

# Algunos problemas jurídicos de la ley N° 19.307 (Ley de Servicios de comunicación audiovisual)

Some juridical problems with the 19.307 Law (Audiovisual Media Services law)

*Martín Risso Ferrand\**

Universidad Católica del Uruguay

**RESUMEN:** La ley 19.307, denominada Ley Reguladora de los Servicios de Comunicación Audiovisual o Ley de Medios, ha ocasionado un fuerte impacto al remover los paradigmas tradicionales en esta temática en Uruguay. El autor, partiendo de un planteo general del tema (con base en el sistema interamericano de derechos humanos), analiza los aspectos más problemáticos de la nueva ley, identificando varios aspectos que serían, a su juicio, inconstitucionales.

**PALABRAS CLAVES:** Libertad de comunicación. Libertad de expresión. Garantías constitucionales. Uruguay.

**ABSTRACT:** The 19.307 law, called Regulating Law of the Audiovisual Media Services or Media Law, has caused a strong impact by removing traditional paradigms on this theme in Uruguay. The author, starting with a general raise of the issue (based on the inter-American system of human rights), discusses the most problematic aspects of the new law, identifying various aspects that would be, in his opinion, unconstitutional.

---

\* Director del Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Católica del Uruguay. Contacto: [mrisso@ucu.edu.uy](mailto:mrisso@ucu.edu.uy)

**KEY WORDS:** Freedom of communication. Freedom of expression. Constitutional guarantees. Uruguay.

**SUMARIO:** **I.** Introducción. **II.** Marco jurídico. 1. Normas constitucionales, internacionales y declaraciones. 2. Relación existente entre las normas internacionales y las constitucionales en la jurisprudencia de la Corte. 3. Relación y complemento de los artículos 29 de la Constitución y el 13 de la Convención y sus consecuencias. 4. Competencia de la Suprema Corte de Justicia. 5. La jurisprudencia y opiniones de la Corte IDH. 6. Disposiciones legales susceptibles de más de una interpretación. **III.** Aproximación a la libertad de comunicación de pensamiento. 1. Trascendencia de la libertad de comunicación. 2. Fundamentos básicos. 3. El gobierno no debe incidir en lo que la gente ve o escucha. **IV.** Determinación de qué puede hacer la ley en materia de regulación de la libertad de comunicación. 1. Materia protegida y medios posibles. V. Estudio de la constitucionalidad de la ley 19.307. 1. Objeto de la ley, sujetos comprendidos y principio de igualdad. 2. Sistema de contralor, infracciones y sanciones administrativas. 3. ¿Cómo debería ser un sistema de contralor adecuado? 4. Sistema de infracciones. 2. Las sanciones. 3. Síntesis. 4. El artículo 198. VI. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

La ley 19.307 (reguladora de los “servicios de comunicación audiovisual” o ley de medios) tuvo un complejo proceso de discusión legislativa. Desde un primer proyecto de más ciento cincuenta artículos, se fueron introduciendo centenares de modificaciones hasta llegar a la versión final de 202 artículos. Asimismo se recibieron en las comisiones del Senado y de la Cámara de Representantes decenas de delegaciones y especialistas de distintas áreas y, a su vez, no faltó la cobertura y discusión de este proceso en los medios de prensa.

Dado los plazos para la presentación del presente trabajo no podré hacer un análisis total de los aspectos de la ley que a mi juicio son inconstitucionales, por lo que me limitaré a los que entiendo más importantes pero sin excluir los otros.

Asimismo debe tenerse presente que se ha publicado un trabajo de mi autoría titulado “¿Qué limitaciones legales pueden establecerse en materia de libertad de comunicación de pensamiento?”<sup>1</sup>. En varios aspectos de este trabajo utilizaré conceptos contenidos en dicho artículo pero para no hacerlo muy denso sólo realizaré la presente remisión genérica<sup>2</sup>.

A los efectos de cumplir con lo anunciado procederé de la siguiente forma:

En primer lugar analizaré cual es el marco jurídico aplicable a los efectos de determinar la regularidad jurídica de la ley 19.307. En este punto, especialmente, se hará referencia a la incidencia que tienen en la especie la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH o Convención), otras normas internacionales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y otros instrumentos internacionales. También se hará referencia en este punto a algunas dudas procesales referidas a la

---

<sup>1</sup> *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Uruguay) N. 10 (2014), pp. 197/226.

<sup>2</sup> También he concurrido a comisiones parlamentarias de las dos cámaras y evacuado algunas consultas sobre estos temas lo que implicó la elaboración de material también usado en este momento

competencia de la Suprema Corte (en adelante la Corte) y a la problemática de las disposiciones legales susceptibles de varias interpretaciones.

En segundo término realizaré una aproximación a la libertad de comunicación a los efectos de poder situar correctamente la cuestión.

A continuación analizaré cuáles son los límites que tiene el legislador a los efectos de regular la libertad de comunicación, determinando qué puede hacer, qué no puede hacer y, dentro de lo que puede hacer, cómo debe hacerse.

Recién luego procederé al estudio concreto y particular de la ley 19.307.

## II.

### MARCO JURÍDICO

#### 1. NORMAS CONSTITUCIONALES, INTERNACIONALES Y DECLARACIONES

Las normas centrales son las siguientes. El artículo 29 de la Constitución establece que:

Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 13, establece que:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
  - a. el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o
  - b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

La Carta Democrática Interamericana dispone en su artículo 4:

Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

La declaración americana de 1948 es más parca en la declaración de este derecho (artículo 4). El Pacto de Derechos Civiles y Políticos regula la cuestión en términos similares y en su artículo 20 prohíbe la propaganda en favor de la guerra o que se incite el odio racial, por nacionalidades o religioso.

No menos importante es la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>3</sup>:

---

<sup>3</sup> PREÁMBULO. REAFIRMANDO la necesidad de asegurar en el hemisferio el respeto y la plena vigencia de las libertades individuales y los derechos fundamentales de los seres humanos a través de un estado de derecho; CONSCIENTES que la consolidación y desarrollo de la democracia depende de la existencia de libertad de expresión; PERSUADIDOS que el derecho a la libertad de expresión es esencial para el desarrollo del conocimiento y del entendimiento entre los pueblos, que conducirá a una verdadera comprensión y cooperación entre las naciones del hemisferio; CONVENCIDOS que cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones se limita la libertad de expresión y el efectivo desarrollo del proceso democrático; CONVENCIDOS que garantizando el derecho de acceso a la información en poder del Estado se conseguirá una mayor transparencia de los actos del gobierno afianzando las instituciones democráticas; RECORDANDO que la libertad de expresión es un derecho fundamental reconocido en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Resolución 59(I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Resolución 104 adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, La Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en otros instrumentos internacionales y constituciones nacionales; RECONOCIENDO que los principios del Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos representan el marco legal al que se encuentran sujetos los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos; REAFIRMANDO el Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que el derecho a la libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas sin consideración de fronteras y por cualquier medio de transmisión; CONSIDERANDO la importancia de la libertad de expresión para el desarrollo y protección de los derechos humanos, el papel fundamental que le asigna la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el pleno apoyo con que contó la creación de la Relatoría para la Libertad de Expresión, como instrumento fundamental para la protección de este derecho en el hemisferio, en la Cumbre de las Américas celebrada en Santiago de Chile; RECONOCIENDO que la libertad de

RECONOCIENDO la necesidad de proteger efectivamente la libertad de expresión en las Américas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en respaldo a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, adopta la siguiente Declaración de Principios;

#### PRINCIPIOS

[...] 12. Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.

