por tres (3) tipos de prestadores: de gestión estatal, gestión privada con fines de lucro y gestión privada sin fines de lucro.

Pero la norma da un paso más, consagrando una acción afirmativa y en el artículo 89 se expresa: “Reservas en la administración del espectro radioeléctrico. En oportunidad de elaborar el Plan Técnico de Frecuencias, la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual deberá realizar las siguientes reservas de frecuencias, sin perjuicio de la posibilidad de ampliar las reservas de frecuencia en virtud de la incorporación de nuevas tecnologías que permitan un mayor aprovechamiento del espectro radioeléctrico:

f) El treinta y tres por ciento (33%) de las localizaciones radioeléctricas planificadas, en todas las bandas de radiodifusión sonora y de televisión terrestres, en todas las áreas de cobertura para personas de existencia ideal sin fines de lucro.

Las reservas de frecuencias establecidas en el presente artículo no pueden ser dejadas sin efecto”

En la nota al artículo 89, de la Ley 26.522 se señala que “Las previsiones vinculadas a la reserva de espectro radioeléctrico se apoyan en la necesidad de la existencia de las tres franjas de operadores de servicios, de conformidad a las recomendaciones de la Relatoría de Libertad de Expresión ya planteadas con anterioridad. Por ello, se preserva un porcentaje para las entidades sin fines de lucro que admita su desarrollo, al igual que para el sector comercial privado...Además, permitirá la concreción de la obtención de su calidad de legitimados como actores de la vida de la comunicación social como licenciatarios y permisionarios a personas sin fines de lucro que históricamente fueron excluidas, como los cultos religiosos, las sociedades de fomento, las mutuales, las asociaciones civiles, los sindicatos y otros participantes de la vida cultural argentina.

Como expresamente se señala en la Ley 26.522, las normas y principios del SIDH han tenido un rol sustantivo en asegurar este tipo de derechos a los medios comunitarios, pasando de una igualdad formal a una igualdad de tipo estructural, consagrando una especial protección respecto de estos sectores, históricamente excluidos del universo legal de la radiodifusión.

Por caso, en la Declaración Conjunta sobre la Diversidad en la Radiodifusión (Amsterdam, diciembre de 2007), en donde tuvo singular protagonismo el relator americano, se expresó: "Los diferentes tipos de medios de comunicación — comerciales, de servicios públicos y comunitarios — deben ser capaces de operar en, y tener acceso equitativo a todas las plataformas de transmisión disponibles. Las medidas específicas para promover la diversidad pueden incluir el reservar frecuencias adecuadas para diferentes tipos de medios, contar con must-carry rules (sobre el deber de transmisión), requerir que tanto las tecnologías de distribución como las de recepción sean complementarias y/o interoperables, inclusive a través de las fronteras nacionales, y proveer acceso no discriminatorio a servicios de ayuda, tales como guías de programación electrónica.

Concordantemente con los precedentes del derecho latinoamericano, cabe referir que la Convención sobre Diversidad Cultural de la UNESCO (2005) establece que los Estados tienen la obligación y el derecho de "adoptar medidas para promover la diversidad de los medios de comunicación social".

En suma, la legislación internacional, y muy particularmente el SIDH han realizado un aporte decididamente significativo en el proceso que condujo a la transformación de la legislación de servicios de comunicación audiovisual, en especial en lo atinente a las emisoras comunitarias.

El núcleo de este aporte jurídico implicó una profundización de la libertad de expresión y el derecho a la información. Ello conduce a instalar una idea más robusta e inclusiva de la democracia.

Como destaca Abramovich, en esta etapa post transición, una de las metas importantes es la preservación de la esfera pública democrática. “Desde temas relacionados con libertad de expresión, libertad de prensa, acceso a la información pública, derecho de reunión y asociación, libertad de manifestar y de manera incipiente algunos temas relativos a la igualdad y debido proceso judicial en materia electoral. Por lo demás, un aspecto prioritario de la agenda del SIDH en esta etapa lo ocupan nuevas demandas de igualdad de grupos y colectivos...sectores excluidos que ven afectados sus derechos de participación y expresión”.

Bibliografía

Gustavo Maurino. *Pobreza y Discriminación: La Protección Constitucional para los más Humildes.*

Federico Orlando. *Las distinciones entre nacionales y extranjeros en la jurisprudencia de la CSJN; la saga Hooft, Gottschau y Reyes Aguilera y algunos interrogantes pendientes.*

Victor Abramovich, *De las violaciones masivas a los patrones estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*

Marcelo Alegre. *Igualitarismo, Democracia y Activismo Judicial*

Neil Gotanda, *Una crítica a Nuestra Constitución es Ciega al Color*.

Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, *El Derecho a la Igualdad*,