

Recibido  
Hazel Díaz  
11-2-2015

San José, 11 de febrero de 2015  
DH-DAEC-0096-2015

Señores  
Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones

Estimados señores:

La Defensoría de los Habitantes agradece la invitación que nos hiciera ese Ministerio para participar en el taller para el sector social, en el marco del proceso de elaboración de un texto base para la generación de nueva regulación para la radiodifusión sonora y televisiva de libre acceso. El país finalmente está entrando en una sana discusión que ha sido postergada por décadas. Las carencias y falencias de la Ley de radio, N.º 1758, vigente desde 1954, hoy son inaceptables a la luz de las obligaciones que el estado costarricense tiene como signatario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la protección, promoción y garantía del derecho humano a la libertad de expresión. Por su obsolescencia y sus enormes vacíos regulatorios, la Ley de Radio es incapaz de tutelar el derecho que tienen las y los habitantes a contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación.

La DHR lo advirtió a la Asamblea Legislativa durante el proceso de discusión de la Ley General de Telecomunicaciones. La Contraloría General de la República lo advirtió severamente al Poder Ejecutivo en el año 2013. Hoy todos somos conscientes de que es urgente y necesaria la aprobación de nueva legislación para la adecuada regulación de la radiodifusión que abarque, entre otros elementos:

- Disposiciones sobre la administración y aprovechamiento de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la radiodifusión, así como los derechos y obligaciones de los titulares de frecuencias.
- Criterios para evitar o contrarrestar la concentración de medios.
- Reglas para cobro racional y adecuado de un canon por uso del espectro para radiodifusión que supere los montos ridículos que contempla la actual Ley de Radio.
- Definición de las diferentes competencias de los entes estatales para la fiscalización y regulación de la radiodifusión en el país.

Al respecto, la Defensoría considera que el país no debe apostar a aprobar un cuerpo regulatorio que simplemente desarrolle esos contenidos. Sino que, a la luz de las obligaciones y compromisos adquiridos por el país en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la nueva legislación sobre radiodifusión debe tener como objetivo primordial garantizar a las y los habitantes su derecho a la libertad de expresión. La normativa que el país apruebe en materia de radiodifusión debe garantizar el efectivo ejercicio de la libertad de expresión sin discriminación ni exclusión, a la luz del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La libertad de expresión comprende el derecho de buscar recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole y que puede ser ejercido por cualquier medio y teniendo presente que, como lo ha planteado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "*la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a fundar o utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios...*"<sup>1</sup>

Asimismo, al igual que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Defensoría de los Habitantes entiende, que "*los medios de comunicación cumplen un papel esencial en tanto vehículo o instrumento para el ejercicio de la libertad de expresión e información cumplen un papel esencial en tanto vehículo o instrumento para el ejercicio de la libertad de expresión e información, en sus dimensiones individual y colectiva, en una sociedad democrática (...) la existencia de medios de comunicación libres, independientes, vigorosos, pluralistas y diversos, es esencial para el adecuado funcionamiento de una sociedad democrática...*"<sup>2</sup>

A la luz de lo anterior, la Defensoría de los Habitantes celebra la iniciativa del Ministerio de Ciencia y Tecnología en poner en marcha, finalmente, la discusión tan largamente postergada sobre una nueva legislación en materia de radiodifusión. Por ello, hemos analizado con detenimiento el anteproyecto consultado por el MICITT a la luz de la doctrina y jurisprudencia generada por los organismos del Sistema Interamericano en materia de libertad de expresión y regulación de la radiodifusión, en particular, utilizando los estándares planteados por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su documento "*Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente*"<sup>3</sup>, cuyo análisis es referencia necesaria para el diseño de un marco regulatorio para la radiodifusión que sea plenamente garante del derecho humano a la libertad de expresión.

Reseñamos a continuación, los principales estándares planteados por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en ese documento:

- Los Estados tienen potestades para regular la actividad de radiodifusión, entendida esta facultad tanto como la posibilidad de definir la forma en que se realizan las concesiones, renovaciones o revocaciones de licencias como la facultad de definir y ejecutar las políticas públicas correspondientes, siempre y cuando se proteja, garantice y promueva el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.
- La protección, garantía y promoción del derecho a la libertad de expresión implica que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas positivas (legislativas, administrativas o de otra índole) para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes que comprometan el goce y ejercicio efectivo del derecho a la libertad de expresión de ciertos grupos, en condiciones de igualdad y no discriminación.
- Por cuanto puede implicar una limitación al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, la regulación sobre radiodifusión debe estar establecida en forma previa y de manera expresa, taxativa y precisa en una ley.

<sup>1</sup> Corte. I.D.H., La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, párr. 31

<sup>2</sup> CIDH. Informe Anual 2008. Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV, párrs. 216 a 230

<sup>3</sup> CIDH. Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. CIDH/RELE/INF.3/09, 2009.

