

# Una revisión crítica del marco regulatorio de la radiodifusión\*

Alejandro María Massot

## i. Introducción

Con la aparición de la actividad radiodifusora surgió -al menos en el ámbito nacional- un debate que perdura hasta el día de hoy<sup>33</sup>, acerca de la calificación jurídica de la radiodifusión. De un lado están quienes la definen como un servicio público y del otro, quienes afirman que debe ser asimilada a la prensa escrita; o sea, tratada como una actividad desregulada.

En 1972, con la sanción de la Ley Nacional de Telecomunicaciones (N° 19.798) que declara a la radiodifusión como servicio de interés público<sup>34</sup>, se dio el primer paso en pos de establecer un marco normativo y regulatorio en la materia. En 1980, mediante la sanción de un ordenamiento dedicado exclusivamente a la radiodifusión, como fue la Ley Nacional de Radiodifusión (N° 22.285) se dio un nuevo paso a favor de la regulación específica de dicha actividad<sup>35</sup>.

Si bien esta sanción<sup>36</sup> constituyó una oportunidad inmejorable para zanjar el debate respecto de su naturaleza jurídica, se optó por mantener el *statu quo* manteniendo la categorización de los servicios de radiodifusión como de interés público<sup>37</sup>. Veintinueve años más tarde, en 2009, cuando por iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional se promulgó la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (N° 26.522)<sup>38</sup>, los

---

\* Por Alejandro María Massot. Algunos conceptos elaborados en este trabajo han sido tomados del artículo de mi autoría *Naturaleza Jurídica de la Radiodifusión* publicado en el suplemento Actualidad de La Ley el 6 de mayo de 2004, así como también de notas editoriales redactadas en colaboración para el diario La Nación durante el mes de octubre de 2009.

Me gustaría agradecer a mi padre, Alejandro, ya que sin su impulso y sugerencias este trabajo no hubiera sido posible, a Juan Javier Negri por haber oficiado de tutor y por sus atinados comentarios que, sin lugar a duda, le agregaron valor a lo escrito, a un gran amigo, Carlos M. Legón Marienhoff, por haberse tomado el tiempo para leer los primeros bocetos y los aportes realizados, a mi hermana, Josefina, por su ayuda con algunas traducciones del inglés y, especialmente, a mi mujer, Agustina, por su apoyo constante e incondicional.

<sup>33</sup> La primera transmisión de radio en la Argentina data de la noche del 26 de agosto de 1920, cuando los aficionados de la radio en Buenos Aires pudieron escuchar la ópera Parsifal transmitida directamente desde el Teatro Coliseo.

<sup>34</sup> La Ley Nacional de Telecomunicaciones (N° 19.798) se refiere, en su título III, capítulos V y VII, a la radiodifusión. Su artículo 78 establece: “Decláranse de interés público los servicios de radiodifusión que podrán ser realizados por el Estado (Servicio Oficial de Radiodifusión) o por particulares (Servicio Privado de Radiodifusión) mediante su adjudicación por servicio público...”.

<sup>35</sup> La Ley Nacional de Radiodifusión (N° 22.285) fue sancionada el 15 de septiembre de 1980. Cabe destacar que, conforme se desprende del artículo 164 de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (N° 26.522), la Ley Nacional de Radiodifusión se encontraría derogada. Sin embargo, resulta atinado remarcar que al día de la fecha diversas resoluciones judiciales ordenaron suspender los efectos de la nueva normativa.

<sup>36</sup> Si bien la ley 22.285 en realidad se trató de un Decreto-Ley, a lo largo del presente trabajo nos referiremos a dicha normativa como Ley Nacional de Radiodifusión por comodidad de lenguaje y por ser la denominación con la cual generalmente se hace referencia a dicho cuerpo normativo.

<sup>37</sup> Artículo 4, ley 22.285: “Los servicios de radiodifusión se declaran de interés público”.

<sup>38</sup> Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (N° 26.522) sancionada el 10 de octubre de 2009. A la fecha los efectos de algunos de sus artículos se encuentran suspendidos por distintas resoluciones judiciales.

legisladores una vez más mantuvieron para tales servicios -que incluyen los de radiodifusión- su declaración de interés público<sup>39</sup>.

En este punto, y sólo como aclaración preliminar, resulta pertinente mencionar que, tal como se verá en la sección *iii* del presente, entendemos que el concepto de servicio de interés público no es un sinónimo del concepto de servicio público. Si bien las diferencias específicas se verán más adelante, en este momento alcanza con aclarar que para que exista un servicio público deben darse ciertas características específicas que no serían requeridas para declarar una actividad como servicio de interés público.

Dedicaremos la siguiente sección a explicar qué se entiende por radiodifusión y ofreceremos una breve descripción de las diferencias más sustanciales entre el régimen establecido por la Ley Nacional de Radiodifusión y el nuevo ordenamiento impuesto por la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. Haremos especial hincapié en explicar el modo en que la nueva normativa intenta extender la categorización de actividad de interés público, y con ello el control estatal, a actividades que nada tienen que ver con la radiodifusión como, por ejemplo, la transmisión de datos a través de Internet.

A lo largo de la sección *iii* utilizaremos herramientas legales para demostrar lo errado de definir a la radiodifusión como una actividad de interés público y herramientas del análisis económico del derecho para demostrar la ineficiencia del actual sistema de otorgamiento de licencias de radiodifusión. En esa sección analizaremos y rebatiremos los argumentos más utilizados en defensa de la intervención estatal: la escasez de frecuencias radioeléctricas, la viabilidad económica, la masividad de los medios radioeléctricos y la política antimonopólica.

En la sección *iv* haremos una breve descripción de la evolución y situación actual de la radiodifusión en los Estados Unidos de América, poniendo especial énfasis en su sistema de televisión pública, el *Public Broadcasting Service* (PBS), que convive con los operadores privados.

La sección *v* estará dedicada a proponer un sistema alternativo para la asignación de frecuencias radioeléctricas y a argumentar que la actividad radiodifusora debería ser equiparada y gozar de la misma protección constitucional con que cuenta la prensa escrita.

Consideramos importante aclarar que este trabajo tratará el tema de la asignación de las frecuencias de radiodifusión; no el de la propiedad de las ondas radioeléctricas. A partir del nacimiento de la radiodifusión han existido intentos para atribuir al estado la propiedad sobre dichas ondas. Sin embargo, tales intentos nunca llegaron a concretarse y, al día de hoy, las ondas radioeléctricas son consideradas patrimonio de la humanidad<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Artículo 2, Ley 26.522: “La actividad realizada por los servicios de comunicación audiovisual se considera una actividad de interés público...”.

<sup>40</sup> Esta postura fue tomada por la Comisión Empresaria de Medios de Comunicación Independientes (CEMCI) en el documento titulado “Respuesta de la Comisión Empresaria de Medios de Comunicación Independientes al cuestionario remitido por el Consejo para la Consolidación de la Democracia” escrito en mayo de 1987. Cabe mencionar que es la misma postura que sostiene la Asociación Internacional de Radiodifusión (AIR-IAB).

## ii. Radiodifusión y la normativa legal en la Argentina

### a) Los Aspectos Técnicos de la Radiodifusión

Como este trabajo versa sobre el adecuado nivel de regulación aplicable a la actividad radiodifusora, consideramos conveniente presentar una breve explicación respecto de qué se entiende por radiodifusión.

Una definición es la adoptada por la Asociación de Teleradiodifusoras Argentinas (ATA) en 1991 al presentar un proyecto de ley ante el Congreso de la Nación, según la cual la radiodifusión es “*la forma de radiocomunicación unidireccional destinada a la transmisión de señales, para ser recibidas por el público en general. Estas transmisiones pueden incluir programas sonoros, de televisión u otro género de emisiones*”. Dicha definición puede complementarse con la enunciada por Zaffore<sup>41</sup>, para quien la radiodifusión es “*una emisión unidireccional hacia un número indeterminado de personas no identificadas, quienes las reciben mediante un aparato receptor que decodifica la señal radioeléctrica modulada y la transforma en señales acústicas o lumínicas (radio y televisión, respectivamente)*”.

En el caso de la radio, cabe distinguir entre señales de amplitud modulada (AM) y de frecuencia modulada (FM). A riesgo de introducir lenguaje demasiado técnico, puede decirse que en la frecuencia modulada se transmite información a través de una onda variando su frecuencia y manteniendo la amplitud constante, mientras que en la amplitud modulada la frecuencia se mantiene constante, mientras que la amplitud varía. La amplitud podría representarse como la altura de las ondas mientras que la frecuencia de la onda suele darse indicando el número de crestas de onda que pasan por un punto determinado cada segundo.

Las emisiones radioeléctricas están compuestas por ondas electromagnéticas o hertzianas. Estas ondas no hacen más que perturbar el silencio radioeléctrico, entendido como la ausencia de transmisiones a través del espacio. O sea, toda emisión radioeléctrica se propaga por el espacio en forma de ondas, ocupando el espectro radioeléctrico. Sin embargo, no estamos ante apropiación alguna de dicho espectro radioeléctrico por parte del emisor. Básicamente no existe apropiación porque el espectro radioeléctrico, al estar constituido por ondas, similares a las de luz o calor, no es una cosa<sup>42</sup>. Entonces, teniendo en cuenta lo antedicho, puede definirse a las ondas como un recurso natural planetario que pertenece a la humanidad toda, de suerte tal que

---

<sup>41</sup> Zaffore, Jorge, *La comunicación masiva*, pp. 92-93, Depalma, 1990.

<sup>42</sup> Estas ondas lejos están de constituir “objetos materiales susceptibles de tener valor” o “fuerzas materiales susceptibles de apropiación” (art. 2311 CC). Sin perjuicio de lo antedicho y sin intención de ahondar en cuestiones atinentes a la física, nos parece importante realizar la siguiente salvedad. Una de las definiciones de “calor” es: “Energía que pasa de un cuerpo a otro y es causa de que se equilibren sus temperaturas.”. Si el calor es energía, entonces, por imperio del artículo 2311 CC las disposiciones referentes a las cosas podrían ser aplicables a las ondas de calor.

Alguien podría pensar que la Convención de Roma de 1961, aprobada por la ley 23.921, otorga una verdadera propiedad sobre las ondas radioeléctricas. Sin embargo, esta interpretación es errada, ya que dicha Convención otorga al emisor propiedad sobre la señal televisiva; o sea, sobre el producto que se comercializa. La Convención autoriza a los organismos de radiodifusión a autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones (art. 13), pero en ningún momento se refiere a la propiedad de las ondas radioeléctricas.

ni la Nación ni las provincias son dueños de ellas como así tampoco, ningún otro Estado del planeta<sup>43</sup>.