También debe recordarse la Declaración Conjunta del Décimo Aniversario (*Diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década*)<sup>4</sup>.

## 2. RELACIÓN EXISTENTE ENTRE LAS NORMAS INTERNACIONALES Y LAS CONSTITUCIONALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE

En la sentencia 365, de octubre de 2009, calificada por algunos (por su Considerando final) como la sentencia referida a Derecho Constitucional más importante de la historia de la Corte<sup>5</sup>, se ha señalado:

[...] La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos.

En este sentido, Real enseña que, en nuestro Derecho, es clarísima la recepción constitucional del jusnaturalismo personalista, recepción que emana de conjugar los arts. 72 y 82 de la Carta. Este acogimiento expreso de la esencia humanista del jusnaturalismo liberal convierte a sus elevadas finalidades en principios generales del Derecho positivo, de trascendencia práctica, de los que no puede prescindir la sistematización técnico-jurídica (Real, Alberto Ramón: “El ‘Estado de Derecho’ (Rechtsstaat)” en *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, Montevideo 1957, p. 604).

---

prensa es esencial para la realización del pleno y efectivo ejercicio de la libertad de expresión e instrumento indispensable para el funcionamiento de la democracia representativa, mediante la cual los ciudadanos ejercen su derecho a recibir, difundir y buscar información; REAFIRMANDO que los principios de la Declaración de Chapultepec constituyen un documento básico que contempla las garantías y la defensa de la libertad de expresión, la libertad e independencia de la prensa y el derecho a la información; CONSIDERANDO que la libertad de expresión no es una concesión de los Estados, sino un derecho fundamental (...).

<sup>4</sup> Washington, D.C. el 2 de febrero de 2010, del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

<sup>5</sup> Me remito a lo dicho en “El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia”, en *Estudios Jurídicos*, N. 8, Edit. Universidad Católica del Uruguay, Montevideo 2010, pp. 9/29.

[...] En la misma dirección, Risso Ferrand, citando a Nogueira, observa que “en América Latina hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que reconoce un bloque de derechos integrado por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos implícitos, donde el operador jurídico debe interpretar los derechos buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana” (Risso Ferrand, Martín: *Derecho Constitucional*, tomo 1, 2ª edición ampliada y actualizada, octubre de 2006, p. 114).

Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.

Como señala Nogueira, en la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad (citado por Martín Risso Ferrand, *ob. cit.* ps. 114 y 115).

En este sentido, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados preceptúa que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Por estas consideraciones y como certeramente lo señala la Dra. Alicia Castro, “... al momento de dictarse la ley -y, más tarde, la sentencia- debían tenerse en cuenta los derechos expresamente mencionados por el texto constitucional más los que progresivamente se fueron agregando por la ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos [...]”.

Asimismo, agrega que no se puede dejar de tener en cuenta que el problema trasciende el ámbito interno, puesto que la ley impugnada ha sido observada reiteradamente por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes anuales sobre Uruguay, además de que ha sido cuestionada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva solicitada por Uruguay en 1993 (*ob. cit.* p. 126).

[...] En el ámbito jurisdiccional, cabe recordar algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que declaran nulas leyes de amnistía dictadas para impedir el castigo de los responsables de violaciones graves de derechos humanos y que establecen el deber de los jueces y tribunales nacionales de velar por la aplicación de las normas internacionales frente a “leyes contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos” (sentencia dictada el 14 de marzo de 2001 en el Caso Barrios Altos, interpretada por sentencia de 3 de setiembre de 2001; sentencia dictada el 26 de setiembre de 2006 en el Caso Almonacid Arellano y otros; y sentencia del 29 de diciembre de 2006 en el Caso La Cantuta).

A modo de síntesis, la ilegitimidad de una ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron delitos de esta naturaleza, gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. **Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de constitucionalidad de la Ley Nº 15848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación para dictar el presente fallo<sup>6</sup>.**

En definitiva es claro que la Suprema Corte de Justicia considera que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos resulta directamente aplicable en el ámbito interno con rango constitucional. El fundamento podrá encontrarse en el artículo 72 de la Constitución o en la más moderna noción del “bloque de los derechos humanos”. Ambos fundamentos son complementarios y conducen a las mismas consecuencias.

Asimismo la Corte da gran importancia a consideraciones internacionales, comprendiendo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte IDH y jurisprudencia y derecho extranjero. Esta trascendencia, y hasta podría agregar la necesidad de recurrir a estos elementos, como se verá, no implica, a juicio de la Corte, que los pronunciamientos internacionales sean obligatorios.

### **3. RELACIÓN Y COMPLEMENTO DE LOS ARTÍCULOS 29 DE LA CONSTITUCIÓN Y EL 13 DE LA CONVENCIÓN Y SUS CONSECUENCIAS**

En sentencias posteriores ha dicho la Corte que no puede admitirse contradicción entre las normas constitucionales y las internacionales y, cuando éstas aparecen, debe privilegiarse la Constitución. De todas formas es evidente que esta hipótesis no se da en el caso en estudio ya que el artículo 13 de la CADH es enteramente compatible con el artículo 29 de nuestra Carta. Coinciden en su filosofía y enfoque y el primero viene a ser un desarrollo (con más detalle) del segundo.

O sea, al no haber contradicción sino perfecto complemento y adecuación, siguiendo las pautas de la sentencia 365/2009, ya sea por la vía de considerar que el artículo 13 de la CADH ingresa por la vía del artículo 72 de la Constitución, como en el caso de aceptarse la noción más moderna del “bloque de los derechos humanos” (concepciones no contradictorias, sino complementarias y con similares efectos), se deberán confrontar la ley 19.307 respecto al artículo 29 de la Constitución y al artículo 13 de la Convención.

---

<sup>6</sup> Negritas en el original.