- La regulación sobre radiodifusión debería tener como finalidad garantizar una mayor seguridad para que las personas puedan expresarse con libertad y sin miedo a ser sancionadas o estigmatizadas por ello.
- La regulación sobre radiodifusión debería tener como finalidad asegurar igualdad de condiciones en el acceso a las frecuencias y mayor diversidad de los medios de comunicación audiovisual.
- La regulación sobre radiodifusión sólo puede contemplar aquellas restricciones que sean necesarias, idóneas y proporcionadas para lograr la finalidad que se persigue.
- La autoridad de aplicación y fiscalización de la actividad de la radiodifusión debe ser independiente, del poder económico y político, preferiblemente, un órgano colegiado que asegure pluralidad en su composición.
- El procedimiento de asignación de licencias debe estar previsto en la ley de manera clara y precisa, de forma tal que se evite cualquier consideración política discriminatoria. Esos criterios de asignación deben fomentar la pluralidad y diversidad de voces. Esto implica, entre otras cosas, la necesaria reserva de espectro en la ley para garantizar un sistema de medios de comunicación diverso que pueda representar, en conjunto, la diversidad y pluralidad de ideas, opiniones y culturas existentes en la sociedad en la que coexisten.
- Los Estados deben evaluar las posibilidades de emisión derivadas del uso del dividendo digital, pues este cambio tecnológico es una oportunidad para incrementar el acceso a los medios a nuevos sectores de la sociedad.
- La legislación debe reconocer adecuadamente el acceso a medios de comunicación y garantizar el derecho a la libertad de expresión a todos los sectores de la sociedad. Esto requiere que la legislación establezca una reserva de espectro para uso la radiodifusión comunitaria, como medio privado no comercial.
- Deben preverse mecanismos razonables para prevenir y corregir el surgimiento de monopolios u oligopolios en la radiodifusión.
- La regulación sobre radiodifusión puede establecer sanciones por el incumplimiento de alguna obligación legal o la comisión de alguna irregularidad en el uso de las licencias. Pero por ser tales sanciones una restricción a la libertad de expresión, deben estar claramente previstas en la ley y su aplicación debe hacerse en estricto apego a la Convención Americana de los Derechos Humanos.

A la luz de estos estándares, la iniciativa que ha sido discutida hoy, representa un avance enorme en relación con la situación actual. A partir del análisis puntual que hicimos en la Defensoría, hemos planteado sugerencias de mejora dirigidas a que, de concretarse la propuesta en una Ley de Radiodifusión, tengamos una legislación moderna y conteste con la doctrina y jurisprudencia internacional de los Derechos Humanos y los compromisos del país en materia de protección, garantía y promoción de la libertad de expresión. Así lo hemos planteado en el transcurso de este Foro, entregándolo, además, por escrito a los representantes del MICIT aquí presentes.

Para concluir, la Defensoría de los Habitantes considera necesario llamar la atención del MICIT y demás autoridades relacionadas con la radiodifusión costarricense, en relación con dos cuestiones medulares, y que requieren de una atención inmediata, precisamente, porque representan el futuro de la radiodifusión y del efectivo ejercicio de la libertad de expresión en el

país. Nos referimos a la actual situación del espectro radioeléctrico y, muy estrechamente relacionado, a la transición digital prevista para el año 2017.

En relación con el espectro, preocupa profundamente a la Defensoría el estado actual de la ocupación del espectro radioeléctrico. Se conocen los resultados de los estudios realizados, hace tan solo un año, por la Superintendencia de Telecomunicaciones en cuanto a los profundos incumplimientos de diversos ocupantes del espectro radioeléctrico en cuanto a cobertura, cumplimiento de obligaciones y hasta subutilización del espectro radioeléctrico tanto en las frecuencias de radio como las de televisión<sup>4</sup>.

La Defensoría expresa su preocupación respecto del tiempo que les pueda tomar a las autoridades poner en orden la situación, particularmente por la complejidad y duración de los procedimientos administrativos que ello pueda significar. A esto se debe añadir las limitaciones para nuevas asignaciones de espectro que, por ejemplo, desde el 2008 a la fecha, han impedido otorgarle a la UNED las frecuencias que por ley se le atribuyeron. Por ello, la Defensoría considera que la nueva legislación sobre Radiodifusión podría incluir disposiciones transitorias que establezcan la obligatoriedad y responsabilidad para las autoridades competentes para poner en orden, si no se ha concluido aún, la actual ocupación del espectro, de manera que solamente aquellos concesionarios y permisionarios que cumplan a cabalidad con sus obligaciones continúen usando las frecuencias que se les han otorgado.

Por otro lado, y en relación con la transición digital prevista para el año 2017, la Defensoría se pregunta si, a la luz de las preocupaciones planteadas, el país estará en el 2017 listo para dar ese paso y cuál podría llegar a ser el impacto de la transición. Esto no se refiere únicamente al orden en la ocupación del espectro, sino también a si el país podrá, para ese momento, generar las condiciones necesarias para que todas las personas, sin exclusión de ninguna naturaleza, puedan acceder a la televisión digital libre. Quizás sea necesario repensar esa fecha y, más bien, pensar en que la aprobación de la nueva legislación sobre Radiodifusión debería ser un requisito *sine qua non*, para dar el paso hacia la televisión digital y aprovechar la coyuntura para dotar de rango legal a las disposiciones que regirán ese proceso de transición, en apego a los "Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente" que hemos utilizado para evaluar la propuesta de legislación que hoy nos tiene aquí reunidos.