Una de las características esenciales de la radiodifusión es que las ondas electromagnéticas no requieren ningún medio físico de transporte, ya que se propagan a través del espacio. Una vez que la onda es transmitida, su contenido puede ser recibido por quienquiera que cuente con el aparato necesario para recibir la señal que por definición se transmite sin codificar. El número de receptores puede ser ilimitado. Por lo tanto, si bien el resultado final (v.g. la imagen en un televisor) puede ser similar a otros sistemas de comunicación audiovisual, es importante no caer en el error de equiparar, por ejemplo, a la televisión por cable o aún a la aérea codificada (MMDS o satelital) con la radiodifusión. Entre ésta y la televisión por cable existen dos diferencias sustanciales: por un lado el medio o *carrier* mediante el cual se propaga la información; mientras que la televisión por cable requiere de un *carrier* físico, la radiodifusión propaga su señal a través del aire utilizando las mencionadas ondas electromagnéticas. Por otro -y en este segundo aspecto la diferenciación alcanza, no sólo a la televisión por cable, sino a todos los servicios de televisión codificada-, el acceso a las señales de radiodifusión es libre y gratuito, mientras que para acceder a señales de televisión por cable y/o codificadas, el usuario debe pagar y/o contar con aparatos específicos de decodificación.

Entendemos que esta última aclaración resulta pertinente ya que la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual no se limita, como su antecesora, a regular los servicios de radiodifusión, sino que como surge de su artículo 1, se hace extensiva a “*los servicios de comunicación audiovisual en todo el ámbito territorial de la República Argentina*”. O sea, el nuevo ordenamiento legal no sólo mantiene la regulación sobre la radiodifusión sino que, además, pretende ampliarla a los servicios de comunicación audiovisual, concepto que se encuentra definido tan ampliamente que no hace más que generar dudas acerca de qué sistemas están abarcados por la normativa en cuestión; ¿se limita a los servicios análogos a la radiodifusión como puede ser la televisión por cable o satelital, o abarca también Internet? ¿Busca regular aquellas transmisiones de recepción masiva o también pretende abarcar portales de índole más personal como, por ejemplo, Facebook?<sup>44</sup>

b) *Comparación del régimen de la ley N° 22.285 con el instaurado por la ley N° 26.522*

Ambas normas legales definen a los servicios de radiodifusión (o audiovisuales en la nueva normativa) como una actividad de interés público. Las implicancias de esta

---

<sup>43</sup> Esta fue la postura adoptada por la CEMCI en el documento titulado “Respuesta de la Comisión Empresaria de Medios de Comunicación Independientes al cuestionario remitido por el Consejo para la Consolidación de la Democracia” de mayo de 1987. Esta postura también es sostenida por la Asociación Mundial de Radiodifusión (AIR-IAB).

<sup>44</sup> El concepto de comunicación audiovisual se encuentra definido en el artículo 4 de la ley 26.522. La definición es la siguiente: “*Comunicación audiovisual*: La actividad cultural cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador de un servicio de comunicación audiovisual, o productor de señales o contenidos cuya finalidad es proporcionar programas o contenidos, sobre la base de un horario de programación, con el objeto de informar, entretener o educar al público en general a través de redes de comunicación electrónicas. Comprende la radiodifusión televisiva, hacia receptores fijos, hacia receptores móviles así, como también servicios de radiodifusión sonora, independientemente del soporte utilizado, o por servicio satelital; con o sin suscripción en cualquiera de los casos.”

declaración serán analizadas en la sección siguiente. En esta sección nos detendremos a enumerar las diferencias más significativas entre ambos marcos legales.

Tanto el antiguo régimen como el nuevo establecen el concurso público como método de asignación de frecuencias. El artículo 30 de la ley 26.522 dispone que “*Las licencias correspondientes a los servicios de comunicación audiovisual no satelitales que utilicen espectro radioeléctrico, contemplados en esta ley, serán adjudicadas mediante el régimen de concurso público abierto y permanente.*” A diferencia del régimen anterior, donde la licencia era otorgada por un plazo inicial de 15 años, prorrogable por un plazo adicional de 10 años, el nuevo régimen establece dos períodos idénticos de 10 años, reduciendo el tiempo total de la licencia a 20 años. Adicionalmente la nueva normativa establece que la prórroga se concederá previa celebración de una audiencia pública en la localidad donde se preste el servicio, pero no se establece si dicha audiencia pública tendrá carácter vinculante o no. Al igual que su antecesora, la nueva ley también contempla causales de caducidad de la licencia otorgada (artículo 108).

Si bien los requisitos para que las personas físicas como tales y en su calidad de integrantes de personas de existencia ideal con fines de lucro obtengan licencias se han mantenido más o menos similares, el acceso a las mismas se ha visto reducido ampliamente debido a disposiciones específicas contenidas en la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual sobre reserva de frecuencias. En tal sentido el artículo 89 de la ley 26.522 establece que deberán reservarse (i) para el Estado nacional las frecuencias necesarias para el cumplimiento de los objetivos de Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado, sus repetidoras operativas, y las repetidoras necesarias a fin de cubrir todo el territorio nacional; (ii) para cada estado provincial, la Ciudad de Buenos Aires y los pueblos originarios una frecuencia AM, una frecuencia FM y una frecuencia de televisión abierta; (iii) para cada municipio una frecuencia FM; (iv) para cada universidad nacional, en la jurisdicción donde se encuentre su sede central, una frecuencia de televisión abierta y una frecuencia sonora, pudiéndose autorizar frecuencias adicionales; y (v) para personas de existencia ideal sin fines de lucro el 33% de las frecuencias radioeléctricas. El artículo en cuestión establece que “*las reservas de frecuencias establecidas en el presente artículo no pueden ser dejadas sin efecto.*” El remanente, que se calcula en aproximadamente poco más de un tercio del espectro radioeléctrico, se destina para licencias comerciales privadas.

El antiguo régimen establecía, en su artículo 43, un límite de 24 licencias para la explotación de servicios de radiodifusión en distintas localidades, a una misma persona física o jurídica. Cuando se trataba de una misma localidad la limitación permitía una única frecuencia de radio, otra de televisión y una tercera de servicios complementarios (v.g. televisión por cable).

El artículo 45 del nuevo régimen legal modificó el sistema de multiplicidad de licencias amparándose en la necesidad de garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local.

El nuevo régimen establece limitaciones a nivel federal, local y de titularidad de señales. Las restricciones más relevantes se dan a nivel nacional y limitan la cantidad de licencias a las que un mismo licenciatario puede acceder. Ellas son: una licencia de

servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital<sup>45</sup>, hasta diez licencias de comunicación audiovisual cuando se trate de servicios de radiodifusión sonora, de televisión abierta o por suscripción, y hasta veinticuatro licencias cuando se trate de licencias para la explotación de servicios de radiodifusión con vínculo físico en diferentes localidades. Sin embargo, la multiplicidad de licencias en ningún caso podrá implicar la posibilidad de prestar servicios a más del 35% del total nacional de habitantes o de abonados a los servicios pertinentes.

Otro punto interesante está dado por los requerimientos de programación. El artículo 8 del decreto 286/81 establecía que los medios radiodifusores debían cumplir con un mínimo de entre 5% y 10% de producción propia dependiendo si emitían más o menos de 8 horas diarias. Asimismo, se requería un mínimo del 40% de producción nacional diaria, tanto para la radio como para la televisión. El artículo 65 del nuevo marco normativo establece, en cambio, mayores limitaciones que no tiene sentido transcribir aquí, por exceder el marco del presente trabajo. Sin embargo, a modo de orientación, se requiere un 70% de producción nacional para los servicios de radiodifusión sonora privados no estatales y un 50% de producción propia. Los servicios de radiodifusión televisiva abierta deberán emitir un 60% de producción nacional, un 30% de producción propia y un mínimo del 10% de producción local independiente.

La Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual reitera una de las limitaciones más importantes en el régimen de licencias de radiodifusión, ya contenida en el antiguo ordenamiento: la indelegabilidad de la licencia. Como bien marca Tau Anzoátegui *“la ley 22.285 reafirmó el criterio de permanencia del licenciatario, restringiendo la transferibilidad (...). El mensaje de la ley avienta toda idea sobre un eventual régimen de libre transferibilidad o disponibilidad desde el momento que se acerca hacia una severa prohibición de transferencias y destaca la existencia de una elaboración que conforma requisitos societarios específicos para este tipo de entidades”*<sup>46</sup>. Lo dicho para la ley 22.285 es aplicable enteramente a su sucesora.

Uno de los artículos más controvertidos y que desató presentaciones judiciales es el 161, referido a la adecuación de los actuales licenciatarios de frecuencias al nuevo régimen legal. Dicho artículo establece un plazo de un año para que quienes excedan las limitaciones establecidas por la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual se desprendan de las licencias que superen la cuota permitida.

Para cerrar esta breve descripción del nuevo marco regulatorio resulta pertinente referirse a la creación, mediante el artículo 119, de Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado que tendrá *“a su cargo la administración, operación, desarrollo y explotación de los servicios de radiodifusión sonora y televisiva del Estado nacional”*. Las actividades de esta nueva sociedad se financiarán, entre otras, con el 20% del gravamen que deberán pagar los licenciatarios privados y demás titulares de servicios de comunicación audiovisual, con asignaciones presupuestarias del presupuesto nacional, con venta de publicidad, con la comercialización de contenidos audiovisuales, y con auspicios o patrocinios.

---

<sup>45</sup> Es importante remarcar que, conforme se desprende el mismo artículo, “La titularidad de una licencia de servicios de comunicación audiovisual satelital por suscripción excluye la posibilidad de ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual”

<sup>46</sup> Tau Anzoátegui, Carlos A., *Derecho de la Radiodifusión*, p. 199. Universidad Austral, 1998.

Según el artículo 98, inciso (e) de la ley 26.552 las emisoras del Estado nacional, de los estados provinciales, de los municipios, de las universidades nacionales, de los institutos universitarios y de los Pueblos Originarios se encuentran exentas del pago del gravamen arriba mencionado.

### iii. Radiodifusión, interés público y adjudicación de licencias

#### a) *El interés público y la regulación excesiva*

Conforme fue analizado en la sección *ii*, el artículo 2 de la ley 26.522 define a los servicios de comunicación audiovisual como actividad de interés público. Como se verá a continuación, la difusa noción de interés público fue utilizada a fin de mantener un férreo control y regular la comunicación audiovisual como si se tratara de un servicio público, pero evitando las críticas que hubiere acarreado su declaración lisa y llana como tal<sup>47</sup>.

Quienes en realidad buscan regular fuertemente la radiodifusión parten de dos presupuestos básicos: la escasez de las ondas radioeléctricas y la utilización a su favor del difuso concepto de interés público. Estos argumentos ya fueron utilizados en el pasado y volvieron a serlo al momento de argumentar a favor del nuevo régimen legal y marco regulatorio.

#### 1) *El interés público*

Como ya se dijo, la declaración de los servicios de radiodifusión como actividad de interés público fue introducida a fin de regular la actividad y evitar las críticas que hubiese acarreado su declaración lisa y llana como servicio público.

Difícilmente pueda encontrarse en doctrina una definición unívoca del concepto de interés público. Como bien dice Mairal<sup>48</sup> *“la concepción unitaria del interés público no sólo peca por simplista, sino que conduce fácilmente al paternalismo del Estado: si no hay más que un interés público, su defensor debe ser necesariamente la Administración”*.