#### 4. COMPETENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Si bien no he visto dudas competenciales en sentencias de la Corte, debe reconocerse que en algunos foros académicos se ha planteado la duda en cuanto a la competencia de la Corte en todos los casos.

El razonamiento es sintéticamente el siguiente: (a) La Constitución confiere competencia exclusiva y originaria a la Corte para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes (artículos 256 y ss.); y (b) Pero cuando se plantea la contradicción de una ley con la Convención no se estaría ante un caso de inconstitucionalidad sino de “inconvenionalidad” y a falta de norma expresa que atribuya competencia a la Corte regirían los principios generales y la competencia para el control de convencionalidad sería difusa.

No creo que pueda compartirse lo anterior pues hay sobrados argumentos para demostrar que la Corte es la competente para analizar contradicciones entre una disposición legal y la Convención. En efecto:

- En la medida que normalmente se superponen los casos de inconstitucionalidad y de inconvenionalidad, admitir la posición anterior destruiría la arquitectura constitucional y se vaciaría parcialmente una competencia que la Carta asigna a la Corte.
- En segundo lugar es claro que todos los casos de inconvenionalidad son a su vez de inconstitucionalidad. Ninguna duda puede quedar conforme el artículo 72. Sostener lo contrario sería lo mismo que pretender que haya derechos inherentes a la persona humana reconocidos por el Derecho Internacional pero que no sean tales conforme el artículo 72. Sería una interpretación inaceptable.
- Y por último, si alguna duda quedara en la materia, debe repararse en que conforme el numeral 1 del artículo 239 de la Constitución, la Corte también tiene competencia exclusiva para conocer en “las cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados”. O sea, incluso por esta vía la Corte sería competente.

En definitiva no puede haber duda alguna en cuanto a que la Corte es competente para declarar la invalidez de una disposición legal sea por contradecir la Constitución o el Derecho Internacional. En ambos casos estamos ante hipótesis, en definitiva, de inconstitucionalidad conforme nuestro derecho positivo.

## 5. LA JURISPRUDENCIA Y OPINIONES DE LA CORTE IDH

Como ya señalé, en la sentencia 365/2009 la Corte hizo mención a la importancia que tiene en temas de derechos humanos ciertas opiniones internacionales (**no deben soslayarse según dijo la Corte**), como las de la Corte IDH, la Comisión Interamericana (CIDH) y otros. Incluso cita jurisprudencia argentina y pronunciamientos de órganos de las Naciones Unidas. Es cierto que en sentencias posteriores la Corte marcó algunos matices o, con mayor precisión, hizo algunos desarrollos complementarios a la sentencia 365/2009. Veamos.

Con la expresión “control de convencionalidad” se hace referencia desde hace algunos años a una tarea que deriva inexorablemente del sistema interamericano de derechos humanos y que consiste en el deber de todas las autoridades nacionales, ejecutivas, legislativas y judiciales, de realizar en el ejercicio de sus funciones, el control mencionado sobre actos, proyectos e incluso para poder determinar cuáles son las medidas o acciones a adoptar.

Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, este análisis no sólo debe comprender la tarea de confrontar los actos internos o soluciones proyectadas con la Convención Americana, sino que también debe repararse en los criterios jurisprudenciales establecidos, entre otros por la propia Corte Interamericana (sentencia 365/2009). Frente a este control de convencionalidad que propicia el máximo órgano interamericano, caben tres respuestas lógicas:

- A) La primera, inaceptable, sería la negación de este control tanto considerando la convención o la convención y la jurisprudencia. Pero esto no sería admisible en la medida que así como el control de constitucionalidad de los actos inferiores está implícito en las constituciones, similar conclusión impone el sistema interamericano de derechos humanos respecto al control de convencionalidad.
- B) La segunda, la propiciada por la propia Corte Interamericana, conduce a la obligatoriedad de realizar siempre un control de convencionalidad que incluya los criterios del tribunal interamericano. La Corte IDH entiende que cuando un Estado fue parte en un proceso la sentencia hace “cosa juzgada” y cuando no fue parte, la interpretación que de la Convención realiza la Corte internacional hace “cosa interpretada”.

Esta posición fue rechazada por la Suprema Corte de Justicia en la sentencia 20/2013, en la que, además de invocar el margen de apreciación nacional, negó que la Corte se viera

“obligada” por estos pronunciamientos (entiendo que se refiere a las sentencias de la Corte IDH dictada en casos en que Uruguay no fue parte).

- A) La tercera, aceptada por la Suprema Corte de Justicia en la sentencia 365/2009 y complementada por la sentencia 20/2013, consiste en (i) la necesidad de confrontar el derecho interno con la Convención y (ii) la necesidad de conocer los pronunciamientos de la Corte IDH y de la Comisión Interamericana aunque no serían obligatorios.

En el caso en estudio, no existe ninguna discordancia o variante entre los criterios de la Corte IDH y los que derivan de la Constitución y de la mejor jurisprudencia uruguaya, por lo que no habrá obstáculo alguno para considerar pautas y argumentos de la Corte IDH compatibles en un todo con nuestro derecho. Las citas del tribunal internacional resultan ilustrativas y oportunas.

## **6. DISPOSICIONES LEGALES SUSCEPTIBLES DE MÁS DE UNA INTERPRETACIÓN**

Hace mucho que, vinculado con la cuestión de inconstitucionalidad de los actos jurídicos inferiores, se desarrolló un principio frecuentemente denominado como “presunción de constitucionalidad”, que aparece además como una incuestionable interpretación “desde” la Constitución. Fernández Segado, siguiendo a García de Enterría, señala que esta presunción implica:

- (a) una confianza en el legislador acerca de su observación y correcta interpretación de los principios constitucionales;
- (b) la imposibilidad de declarar inconstitucional una norma legal salvo en el caso de que exista “duda razonable” sobre su contradicción con la Constitución; y
- (c) la presunción, siempre que sea razonablemente posible, de que entre varias interpretaciones posibles de una ley, el legislador ha querido inclinarse por la que posibilita el mantenimiento de la norma dentro de los límites constitucionales<sup>7</sup>.

Esta presunción se vincula con el principio de conservación de la norma, que procura lograr la compatibilización dentro del ordenamiento jurídico, salvaguardando hasta donde sea posible la voluntad del legislador. El anterior es un criterio interpretativo aceptado

---

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El sistema constitucional español*, Edit. Dykinson, Madrid, 1992, pág. 80 y ss.

habitualmente en el derecho comparado<sup>8</sup> y por nuestra jurisprudencia<sup>9</sup>, y no significa otra cosa que aceptar que cuando una ley sea pasible de más de una interpretación razonable (que no fuerce ni modifique el texto a interpretar) y una de ellas implique una contradicción con la Constitución, no corresponde la declaración de inconstitucionalidad, sino que debe prescindirse de esa posible interpretación optando por la que permite la compatibilización de la ley con la Constitución.