Dicho lo anterior, a continuación exponemos nuestros principales planteamientos en relación con el texto base que nos fue remitido para análisis en el Foro:

### **1. Necesidad de un listado de definiciones y conceptos utilizados a lo largo del texto.**

Observamos, por ejemplo que a lo largo del texto se plantean definiciones para diversos términos, mientras que en otros puntos del texto se utilizan conceptos sobre los cuales no se incluye ninguna definición, tales como radiodifusión de acceso libre, libertad editorial, obligaciones de acceso-servicio universal-solidaridad, estado de necesidad y urgencia, radiodifusión analógica y digital, servicios multimedia, calidad de alta definición, Departamento de Control Nacional de Radio, régimen preferencial.

---

<sup>4</sup> Oficios 756-SUTEL-DGC-2014 y 02492-SUTEL-DGC-2014

## **2. Art. 9: Sobre la exclusividad y acaparamiento del espectro de radiodifusión.**

La Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA, en su Informe Anual 2004, considera dos modalidades de violación a la libertad de expresión: Directas e Indirectas: <sup>5</sup>

- Directas: Medidas dirigidas a restringir la libertad de expresión. Ej: censura previa, prohibición de publicaciones.

- Indirectas: Medidas que per se no configuran una violación a la libertad de expresión pero "que sus efectos generan un impacto adverso en la libre circulación de ideas que con frecuencia es poco investigado y, por ende, más difícil de descubrir. La concentración en la propiedad de los medios de comunicación responde a esta caracterización de formas o amenazas indirectas contra la libertad de expresión"<sup>6</sup>.

En ese sentido, la Relatoría se refiere a la concentración de medios <sup>7</sup> indicando que:

*"22. Es frecuente encontrar que los diversos competidores en un mercado realicen distintas operaciones –tales como fusiones y adquisiciones– con el fin de mejorar su posición en él y alcanzar a un mayor número de consumidores de sus productos. En muchos casos el número de competidores dentro de un mercado es bastante reducido. Este fenómeno puede darse de forma natural, otras veces, sin embargo, es producto de operaciones que buscan concentrar el manejo del mercado en manos de unos pocos. En el segundo caso estamos ante lo que se ha denominado "concentración", un fenómeno que no es ajeno al mercado de los medios de comunicación social..."*

Para la Relatoría, este fenómeno tiene dimensiones económicas y políticas<sup>8</sup>:

### **- Económicas:**

*"La concentración es un fenómeno de naturaleza fundamentalmente económica. Cuando la concentración no es adecuadamente regulada en un determinado sector, ésta deviene en oligopolios, o en casos extremos, en monopolios. La concentración encierra un fenómeno paradójico para la eficiencia de los mercados. Por un lado, ella reduce el número de participantes en los mismos, pero por otro, ella permite la existencia de unidades económicas más grandes, las cuáles en muchos casos se encuentran financieramente y estructuralmente mejor equipadas para afrontar las demandas y riesgos de una economía globalizada.*

*La concentración puede darse de modo vertical. En estos casos la integración se produce a través de una empresa que controla al conjunto de entidades económicas independientes en los distintos niveles de producción de un producto. Por ejemplo, en el caso de los medios de comunicación social, cuando una misma empresa controla las demás compañías que (1) producen (periódicos, revistas, libros, películas y estudios de producción de televisión), (2)*

---

<sup>5</sup> Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003. Volumen III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo V: Violaciones Indirectas de la Libertad de Expresión: Asignación Discriminatoria de la Publicidad Oficial, pp. 187-209.

<sup>6</sup> Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2004. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo V: Violaciones indirectas a la Libertad de Expresión: El impacto de la Concentración en la Propiedad de los Medios de Comunicación Social

<sup>7</sup> Idem

<sup>8</sup> Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2004. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo V: Violaciones indirectas a la Libertad de Expresión: El impacto de la Concentración en la Propiedad de los Medios de Comunicación Social

distribuyen (redes de distribución local y empresas de cable) y (3) difunden (empresas telefónicas, sistemas de cable y satélite) la información a los consumidores.

La concentración también puede darse de modo horizontal, cuando se fusionan las diferentes empresas en un mismo nivel de producción. Por ejemplo, cuando una misma empresa controla todas o la mayor parte de redes de distribución de información a los consumidores en un determinado espacio, impidiendo que otros competidores desarrollen sus actividades. Aún cuando los competidores existan, estos no pueden competir con la empresa más grande, pues tarde o temprano comenzarán a tener pérdidas, precisamente por la posición dominante de la misma en el mercado..."

#### **- Políticas:**

"29. La concentración encierra también una dimensión política. Bajo ciertas circunstancias, el dominio de una empresa en el mercado puede ser de gran interés para ciertos grupos en la sociedad. Por ejemplo, el Estado puede colocar diferentes trabas administrativas para impedir el acceso de nuevos competidores al mercado de la comunicación social. Ello es de especial importancia para los competidores ya presentes en el mercado. Estos mecanismos, comúnmente denominados como formas de "censura estructural", representan una grave amenaza para la libertad de expresión.