En su Tratado de Derecho Administrativo, Gordillo trata el tema del interés público<sup>49</sup>:

*“El interés público o bien común no es el interés de un conjunto de habitantes tomados como masa; no es un bienestar general, omnipresente, una felicidad indefinible e imprecisable; es sólo la suma de una mayoría de concretos intereses individuales coincidentes -actuales y/o futuros- y por ello la contraposición entre interés público y el derecho individual es falsa si no redundan en mayores derechos y beneficios para los individuos de la comunidad. Por supuesto, hablamos de una mayoría de individuos, no de la totalidad de los miembros de la sociedad; debe tratarse de intereses coincidentes lato sensu, esto es, homogéneos. Sólo*

---

<sup>47</sup> Como se vio en el punto *ii* del presente, la ley 26.522 regula la radiodifusión como si se tratara de un servicio público. Existe un régimen de licencias por cierta cantidad de años, las licencias son intransferibles, el Estado goza de amplia discrecionalidad, etc.

<sup>48</sup> Mairal, Héctor A., *Control Judicial de la Administración Pública*, p. 207, Depalma 1984.

<sup>49</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, p. VI-30, t. II, FDA 2000.

*hay interés público cuando en una mayoría de individuos, cada uno puede encontrar su interés individual: el “interés público” en que cada individuo no pueda encontrar e identificar su porción concreta de interés individual es una falacia.”*

Continúa diciendo Gordillo<sup>50</sup>:

*“Debe tenerse siempre presente que constituye una falacia creer que se puede beneficiar a la colectividad sobre la base de la aniquilación de los derechos de los individuos; hay en ello una insalvable lógica, ya que al destruir los derechos del individuo en pro de la colectividad se destruye también, al mismo tiempo, la base necesaria de orden y justicia sobre la que esa colectividad entera reposa.”*

Por lo tanto, el interés público parecería equivaler a la suma de los intereses homogéneos de la comunidad. Además, cada individuo de la comunidad debería poder identificar su interés particular en ese interés público. Por lo general, los intereses de las personas se modifican con el correr del tiempo; consecuentemente el interés público también mutará. Parecería ser, entonces, imposible gestar una definición unívoca de interés público duradera en el tiempo.

Al mismo tiempo resulta, al menos, contradictorio declarar a los servicios de radiodifusión como de interés público para que el Estado asuma su tutela y termine transformando un instrumento pluralista de control del poder estatal en un instrumento para ejercer ese mismo poder.

Por lo tanto, si se quiere utilizar la vaga noción de interés público para continuar regulando la radiodifusión como hasta el momento, habría que encontrar la justificación en el ordenamiento legal superior: la Constitución Nacional. O sea, si el mandato de regular cierta actividad surge de la Constitución, sin contradecir derechos o garantías constitucionales, se podría utilizar cualquier término para justificar dicha regulación, ya que, a fin de cuentas, será la propia Constitución la que así lo mande.

Para simplificar permítaseme el siguiente ejemplo. Los incisos 6 y 11 del artículo 75 de la Constitución sostienen, respectivamente, que corresponde al Congreso de la Nación “Establecer y reglamentar un banco federal con la facultad de emitir moneda...” y “Hacer sellar moneda, fijar su valor uniforme y el de las extranjeras; y adoptar un sistema uniforme de pesos y medidas para todo el país”. Por lo tanto, dentro del ámbito bancario está permitido regular ciertas actividades, tales como la emisión de moneda y el valor de la moneda extranjera, toda vez que tal regulación -por parte del Congreso- obedece a un mandato constitucional. Sin embargo no por ello -y aunque hay sectores políticos que pregonan lo contrario- se encuadra a la actividad financiera como un servicio público; antes bien, existe consenso suficiente como para afirmar que queda fuera de esa órbita, dado que no cumple con las características tipificantes del servicio público -que se verán en la siguiente sección- y en tanto, además, semejante tipificación obligaría al propio estado a asumir los riesgos inherentes a dicha actividad.

---

<sup>50</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, p. VI-31, t. II, FDA 2000.

No existe en la Constitución Nacional una norma o un mandato referido a la reglamentación o regulación de la radiodifusión. Por el contrario, si están consagradas la libertad de prensa, la libertad de imprenta y la libertad de expresión y pensamiento<sup>51</sup>.

## 2) *La excusa de la escasez de frecuencias*

Si bien alguna vez pudo haber tenido sentido el argumento de la escasez de frecuencias radioeléctricas a fin de justificar su regulación específica por parte del Estado, parece claro que los adelantos tecnológicos, logrados en materia de aprovechamiento del espectro radioeléctrico, vuelven obsoleta tal argumentación.

De hecho, si tomamos a modo de ejemplo los canales de televisión de aire, las actuales técnicas de compresión digital permiten la multiplicación por cuatro -y según algunos por seis- de cada canal analógico. A lo antedicho hay que agregar que la digitalización permite la utilización económica de los canales adyacentes, cuya explotación estaba vedada con técnicas analógicas<sup>52</sup>.

Si bien no es el objeto de este trabajo explayarnos en consideraciones técnicas, parece conveniente agregar algunos ejemplos que nos permitan, a los legos, evaluar la razonabilidad del postulado expuesto.

La televisión se transmite mediante canales que son asignados conforme a un plan técnico de distribución de frecuencias. Según el plan vigente en la República Argentina, están asignados a televisión los canales 2 al 13 y 21 a 69. Hasta hoy podrían operarse, en una situación teórica ideal, hasta 31 canales de televisión en una misma localidad, despreciando la utilización de canales adyacentes. La compresión digital permite la utilización de esos mismos canales multiplicados por 4 o por 6, es decir 124 o 186, respectivamente. Si le agregamos la posibilidad de uso de los canales adyacentes, estos números ascienden a 244 o 366 canales de televisión, respectivamente y siempre queda la posible utilización para la televisión de los canales 14 al 20 y 70 al 80, que agregarían entre 68 y 102 canales adicionales<sup>53</sup>.

Todo esto sin contar con las señales de radiodifusión directa por satélite, capaces de multiplicar varias veces el número de canales terrestres disponibles y, desde ya, sin siquiera sugerir la posibilidad, no muy lejana según algunos, de instrumentación de un carrier físico universal de fibra óptica para servicios integrados de comunicaciones, que

---

<sup>51</sup> En este punto es interesante mencionar que la Corte Suprema de los Estados Unidos (USSC) estableció que si bien no gozan de la misma protección en comparación a los medios de prensa escritos, los medios de radiodifusión se encuentran amparados por la Primera Enmienda de la Constitución en lo que hace a la libertad de expresión. La jurisprudencia de la USSC en la materia establece que el gobierno federal puede regular la actividad siempre y cuando dicha regulación no tenga como fin la supresión de opiniones e ideas (ver *National Broadcasting Co. v. United States*, 319 U.S. 190, 63 S.Ct. 997, 87 L.Ed. 1344 (1943) y *Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communication Commission*, 395 U.S. 367, 89 S.Ct. 1794, 23 L.Ed.2d 371 (1969)). Asimismo, en *Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee* (412 U.S. 94, 93 S.Ct. 2080, 36 L.Ed.2d 772 (1973)), la USSC estableció que los titulares de medios de radiodifusión pueden decidir a quién venderle espacio de publicidad, ya que no existe un derecho individual de acceso mediante el cual los licenciatarios estén obligados a vender espacio de aire a quien así lo requiera.

<sup>52</sup> Por canal adyacente se debe entender la frecuencia radioeléctrica linderas a la que se utiliza para transmitir ondas radioeléctricas.

<sup>53</sup> Los canales 14 al 20 y 70 al 80 están asignados en la actualidad a otros servicios de telecomunicación.

permita el agregado de un número de canales sólo limitado por la voluntad del constructor del sistema en cuestión.

Una vez rebatido el argumento de la escasez de frecuencias, no existe razón técnica alguna para calificar como servicio público a la radiodifusión. Sin embargo, aún existen otros argumentos para demostrar lo equivocado de tal noción.

Según Mairal<sup>54</sup> la característica fundamental para que una actividad sea considerada como servicio público es la obligatoriedad del suministro. Esto supone que el prestador no pueda privar a nadie de la prestación. Dadas las características de la radiodifusión, es imposible excluir a un consumidor, ya que basta con que el potencial oyente y/o espectador adquiera un aparato receptor para poder sintonizar la señal radioeléctrica. En este punto es bueno tener presente que la radiodifusión es un servicio particular cuya característica esencial es la libre recepción de emisiones radioeléctricas destinadas al público en general. Por lo tanto, dado que ningún oyente y/o espectador puede ser privado de la señal, no concurre el requisito de la obligatoriedad en la actividad radiodifusora.

Otra característica, no esencial pero sí común, de los servicios públicos es el régimen tarifario. Linares sostiene que “*la exigencia de un régimen tarifario es un buen indicio de que cierta actividad es un servicio público*”<sup>55</sup>. Siguiendo con su exposición, Linares sostiene que “*si el servicio es gratuito, en el sentido de que por él no se paga una retribución directa y específica del usuario, se tiene que financiar el costo con impuestos generales...*”<sup>56</sup>. Como puede verse, la existencia de una tarifa o tasa es común a todo servicio público. Por lo tanto, otro indicio certero de que la radiodifusión no configura un servicio público es la gratuidad. El consumidor no tiene que pagar tarifa o tasa alguna para poder acceder a la televisión de aire o para escuchar su radio, ya que la actividad se mantiene con recursos ajenos al usuario<sup>57</sup>.

Finalmente, varios autores sostienen que una actividad, para ser propiamente servicio público en sentido técnico jurídico, requiere una declaración legislativa que así lo establezca; la denominada publicación o *publicatio*<sup>58</sup>.

### 3) *El test constitucional*

Otro argumento para demostrar la inconstitucionalidad de la regulación estatal sobre la radiodifusión y, porqué no, sobre el resto de los servicios de comunicación audiovisual es que éstos cumplen un papel similar al de la prensa escrita en cuanto sirven como

---

<sup>54</sup> Mairal, Héctor A., *La ideología del servicio público*, Revista Argentina de Derecho Administrativo nro. 14, pp.429-435, Buenos Aires, 1993.

<sup>55</sup> Linares, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, pp. 514, Astrea 1986.

<sup>56</sup> Linares, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, pp. 514, Astrea 1986.

<sup>57</sup> Se podría sostener que en algunos países existe un impuesto al televisor. Tal es el caso del Reino Unido. Sin embargo, tal impuesto existe como resabio del original sistema monopólico de servicio público del Reino Unido. Ciertamente tales características no existen en la Argentina. Por otra parte, es bueno resaltar que el régimen monopólico en el Reino Unido ha cedido terreno a la actividad privada.