Es interesante recordar que en Alemania, el Tribunal Constitucional<sup>10</sup>, frente a estos casos ha optado: (a) a veces por establecer la inconstitucionalidad de una entre varias interpretaciones posibles de una norma legal; y (b) en otros casos, en forma positiva, ha afirmado cuál es la interpretación de un precepto legal que considera constitucional<sup>11</sup>. Estos tipos de sentencias dan una gran certeza en la aplicación del orden jurídico ya que las partes en el proceso sabrán que la ley es constitucional, pero sabrán con precisión cómo debe interpretarse la ley o cómo no debe interpretarse.

En nuestro país no ha sido esto lo habitual y muchas veces la Corte rechaza la declaración de inconstitucionalidad señalando que hay otras formas de interpretar la disposición legal, pero sin excluir las alternativas hermenéuticas inconstitucionales y sin señalar cuál es la interpretación correcta desde el punto de la compatibilización de la ley con la Carta. Esto ha sido una fuente interminable de problemas en muchísimos casos pues no se declara la inconstitucionalidad pero la ley sigue interpretándose en forma inconstitucional.

Me permito señalar<sup>12</sup> que, sin perjuicio de que no existe norma expresa que habilite estas soluciones, no veo inconveniente en que nuestra jurisprudencia, por aplicación de los principios generales, la utilice. Y en este sentido es posible que la propia Suprema Corte de Justicia, al resolver una petición de declaración de inconstitucionalidad (por cualquier vía), la rechace (por considerar que hay más de una interpretación posible) pero indicando

<sup>8</sup> Al respecto: BIDART CAMPOS, Germán, J., *Algunas reflexiones sobre la globalización desde el punto de vista del derecho constitucional*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 1999, Edit. FKA.

<sup>9</sup> Por ejemplo sentencias de la Suprema corte de Justicia 211/65, 64/67, 29/80, 235/85, 266/86, 184/87, 152/91, 86/93, 234/95. Esta última publicada en "LJU" caso N° 13.033.

<sup>10</sup> El Tribunal Constitucional Federal en el marco de una "interpretación conforme con la Constitución" de una norma del derecho ordinario aclara para sí que determinadas interpretaciones posibles de esa norma no son compatibles con la Ley fundamental, en tal caso ningún otro tribunal podrá considerar constitucionales estas posibles interpretaciones. Ver Schwabe, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del TCF alemán*, Edit. FKA, 2003, pág. 4 y ss. En España, Antonio TORRES DEL MORAL describe las diversas modalidades de la interpretación constitucional que efectúa el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia y cita entre ellas: los llamamientos a los poderes públicos para que actúen, hasta a veces con tintes de reproches; la invitación a la autoridad para que cambie una norma o para que la reforme; la suspensión de algunas expresiones inconstitucionales en un precepto, el que queda redactado de nuevo con eliminación de ellas; la indicación al legislador de que debe incluir ciertas garantías en una ley para que ésta sea constitucional (Citado por BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, edit. Ediar, Buenos Aires, 1995, pág. 393).

<sup>11</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho ... cit.*, pág. 392.

<sup>12</sup> RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional*, tomo I, segunda edición actualizada, FCU, 2006, p. 267 y ss.

expresamente, como fundamento de la sentencia, cuál es la interpretación correcta (conforme a la Carta) de la ley o cuál es la interpretación inconstitucional. A veces puede extraerse esto de las sentencias, pero en algunos casos la Corte simplemente dice que hay más de una interpretación posible, sin que resulte claro al intérprete cuál es la interpretación correcta o al menos cuál es la que no debe utilizarse.

La anterior sería la forma de adecuada, y conforme a derecho, de lograr una sentencia que, efectivamente, resuelva todos los aspectos referidos a la cuestión de inconstitucionalidad planteadas.

### III.

## APROXIMACIÓN A LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN DE PENSAMIENTO

### 1. TRASCENDENCIA DE LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN

La libertad de comunicación de pensamientos aparece, dentro del elenco de los derechos humanos, con una trascendencia especial. La Corte IDH ha destacado a través del *estándar democrático* que la libertad de expresión es un valor que cuando se pierde pone en peligro la vigencia de los principios esenciales para la existencia de un sistema democrático<sup>13</sup>. También Barbagelata ha señalado que la libertad de expresión aparece con un doble carácter: como derecho propiamente dicho y como garantía de los restantes derechos humanos. Agregaba este autor que este derecho es inseparable de los restantes derechos humanos, ya que si no hay libertad de expresión del pensamiento ninguna otra libertad estará segura, ya que estará cerrado el camino para hacer causa común contra los abusos<sup>14</sup>.

Asimismo, forzoso es reconocer, como ha hecho la Suprema Corte de Justicia, que esta libertad “es uno de los derechos esenciales para fortalecer la democracia [...]”. Incluso se ha dicho desde otro plano: “[...] la libertad de prensa [...] más que un derecho individual (de defensa) del ciudadano frente al Estado [...] (es) una institución indispensable del Estado democrático [...]”<sup>15</sup>.

De Esteban y López Guerra, luego de recordar la declaración de 1789 en cuanto a que “los no autoritarios consideran la libertad de expresión como la más valiosa de las garantías

<sup>13</sup> Opinión Consultiva 5/85.

<sup>14</sup> BARBAGELATA, Aníbal, “La libertad de expresión como medio de proteger los derechos humanos en Uruguay”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, FCU, Montevideo, 1978, pág. 27 y 28.

<sup>15</sup> LJU caso 13.189. SCJ sentencia de 23 de octubre de 1996.

constitucionales”, señalan que la libertad de expresión es una condición previa de todos los derechos de participación política, especialmente el derecho al voto y el derecho a constituir partidos políticos y grupos de interés. En síntesis, sin descartar ni desmerecer su condición de derecho fundamental, señalan que este derecho aparece además como una garantía institucional, afirmación que efectúan sobre la base de la importancia que la propia Constitución española otorga al pluralismo político e ideológico<sup>16</sup>.

## 2. FUNDAMENTOS BÁSICOS

El fundamento de lo anterior y las bases principales del diseño constitucional e internacional son muy claras y encontramos tres grandes fundamentos (o categorías de fundamentos) para apreciar el alcance de esta libertad y sus consecuencias<sup>17</sup>.

En primer lugar esta libertad resulta básica para el propósito de los seres humanos de descubrir la verdad. Cada vez que se silencia o restringe una opinión, manifestación o similar, se puede estar afectando algo idóneo para alcanzar la verdad. El juez Oliver Wendell Holmes usaba la metáfora del “*marketplace of ideas*”, para referir a que todas las expresiones debían competir libremente en ese mercado ideal para que cada sujeto pueda determinar cuáles son las que prefiere, las que comparte, las que rechaza, etc.