Este fenómeno se repite con frecuencia en los casos de concentración vertical, donde por ejemplo toda la maquinaria de producción y distribución de diarios se encuentra en manos de unas cuantas empresas, haciendo casi imposible el acceso al mercado de nuevos competidores. Como ha sido señalado, "la concentración eleva las barreras de entrada de nuevas empresas en el mercado, y por lo tanto, desalienta la competencia. La interdependencia entre la política y los medios de comunicación tiende a bloquear todo esfuerzo para regular este fenómeno [...] la concentración es así un claro peligro para el pluralismo y la diversidad en los medios de comunicación..."

Ante estos escenarios, la Relatoría<sup>9</sup> ha recomendado "a los Estados miembros de la OEA que desarrollen medidas que impidan las prácticas monopólicas y oligopólicas en la propiedad de los medios de comunicación social, así como mecanismos efectivos para ponerlas en efecto. Dichas medidas y mecanismos deberán ser compatibles con el marco previsto por el artículo 13 de la Convención y el principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión..."

A la luz de lo anterior, y analizado lo planteado en el artículo 9 en discusión, la Defensoría considera el parámetro utilizado para definir cuándo existe acaparamiento es laxo e insuficiente, pues, en un escenario extremo un mismo concesionario podría tener hasta un tercio de las frecuencias disponibles técnicamente en una misma banda en una misma zona geográfica. Una disposición de esa naturaleza no parece favorecer ni la efectiva competencia en medios ni a una mejor y más equitativa distribución de los recursos escasos del espectro.

Analizando legislación comparada, hemos encontrado formas distintas de establecer límites reglas para evitar el acaparamiento de frecuencias y, con ello, de medios:

#### **- Uruguay:**

##### **Art. 44.- Limitaciones a la titularidad de servicios de radio y televisión abierta**

*Una persona física o jurídica privada no puede ser beneficiada con la titularidad, total o parcial, de más de 3 (tres) autorizaciones para prestar servicios de radiodifusión abierta de radio o televisión, ni más de 2 (dos) para prestar servicios de radiodifusión abierta en la misma banda de frecuencias (AM, FM, TV), en todo el territorio nacional. Se entiende que una persona física*

<sup>9</sup> Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2004. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo V: Violaciones indirectas a la Libertad de Expresión: El impacto de la Concentración en la Propiedad de los Medios de Comunicación Social

*o jurídica privada es titular parcialmente de una autorización para prestar servicios de radiodifusión abierta cuando no es el único titular de ella, sino que la comparte con otra u otras personas físicas o jurídicas, a título personal o en forma societaria, o es dueño de acciones o cuotas de una sociedad titular de una autorización de radiodifusión o integra un grupo económico que tiene personas o empresas que son titulares de dichas autorizaciones. Asimismo, se considerará que una persona física o jurídica privada es titular, total o parcialmente, de la autorización para prestar servicios de radiodifusión abierta cuando realice actos relativos a dicha titularidad a través de interpuesta persona. Las nuevas autorizaciones para servicios de radiodifusión de radio abierta en la banda de FM y de televisión abierta de los sectores comercial y comunitario tendrán alcance, a lo sumo, departamental. Para el caso del departamento de Montevideo se considerará el Área Metropolitana, según la define el Instituto Nacional de Estadísticas. La URSEC velará en su identificación de canales radioeléctricos y parámetros de transmisión por el cumplimiento de este punto dentro de las posibilidades que brinde la tecnología.*

- **Paraguay: Artículo 57º** *En virtud a lo dispuesto en el Art. 32º de la Ley 642/95, una misma persona física o jurídica tendrá derecho a poseer, como máximo, las siguientes Licencias de servicio de radiodifusión sonora.*

*(a) Una Licencia de servicio de radiodifusión sonora por ondas medias.*

*(b) Una Licencia de servicio de radiodifusión sonora por ondas métricas.*

*(c) Una Licencia de servicio de radiodifusión sonora por ondas decamétricas o altas frecuencias.*

- **Ecuador: Art. 10.-** *(Reformado por el Art. 8 de la Ley s/n, R.O. 691, 9-V-95).- Ninguna persona natural o jurídica podrá obtener, directa o indirectamente, la concesión en cada provincia de más de un canal de onda media, uno de frecuencia modulada y uno en cada una de las nuevas bandas que se crearen en el futuro, en cada provincia, ni de más de un canal para zona tropical en todo el país, y un sistema de televisión en la República.*

Por otro lado es posible incorporar otros criterios para valorar el posible acaparamiento, como pueden ser parámetros cuantitativos (número de frecuencias) como cualitativos: calidad de la transmisión y concentración de la información (tiene varias frecuencias y en todas transmite lo mismo).

Asimismo, observa la Defensoría que el artículo 9 en análisis carece de un adecuado criterio de "grupo económico", pues para el caso de personas jurídicas se plantea que "se tendrá como una sola persona jurídica, a dos o más personas jurídicas que tengan como accionista, asociado, director o gerente común a una misma persona natural o pariente de ésta dentro del segundo grado de consanguinidad." Esta disposición resulta insuficiente y difícil de poner en práctica. Se sugiere utilizar un concepto de grupo económico análogo, por ejemplo, al contenido en la Ley de Protección al Trabajador: "Las personas jurídicas, las entidades o colectividades que constituyan una unidad económica, dispongan de patrimonio y autonomía funcional, aunque estas últimas tengan o no personalidad jurídica."