<sup>58</sup> En tal sentido ver: (i) Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, tomo II, página 291, 7ª edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002; y (ii) Vergara Blanco, Alejandro, *El nuevo servicio público abierto a la competencia: de la publicatio al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional*, en *Servicio Público y Policía* (Dir.: Juan C. Cassagne), página 50, 1ª edición, Universitas, Buenos Aires, 2006.

elementos para la propagación de ideas en pos de la libertad de expresión, si bien mediante plataformas distintas. Por lo tanto, deben reconocérseles los mismos derechos y garantías, y otorgárseles la misma protección constitucional que a aquélla, sin que se justifique un tratamiento discriminatorio.

Pretender que es imposible reconocer tanta libertad a los servicios de radiodifusión como a la prensa escrita, atendiendo a que el impacto de la radio y la televisión sobre la opinión pública es más intenso, equivaldría a sostener que no pueda gozar de la misma libertad de expresión un hombre elocuente como otro que se distingue por la torpeza de su lenguaje.

La regulación estatal a la que está sujeta la radiodifusión viola la libertad de prensa consagrada en el artículo 14 de la Constitución Nacional<sup>59</sup>. A su vez, el artículo 32 de la Constitución Nacional establece la libertad de imprenta<sup>60</sup>. Del juego de estos dos artículos surge la libertad de expresión. Si nos basamos en un criterio amplio de libertad, interpretamos funcionalmente la Constitución Nacional y tenemos en cuenta que el constituyente no conocía los medios de comunicación actuales, llegamos a la conclusión de que la libertad de prensa es extensible a la radiodifusión. Esta postura es avalada por el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, tratado de rango constitucional, que concibe en forma amplia la libertad de expresión y prohíbe la censura previa<sup>61</sup>.

Sobre el punto es interesante transcribir parcialmente el artículo 13, inciso 3 del Pacto de San José de Costa Rica<sup>62</sup>: “*No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares (...) de frecuencias radioeléctricas...*”. El texto es tan claro que nos exime de mayores comentarios.

Al consagrar el principio de libertad de imprenta, los constituyentes de 1853 consideraron necesario preservar el derecho del público a gozar de la información, aunque por entonces estaba limitada a la edición de libros y periódicos. Por lo tanto, el concepto de libertad de imprenta no debe restringirse a la prensa escrita, ya que su concepto abarca el derecho de gozar de la información en cualquiera de sus formas. Es indiscutible que hoy en día la radiodifusión es un medio de información y, por ende, se encuentra incluido dentro de las garantías constitucionales<sup>63</sup>.

Aplicar la noción de servicio público (o incluso la noción menos restrictiva de servicio de interés público) a la radiodifusión lleva a la peligrosa conclusión de que la información es una responsabilidad primaria y original del Estado, que puede o no ser delegada en los particulares. De esta manera la libertad de expresión se verá seriamente limitada, ya que se correría el peligro de escuchar sólo algunas posturas respecto de

---

<sup>59</sup> Artículo 14 CN: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: (...); de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa...”.

<sup>60</sup> Artículo 32 CN: “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta...”.

<sup>61</sup> El Pacto de San José de Costa Rica fue aprobado por la República Argentina mediante la ley 23.054 ratificada el 14 de agosto de 1984.

<sup>62</sup> Tratado de jerarquía constitucional conforme se desprende del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

<sup>63</sup> Ver: (i) Zarini, Helio Juan, *Constitución Argentina comentada y concordada*, p. 56, Astrea 1996, y (ii) Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, pp. 260-280, Astrea 2002.

ciertos temas. Como bien sostiene Zaffore<sup>64</sup>, “*la comunicación pasa de ser un instrumento pluralista de control del poder a un instrumento del poder estatal*”.

El objetivo del constituyente al establecer la libertad de prensa fue lograr el mayor pluralismo de ideas posible; considerar la radiodifusión como un servicio de interés público avanza en el camino contrario, al silenciar la mayoría de las voces para que prevalezca la estatal. Por lo tanto, la regulación estatal de los servicios de radiodifusión es inconstitucional desde que atenta contra el pleno ejercicio de garantías constitucionales.

#### *b) Argumentos adicionales a favor de la regulación estatal*

La escasez de frecuencias no fue el único argumento utilizado por los defensores de la nueva ley de Servicios de Comunicación Audiovisual y de la regulación de la radiodifusión. Al mencionado argumento se le pueden sumar, cuanto menos, tres más que serán desarrollados y rebatidos a continuación.

##### *1) La inviabilidad económica*

Este argumento es generalmente esgrimido por los titulares de licencias de radiodifusión y ha sido utilizado convenientemente por los gobiernos de turno para poder mantener el control sobre la actividad radiodifusora en la Argentina. Este argumento sostiene, básicamente, que abrir el juego y poner a disposición de todos los habitantes la totalidad de las frecuencias disponibles para operar radios y canales de televisión, sin imponer más requisitos que los técnicamente imprescindibles para no generar interferencias entre sí y la obligatoriedad de respetar normas de contenido en salvaguarda de los menores, generaría una situación de ineficiencia donde habría mayor cantidad de radio operadores que los que el mercado podría absorber.

No desconocemos que la implementación de propuestas como las planteadas en el presente trabajo no garantizarán la supervivencia de todas las radios y canales de televisión privados técnicamente viables. Del mismo modo que ocurre con los medios de comunicación escritos, sólo subsistirá la cantidad que se corresponda básicamente con el real volumen del mercado publicitario que, por otro lado, es el único sistema de financiamiento probado hasta el momento que garantiza las mejores condiciones para la preservación de la independencia de los medios.

Al desaparecer las barreras tecnológicas que en algún momento pudieron tornar escasas las frecuencias del espectro radioeléctrico, no se entiende por qué el Estado Nacional continúa regulando fuertemente la asignación de frecuencias. Sostener que la razón para restringir el acceso a ellas y prohibir la libre competencia es que el mercado no es lo suficientemente grande para asegurar el éxito comercial de todos los licenciatarios resulta inadmisibles en una economía de mercado.

Si se desregulase el acceso a los medios privados de radiodifusión, asimilándolos a la prensa escrita, se generarían economías de escala en un marco de genuina competencia, permitiendo el ingreso permanente de nuevos operadores y alentando la inversión en

---

<sup>64</sup> Obra citada, p. 82.

nuevas tecnologías y en producción de contenidos capaces de competir en el mercado local e internacional.

## *2) La masividad de los medios radioeléctricos*

Descartados como argumentos plausibles los de la escasez de frecuencias y de la inviabilidad económica corresponde considerar el argumento que afirma que los medios de radiodifusión no pueden ser igualados a la prensa escrita dada su masividad. Este argumento sostiene que debido al alcance masivo de la radio y la televisión deviene necesaria su estricta regulación.

El alcance masivo de los medios de radiodifusión es una realidad innegable. Sin embargo, dicha realidad ha sido utilizada por los defensores de una regulación amplia sobre la radiodifusión para permitir que el estado se arroge mayores atribuciones que las necesarias. La masividad de los medios de radiodifusión sólo habilitaría a regular un único aspecto que, justamente, es aquél que ha sido descuidado durante décadas por los organismos de control: la protección de la minoridad. Quienes pretenden extender la regulación sobre la actividad radiodifusora más allá del horario de protección al menor deberán buscar un argumento diferente.

Si bien no es el objeto de este trabajo, vale la pena remarcar que en lo que hace a la protección al menor, existe una ventaja substancial respecto de otros temas abordados en el presente trabajo; nadie cuestiona la necesidad de asegurar, de la mejor manera posible, tal protección. Es elocuente, en este sentido, el hecho de que ninguna de las leyes de radiodifusión y, más aún, ninguno de los proyectos de ley de radiodifusión ensayados hasta el presente por la totalidad del arco ideológico –desde las entidades gremiales empresarias de medios privados hasta las propuestas más estatizantes–, ha planteado siquiera la necesidad de eliminar un horario durante el cual los contenidos no afecten nocivamente a la audiencia infantil.

En este sentido, hay un legítimo interés social en proteger al menor; hay un legítimo interés de los medios en defender su derecho a la libertad de expresión y debería haber un legítimo interés del estado en regular la tutela de ambos intereses. El uso del condicional, al hablar del interés estatal, denota la falta de credibilidad que despierta el accionar que en la materia el estado ha desarrollado hasta hoy, a través de la legislación y los organismos de contralor bajo su dependencia.

En efecto, hasta el momento, lejos de cumplir con la misión de regular armónica y eficazmente en esta materia, el estado no ha hecho más que marginarse del control de los medios estatales y tarifar la contravención a los privados, en un apartamiento escandaloso de su obligación de procurar la educación y velar por la protección a la niñez. Lo que es peor, ni siquiera ha sido honesto en la finalidad de dicha tarifación; pues, a poco de analizar los resultados de la aplicación de las multas a los licenciarios, resulta evidente que, lejos de perseguir el ya ilegítimo fin de recaudar dinero a cambio de permitir la difusión de contenidos no aptos para menores en el supuesto horario que los protege, lo que ha hecho es buscar de modo contumaz una espuria herramienta de extorsión, para intentar reducir el imprescindible ámbito de independencia de los medios.

Si bien un análisis más profundo sobre la materia excedería el objeto del presente, consideramos pertinente mencionar las necesidades sobre las que el nuevo régimen para el horario de protección al menor debería de estar basado. A saber: (i) atender el imperativo de preservar a los menores, en el horario de mayor exposición, de contenidos que puedan afectarlos nocivamente o atenten contra el esfuerzo comunitario realizado en su favor a través de la educación pública; (ii) respetar celosamente la garantía constitucional de libre expresión, para los medios de radio y televisión; (iii) terminar con las políticas que desnaturalizaron los fines del régimen de protección al menor, convirtiéndolo en una mera herramienta de recaudación, cuando no de extorsión a los medios independientes; (iv) establecer claras figuras para los contenidos incluidos en el régimen y sanciones que no estén sujetas en su aplicación a la discreción del organismo de contralor, conformando un contexto transparente que permita a los licenciarios conocer con exactitud lo que pueden o no difundir en cada horario, asegurándoles además que no habrá posibilidad de aplicación de sanciones u otorgamiento de “gracias” selectivas; y (v) garantizar a los ciudadanos que se sientan agraviados por la trasgresión al régimen que se establezca, mecanismos eficaces de reparación ante la justicia.

### *3) La política antimonopólica*

Por último vamos a tratar un argumento muy en boga en el país, sobre todo por haber sido uno de los caballitos de batalla mediáticos con que el Poder Ejecutivo defendió la nueva Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. Este argumento básicamente sostiene que la regulación de la actividad es la única manera de asegurar la diversidad de titulares de las licencias de radiodifusión. Puesto de otro modo, la ausencia de una regulación eficiente facilitará la creación de monopolios, concentrándose una gran cantidad de medios de comunicación masivos en unas pocas manos.

Según sus defensores, la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual permite el acceso al mercado de nuevos radio operadores como, por ejemplo, organizaciones no gubernamentales, municipios y pueblos originarios. De hecho, reserva más del 50% del espectro radioeléctrico para estos nuevos jugadores creando, ahora sí, una potencial situación de escasez de frecuencias privadas de radiodifusión.

