RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene el honor de dirigirse a la Misión Permanente de la República de El Salvador ante la Organización de los Estados Americanos, con el objeto de transmitirle una solicitud de información dirigida a su Ministerio de Relaciones Exteriores.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión aprovecha la oportunidad para expresar a la Misión Permanente de la República de El Salvador el testimonio de su más alta y distinguida consideración.

2 de diciembre de 2015

RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Washington, D.C., 2 de diciembre de 2015

REF: Reformas a la Ley de Telecomunicaciones
Solicitud de información conforme al artículo 41 de la CADH

Excelentísimo Sr. Hugo Roger Martínez Bonilla,

Tengo el honor de dirigirme a usted en mi carácter de Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), conforme a las facultades establecidas en el artículo 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el objetivo de solicitar información a propósito de la reformas a la Ley de Telecomunicaciones ordenadas a la Asamblea Legislativa de El Salvador por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de ese país, mediante fallo de 29 de julio de 2015[1].

Como es de su conocimiento, la Sala de lo Constitucional acumuló y resolvió varios recursos de inconstitucionalidad promovidos en contra de diversas disposiciones de la Ley de Telecomunicaciones de 1997, que afectaban los principios de igualdad y pluralismo informativo. La Sala ordenó a la Asamblea Legislativa, a más tardar el 31 de diciembre de 2015, "emitir la normativa en la que se regule de manera clara, precisa, organizada y sistemática los mecanismos alternativos para la adjudicación de la concesión para la explotación del espectro radioeléctrico, que operarán de forma adicional al de la subasta pública, contenidos en los arts. 81 inc. final, 82, 83, 84, 85 y 100 de la Ley de Telecomunicaciones". Asimismo, decidió que "la Asamblea Legislativa debe desarrollar la normativa respecto de las condiciones en que se llevarán a cabo las prórrogas sobre dichos servicios, regulación que deberá contener al menos, la obligación estatal de evaluar el cumplimiento de las condiciones establecidas, la gestión de los bienes y recursos involucrados y la responsabilidad de los concesionarios".

Tras la emisión del fallo, del 30 al 31 de julio el Relator Especial viajó a El Salvador donde participó en el Foro "La Digitalización de la Televisión y la Radio: Oportunidades y Desafíos", organizado por la Secretaría de Comunicaciones de la Presidencia y la Superintendencia de Competencia. En esa ocasión, el Estado expresó su interés en recibir asistencia técnica de la Relatoría Especial en esta materia.

En vista de lo anterior, esta oficina se permite poner de presente algunos aspectos del derecho internacional de los derechos humanos que resultaría relevante que el Ilustre Estado de El Salvador tuviese en cuenta en el actual debate sobre la normativa.

[1] Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Inconstitucionalidad 65-2012/36-2014. 29 de julio de 2015.

Excelentísimo señor
Hugo Roger Martínez Bonilla
Ministra de Relaciones Exteriores
República de El Salvador

I. El fallo de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

En el fallo dictado, la Sala examinó, en primer lugar, si el procedimiento de subasta prescrito en la Ley de Telecomunicaciones para obtener una concesión de radio y televisión abierta, es atentatorio al principio de igualdad y el derecho a la libertad de expresión. Al respecto, la Sala puntualizó que "el pluralismo informativo tiene una doble implicación: (i) la no existencia de limitación alguna en cuanto a la orientación ideológica de los medios masivos de comunicación social–lo que conduce a que el público pueda recibir informaciones y opiniones desde diversas perspectivas ideológicas–; y (ii) evitar la concentración de los medios masivos en pocas personas, impidiendo la formación de oligopolio o monopolio de los mismos."

La Sala hace un valioso uso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta materia. Sobre la base de estos antecedentes, la Sala de lo Constitucional afirmó que "los medios de comunicación son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones". Sostuvo que "mientras más información tenga una sociedad y entre más diversas sean sus fuentes, en mejor condición se encuentra para evaluar su entorno político y tendrá mayores y mejores oportunidades de participar sustantivamente en la construcción de un sistema democrático; ante lo cual uno de los retos de una sociedad democrática es procurar el acceso a los medios de comunicación social, evitando que éstos operen sólo como instrumentos de persuasión de consumidores y electores o como vehículos generadores de ganancias para ciertos sectores económicos".