### **3. Art. 17. Casos de emergencia.**

Por tratarse de una eventual limitación a la libertad de expresión, es necesario que se defina y delimite el concepto de "estado de necesidad y de urgencia".

### **4. Art. 19 y siguientes. Entes rector y regulador. Competencias**

La Relatoría para la Libertad de Expresión ha planteado<sup>10</sup>:

<sup>10</sup> CIDH. Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. CIDH/RELE/INF.3/09, 2009.

"48. La autoridad de aplicación y fiscalización de la actividad de radiodifusión debe ser independiente, tanto de la influencia gubernamental como de los grupos privados vinculados a la radiodifusión pública, privada/comercial o comunitaria. Debería ser un órgano colegiado que asegure pluralidad en su composición, estar sometido a procedimientos claros, integralmente públicos, transparentes y sometidos estrictamente a los imperativos del debido proceso y a un estricto control judicial<sup>52</sup>. Sus decisiones deben ser públicas, estar ajustadas a las normas legales existentes y encontrarse adecuadamente motivadas<sup>53</sup>. Finalmente, debe tratarse de un cuerpo responsable que rinda cuentas públicamente de su gestión. Sobre la autoridad de aplicación, la CIDH ha sostenido que "es fundamental que los órganos de regulación o fiscalización de los medios de comunicación sean independientes del poder ejecutivo, se sometan completamente al debido proceso y tengan un estricto control judicial".

A luz de este planteamiento, es necesario valorar qué competencias deben serle atribuidas al MICITT como ente rector y cuáles deberían serle atribuidas a la Superintendencia de Telecomunicaciones o, eventualmente, a un nuevo ente que reúna las características de independencia económica y política que recomienda el estándar citado. En ese sentido, la Defensoría considera fundamental que la autoridad en cuestión no recaiga en el Poder Ejecutivo.

#### **5. Arts. 21 y siguientes. Clasificación de los servicios de radiodifusión**

Una correcta clasificación y definición de los servicios de radiodifusión es vital para una adecuada asignación y distribución del espectro. De ahí que sea oportuno citar nuevamente a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión cuando señala que<sup>11</sup>:

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

(...)

68. El alcance democrático de la libertad de expresión reconocido por la Convención Americana incluye no sólo el derecho de cada persona a expresarse libremente, sino también el derecho del público a recibir la máxima diversidad posible de información e ideas. Ello implica, entre otras cosas, que la regulación sobre radiodifusión contemple reservas del espectro para un sistema de medios de comunicación diverso que pueda representar, en conjunto, la diversidad y pluralidad de ideas, opiniones y culturas de una sociedad.

69. En tal sentido, los diferentes tipos de medios de comunicación (públicos independientes del Poder Ejecutivo, privados con fines de lucro, y comunitarios o privados sin fines de lucro) deben ser reconocidos y deben poder tener acceso, en condiciones de equidad, a todas las plataformas de transmisión disponibles, incluyendo el nuevo dividendo digital...

Por lo anterior, la Defensoría sugiere revisar el concepto de "radiodifusión comunitaria" contenido en el inciso c) del artículo 22 por cuanto parece circunscribir este tipo de radiodifusión a "comunidades campesinas, nativas e indígenas, áreas rurales o de preferente interés social". Con ello, se deja por fuera cualquier otro tipo de interés comunal que no se encuentre dentro de esa lista. Por ejemplo una radiodifusión de trabajadoras domésticas,

<sup>11</sup> Idem

población urbana en situación de vulnerabilidad, entre otros. Una omisión de esa naturaleza devenir en una violación indirecta a la libertad de expresión de las personas.

Asimismo, y aunque ello corresponde a otro punto dentro del texto en análisis, es necesario señalar que no se plantea en éste ninguna reserva explícita de espectro para emisoras comunitarias lo cual, en la práctica podría significar que nunca se asignen frecuencias a este tipo de radiodifusión o que ello sea muy limitado o dependa, en última instancia de decisiones de índole político y/o intereses en conflicto.

Por otro lado, se observa en el artículo 23 una mezcla de contenidos entre la "Radiodifusión Televisiva Comunitaria" y la transición hacia televisión digital. Se sugiere regular por separado la Transición digital. Se incorpora en el tercer párrafo de ese artículo una disposición sobre indelegabilidad de las concesiones regionales y comunitarias y la prohibición de transferencia, como si ello fuera exclusivo, en términos absolutos, para este tipo de radiodifusión.

Finalmente, en el último párrafo de ese artículo se establece que el Poder Ejecutivo definirá el procedimiento para la asignación de "de las concesiones respectivas". Además de lo confuso de la redacción de la disposición, es pertinente señalar que a la luz de las recomendaciones de la Relatoría Especial para Libertad de Expresión, no es aceptable remitir a la vía Reglamentaria las disposiciones para la asignación de para ningún tipo de radiodifusión, pero con mucha mayor razón para la comunitaria. Comentario similar nos merece el último párrafo del artículo 24.