Quiérase o no, la concentración informativa estará ligada a los niveles de oferta de canales que brinden las nuevas tecnologías de comunicación y en permanente tensión con la necesidad de economías de escala que garanticen la independencia económica de las empresas.

Es necesario analizar los monopolios privados como los estatales con igual rigor. Ahora bien, cuando de monopolios informativos se trata existe un agravante, ya que en un marco de institucionalidad republicana un monopolio público conlleva una mayor carga negativa que uno privado, principalmente porque la función que las democracias modernas reservan a los medios de comunicación es la de controlar al Estado; función que difícilmente pueda cumplir quien debe ser controlado.

A partir de reconocer la necesidad de impedir los monopolios informativos, sean éstos privados o estatales, hay suficientes años de experiencia internacional en la materia como para justificar un sistema abierto y participativo en ambos sectores. La necesidad de evitar los monopolios informativos privados no puede llevar a la creación de un

monopolio informativo público como sugeriría la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual.

Una de las prioridades del estado debería ser, justamente, evitar la creación de medios controlados o dirigidos por el gobierno de turno. Esto no quiere decir que el Estado deba desentenderse del asunto sino, por el contrario, debe fomentar la creación de un sistema de medios públicos federal y autónomo, capaz de balancear las posibles deficiencias de los medios privados en áreas tales como la información, la educación, la cultura y el entretenimiento.

Los recursos disponibles para el sector privado y los asignados por el presupuesto estatal para el sector público generan otra tensión entre concentración y capacidad de producción. No hay ejemplos internacionales de países relevantes en la producción de contenidos audiovisuales que hayan conseguido altos estándares de calidad en sus contenidos a partir de la multiplicidad extrema de operadores de servicios audiovisuales, sean éstos privados o estatales.

De hecho, a poco que se analicen casos bien conocidos como los de algunas productoras privadas latinoamericanas cuyos contenidos tienen amplia difusión en nuestro ámbito y el mundo (como Globo en Brasil o Venevisión en Venezuela), o exitosas productoras públicas (como la RAI y la BBC), caeremos en la cuenta que todos ellos surgieron a partir del reconocimiento de la necesidad de conformar economías de escala capaces de enfrentar el enorme desafío económico y técnico que implica la producción de contenidos audiovisuales que pueden suscitar el interés nacional e internacional.

Las soluciones para el sector pasan por la apertura a una competencia genuina que permita a quienes obtengan el favor del público afrontar aquellos altos costos de la producción de contenidos audiovisuales. Mientras que en el sector público deberá buscarse la construcción de un sistema eficiente, dimensionado de acuerdo a las posibilidades reales del presupuesto público.

No estamos diciendo que el sistema establecido por la derogada Ley de Radiodifusión no debía ser modificado ni tampoco estamos defendiendo la creación de monopolios de información privados. Lo que intentamos demostrar es que la solución propuesta por la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual no impide la creación de monopolios, sino que simplemente reemplaza los privados por otro estatal, con los riesgos que eso trae aparejados.

Es más, alejado de la realidad de los hechos, el nuevo régimen legal busca regular fuertemente al sector privado, desalentando inversiones a largo plazo y haciendo uso, paradójicamente, de las mismas instituciones regulatorias utilizadas por la denostada ley 22.285. Adicionalmente, y no satisfecho con la creación de un sistema de medios privados altamente segmentado, la nueva normativa distorsiona las reglas de mercado al poner al sistema privado en competencia comercial con el estatal, con el detalle que mientras grava fuertemente al primero, otorga al último la posibilidad de ingresos, subsidios y esquemas de operación que están vedados para el sector privado.

Como consecuencia de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, la radiodifusión privada se transformará en un conjunto de pequeños medios sin capacidad económica alguna para llevar adelante los declamados objetivos de desarrollo

tecnológico y de producción de contenidos nacionales. A la vez, esa debilidad estructural, sumada a las innumerables vías de control y discrecionalidad administrativa que se reserva la autoridad de aplicación, los pondrá en una situación de precaria o nula independencia.

Los efectos de una normativa que prevé la creación de por lo menos dos canales de televisión, dos radios AM y tres FM, dependientes de los gobiernos nacional, provincial y municipal en cada localidad del territorio nacional, a las que podrán sumarse un tercer canal de televisión, una tercera radio AM y una cuarta FM, si en la localidad estuviera asentada una universidad nacional y aún un quinto canal de televisión, una cuarta radio AM y una quinta radio FM si allí se asentara un pueblo originario, todos habilitados para competir en el mercado publicitario local a pesar de estar sostenidos o subsidiados por presupuestos estatales, serán deletéreos no sólo para los medios de radiodifusión privados, sino para los diarios y revistas que deban conseguir su sustento en esos mercados.

Los medios estatales que se crearán a partir de la ley 26.552 estarán condenados a sobrellevar el mismo destino que las diferentes variantes del canal 7 y de las radios estatales o de los canales 2, 9, 11 y 13 de Buenos Aires mientras estuvieron bajo la administración del Estado. O sea, serán tan funcionales al gobierno de turno como incapaces de generar una producción audiovisual susceptible de cumplir con los objetivos de la nueva ley.

La historia de los medios gestionados por el Estado permite sostener que la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual cae en fórmulas obsoletas que, ni siquiera a sus propios autores les han permitido alcanzar alguno de los objetivos declamados durante los últimos años de su gestión al frente de Canal 7; ni independencia informativa, ni actualización técnica, ni desarrollo de producción de contenidos audiovisuales.

### *c) Análisis económico del sistema de adjudicación de licencias*

Esta sección analiza el actual sistema de otorgamiento de licencias de radiodifusión mediante la utilización de conceptos comunes a la ciencia económica.

Algunas de las herramientas a utilizar resultarán desconocidas para quienes no hayan oído hablar del análisis económico del derecho.<sup>65</sup> Es por ello que el lector encontrará una breve explicación, con ejemplos, respecto de la utilización de los elementos y/o teorías económicas desarrollados en esta sección.

#### *1) La escasez de frecuencias*

Como se explicó, el principal argumento de los defensores de la regulación específica de la radiodifusión es y siempre ha sido, la escasez de las frecuencias radioeléctricas. Gracias a los adelantos tecnológicos, la mentada escasez no es tal<sup>66</sup>; sin embargo, los redactores de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual enarbolaron, entre

---

<sup>65</sup> El análisis económico del derecho, mejor conocido como Derecho & Economía (*Law & Economics* en inglés), es una rama de la ciencia jurídica que utiliza métodos y herramientas económicas a fin de predecir los efectos y eficiencia de las leyes.

<sup>66</sup> En todo caso, la Ley de Servicios de Comunicación, con las limitaciones impuestas al espectro radioeléctrico es quien ha venido a imponer una escasez artificial de frecuencias.

otros, este argumento como justificación de la regulación específica para la asignación de frecuencias radioeléctricas.

Consideramos pertinente referirnos y analizar la racionalidad de dicho argumento desde una óptica de eficiencia económica para demostrar que, incluso si por hipótesis la carencia de frecuencias fuese una realidad, la solución propuesta dista de ser la ideal.

Los defensores de la regulación entienden que ésta es necesaria porque las frecuencias de radio y televisión son limitadas en número. Casi todos los recursos son limitados en número y escasos en el sentido que la gente querría usar más de los existentes. Según Robbins, la economía es “*la ciencia que estudia el comportamiento humano como una relación entre medios y fines escasos con usos alternativos.*”<sup>67</sup>

La tierra, la fuerza de trabajo y el capital son bienes escasos. Algún mecanismo para decidir quién tiene derecho al uso de los bienes escasos es necesario; este trabajo no sostiene lo contrario. Lo que sí sostiene es que no puede utilizarse el argumento de la escasez de un bien como excusa para regular fuertemente las actividades ligadas al bien en cuestión.

Si se tomara como ejemplo el caso de la tierra, el método utilizado para su distribución en nada se asemeja al adoptado por la Ley Nacional de Radiodifusión primero y por la nueva Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual en lo que respecta a la asignación de licencias.

Utilizando una analogía expuesta por Coase<sup>68</sup> el sistema actual de otorgamiento de licencias de radiodifusión es similar a una situación en la cual un Comité Federal de Tierra (COMFET) tuviese el control de toda la tierra disponible en la República Argentina y el poder para disponer de ella a favor de quienes la requieran sin el pago de contraprestación alguna. Ante esta situación la demanda de tierras en muchas zonas del país más que duplicaría su oferta. Sin embargo, nada de esto ocurre ya que el sistema utilizado para la distribución de la tierra es el de libre mercado.

Si tanto la tierra como las frecuencias de radiodifusión son similares en cuanto ambas son recursos escasos, comienza a perder sentido, desde este punto de vista, el distinto tratamiento que la legislación vigente hace de una y otra. La escasez no puede ser la única razón para sustraer las licencias de radiodifusión de la órbita del libre mercado.

## 2) *La interferencia, consecuencia de la escasez*

A esta altura el lector seguramente se estará preguntando si la escasez de frecuencias, por sí sola, es la razón de la regulación de la actividad radiodifusora. La respuesta es negativa. La razón de la intervención oficial no se debe exclusivamente a la escasez, sino también a la interferencia que podría generarse entre distintas señales radioeléctricas. En tal sentido, el objetivo de la regulación específica, siempre según sus defensores, sería el de minimizar la interferencia. Atento a que este argumento va de la mano con el de la escasez de frecuencias, la abundancia de éstas hace que las

---

<sup>67</sup> Robbins, Lionel, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, Macmillan and Co., Limited 1945.

<sup>68</sup> Ronald H. Coase, *Evaluation of Public Policy Relating to Radio and Television Broadcasting: Social and Economic Issues*, Land Economics, Vol. 41, No. 2 (May, 1965), p.163.

situaciones de interferencia en la práctica tiendan a desaparecer. Como se vio anteriormente, los adelantos tecnológicos hacen caer ambos argumentos, permitiendo lo que años atrás era imposible; mayor cantidad de frecuencias y situaciones de interferencia cada vez menos probables.

En primer término se debe analizar cuál es el grado óptimo de interferencia. Bien podría ser el caso que los costos para eliminar completamente la interferencia fueran tales que la existencia de alguna interferencia podría ser eficiente. Como bien explica Coase<sup>69</sup> *“No hay razón alguna para suponer que la situación óptima es aquella donde no hay interferencia. Por lo general, a medida que la distancia de una estación de radio aumenta, se torna más y más difícil recibir su señal. En algún punto, la gente decidirá que incurrir en costos adicionales para recibir la señal no se justifica. Una estación local, operando en la misma frecuencia, podría ser fácilmente captada por esta gente. Pero si esta estación local fuese operada simultáneamente con la primera estación, ciertas personas, habitantes de alguna región intermedia entre ambas estaciones, podrían verse imposibilitadas de recibir las señales [sin interferencia]. Estas personas estarían mejor si alguna de las estaciones dejase de operar y cesase la interferencia; pero entonces aquellos habitantes del barrio de dicha estación sufrirían. No es claro que la solución donde no hay interferencia es necesariamente preferible.”*

Lo que tratamos de demostrar es que, en ciertas circunstancias, algún grado de interferencia es conveniente a la ausencia total de interferencia. Los beneficios de tener alguna interferencia son mayores a los costos en que habría que incurrir para no tener interferencia. Esta situación es análoga a la situación de la contaminación. Nadie podría sostener que el grado eficiente de contaminación ambiental tiene que ser igual a cero. Quien sostenga tal premisa deberá estar dispuesto a frenar el desarrollo de la humanidad y volver a la Edad de Bronce, sin contar los elevados costos a incurrir para eliminar toda clase de contaminación. En cambio, lo que se busca es un punto eficiente de contaminación ambiental; un punto tal que permita mantener el ritmo de vida de la humanidad sin infligir mayores daños al medio ambiente. Con la interferencia ocurre lo mismo. El punto eficiente es aquél donde las frecuencias de radiodifusión lleguen a la mayor cantidad de receptores posibles minimizando, a su vez, los efectos nocivos de la interferencia.