La Sala recordó que al ser un bien limitado, el espectro electromagnético "se encuentra sujeto a la gestión y control del Estado". Por la naturaleza de los servicios de radio y televisión, "el parámetro económico como único requisito objetivo para la asignación no es suficiente, ni resulta efectivamente conducente para garantizar el acceso al uso de [del espectro electromagnético] para la satisfacción del pluralismo informativo". Afirmó que este mecanismo "no responde al principio de proporcionalidad e igualdad garantizado en el ordenamiento constitucional".

En cuanto al principio de proporcionalidad, la Sala explicó que "si bien la finalidad del legislador es constitucional (la maximización de recursos al Estado y el uso eficiente del espectro), la adopción de la subasta pública, como única modalidad concreta para la adquisición del espectro radioeléctrico y con un único requisito subjetivo de adjudicación (la oferta económica de más valor), va más allá de la intensidad que sería necesaria para un cumplimiento eficaz de la finalidad perseguida". Para cumplir con el principio de proporcionalidad, el legislador está obligado a "tomar en cuenta otros criterios, distintos del factor económico para la asignación del espectro radioeléctrico[,] tales como: el servicio objeto de concesión; las modalidades de prestación del servicio; el área de cobertura del mismo; las frecuencias o bandas de frecuencias a utilizar y las características técnicas de los equipos; el plan mínimo de expansión del servicio; el plazo para iniciar instalaciones y operaciones; el régimen técnico en general y las condiciones de calidad del servicio; los derechos de los programas de transmisión cuando fuere procedente". En cuanto al principio de igualdad, la Sala estimó que al distribuir y asignar las frecuencias, el legislador debe emplear el mecanismo que mejor garantice la igualdad de oportunidades y prevenga la concentración de los medios de comunicación en unos pocos. Indicó que con este objetivo, se deben establecer "criterios de selección adicionales a la mayor oferta económica, tales como: la capacidad jurídica, condiciones de experiencia y capacidad financiera y de organización, como requisitos habilitantes para participar en el respectivo proceso de selección; la favorabilidad de la oferta desde el punto de vista técnico y desde el punto de vista económico; la experiencia específica y la composición del equipo de trabajo".

Sobre la base de lo anterior, la Sala de lo Constitucional declaró "la inconstitucionalidad por omisión", debido que "la Asamblea Legislativa no incluyó en la Ley de Telecomunicaciones, la regulación que garantice mecanismos alternos además de la subasta, para la adquisición del derecho a explotar el espectro radioeléctrico para […]los servicios de radio y televisión abierta, teniendo en cuenta los derechos fundamentales que entran en juego, como son el ejercicio del derecho fundamental de fundar medios masivos de comunicación y el derecho a estar informado". Enfatizo que "la obligación de progresividad que tienen los poderes públicos en la promoción de los derechos fundamentales, impone a estos el compromiso de

desarrollar su contenido en el tiempo y a hacerlo de manera gradual, de acuerdo con los contextos históricos, culturales y jurídicos. Dicha obligación no constituye una habilitación abierta en el tiempo que permita a los poderes públicos postergar de manera indefinida la protección o garantía de un derecho". Por lo anterior, la Sala ordenó a la Asamblea Legislativa, a más tardar el 31 de diciembre de 2015, "emitir la normativa en la que se regule de manera clara, precisa, organizada y sistemática los mecanismos alternativos para la adjudicación de la concesión para la explotación del espectro radioeléctrico, que operarán de forma adicional al de la subasta pública, contenidos en los arts. 81 inc. final, 82, 83, 84, 85 y 100 de la Ley de Telecomunicaciones".

En segundo lugar, la Sala examinó si las prórrogas automáticas por períodos de veinte años que contempla la Ley de Telecomunicaciones en relación con las concesiones otorgadas para explotar frecuencias del espectro radioeléctrico–sin necesidad de trámite administrativo, autorización o resolución de la autoridad de aplicación–, atentan contra la libertad de expresión y el pluralismo democrático con respecto a los medios de comunicación social; y como consecuencia generan en la práctica una concentración indebida en la propiedad de los medios.