#### **6. Arts. 27 y siguientes. Títulos habilitantes:**

En relación con estas disposiciones, resulta pertinente traer a colación nuevamente a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión cuando señala que<sup>12</sup>:

*"28. (...) no basta con la adopción de medidas antimonopólicas para asegurar el acceso en condiciones de igualdad a los medios de comunicación. Al respecto, el principio 13 de la Declaración de Principios ha destacado que, "[l]as asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos". En el mismo sentido, la CIDH ha indicado que "uno de los requisitos fundamentales del derecho a la libertad de expresión es la necesidad de que exista una amplia **pluralidad** en la información"<sup>13</sup>*

*29. En este sentido, la regulación sobre radiodifusión debería formar parte de una política activa de inclusión social que tienda a la reducción de las desigualdades existentes en la población respecto del acceso a los medios de comunicación. Esto exige que los Estados, al momento de regular la actividad de radiodifusión, tengan especialmente en consideración a grupos con dificultades para hacer efectivo dicho acceso. En tal sentido, la regulación debería tener como finalidad contribuir a que todos los sectores puedan competir en igualdad de condiciones, garantizando para ello reglas especiales que permitan el acceso de grupos tradicionalmente marginados del proceso comunicativo (...)*

*37. Distintos aspectos de la regulación sobre radiodifusión están vinculados a esta finalidad. Así, por ejemplo, las previsiones sobre reservas del espectro para ciertos sectores generalmente*

<sup>12</sup> Idem, P 8-12

<sup>13</sup> CIDH. Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala. Capítulo VII: La situación de la libertad de expresión, párr. 419. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/capitulo7.htm>. En esta cita, el término "información" está considerado en su acepción amplia, en tanto incluye opiniones, ideas, expresiones artísticas, culturales, etc. Al respecto, la Corte Interamericana ha remarcado que, dada "la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la responsabilidad que entraña para los medios de comunicación social y para quienes ejercen profesionalmente estas labores, el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En estos términos se puede explicar la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios, que deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan, y el esfuerzo por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas". Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 106.

*excluidos, y el establecimiento de procedimientos especiales para que efectivamente puedan acceder a las licencias, apuntan a generar oportunidades equitativas para una igualdad real en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión..."*

A la luz de lo expuesto, en el tanto no se establezcan en la ley disposiciones expresas sobre la reserva del espectro para la radiodifusión comunitaria, ese espíritu de reducción de las desigualdades existentes con respecto al acceso a los medios de comunicación poca esperanza tendrá de ser concretado en la realidad.

En el artículo 29 nuevamente se observa una mezcla confusa entre la transición a la televisión digital y regulaciones de fondo. Por otro lado, de la redacción del segundo párrafo del artículo parece desprenderse que con la transición a la difusión digital todos los actuales concesionarios del espectro podrían esgrimir un derecho adquirido incluso sobre el dividendo digital, con lo cual, se estarían limitando las posibilidades de acceso a nuevos concesionarios. Esta posibilidad adquiere más relevancia en el indeseable escenario de que el país llegue al "apagonazo" antes de que se haya puesto en orden la ocupación del espectro.

En este sentido, volvemos a traer a colación a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión<sup>14</sup>:

*"80. La transformación tecnológica en la radiodifusión debería tener como meta asegurar que el nuevo dividendo digital haga un uso óptimo del espectro para asegurar la mayor pluralidad y diversidad posible. Para ello, los Estados deberían establecer mecanismos legales específicos para llevar adelante la transición a los servicios de radiodifusión digitales. Esta regulación debería contemplar un programa de migración que tenga en cuenta las necesidades y capacidades de los distintos actores involucrados en este proceso, así como el nivel de aplicación de las nuevas tecnologías. En particular, los Estados deberían evaluar las posibilidades de emisión derivadas del uso del dividendo digital, considerando este cambio tecnológico como una oportunidad para incrementar la diversidad de voces y habilitar el acceso de nuevos sectores de la población a los medios de comunicación. Al mismo tiempo, los Estados deberían adoptar medidas para evitar que el costo de la transición analógica a la digital limite la capacidad de los medios de comunicación en función de los costos económicos..."*

En el artículo 33 se invoca una "soberanía sobre las concesiones", señalando que el establecimiento, manejo y explotación de empresas de servicios de radiodifusión de libre acceso, sólo se permitirá a ciudadanos costarricenses o a empresas cuyo capital pertenezca a personas físicas costarricenses en no menos de un 50%. A la luz de esa disposición no queda claro en qué consiste la soberanía que proclama el título del artículo si el capital extranjero podría incluso quedar en igualdad de condiciones que el nacional.

En otro orden de ideas esta Defensoría considera oportuno sugerir que se establezca que los aportes provenientes de la cooperación internacional para la radiodifusión comunitaria, de ninguna manera puede considerarse como capital extranjero para efectos de esa disposición.

En el artículo 35 se establece el llamado "costo de la concesión", cuando ésta se otorga mediante licitación pública. No se observa ninguna disposición con respecto a la forma en que se podrá definir esa contraprestación económica, lo cual podría conllevar un margen de discrecionalidad excesivamente amplio para el Poder Ejecutivo en una materia tan delicada, lo cual podría entrar en contradicción con las recomendaciones de la Relatoría para la Libertad de Expresión.

En el artículo 51, referido a la reasignación de frecuencias, es prácticamente igual al artículo 21 de la Ley General de Telecomunicaciones (LGT), excepto porque en el caso de la Ley General de Telecomunicaciones no se incluye la idea de "sustituir" un segmento del espectro inicialmente otorgado por otro segmento mientras que ello sí se establece en la propuesta para efectos de la radiodifusión. Por ello se recomienda revisar la figura.