En segundo lugar esta libertad es básica para que pueda funcionar un sistema democrático. Sólo mediante el debate y la difusión de ideas, hechos, acontecimientos, etc. se podrá lograr una sociedad democrática, en las que se respeten los derechos de las minorías (que mañana podrán ser mayorías conforme la democrática alternancia en el poder) y se evitará que los gobernantes se perpetúen (se previenen abusos de poder y se protege al disidente).

En tercer lugar esta libertad permite el desarrollo de las capacidades racionales de los individuos quienes, enfrentados a las distintas posiciones, ideas, valores, opiniones, informaciones y expresiones, tomarán sus propias decisiones o las modificarán libremente. Un aspecto básico en este punto refiere a la posibilidad de participar libremente en los debates públicos y de exponer sus propias ideas sin temor a sufrir represalias o consecuencias perjudiciales por sus afirmaciones. No puede aceptarse que la expresión de una opinión termine siendo un acto de valentía o sacrificio personal, cuando el emisor se enfrenta a la cárcel o

---

<sup>16</sup> DE ESTEBAN, Jorge, y LÓPEZ GUERRA, Luis, *El régimen constitucional español*, Edit. Labor Universitaria, Barcelona, 1980, pág. 165 - 166.

<sup>17</sup> Al respecto: SULLIVAN, Kathleen M. y GUNTHER, Gerald, *Constitutional Law*, Fifteenth edition, Foundation Press, New York, New York, Thomson West, 2004, pág. 987 y ss. CHEMERINSKY, Erwin, *Constitutional Law, Principles and policies*, third edition, Aspen Publishers, New York, 2006, pág. 926 y ss.

cualquier otra consecuencia negativa por exteriorizar sus opiniones o por informar sobre hechos. Esto conduce a una suerte de auto censura o censura indirecta (miedo a una sanción)<sup>18</sup>.

Estas tres razones se vinculan fuertemente con un valor superior como es la promoción de la tolerancia.

### **3. EL GOBIERNO NO DEBE INCIDIR EN LO QUE LA GENTE VE O ESCUCHA**

A su vez se pueden encontrar argumentos en favor de la libertad que se plantean en forma negativa. Es claro que el gobierno es manifiestamente incompetente para regular esta libertad. Primero, en la medida que no puede el gobierno de turno determinar en ningún grado lo que algunos expresan ni lo que otros leen, escuchan o ven. Además la historia enseña que todo control sobre esta libertad termina siendo, en forma consciente o inconsciente, a la corta o a la larga, dañina para la libertad y se tiende a privilegiar ciertas opiniones, creencias, o deseos del gobierno en perjuicio de otros que serían los disidentes. El gobierno de turno no es el indicado para intervenir en estos temas salvo en casos muy precisos que se verán más adelante.

En este punto debe recordarse la evidente triple distinción que se presenta en la materia: (a) En primer término la libertad de conciencia o de pensamiento, que aparece dentro del ámbito privado de cada sujeto y que no puede ser objeto de intromisiones. (b) En segundo lugar el derecho de *expresión* de pensamientos que supone, obviamente, la posibilidad de exteriorizar el pensamiento de un sujeto. Y (c) por último, la libertad de *comunicación* del pensamiento —a la que expresamente refiere el artículo 29 de la Constitución—, y que aparece como un derecho más amplio que la mera expresión. Señalaba Cassinelli Muñoz que la *comunicación* del pensamiento si bien lleva implícito el derecho de *expresión* (cualquier sujeto puede exteriorizar sus propias ideas), abarca además a un sujeto distinto al emisor del pensamiento, alcanza también al receptor<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Al respecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, recaída en el caso “New York Times v. Sullivan”, sigue siendo un referente y sus conceptos han sido reafirmados en la jurisprudencia y normativa latinoamericana en la materia (STONE, Geoffrey R., SEIDMAN, Louis Michael, SUNSTEIN, Cass R., TUSHNET, Mark V., KARLAN, Pamela S., *Constitutional law*, Edit. Aspen Publishers, New York, 2005, pág. 1164 y ss. Y SULLIVAN, pág. 1056 y ss.

<sup>19</sup> CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho Público*, FCU, 1987, vol. I, pág. 63. Ver también BARBAGELATA, Aníbal, en *Teoría de Gobierno* de Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, tomo II, FCU, 1983, pág. 177.

## IV.

### DETERMINACIÓN DE QUÉ PUEDE HACER LA LEY EN MATERIA DE REGULACIÓN DE LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN

Partiendo de los artículos 29 de la Constitución uruguaya y 13 de la CADH, y tomando en especial consideración las interpretaciones realizadas por la Suprema Corte y la Corte IDH, podríamos sintetizar el marco dentro del cual sería posible la regulación de esta materia, en los siguientes términos:

#### 1. MATERIA PROTEGIDA Y MEDIOS POSIBLES

Es claro que no puede excluirse, con carácter general, ninguna materia como objeto de la libertad de comunicación del pensamiento. *Toda materia*, política, social, económica, deportiva, internacional, artística, comercial, publicitaria, etc. queda comprendida en el artículo 29 de la Constitución. *De toda índole* habla el artículo 13 de la CADH.

Y en cuanto a los medios la Constitución es clara al referir a la libertad de comunicación por “palabras, escritos privados o publicados en la prensa o por *cualquier otra forma de divulgación*”. Es claro que todo medio o forma de difusión está protegida conforme a la Constitución. En el mismo sentido el artículo 13 numeral 3 de la CADH refiere expresamente a que no puede restringirse el derecho de expresión por medios indirectos y menciona varias formas de difusión: periódicos, frecuencias radioeléctricas y luego agrega y “por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. En otras palabras no es admisible limitar el uso de cualquier medio idóneo para la difusión del pensamiento.

#### A) **Pensamiento, expresión y comunicación o difusión**

La Suprema Corte en forma implícita y la Corte IDH en forma explícita, han considerado que estos conceptos son inseparables e indivisibles.

#### B) **Doble condición de la libertad de comunicación**

Aun cuando no haya sido tratado el punto expresamente por la Suprema Corte ni por la Corte IDH, es claro que la libertad de expresión y comunicación tiene su lado positivo y su lado negativo, pues comprende tanto el derecho de expresar y comunicar como el de no hacerlo.

### **C) Prohibición de censura previa**

La censura previa está prohibida y si bien la CADH la habilita para la protección de la infancia y la adolescencia (numeral 4 del artículo 13), la debida armonización con la Constitución uruguaya y la aplicación de la directriz de preferencia de normas, conduce a que en ningún caso sea admisible la censura previa en Uruguay (Corte IDH, caso “Olmedo Bustos y Otros: La última tentación de Cristo”).