Al respecto, la Sala consideró que "el mecanismo de concesión con prórrogas automáticas por períodos prolongados de tiempo incumple el principio de proporcionalidad". Explicó que "si bien los contratos administrativos para explotar un bien de dominio público o para prestar un servicio público o esencial en condiciones de regularidad y continuidad deben ser de vigencia temporal lo suficientemente prolongada para que el particular que lo desarrolle logre rentabilizar y amortizar las inversiones que para ello hubiere llevado a cabo, esto no debe significar la perpetuidad del contrato". A juicio del Tribunal, ello convertiría fácticamente a la concesión "en un privatización del bien demanial o servicio público o esencial". Para la Sala "es evidente que la prórroga automática de las concesiones de actividades y servicios de radiodifusión sonora y de televisión de libre recepción, constituye una limitación irrazonable del derecho a la libre competencia, porque obstaculiza la participación de otros ofertantes que estén capacitados técnica y financieramente en la prestación de dichos servicios". Asimismo, la Sala consideró que estas prórrogas automáticas implican "un obstáculo para la democratización de los medios informativos". Por ello, indicó que "la Asamblea Legislativa debe desarrollar la normativa respecto de las condiciones en que se llevarán a cabo las prórrogas sobre dichos servicios, regulación que deberá contener al menos, la obligación estatal de evaluar el cumplimiento de las condiciones establecidas, la gestión de los bienes y recursos involucrados y la responsabilidad de los concesionarios".

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal manifestó que "la modificación de las reglas legales que reglamentan el plazo de las concesiones de televisión y radio abierta, sólo puede operar hacia el futuro, sin que esté permitido que se afecten las condiciones bajo las cuales originalmente fueron adjudicadas tales concesiones y al amparo de las cuales los concesionarios celebraron los contratos y calcularon sus ingresos y el retorno de sus inversiones, adquiriendo así derechos y obligaciones, los cuales en atención a la naturaleza de estas actividades, implica asumir compromisos a largo plazo, con la antelación debida y con la consecuente inversión que les permita ser eficientes tecnológicamente, en función de la planificación y ejecución de los servicios de información y entretenimiento que demanda, rigurosamente, la población, como destinataria de estos servicios". Sostuvo que en el momento en que entró en vigencia la Ley de Telecomunicaciones, "la prórroga automática existía como una situación jurídica consolidada, como un derecho subjetivo del concesionario, que como tal se encuentra protegido por el artículo 21 de la Constitución. La prórroga automática no era una expectativa, sino un derecho adquirido". En razón de ello, indicó "que los efectos del presente fallo, al eliminar los vocablos 'automáticamente', no pueden alterar una próxima renovación o prórroga del plazo de los actuales concesionarios".

En tercer lugar, la Sala examinó si la ausencia en la Ley de Telecomunicaciones de mecanismos de control de prácticas anticompetitivas o monopolísticas con respecto al mercado de telecomunicaciones implicaba omisión legislativa. El tribunal reconoció que la ausencia de este tipo de mecanismos en la ley puede "generar la acumulación de porciones significativas del espectro radioeléctrico en pocos concesionarios, la posición predominante de proveedores importantes que estén en las capacidades materiales de afectar la competencia en dicho mercado, así como posibles acuerdos colusorios". No obstante, consideró que "a pesar que la [Ley de Telecomunicaciones] no contempla expresamente mecanismos para el control de prácticas anticompetitivas o monopolísticas con respecto al mercado de telecomunicaciones, dicha omisión normativa se suple mediante

la integración de lo consignado en la Ley de Competencia, por lo cual corresponde a la Superintendencia de Competencia verificar y controlar la existencia de agentes dominantes o alteraciones significativas, actuales o potenciales, de la libre competencia en los diversos sectores de telecomunicaciones, en específico para evitar la acumulación de porciones significativas del espectro radioeléctrico en pocos concesionarios."

Finalmente, la Sala expresó que las modificaciones legislativas y regulatorias que se deben llevar a cabo para garantizar "la introducción de mecanismos adicionales al procedimiento de selección y adjudicación de concesionarios para la explotación de frecuencias del espectro radioeléctrico para los servicios de radiodifusión sonora y de televisión de libre recepción, deberán regirse por los parámetros establecidos en el fallo.