---

<sup>14</sup> Idem pp 21-22

Asimismo, en el inciso e) del citado artículo 21 de la Ley General de Telecomunicaciones se incluye la concentración de frecuencias que afecte la competencia efectiva. Disposición análoga se incluye en el inciso e del artículo 51 en análisis. Sin embargo, no deja de observar esta Defensoría que la LGT contiene todo un capítulo relativo al Régimen sectorial de competencia que la propuesta para Radiodifusión no contiene. Por ello, la norma contenida en la propuesta quedaría aislada y probablemente sin aplicación práctica.

## **7. Nulidad, revocación y extinción. Arts 52 y siguientes:**

Dice la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión<sup>15</sup>:

"70. El reconocimiento legal para acceder a una licencia no es suficiente para garantizar la libertad, el pluralismo y la diversidad, si existen normas que establecen condiciones arbitrarias o discriminatorias en el uso de la licencia..."

Con esa óptica debemos analizar las propuestas de disposiciones en materia sancionatoria, así como en relación con las causales de nulidad, revocación y extinción de las concesiones y permisos. En este sentido, en términos generales, las causales que tengan un efecto sancionatorio o extintivo deben ser claras, precisas, de interpretación unívoca y, en general, cumplir con el principio constitucional de tipicidad, amén de que debe existir proporcionalidad entre el hecho sancionado y la consecuencia prevista para ello.

En ese sentido, analizaremos algunas disposiciones de la propuesta que no parecen cumplir con esas características:

- **Art. 53 1.c Causal de resolución de contrato de concesión:** *Incumplimiento de las obligaciones y condiciones establecidas en esta Ley, los reglamentos que al efecto se dicten o las impuestas en el contrato de concesión, excepto si se comprueba caso fortuito o fuerza mayor.* Con esta disposición, prácticamente cualquier cosa podría dar al traste con una concesión.

- **Art. 53 1.j Causal de resolución de contrato de concesión:** *Suspensión de la prestación del servicio de radiodifusión, en los plazos que establezca el Reglamento a la presente Ley.* Se deja a discreción del Poder Ejecutivo definir los plazos cuyo incumplimiento podría dar al traste con una concesión.

- **Art. 53 i.k Causal de resolución de contrato de concesión:** *Incumplimiento de las obligaciones establecidas en las bases del concurso público, o del contrato de concesión cuando fuere por concesión directa.* Con esta disposición, prácticamente cualquier falta podría implicar la resolución de la concesión.

- **Art. 53 i.m Causal de resolución de contrato de concesión:** *Cualquier falta de cumplimiento a la concesión, no especificada en los incisos anteriores.* Situación análoga a la comentada supra.

Un análisis análogo debe realizarse en relación con los artículos 68, 69 y 74, valorando, además la correspondencia entre la importancia y gravedad de la causal de sanción con la magnitud de la sanción que se estaría imponiendo.

## **8. Art. 89 Canon Anual de Radiodifusión:**

Desde el año 2006, la Defensoría ha advertido sobre la necesidad de revisar el canon de radiodifusión contemplado en la Ley de Radio vigente. Consecuentemente, la Defensoría está de acuerdo con un nuevo régimen que establezca montos que correspondan de alguna manera

---

<sup>15</sup> Idem pp 17-21

al valor real de las frecuencias del espectro, particularmente para las emisoras de carácter comercial que desarrollan su negocio gracias al uso de las frecuencias del espectro.

El régimen de cálculo del canon anual de radiodifusión contenido en el anteproyecto, consiste en una serie de parámetros que no permiten valorar si el resultado de su aplicación es un canon razonable o no. Sin embargo, esa técnica es la misma que se utiliza en la Ley General de Telecomunicaciones vigente, por lo que, de alguna manera, puede decirse que ha sido avalada por el ordenamiento jurídico.

El anteproyecto contempla una audiencia pública para la aprobación del canon. En la propuesta, es el mismo MICITT el que propone el canon, convoca a audiencia y aprueba el canon, amén de que es el MICITT es el destinatario de esos fondos, o sea que es el principal interesado en que el monto sea lo más elevado posible. Esto refleja un importante conflicto de interés y además le resta imparcialidad a la regulación, lo cual se aparta de las recomendaciones de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión que hemos utilizado para analizar la propuesta

Por otro lado, se observa que en el artículo 92 se establece que los servicios de radiodifusión educativa, estatal comunitarios están exentos del pago del 100% del Canon Anual de Radiodifusión, lo cual podría interpretarse que podrían ser sujetos de otro porcentaje de pago. Esta interpretación podría ser contradictoria con lo dispuesto en el artículo 89 de la propuesta en la cual es claro que estos tipos de radiodifusión no están afectos al pago del canon.

La contradicción es mayor si se observa lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 93 que se indica que "el pago de las obligaciones económicas de los servicios de radiodifusión comunitaria y otros comprendidos en el régimen preferencial de la presente Ley, serán establecidos en el Reglamento de la presente Ley". Al respecto, es menester llamar la atención en relación a que:

- No queda claro a cuál "régimen preferencial" se refiere ese párrafo.
- Parece haber una contradicción entre ese párrafo y lo dispuesto por el artículo 89.
- Se estaría dejando a la vía reglamentaria la imposición de obligaciones económicas para la radiodifusión comunitaria, violentando el principio de reserva de ley que rige para este tipo de obligaciones y con ello, la disposición se aparta de los estándares y recomendaciones de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.