### **D) Otros medios de restricción de esta libertad prohibidos**

Conforme el numeral 3 del artículo 13 de la Convención, no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el **abuso de controles oficiales** o particulares de papel para periódicos, **de frecuencias radioeléctricas**, de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. Así se ha señalado que los controles sobre el uso de frecuencias radioeléctricas deben ser los mínimos impuestos por razones técnicas. Ya se señalaron algunos ejemplos: arbitrarios manejos de la ciudadanía con el propósito de excluir a ciertas personas, amenazas de clausura o revocación de licencia contra los medios, ataques contra periodistas, etc. Al respecto: Corte IDH caso “Ivcher Bronstein”, “Ríos y Otros” y “Perozo y Otros”.

Tampoco es admisible el establecimiento para el desempeño de las funciones de comunicación y periodismo de limitaciones tales como exigencias de títulos u otros requisitos para el ejercicio del periodismo. Al respecto puede verse la Opinión Consultiva 5/85 de la Corte IDH entendiendo inválida la exigencia de título previo para poder desempeñarse como periodista.

### **E) Responsabilidades ulteriores<sup>20</sup>**

Asimismo, en lo referente a las responsabilidades ulteriores surgen pautas muy claras tanto de la Constitución como de la Convención (O.C. 5). A saber:

- a. No se castiga el ejercicio de la libertad sino el **abuso** en dicho ejercicio. Al responsabilizar a un sujeto no se le está sancionando por haber hecho uso de su derecho constitucional, sino por los abusos o excesos cometidos en dicho ejercicio.

---

<sup>20</sup> Al respecto casos de la Corte IDH: Herrera Ulloa.

## b. Asimismo rige plenamente el principio de legalidad<sup>21 22</sup> y toda restricción

<sup>21</sup> Este principio presenta un triple fundamento: uno histórico, otro basado en el principio de separación de poderes y un fundamento democrático (me remito a lo dicho en *Algunas garantías* cit., p. 77 y ss.) Por ejemplo, en la Opinión Consultiva 6/86, de 9 de mayo de 1986, solicitada por la República Oriental del Uruguay, la Corte señaló que: (a) El artículo 30 de la Convención establece que *las restricciones permitidas, de acuerdo a la Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.* [...] Por ello, los actos estatales que afecten la protección de los derechos humanos deben estar rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos esenciales de la persona, dentro de los cuales el más relevante refiere a que las limitaciones sean establecidas por ley adoptada por el Poder Legislativo, a través de un procedimiento que no sólo se inviste del asentimiento de la representación popular, sino que permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política e influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente (Como ya se dijo anteriormente, es evidente que la menor representatividad del Ejecutivo lo coloca en peores condiciones que el Legislativo como garante de los derechos humanos).

La jurisprudencia internacional ha recogido invariablemente este principio de legalidad a la hora de limitar derechos humanos. Por ejemplo puede verse de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos: casos BARUCH IVHGER BRONSTEIN v. PERÚ y CANESE V. PARAGUAY. Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: casos CASADO COCA v. ESPAÑA y el caso EX REY DE GRECIA v. GRECIA.

La vieja discusión en doctrina respecto a qué es la ley parece estar prácticamente superada (Me remito a JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional* cit. tomo I, pág. 225 y ss. KORZENIAK, José, *Derecho Constitucional 2º* cit. pág. 76 y ss., etc. También me remito a *Derecho Constitucional... cit.*, capítulo XVIII. Ver especialmente ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, “La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia sobre los decretos de los Gobiernos Departamentales que tienen fuerza de ley”, en *Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo IX, N° 49) y es claro que cuando la Constitución utiliza la expresión “ley”, se está refiriendo exclusivamente a los actos expedidos mediante el procedimiento constitucional para la sanción de las leyes (artículo 133 y ss. de la Carta), y también a los casos de procedimientos especiales: urgente consideración (artículo 168 numeral 7º) y leyes de presupuesto y de rendición de cuentas (artículo 214 y ss.). Asimismo siempre ha existido y existe unanimidad en cuanto a que nunca puede equipararse a la ley un acto administrativo del Poder Ejecutivo y menos de un órgano subordinado.

Pero las dudas aumentan cuando se trata de definir qué se puede dejar para la reglamentación de la ley. FERNÁNDEZ SEGADO (FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *La dogmática de los derechos humanos*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, pág. 109 y 110. Ver también: SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1997, tomo II pág. 699 y ss.), recuerda la sentencia 83/1984 del Tribunal Constitucional español en cuanto a que el principio de reserva a la ley entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho siendo su significado último el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que quedan exentos de la acción del ejecutivo. Pero “el principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley. Esto se traduce, a su vez, en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que el Tribunal resume en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley”. “En definitiva, el principio de reserva de ley debe entenderse en el sentido de una ley expresa, exigencia que se vulnera con cláusulas formales deslegalizadoras que suponen la reducción del rango normativo de una materia regulada por norma legal en el momento en que se dicta la Ley deslegalizadora”. Por sentencia 42/1987 el Tribunal español ha dicho que es inconstitucional no sólo la regulación reglamentaria de infracciones y sanciones carentes de base legal, sino también, en el ámbito de las relaciones de sujeción general, la simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido propio, para la tipificación de ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras. Aclara FERNÁNDEZ SEGADO (FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El sistema político español*, Edit. Dykinson, Madrid, 1992, pág. 487 y ss.) que de esta forma, “el principio de reserva de ley no sólo incide sobre la posible remisión a normas reglamentarias sino que, asimismo, acota la propia libertad de acción del legislador, en cuanto que éste se ve constreñido a dotar a la Ley de “suficientes referencias normativas de orden formal y material”, que permitan, de una parte, conocer que la manifestación de voluntad es propiamente del legislador, y de otra, delimitar la actuación ulterior del Gobierno al adoptar las oportunas medidas de ejecución de aquella voluntad”. Las remisiones o habilitaciones deben ser un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o la propia ley.

También puede verse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán la sentencia de 12/11/58 en el mismo sentido (SCHWABE, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, febrero de 2003, pág. 356 (sumario).