II. El pluralismo informativo y la concentración en la propiedad de los medios de comunicación

La Relatoría Especial ha afirmado que la asignación de licencias de radio o televisión es una decisión que tiene un impacto definitivo sobre el derecho a la libertad de expresión en su doble dimensión: el derecho de todos a expresarse libremente y el derecho a recibir ideas y opiniones diversas. De esta decisión dependerá tanto el acceso a los medios de comunicación de quienes solicitan acceso a las frecuencias, como el derecho de toda la sociedad a recibir información plural en los términos del artículo 13 de la Convención Americana. En efecto, al asignar las frecuencias, el Estado decide cuál es la voz que el público podrá escuchar durante los años venideros. En consecuencia, en este proceso se definen, entre otras cosas, las condiciones sobre las cuales se adelantará la deliberación democrática requerida para el ejercicio informado de los derechos políticos, así como las fuentes de información que le permitirán a cada persona adoptar decisiones informadas sobre sus preferencias personales y formar su propio plan de vida[2].

En tal sentido, esta oficina ha expresado que los criterios de asignación y el procedimiento empleado para aplicarlo, deben tener, como una de sus metas, fomentar la pluralidad y diversidad de voces y limitarse a contemplar los requisitos que resulten necesarios para el logro de esa finalidad[3]. Por ello, los requisitos para otorgarlas no pueden constituir una barrera desproporcionada para lograr estas finalidades. En esta medida, los procedimientos de asignación de las licencias deberían contemplar requisitos técnicos o administrativos con exigencias razonables que no requieran, en todos los casos, la contratación de técnicos o especialistas, pues ello, indirectamente, coloca al factor económico como una barrera para el acceso a la frecuencia. Igualmente, cuando la oferta en dinero o el criterio económico es el factor excluyente o principal para adjudicar todas las frecuencias de radio o televisión, se compromete el acceso en igualdad de condiciones a las frecuencias y se desalienta el logro del pluralismo y la diversidad, terminan excluyendo a amplios sectores sociales del proceso de acceso a las mismas[4]. Al respecto, la CIDH ya ha indicado que "las subastas que contemplen criterios únicamente económicos o que otorguen concesiones sin una oportunidad equitativa para todos los sectores son incompatibles con la democracia y con el derecho a la libertad de expresión e información garantizados en la Convención Americana […] y en la Declaración de Principios"[5].

Asimismo, la Corte Interamericana en su sentencia en el caso *Marcel Granier y otros Vs. Venezuela* recordó que, "dado que el espacio radioeléctrico es un bien escaso, con un número determinado de frecuencias, esto limita el número de medios que pueden acceder a ellas, por lo que es necesario asegurar que en ese número de medios se halle representada una diversidad de visiones o posturas informativas o de opinión". La Corte

[2] CIDH. Informe Anual 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo VI (Libertad de expresión y radiodifusión). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009. Párr. 60.

[3] CIDH. Informe Anual 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo VI (Libertad de expresión y radiodifusión). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009. Párr. 64.

[4] CIDH. Informe Anual 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo VI (Libertad de expresión y radiodifusión). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009. Párr. 65.

[5] CIDH. Informe Anual 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo VI (Libertad de expresión y radiodifusión). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009. Párr. 65; CIDH. Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala. Capítulo VII: La situación de la libertad de expresión, párr. 414. Disponible en: http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/capitulo7.htm.

resaltó que "el pluralismo de ideas en los medios no se puede medir a partir de la cantidad de medios de comunicación, sino de que las ideas y la información transmitidas sean efectivamente diversas y estén abordadas desde posturas divergentes sin que exista una única visión o postura. Lo anterior debe tenerse en cuenta en los procesos de otorgamiento, renovación de concesiones o licencias de radiodifusión"[6]. A juicio de la Relatoría, "una de las medidas para promover la diversidad y el pluralismo en los medios es el reconocimiento expreso de al menos tres sectores en la radiodifusión – comercial, público y comunitario – y la reserva de parte del espectro destinado a la televisión digital para las iniciativas comunitarias y otras sin fines de lucro"[7]

Sin perjuicio del avance en materia de libertad de expresión que representa este fallo, la Relatoría observa con preocupación que la Sala haya establecido que la prórroga automática de las licencias es un "derecho adquirido" de los actuales concesionarios, y en consecuencia, que los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad "no pueden alterar una próxima renovación o prórroga del plazo de los actuales concesionarios".