La interferencia puede ilustrarse y analizarse utilizando un elemento de la Teoría de los Juegos llamado el Dilema del Prisionero. El Dilema del Prisionero es un juego de suma no-cero en el cual cada jugador puede cooperar o no con el otro. La única preocupación de cada jugador es la de maximizar sus beneficios sin preocuparse por lo que le ocurra al otro. La elección racional de cada jugador es no cooperar a pesar de que si ambos cooperasen la recompensa sería mayor. O sea, cada jugador elegirá no cooperar a pesar de que mediante la cooperación maximizaría su beneficio; he ahí el dilema o paradoja.

En la concepción clásica del Dilema del Prisionero la estrategia de cooperación está dominada por la de no cooperación lo que da como resultado que el único posible equilibrio del juego es que ambos jugadores elijan no cooperar.

La formulación original del Dilema del Prisionero es la siguiente: dos sospechosos, A y B, fueron arrestados por la policía y colocados en cuartos separados sin ninguna clase

---

<sup>69</sup> Coase, Ronald H, *The Federal Communications Commission*, Journal of Law and Economics, Vol. 2. (Oct., 1959), pp. 27-28.

de comunicación posible entre ellos. La policía no tiene evidencia suficiente para condenar a ninguno. Dada esta situación se ofrece a cada uno de los prisioneros lo siguiente: si uno de ellos declara contra el otro y éste permanece en silencio, el traidor es liberado y el que no habló, será condenado a 10 años de prisión. Si ambos permanecen callados, los dos serán condenados a sólo 6 meses de prisión por cargos menores. Si cada uno de ellos declara contra el otro cada prisionero recibirá una condena de 5 años de prisión. Cada uno de los prisioneros debe elegir entre traicionar al otro o permanecer callado. Sin embargo, ninguno de los prisioneros sabe con certeza qué elegirá hacer el otro. La pregunta es simple; ¿cómo deberían actuar los prisioneros?

En esta situación el resultado es independiente de la decisión que tome el otro prisionero. Aquí, si uno supiese que el otro prisionero se va a mantener callado, la mejor estrategia es traicionarlo para obtener la libertad en lugar de recibir 6 meses de prisión. Si, por el contrario, un prisionero sabe que el otro lo traicionará, la mejor estrategia sigue siendo la traición para recibir una pena de sólo 5 años de prisión. Traicionar es la estrategia dominante y ambos prisioneros la elegirán a pesar de que los beneficios serán menores a los de mantenerse callado. El esquema clásico puede verse a continuación en la Figura 1.

*Figura 1*

	Prisionero B se queda callado	Prisionero B traiciona
Prisionero A se queda callado	Cada prisionero recibe 6 meses de prisión.	El Prisionero A recibe 10 años de prisión. El Prisionero B es liberado.
Prisionero A traiciona	El Prisionero B recibe 10 años de prisión. El Prisionero A es liberado.	Cada prisionero recibe 5 años de prisión.

Como dijimos, el Dilema del Prisionero puede utilizarse para ejemplificar la situación actual en materia de interferencia radioeléctrica. Para ilustrar la situación pensemos en dos estaciones de radio o televisión que operan en dos áreas colindantes. Dada su proximidad habrá un área en la cual ambas transmisiones se superpondrán dando lugar a interferencia. Si las dos estaciones cooperan podrían minimizar la interferencia. Supongamos que en caso de cooperación la interferencia afectaría un área total de 4 kilómetros cuadrados repartida en parte iguales. Si una estación decide cooperar pero la otra no, la primera vería reducido su espacio radioeléctrico por la mayor potencia de transmisión de la segunda. Si ninguna coopera, el área afectada por la interferencia sería mayor y ambas estaciones verían reducido su espacio radioeléctrico. La situación ilustrada puede verse a continuación en la Figura 2.

Figura 2

	Estación B coopera	Estación B no coopera
Estación A coopera	4 km / 4 km	0 km / 8 km
Estación A no coopera	8 km / 0 km	2 km / 2 km

El actual marco normativo establece un sistema rígido que no reconoce la posibilidad de interacción entre licenciarios para repartirse las áreas de influencia. Con la excusa de evitar la interferencia y haciendo caso omiso a los adelantos tecnológicos, sólo se licencian algunas frecuencias radioeléctricas sobre el total universo posible. Es cierto que resulta necesario buscar un método a fin de limitar la interferencia, pero no queda claro que el mejor o único método sea la regulación estatal. El Dilema del Prisionero permite vislumbrar una solución alternativa en la cual el rol del estado se limitaría al otorgamiento de la licencia, para luego permitir que los licenciarios interactúen, negociando para arribar a soluciones eficientes en pos de eliminar o disminuir la interferencia.

### 3) La regulación como respuesta a la tragedia de los comunes

Muchos defensores de la regulación sobre la actividad radiodifusora podrían argumentar que aquella es necesaria para resolver el problema de sobreexplotación de los recursos existentes. En otras palabras sería la única manera de solucionar “una tragedia de los comunes”.

Esta expresión fue utilizada por primera vez por Garrett Hardin<sup>70</sup> quien utilizó el ejemplo de una pradera de uso común donde los pastores llevan sus rebaños a pastar. Como la pradera es de uso común ninguno debe pagar para que sus ovejas pasten allí. Cada pastor busca maximizar su ganancia y por ende en algún momento se preguntará por qué no aumentar su rebaño. Según Hardin la utilidad del pastor tendrá un elemento positivo y otro negativo.

El elemento positivo serán los beneficios que recibirá el pastor por haber agregado un nuevo animal al rebaño mientras que el componente negativo estará dado por el mayor número de animales pastando. Sin embargo, como el pastor es el único beneficiario de las utilidades y sólo debe soportar una pequeña porción del elemento negativo, la decisión racional será la de agregar ovejas a su propio rebaño.

Todos y cada uno de quienes comparten el recurso común tomarán la misma decisión, lo que significará la sobreexplotación de la pradera y la ruina de los pastores. La tragedia, según Hardin, es que cada hombre está encerrado en un sistema que lo impulsa a incrementar su rebaño ilimitadamente en un mundo limitado.

¿Cuál es la solución?, se pregunta Hardin para concluir que “[tenemos] varias opciones. Podríamos venderlos [a los recursos comunes] como propiedad privada. Podríamos mantenerlos como propiedad pública, pero acotando los derechos de visita. Esto podría hacerse sobre la base de la riqueza de cada interesado, a través de un sistema de

<sup>70</sup> Hardin, Garrett, *The Tragedy of the Commons*, Science, Vol. 162, No. 3859, p. 1243.

*adjudicación. También podría hacerse sobre la base de sus respectivos méritos, definidos por parámetros preestablecidos. O podría ser por sorteo. O bien podría ser que los primeros en llegar fueren los que ingresaran. Estas, creo, son todas alternativas razonables. Son todas objetables. Pero debemos escoger -o resignarnos a la destrucción de los recursos comunes...”.*

La similitud con el tema en cuestión es evidente. El éter sería la pastura, el recurso común, y quienes transmiten ondas radioeléctricas los pastores. Sin regulación específica la radiodifusión se convertiría en un caos, donde habría mayor cantidad de emisores que la soportada por el número de frecuencias. Un argumento fuerte e incluso apoyado por la realidad empírica en los Estados Unidos.<sup>71</sup> Sin embargo, la regulación parecería ser una solución posible pero no la única para resolver la tragedia de los comunes aplicada a la radiodifusión. Es más, si se toma como ejemplo la situación imperante en áreas densamente pobladas de la República Argentina donde la interferencia en las transmisiones de radio de frecuencia modulada es moneda corriente, veremos que la regulación específica no ha podido solucionar la sobreexplotación del espacio radioeléctrico.

#### *4) La regulación y la tragedia de los anticomunes*

En 1998 en un artículo publicado en el Harvard Law Review,<sup>72</sup> Heller describe la situación en muchas ciudades de Europa del este luego de la caída del comunismo: los mejores inmuebles que habían albergado a las grandes tiendas durante la era soviética estaban vacantes mientras que, a sólo metros de éstas, en las veredas, abundaban vendedores ambulantes que comerciaban frenéticamente; ¿a qué se debía esta situación?

Los edificios vacantes era espaciosos, de gran valor comercial y habían sido privatizados con la caída del régimen, pero estaban siendo subexplotados debido a que los respectivos derechos de propiedad estaban divididos y dispersos. Un comité de propiedad y varios gobiernos locales podían poseer en conjunto el derecho a vender cada inmueble, mientras que otras entidades compartían el derecho a cobrar el alquiler. Incluso otros actores podían llegar a tener derecho a ocuparlo o utilizar el espacio debajo del mismo. Quien quisiese poder utilizar los inmuebles vacantes debería primero avocarse a la difícil tarea de armar semejante rompecabezas con el condimento de que cada copropietario tenía derecho de veto sobre cualquier transacción acordada por los restantes.

Por el contrario, para poder tener un kiosco en la calle bastaba obtener una autorización de la mafia local que, rápidamente, establecía algún grado de propiedad efectiva. Era mucho más fácil saber con quién tratar y cuánto iba a costar la obtención del permiso.

Heller denominó este fenómeno como la tragedia de los anticomunes contraponiéndolo a la tragedia de los comunes, donde nos enfrentamos a una sobreexplotación de los

---

<sup>71</sup> El período comprendido entre julio de 1926 y febrero de 1927 (cuando el Radio Act de 1927 entró en vigencia) se conoce como el período del quiebre de la ley atento a que la actividad radiodifusora en los Estados Unidos estuvo a la deriva como consecuencia de la decisión en *United States v. Zenith Radio Corp.*, 12 F. 2d 614 (N.D. III. 1926). Más al respecto será desarrollado en la sección *iv* del presente trabajo.

<sup>72</sup> Heller, Michael A., *The Tragedy of the Anticommons: Property in the transition from Marx to Markets*, 111 Harvard Law Review 621 (1998).

recursos comunes como consecuencia de la existencia de múltiples derechos a explotar un único bien, eliminando los incentivos para su conservación. En esta nueva tragedia, sin embargo, los bienes productivos son subexplotados debido al exceso de derechos de veto.