BÜLOW ha señalado que el “ejercicio de la potestad reglamentaria requiere de una “habilitación [...] Está excluida la autorización en blanco [...] las condiciones de un reglamento [exigen que]: a) Se debe disponer de una

debe estar establecida en la ley<sup>23</sup>. Pero a su vez ha aclarado con razón la Corte IDH, entre otras, en la Opinión Consultiva 5/85, que:

- todos los elementos referidos a la restricción deben estar expresamente establecidos en la ley (Corte IDH caso Kimel y Tristán Donoso: en un caso se cumple con la pauta y en el otro no por lo que se invalida);
  - la ley debe ser previa a la conducta respecto a la cual se desea hacer valer la responsabilidad;
  - la regulación legal, que no puede ser en blanco ni abierta, además de completa debe ser clara y precisa (no se admiten términos vagos, muy amplios, etc.) (Corte IDH caso Kimel y Tristán Donoso: en un caso se cumple con la pauta y en el otro no);
  - la regulación debe realizar una enumeración taxativa de las obligaciones y de los casos en que pueda comprometerse la responsabilidad de algún sujeto derivada del ejercicio de la libertad de comunicación (OC 5/85);
  - la ley regulatoria debe necesaria y exclusivamente perseguir los fines permitidos por el artículo 13 de la Convención (todo otro fin será no permitido y por ende contrario a la CADH);
  - las limitaciones deben ser más que necesarias, imperiosas para lograr los fines habilitados (OC 5/85 y “Fontevicchia y D’amico”); y
  - cada disposición legal debe poder sortear el juicio de proporcionalidad que se verá más adelante.
- c. En la medida que tanto el recurso a la responsabilidad penal como civil pueden constituir afectaciones de esta libertad (se podría limitar indirectamente a los emisores por miedo a las responsabilidades posteriores), se ha destacado: a) si bien los funcionarios públicos o las personas vinculadas a los temas de interés público mantienen su derecho al honor, éste se ve limitado y acotado de forma de permitir la información sobre hechos de interés periodístico; y b) tanto las

---

habilitación legal. b) Tal ley deberá hacer referencia al contenido, finalidad y alcance de la autorización. c) Sólo el Gobierno Federal [...] pueden ser habilitados. d) En el reglamento se deberá mencionar el fundamento legal. El mandato de determinación (contenido, fin y alcance) asegura la responsabilidad parlamentaria” (BÜLOW, Erico, “La Legislación”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Segunda edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2001, pág. 753 y ss.). En definitiva, la ley debe contener la regulación “directa, completa y detallada y sólo son aceptables las remisiones a la reglamentaciones en temas de detalle, operativos, técnicos, siempre debidamente justificados.

<sup>22</sup> También Opinión Consultiva 5/85.

<sup>23</sup> En la Opinión Consultiva N° 6, solicitada por Uruguay, se aclaró que la expresión ley refiere a los actos legislativos aprobados por las cámaras legislativas y promulgados por el Ejecutivo.

- sanciones penales como las civiles, además de cumplir con el precedente numeral 2, deben ser necesarias y no excesivas.
- d. Siguiendo a Cassinelli podríamos agregar en este punto que si bien es la ley la que debe definir, con claridad, qué es *abuso*, el legislador no tendrá discrecionalidad en la materia, sino que deberá atenerse a los criterios y filosofía constitucionales, a riesgo de que la ley resulte inconstitucional.
  - e. Toda restricción dispuesta por ley debe perseguir alguno de los fines taxativamente establecidos en el propio artículo 13 de la Convención (otro fin o propósito no está permitido).
  - f. Pero ha aclarado la Corte IDH que no basta con que la restricción de la libertad de comunicación ser oportuna o conveniente a ojos del legislador, sino que debe responder a justas e imperiosas necesidades. No será admisible una limitación cuando no se funda en una necesidad imperiosa, impostergable.
  - g. Los fines, taxativamente enumerados en la Convención, son: a) el respeto de los derechos y reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas; c) protección de la infancia y adolescencia; y d) las prohibiciones del numeral 5 del artículo 13.

Es claro que estos fines (en especial los señalados con letra “b”) deben ser interpretados, en tanto habilitación para la limitación de un derecho fundamental, en forma estricta o restrictiva y conforme un severo juicio de proporcionalidad. De lo contrario fácil es advertir los excesos que pueden cometerse invocando la moral, la seguridad nacional o el orden público.

- h. Debe insistirse en que toda restricción a la libertad de comunicación del pensamiento, además de perseguir los fines taxativamente previstos en el artículo 13 de la Convención, deben poder sortear con éxito un juicio de proporcionalidad<sup>24</sup>. Esto significa que:

---

<sup>24</sup> Al respecto: ALEXY, Robert *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Segunda reimpresión, 2001. ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Edit. Fundación Beneficentia et peritia iuris, Madrid, 2004, pág. 32 y ss. Me remito a los casos del Tribunal Constitucional alemán citados en SCHWABE, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal alemán*, Ediciones Gustavo Ibañez, Bogotá, febrero de 2003. SAGÜÉS, Néstor, *Elementos de Derecho Constitucional*, tomo II, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 698-702. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales*, tomo I, Librotecnia, Santiago de Chile, 2007, pág. 97 y 98. FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Universidad Rey Juan Carlos, Edit. Dykinson, primera edición, Madrid, 2008, pág. 61 y ss. Y también: RISSO, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, segunda edición

- Debe analizarse la *idoneidad* de la restricción para alcanzar el fin perseguido (fines que sólo serán admisibles si son de los previstos en el artículo 13 de la CADH).
- Si se cumple el primer paso debe pasarse a la *necesariedad*, conforme a la cual sólo será admisible la restricción cuando no exista otro medio o forma de alcanzar el fin perseguido que limite en menor medida la libertad de comunicación o que no la limite.
- Y superados los dos pasos anteriores, se debe llegar a la *ponderación en sentido estricto*, conforme la cual se debe considerar por un lado la gravedad de la restricción a la libertad de comunicación que ocasiona la restricción legal y por otro lado los argumentos a favor de la obtención de los fines perseguidos con la limitación<sup>25</sup>. A los efectos de esta ponderación debe tenerse presente que la limitación de la libertad de comunicación, en tanto garantía del sistema democrático y de los otros derechos, debe considerarse en principio grave, por lo que se exigirá una muy fuerte justificación de la limitación. Una sanción administrativa, civil o penal desproporcionada o excesiva constituye un medio indirecto de ataque a la libertad de comunicación (censura indirecta) conforme la Corte IDH en el caso Ricardo Canese).

## **F) Autoridades de contralor**

Respecto a las autoridades de contralor hay algunas pautas que resultan claras y no son cuestionadas por nadie:

- Deben ser independientes del poder político (especialmente del Ejecutivo) y de los agentes económicos y de los propios controlados. Este es un tema especialmente sensible y que resulta, en mi opinión, casi imposible de lograr.
- La actuación de estas autoridades debe cumplir con estándares de transparencia muy altos y la motivación de sus decisiones deberá ser especialmente clara cuando establezca sanciones o limitaciones a la libertad en estudio.
- También debe ajustar su actuación a las pautas de subsidiaridad, razonabilidad y proporcionalidad.