Al respecto, la Corte Interamericana en su sentencia en el citado caso *Marcel Granier y otros Vs. Venezuela* concluyó que la obligación de renovar las concesiones de radiodifusión no está contemplada en el derecho internacional ni en el derecho comparado[8]. En particular, la Corte señaló que "la pluralidad de medios o informativa constituye una efectiva garantía de la libertad de expresión, existiendo un deber del Estado de proteger y garantizar este supuesto, en virtud del artículo 1.1 de la Convención, por medio, tanto de la minimización de restricciones a la información, como por medio de propender por el equilibrio en la participación, al permitir que los medios estén abiertos a todos sin discriminación, puesto que se busca que "no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos"[9].

La decisión resulta de mayor preocupación en el marco del proceso de transición a la televisión digital abierta iniciado por El Salvador. Esta Relatoría ha expresado que "uno de los objetivos del proceso de implementación de la televisión digital debería ser lograr un sistema de medios televisivo más diverso y plural que el existente con las tecnologías analógicas"[10]. Que el Estado deba asegurar la continuidad de las transmisiones de los operadores existentes en el nuevo entorno digital no significa, necesariamente, que tengan un derecho adquirido a acceder a un nuevo canal o frecuencia completo para su uso exclusivo, de manera automática, sin concurso y sin costos. A ese respecto, "es recomendable que se consideren sus antecedentes como radiodifusores para la obtención de nuevas concesiones de uso de espectro, pero la noción de 'derechos adquiridos' no debe suponer un derecho a la propiedad del espectro utilizado, sino la seguridad jurídica de mantener sus emisiones de televisión en condiciones iguales o similares a como las venía desarrollando, en otro sector del espectro destinado a servicios de televisión, según los planes técnicos nacionales"[11].

El principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH, aprobada en el año 2000, establece que "[l]os monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación

[6] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Granier y Otros (Radio Caracas Televisón) Vs. Venezuela. Excecpiones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 22 de junio de 2015. Párr. 170.

[7] CIDH. Informe Anual 2014. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III (Estándares de libertad de expresión para la transición a una televisión digital abierta diversa, plural e inclusiva). OEA/Ser.L/V.II Doc. 13. 9 de marzo 2015. Párr. 19.

[8] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Granier y Otros (Radio Caracas Televisón) Vs. Venezuela. Excecpiones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 22 de junio de 2015. Párr. 179.

[9] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Granier y Otros (Radio Caracas Televisón) Vs. Venezuela. Excecpiones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 22 de junio de 2015. Párr. 142.

[10] CIDH. Informe Anual 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo VI (Libertad de expresión y radiodifusión). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009. Párr. 80.

[11] CIDH. Informe Anual 2014. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III (Estándares de libertad de expresión para la transición a una televisión digital abierta diversa, plural e inclusiva). OEA/Ser.L/V.II Doc. 13. 9 de marzo 2015. Párr. 70.

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". Al respecto la CIDH y su Relatoría Especial han indicado que, "[s]i [los] medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por sólo uno, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas, o sólo una, ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia"[12].

III. Solicitud al Estado

Teniendo en cuenta lo anterior, la Relatoría Especial solicita respetuosamente al Gobierno de Su Excelencia suministrar, dentro del plazo de 30 días contados a partir de la fecha de transmisión de la presente comunicación, la información que estime pertinente sobre los avances en el proceso de reforma de la Ley de Telecomunicaciones.

De igual forma, con el fin de apoyar los esfuerzos de su Ilustre Estado en regular adecuadamente los asuntos objeto de tratamiento en las reformas de referencia, rogamos a su Excelencia hacer llegar esta comunicación al Ministro de Comunicación, Eugenio Chicas, así como a las autoridades del Poder Legislativo Nacional competentes, particularmente al diputado Roger A. Blandino Nerio y demás integrantes de la Comisión *ad hoc* creada para estudiar las implicaciones de la sentencia de referencia.

Finalmente, la Relatoría Especial quisiera expresar a las autoridades del Estado su disposición de colaborar y prestar asistencia técnica a la Asamblea de Su Ilustre Estado en estas iniciativas.

Aprovecho la oportunidad para expresar a Su Gobierno el testimonio de mi más alta y distinguida consideración.

[12] CIDH. Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala. Capítulo VII (La situación de la libertad de expresión) OEA/Ser.L/V/II.118. Doc.5rev.1. 29 diciembre 2003. Párr. 419.