El marco actual de la radiodifusión en la Argentina es un campo fértil donde abundan situaciones análogas a la tragedia de los anticomunes. Si se piensa en la explicación técnica expuesta en las páginas anteriores la situación resulta evidente. Contando el canal 2 de la ciudad de La Plata existen en el Gran Buenos Aires cinco señales de televisión abierta cuando, gracias a la tecnología actual, se podrían explotar, sin mayores inconvenientes, hasta treinta señales. El mismo contexto se repite en otras ciudades del país donde, raramente, coexisten más de dos señales de televisión abierta. La situación de las transmisiones de radio es, en muchos casos, análoga a la de la televisión.

Las frecuencias subexplotadas equivalen a los inmuebles vacantes. El rol de los vendedores callejeros le cabría, en este ejemplo, a las transmisiones radioeléctricas clandestinas o, por qué no, a las señales de televisión por suscripción<sup>73</sup>. Basta ver la oferta de canales ofrecidos por las plataformas de televisión por cable o satelital para darse cuenta que los “vendedores callejeros” de televisión por suscripción abundan ante el pequeño número de los ofrecidos abiertamente.

Las razones de esta disparidad no son unívocas. El hecho que el Estado no acepte licenciar más frecuencias ayuda al mantenimiento de esta situación. Sin embargo, tampoco hay que olvidar los intereses políticos que, en la Argentina, siempre han rodeado a las cuestiones relacionadas con la radiodifusión. Para obtener una licencia abierta de televisión el requirente no sólo debe probar su idoneidad y solvencia económica, entre otros requisitos, sino que también debe aprobar un examen subjetivo por parte del gobierno de turno.

Por último, sería necio negar que existen más señales de televisión por suscripción que señales abiertas,<sup>74</sup> porque la producción de las primeras es sensiblemente más barata que la de las últimas. En aquéllas se utiliza mucho contenido enlatado, existe repetición de la programación, poca inmediatez con el público<sup>75</sup> e independencia absoluta de la operación de los distintos sistemas de distribución<sup>76</sup>. Como contraposición las señales abiertas tienen mucha programación “en vivo” y no pueden darse el lujo de la repetición, a lo que hay que sumar los costos inescindibles de la operación de un canal de aire.

La regulación específica de la actividad radiodifusora puede haber solucionado la tragedia de los comunes en cierta medida.<sup>77</sup> Sin embargo, este régimen, imperante hace al menos 30 años, no ha logrado solucionar el problema de la subexplotación, situando a la radiodifusión ante un mercado ineficiente.

---

<sup>73</sup> Cinecanal, HBO, ESPN, Crónica, etc.

<sup>74</sup> En la Ciudad de Buenos Aires canales 2, 7, 9, 11, y 13.

<sup>75</sup> Salvo en los canales de noticias donde el “vivo” y la inmediatez resultan fundamentales.

<sup>76</sup> Por sistemas de distribución nos referimos a los distintos cables, plataformas satelitales, etc.

<sup>77</sup> Hemos visto que, al menos en el marco de las transmisiones de radio en frecuencia FM, aún hay situaciones asimilables a la tragedia de los comunes en muchas áreas del país.

#### iv. La Radiodifusión en los Estados Unidos de América

##### a) Breve resumen de la historia y actualidad de la regulación de la radiodifusión en los Estados Unidos de América

Las transmisiones radioeléctricas comenzaron en los Estados Unidos de América el 2 de noviembre de 1920<sup>78</sup> y se desarrollaron vertiginosamente. Transcurridos dos años de la primera transmisión ya existían en los Estados Unidos de América 576 estaciones de transmisión de radio.<sup>79</sup> Cada una de estas estaciones había recibido una licencia (a costo cero) por parte del Secretario de Comercio, Herbert Hoover, que contaba con tal facultad conforme se desprendía del Radio Act de 1912.<sup>80</sup> Sin embargo, Hoover se negó a seguir otorgando licencias alegando que un número sobreabundante de licencias tendría como único resultado la generación de interferencias.

En el año 1923, un fallo de la Corte Federal de Apelaciones de Washington D.C.<sup>81</sup> determinó que el Secretario de Comercio no contaba con facultades para negar una licencia, ya que el Congreso no le había provisto con estándar alguno a fin de seleccionar a los distintos solicitantes. Sin perjuicio de ello, el fallo permitía al secretario elegir el horario y ancho de banda en los cuales se podía transmitir, a fin de minimizar la interferencia. Durante los años siguientes, Hoover continuó racionando las licencias radioeléctricas mediante la selección de frecuencia, ubicación y ancho de banda asignadas e incluso, en algunos casos, rechazando solicitudes. Sin embargo, en abril de 1926 en *United States v. Zenith Radio Corp.*<sup>82</sup> el método utilizado por Hoover volvió a ser interpretado como carente de sustento legal negándole, además, discreción alguna para decidir sobre horarios y anchos de banda a ser asignados. Como consecuencia de ello, William Donovan, Procurador General, emitió un dictamen el 8 de julio de 1926 en el cual concluyó que el gobierno federal no tenía autoridad alguna para asignar derechos sobre el espectro radioeléctrico.

Como se mencionó más arriba, un período de caos comenzó a partir del 8 de julio de 1926. La función del Secretario de Comercio se limitaba a otorgar licencias de radio, pero una vez que eran otorgadas, cada licenciatario era libre para elegir la frecuencia, su ubicación física, el ancho de banda, sus horarios, etc. Para decirlo de otra forma, se generó una situación clásica de tragedia de los comunes. Ante el caos generalizado, el Congreso de los Estados Unidos de América buscó un sistema para establecer y asignar derechos sobre el espectro radioeléctrico y, mediante la promulgación del Federal Radio Act de 1927, creó la Federal Radio Commission que tendría la potestad de otorgar licencias de radiodifusión basada en el interés público.

Si bien la Federal Radio Act de 1927 fue luego derogada por la Communications Act de 1934 que, con las modificaciones incluidas por el Telecommunications Act en 1996, sigue en vigencia al día de hoy, la facultad de otorgar licencias sigue estando basada en el interés público. En tal sentido, el artículo 307 del Communications Act establece que

---

<sup>78</sup> La estación de radio KDKA en la ciudad de Pittsburg transmitió los resultados de las elecciones presidenciales de 1920 entre Warren G. Harding y James M. Cox. Si bien esta fue la primera transmisión comercial hay quienes sostienen que ya desde 1908 existieron transmisiones experimentales.

<sup>79</sup> Ver L. Jome, Hiram, *Economics of the Radio Industry*, A.W. Shaw Co. (1925), p. 70.

<sup>80</sup> El Radio Act de 1912 era anterior a la aparición de la radiodifusión y su sistema de licencias había sido diseñado para las comunicaciones a través del telégrafo.

<sup>81</sup> *Hoover v. Intercity Radio Co.*, 286 Fed. 1003 (App. D.C. 1923).

<sup>82</sup> *United States v. Zenith Radio Corp.*, 12 F. 2d 614 (N.D. III. 1926).

la Federal Communication Commission (FCC) deberá otorgar licencias de radiodifusión a quienes las soliciten si, mediante dicho otorgamiento, la conveniencia, interés o necesidad pública se vieren beneficiados<sup>83</sup>.

De forma similar a lo que ocurre en nuestro país, la FCC es el organismo responsable de otorgar las licencias de radiodifusión. Con el transcurso de los años, desde 1934, los mecanismos para otorgar las licencias fueron variando, pero el interés público siempre estuvo presente. En aquellos casos donde se presenta un solo solicitante para una frecuencia radioeléctrica nunca existieron problemas, ya que, siempre y cuando el solicitante cumpliera con los requerimientos administrativos la licencia le era otorgada. Sin embargo, allí donde más de un solicitante requería la misma frecuencia la FCC debía contar con un procedimiento para dirimir la cuestión. Así fue como surgieron las audiencias comparativas, donde la FCC analizaba las condiciones de cada uno de los solicitantes a la luz del estándar del interés público para luego otorgar la licencia a uno de ellos.

Con el propósito de buscar un método menos costoso para la asignación de licencias, en 1982 el Congreso de los Estados Unidos de América autorizó a la FCC a realizar sorteos allí donde se presentaba más de un solicitante para una misma frecuencia. Si bien este método fue utilizado entre 1982 y 1997, nunca se lo utilizó para asignar frecuencias de radiodifusión y quedó limitado a otra clase de frecuencias. La FCC argumentó que cualquier mejora potencial que el método de sorteos pudiese otorgar al sistema de otorgamiento de licencias de radiodifusión sería contrarrestado por una reducción en la calidad de las transmisiones y servicio al público<sup>84</sup>.

No fue sino hasta 1997, cuando el Congreso de los Estados Unidos de América, mediante el artículo 309(k) del Communications Act, autorizó la utilización de sistemas de subasta pública para la asignación de frecuencias de radiodifusión, que la FCC dejó de lado el sistema de audiencias comparativas. Con el nuevo sistema, una vez que los solicitantes han sido aprobados por la FCC para ser titulares de una licencia de radiodifusión, se practica una subasta pública donde quien presenta la mejor oferta económica obtiene la licencia de radiodifusión en cuestión. Si bien este método representó un gran avance, no modificó el requisito que las licencias fueran otorgadas sobre la base de la conveniencia, interés o necesidad pública, dejando en manos de la FCC una poderosa herramienta de discrecionalidad.

Las licencias son otorgadas por un plazo determinado, transcurrido el cual pueden ser renovadas. Los licenciarios no obtienen ningún derecho de propiedad sobre las licencias y deben sujetarse a las condiciones impuestas por la FCC. Asimismo, los licenciarios no tienen derecho a transferir la licencia. El artículo 310 (d) de la Communications Act limita cualquier clase de transferencia a la autorización de la FCC quien solamente la autoriza si redundará en beneficio del interés, conveniencia o necesidad pública<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> El texto original en Inglés del artículo 307 de la Communications Act es el siguiente: “The Commission, if public convenience, interest, or necessity will be served thereby, subject to the limitations of this Act, shall grant to any applicant therefor a station license provided for by this Act.”

<sup>84</sup> Ver Selection by Lottery for New AM, FM, and TV Stations, 5 FCC Rcd, 4002, §3 (1990).

<sup>85</sup> El texto original en inglés de la parte pertinente del artículo 310 (d) de la Communications Act es el siguiente: “No construction permit or station license, or any rights thereunder, shall be transferred, assigned, or disposed of in any manner, voluntarily or involuntarily, directly or indirectly, or by transfer of control of any corporation holding such permit or license, to any person except upon application to the

Sin perjuicio de ello, y conforme lo describen Benjamin, Lichtman, Shelanski y Weiser<sup>86</sup> existe una fuerte presunción a favor de la renovación de las licencias otorgadas siempre y cuando el licenciataria no hubiere cometido violaciones serias a la normativa aplicable. Incluso en tales casos la FCC tiene la potestad de imponer sanciones menores en reemplazo de la no renovación como, por ejemplo, renovación por un plazo menor al normal.<sup>87</sup> La presunción en favor de la renovación es tan fuerte que el artículo 309(k)(4) de la Communications Act prohíbe que a la hora de considerar la renovación la FCC compare al licenciataria que solicita la renovación con un hipotético segundo solicitante. En lo que respecta a la transferencia de las licencias, el tratamiento es similar al dado en caso de renovación. O sea, en los hechos, no existen restricciones significativas a la transferencia de licencias.