## **9. Sobre la responsabilidad de los medios de comunicación:**

Aunque esta Defensoría comprende el espíritu de algunas de las disposiciones contenidas en el artículo 100 de la propuesta en cuanto a obligaciones de los medios, algunas de esas obligaciones, en realidad, ya están contenidas en otra legislación específica (incisos e y f, por ejemplo). En otros casos, lo que corresponde es que los medios establezcan sus propios mecanismos de autorregulación y que sea la opinión pública la que evalúe los resultados.

Por otro lado, se sugiere revisar a redacción del tipo penal creado en el artículo 102, en cuanto al uso del término "maliciosamente" que es indeterminado y podría del al traste con la sanción del delito, precisamente por esa deficiencia en la tipificación.

Finalmente, la Defensoría considera oportuno retomar la propuesta que en su momento hiciera el Tribunal Supremo de Elecciones en cuanto a la creación de la figura de las "Franjas de propaganda electoral". Se transcribe a continuación la propuesta del Tribunal, no sin antes señalar la Defensoría comparte la propuesta en todo salvo en el criterio de distribución del tiempo global por categoría de partidos políticos, ya que crearía una diferenciación odiosa y no justificada en una necesidad democráticas, por lo que sería necesario valorar otro criterio para esa distribución:

### **– Difusión de la propaganda electoral en radio y televisión**

Las radioemisoras y televisoras que operen bajo concesiones del espectro electromagnético estatal, están obligadas a ceder gratuitamente, durante el período de campaña electoral referido en el artículo 149 de este Código, treinta minutos diarios en cada estación de radio y televisión, los cuales estarán destinados a la difusión de propaganda electoral.

### **– Administración de las franjas de propaganda electoral**

El Tribunal Supremo de Elecciones se encargará, con exclusividad, de establecer las reglas para administrar el espacio radial y televisivo destinado a la difusión de propaganda electoral de los partidos políticos, según los términos previstos en este Código.

### **- Contratación de propaganda en medios de radio y televisión**

A excepción de los partidos políticos participantes en el proceso electoral, ninguna persona física o jurídica, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar espacios en medios de comunicación radiales o televisivos durante el período de campaña, cuyo contenido pueda ser calificado como propaganda electoral, en el sentido de que pretenda influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ya sea a favor o en contra de partidos políticos o candidatos a cargos de elección popular.

Durante el período de campaña los partidos políticos con candidaturas inscritas podrán pautar propaganda política por su cuenta hasta en un cien por ciento (100%) adicional a lo que por concepto de franjas electorales les corresponda, según lo indicado en el artículo anterior. Dicho límite regirá en relación con cada medio de comunicación, de modo que no será admisible que se acumule tiempo a contratar en un medio en particular con lo que se deje de utilizar en otros. Cualquier exceso en pauta publicitaria en radio y televisión no será reconocible con cargo a la contribución estatal y, en todo caso, será sancionado en los términos previstos en el artículo 286 bis del Código Electoral

### **- Disposición del tiempo destinado a difundir propaganda electoral**

El Tribunal Supremo de Elecciones distribuirá el tiempo destinado a la transmisión de propaganda electoral en medios de comunicación radiales y televisivos. Para ello, el ochenta por ciento (80%) del tiempo se destinará a difundir propaganda electoral de los partidos políticos inscritos a escala nacional y el restante veinte por ciento (20%) estará dispuesto para los partidos inscritos a escala provincial. Cuando se trate de una elección municipal, el tiempo se distribuirá de la siguiente manera: sesenta por ciento (60%) para partidos inscritos a escala nacional, veinte por ciento (20%) para partidos provinciales y veinte por ciento (20%) para partidos cantonales.

El tiempo global que corresponda a cada una de esas categorías de partidos políticos se distribuirá de la siguiente manera:

- a) Sesenta por ciento (60%) por igual entre todos los partidos políticos participantes en la elección respectiva.
- b) Cuarenta por ciento (40%) de acuerdo con el porcentaje de su representación parlamentaria o número de regidores electos, según se trate de una elección nacional o de comicios municipales.

### **– Obligación de informar**

Cuando el Tribunal Supremo de Elecciones lo requiera, las empresas de radio y televisión estarán obligadas a brindar la información sobre la cantidad de cuñas o anuncios pautados por

partido político, horario y duración de cada uno, que incluya lo relativo a la franja electoral así como el tanto adicional previsto en el artículo relativo a la Difusión de la propaganda electoral en radio y televisión.

Con el análisis aquí planteado, la Defensoría de los Habitantes espera haber contribuido positivamente al debate convocado por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones con miras a la promulgación de una legislación moderna, inclusiva y apegada a los estándares del Sistema Interamericano. Asimismo, este Organismo Defensor reitera su compromiso en continuar la discusión sobre la propuesta.

Cordialmente,



Montserrat Solano Carboni

Defensora de los Habitantes de la República