Más allá de que el artículo 301 de la Communications Act establece claramente que las licencias de radiodifusión no podrán ser interpretadas creando derechos más allá de las condiciones y períodos de las mismas, el hecho que los licenciataria cuenten con altísimas probabilidades de retener la licencia así como también de poder transferirla a terceros, acerca mucho la licencia a un derecho de propiedad. ¿Por qué, entonces, es que los Estados Unidos de América aún mantienen la regulación sobre la radiodifusión?

Si bien diferentes teóricos han propuesto sistemas alternativos para la asignación del espectro radioeléctrico<sup>88</sup>, sus propuestas rara vez fueron atendidas fuera de los claustros académicos y, mucho menos, puestas en práctica por el gobierno federal. Una posible explicación para ello es que desde el momento en que para evaluar si el otorgamiento, renovación o transferencia de una licencia redundaría en beneficio del interés, conveniencia o necesidad pública, la FCC irremediamente deberá actuar analizando los contenidos propuestos o los que hubieren sido emitidos por el solicitante, lo cual le otorga al gobierno federal una herramienta para influir, más allá de lo razonable,<sup>89</sup> sobre los contenidos emitidos.

#### *b) La televisión pública en los Estados Unidos de América.*

Los Estados Unidos cuentan con un sistema de televisión pública con presencia en todo su territorio denominado *Public Broadcasting Service* (PBS). La PBS fue creada en 1969 como una entidad pública sin fines de lucro, cuyos objetivos son proveer acceso universal a una programación de alta calidad a fin de educar, informar y entretener a la

---

Commission and upon finding by the Commission that the public interest, convenience, and necessity will be served thereby...”.

<sup>86</sup> Benjamin, Stuart Minor; Lichtman, Douglas Gary; Shelanski, Howard; Weiser, Philip J, *Telecommunications Law and Policy*, pp. 113-120, Carolina Academic Press (2006).

<sup>87</sup> Ver artículo 309(k)(2) de la Communications Act.

<sup>88</sup> Ver, entre otros: (i) Coase, Ronald H., *The Federal Communications Commission*, Journal of Law and Economics, Vol. 2 (Oct., 1959), pp. 1-40; (ii) Coase, Ronald H., *Evaluation of Public Policy Relating to Radio and Television Broadcasting: Social and Economic Issues*, Land Economics, Vol. 41, No. 2 (May, 1965), pp. 161-167; (iii) Noam, Eli, *Spectrum Auctions: Yesterday's Heresy, Today's Orthodoxy, Tomorrow's Anachronism. Taking the Next Step to Open Spectrum Access*, Journal of Law and Economics Vol. 41 (Oct. 1998), pp. 765-790; (iv) Hazlett, Thomas W., *Spectrum Flash Dance: Eli Noam's Proposal for "Open Access" to Radio Waves*, Journal of Law and Economics Vol. 41 (Oct. 1998), pp. 804-818.

<sup>89</sup> Cuando decimos más allá de lo razonable nos estamos refiriendo a que el Estado siempre debería intervenir en pos de la defensa de la minoridad, estableciendo pautas respecto de qué clase de contenidos pueden ser emitidos, por ejemplo, dentro del horario de protección al menor.

audiencia<sup>90</sup>. Específicamente hablando, dicha programación por lo general trata temas o tópicos que de otro modo pasarían inadvertidos en el mercado privado de la radiodifusión.

El *Public Broadcasting Act* de 1967 requiere una adhesión estricta a la objetividad y balance en toda la programación de naturaleza controversial que fuere emitida a través del PBS. Asimismo, el gobierno federal tiene prohibido interferir y/o controlar la programación emitida. La única injerencia del gobierno federal es el nombramiento de los 9 directores de la *Corporation of Public Broadcasting* que recae en cabeza del Presidente con el consentimiento del Senado. Todos los directores deben ser ciudadanos ordinarios, no pueden ser empleados del gobierno de los Estados Unidos y permanecerán en el directorio por 6 años.

Nos parece que el punto más importante referido a la PBS es su financiamiento. La PBS tiene dos grandes fuentes de financiamiento: (i) los aportes realizados por la *Corporation of Public Broadcasting*,<sup>91</sup> y (ii) los aportes del público en general<sup>92</sup>.

La PBS cuenta con estaciones locales afiliadas que transmiten programación producida por la PBS adquirida a cambio del pago de un precio; estos pagos representan otra forma de financiamiento para la PBS. Este punto presenta una de las mayores diferencias entre la PBS y las estaciones privadas de televisión en los Estados Unidos de América, ya que éstas en lugar de vender su programación a otras estaciones afiliadas, la entregan a cambio de minutos de publicidad que luego venden a sus propios anunciantes.

En este punto resulta fundamental remarcar que, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, en los Estados Unidos de América las estaciones públicas no compiten con las estaciones privadas por el mercado de la pauta publicitaria. Mientras que ésta es el principal sostén económico de las estaciones comerciales, las estaciones públicas no compiten en dicho mercado ya que va contra su propósito: balancear los contenidos y dar un lugar a aquella programación de interés público que por diferentes razones es dejada de lado por las cadenas comerciales.

## **v. Esquema propuesto y conclusión**

Dada la naturaleza de los medios de radiodifusión, al constituir una especie dentro del género de los medios de prensa y comunicación, el régimen aplicable debería ser el de actividad privada regulada por los códigos de fondo.

Dado el adelanto tecnológico, la existencia de una regulación específica sobre la radiodifusión ha quedado obsoleta y resulta ineficiente. Consecuentemente, lo ideal sería derogar el marco normativo actual y volver a dedicar a la radiodifusión un capítulo de la Ley de Telecomunicaciones, a fin de establecer, solamente, las pautas aplicables para la asignación de frecuencias. Dicha asignación debería estar basada en el principio

---

<sup>90</sup> Ver el *Public Broadcasting Act* de 1967 con sus modificaciones y las metas y objetivos de la Corporación de Radiodifusión Pública (*Corporation of Public Broadcasting*).

<sup>91</sup> Corresponde aclarar que la *Corporation of Public Broadcasting* recibe, a su vez, fondos del gobierno federal de los Estados Unidos.

<sup>92</sup> En el año 2005, según el reporte anual de la *Corporation of Public Broadcasting*, los aportes del público llegaron a los sesenta y cinco millones de dólares estadounidenses.

que cualquiera pueda requerir una autorización para explotar una frecuencia radioeléctrica y sólo aplicar algún mecanismo de selección ante un caso concreto de escasez de frecuencias.

Sería necesario, a efectos de cumplir con uno de los dos únicos cometidos que debería tener el estado regulador, elaborar un plan técnico cuya pauta de elaboración sea establecer la mayor cantidad posible de emisoras en cada localidad<sup>93</sup>. Dicho plan técnico deberá tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a los adelantos tecnológicos que, sin lugar a dudas, irán surgiendo con el correr el tiempo y permitir una mayor interacción entre los licenciarios y el estado.

Una vez concedidas, las frecuencias deberían subsistir en cabeza del licenciario mientras no se produzca alguna de las causales de caducidad, que también deberían estar contempladas taxativamente en el capítulo pertinente de la Ley de Telecomunicaciones<sup>94</sup>. Otro tema que debería analizarse es el de la libre transmisibilidad de las licencias de radiodifusión.

Sin perjuicio de lo antedicho, también será fundamental establecer un sistema público de medios de radiodifusión que realmente tienda a mejorar la oferta de contenidos con que cuenta el televidente o radioescucha. Siguiendo el ejemplo de la PBS, entendemos que dicho sistema público debería tener tres características esenciales.

En primer lugar contar con verdadera independencia del gobierno de turno en lo que haga a su funcionamiento.

En segundo lugar el sistema público de radiodifusión deberá funcionar como una balanza que venga a equilibrar la programación emitida por los medios comerciales. El sistema público deberá funcionar como caja de resonancia de aquellos temas que no encuentren eco en los medios privados pero que, sin embargo, son de interés social. Sólo si el primer requisito es respetado podrá la segunda característica fundamental hacerse realidad, ya que los contenidos a ser emitidos por el sistema público serán condescendientes con el gobierno de turno.

En tercer lugar, los medios públicos de radiodifusión por su carácter no deberían competir con los medios privados por la pauta publicitaria. La venta de espacio de aire para publicidad es el origen del lucro de los medios privados de radiodifusión. Poner a los medios públicos en un pie de igualdad con los privados en este punto vendría a corromper su propósito y, por qué no, a representar una ventaja comparativa ilegítima ante los medios de sostén alternativos con los que podrían contar los medios públicos de radiodifusión.

Los defensores de la nueva Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual argumentaron que esta nueva normativa era superadora de la anteriormente vigente, ya

---

<sup>93</sup> Como se comentó en la sección *iii* el otro cometido debería de ser la protección de la minoridad.

<sup>94</sup> Las causales de extinción deberían ser las siguientes: a). Cuando quedare firme en sede administrativa o judicial la sanción de caducidad; b). Quiebra del licenciario; c). La inhabilitación del licenciario, aplicada como accesoria de una condena penal; d). El fallecimiento del licenciario, o su declaración de incapacidad o inhabilitación, salvo que continuara la explotación por sus derechohabientes, que de ser más de uno, deberán constituir una sociedad comercial bajo las condiciones previstas en esta ley; e). La disolución de la sociedad titular; f). Renuncia del licenciario.

que ésta última restringía el acceso a licencias de radiodifusión e incentivaba la concentración de un gran número de licencias en un mismo licenciataria. Sin embargo, lejos de ser una norma superadora, la nueva ley vino a otorgar aún mayor poder al Poder Ejecutivo en detrimento de la libertad de prensa y de la libertad de competencia. Lo que logra así es imponer un férreo control sobre los medios de comunicación.

Si los propósitos centrales de la ley 26.522 realmente hubiesen sido impedir y combatir la formación de monopolios informativos, promover el desarrollo de la industria de los medios audiovisuales en el país, aprovechar al máximo los recursos radioeléctricos y fomentar la producción de contenidos audiovisuales a fin de preservar y difundir el patrimonio cultural de los argentinos, entonces una gran parte del articulado que compone la normativa legal está de más.

Creemos que a lo largo del presente trabajo se ha argumentado que la situación fáctica en el país nunca justificó una regulación fuerte sobre la actividad radiodifusora y que la misma fue la consecuencia de dos intereses espurios y antagónicos tendientes al mismo objetivo: el interés del gobierno de turno por controlar la libertad de prensa y expresión, y -salvo honrosas excepciones- el interés privado de mantener absolutamente cerrado el ingreso de nuevos jugadores al mercado.