---

actualizada, FCU, 2008, pp. 120/136, del que surge con claridad la aplicación ineludible de este principio para la Constitución uruguaya. También la Corte IDH ha utilizado en muchas oportunidades este principio, tal como se señala en el trabajo de mi autoría (*¿Qué limitaciones legales ... cit.*) genéricamente citado al inicio de este trabajo.

<sup>25</sup> La doctrina y la jurisprudencia alemana primero, luego la europea y la propia Corte IDH, han desarrollado técnicas, criterios o pautas para realizar este análisis. La determinación, como hace Alexy, del grado de afectación de cada interés en tres grados (afectación grave, media o leve) es un buen inicio sin perjuicio de otras alternativas.

- Sin perjuicio de que se debe asegurar el debido proceso en sede administrativa, debe existir un recurso judicial sencillo y rápido contra las decisiones de las autoridades que menoscaben la libertad o impongan sanciones de cualquier tipo o hagan valer responsabilidades.

### **G) Monopolios**

Existe coincidencia en que es imprescindible el combate a los monopolios de hecho o de derecho, incluso los públicos. Debe sí tenerse presente que, como se destacó en el numeral 12 de la *Declaración de Principios sobre Libertad de Pensamiento de la CIDH*, **el combate a los monopolios no debe ser objeto de regulaciones especiales para la comunicación de pensamiento, sino de las mismas regulaciones generales existentes para la actividad privada.**

Esta exigencia, en sí misma, constituye una garantía para esta libertad pues se evita la tentación de la regulación arbitraria o torcida que pretenda afectar la libertad de comunicación.

## V.

---

### ESTUDIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 19.307

#### **1. OBJETO DE LA LEY, SUJETOS COMPRENDIDOS Y PRINCIPIO DE IGUALDAD**

El artículo 1º dispone:

**ARTÍCULO 1º.** (Objeto de la ley).- Esta ley tiene por objeto establecer la regulación de la prestación de servicios de radio, televisión y otros servicios de comunicación audiovisual.

Se entiende por servicio de comunicación audiovisual un servicio que proporciona una oferta estable y permanente de señales de radio o televisión.

Comprende, por tanto, una o más programaciones, con su respectivo formato, cada una de ellas entendida como la planificación y organización, en forma coherente, de una serie de programas de radio o televisión.

No son objeto de regulación en la presente ley:

Los servicios de comunicación que utilicen como plataforma la red de protocolo internet. [...]

Punto de partida para el análisis de este artículo. En nuestro país la televisión y radio tienen cuatro modalidades básicas: modalidad abierta a través del espectro, modalidad cable,

modalidad satelital y modalidad a través de internet. Las cuatro variantes son similares, transmiten las mismas cosas, venden publicidad, etc.

El literal A transcripto excluye de la regulación legal los servicios de comunicación audiovisual que utilicen como plataforma internet. Esta exclusión, a primera vista, llama la atención. En efecto, la ley regula los principios de la comunicación audiovisual, la protección de los menores, la publicidad en general y en particular la electoral y las normas de protección de niños y adolescentes, los fines que debe perseguir la comunicación audiovisual, el régimen de sanción, etc. ¿Cuál es la razón para que, por ejemplo, un programa informativo de un canal de televisión abierta esté sometido a un régimen estricto (que como se verá vulnera claramente la libertad de comunicación y la especie de libertad de prensa), mientras que un programa exactamente igual, hasta con los mismos periodistas o actores, que se emite a través de internet tiene un régimen distinto? ¿Por qué razón la emisión de programas por internet que realiza Antel (y otras empresas privadas) no tiene restricciones de contenidos ni obligación de emitir programas que cumplan con las pautas legales de producción nacional, ni obligación de emitir publicidad electoral gratuita, ni tienen los importantes costos que la ley impone a los comprendidos en ella? ¿A los niños hay que protegerlos en televisión abierta y para abonados y en radio pero no frente a los programas de Antel y otros operadores privados a través de internet.

O en general: ¿por qué un régimen de libertad plena para empresas nacionales que hacen televisión a través de internet y otro de limitaciones graves para la televisión abierta, para abonados, satelital y radio?

El principal operador de servicios audiovisuales a través de internet es Antel, por lo que llama la atención que un servicio descentralizado pueda tener mayor libertad en materia de comunicación que entidades privadas. Las entidades estatales no son titulares de derechos fundamentales ni se rigen por el principio de libertad sino por el opuesto principio de especialidad. Los particulares pueden hacer todo aquello que no esté prohibido por ley mientras que Antel sólo puede hacer aquello para lo que está autorizado. La ley lleva la situación a un absurdo de que, quien efectivamente goza de libertad es Antel y en general los operadores que actúan a través de internet<sup>26</sup>.

Basta una primera lectura de la ley para que esta diferenciación rompa los ojos y genere una cierta perplejidad.

---

<sup>26</sup> Incluso cabe destacar que se limita a las empresas nacionales que no operan en Internet dejando fuera a las que usan esta plataforma. Por esto queda sin regulación estatal otras entidades internacionales: Netflix, Crackle, etc.

Este principio de igualdad aparece como un principio general de nuestro Derecho Constitucional y como un derecho de los individuos. Claro que la igualdad presenta una diferencia esencial con todos los demás derechos humanos que consiste en ser un derecho sin contenido propio sino que asegura que, en el goce y protección de cada derecho humano, todos tienen derecho a un estatuto similar sin que sean válidas las diferenciaciones.<sup>27</sup> Es lo que Fernández Segado, entre otros, denomina derecho relacional<sup>28</sup>.

Pero centrandolo en la igualdad ante la ley, debe tenerse presente que la formulación histórica decimonónica de la igualdad, tuvo consecuencias en la propia caracterización de la ley, ya que ésta habría de configurarse como: universal (con validez frente a todos los ciudadanos), general (como exclusión de las leyes singulares) y de duración indefinida (vocación de permanencia).

Este tipo de igualdad tiene consagración expresa en nuestra Constitución, cuando en el artículo 8º se prevé que “todas las personas son iguales ante la Ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes”. No se puede, en principio, hacer diferencias que no respondan a las virtudes y talentos de los sujetos. Esta enunciación general se completa con el artículo 9º que prohíbe la fundación de mayorazgos y establece que ninguna autoridad de la República podrá conceder título alguno de nobleza, ni honores o distinciones hereditarias.

La igualdad ante la ley se materializa, entonces, básicamente en dos aspectos: (a) en la prohibición de fueros y leyes especiales (excepto claro está, las excepciones constitucionales), y (b) en una igual protección por parte de las leyes. Este es el principio general, todos los individuos deben recibir el mismo tratamiento y protección en el goce de los derechos. El principio general es la igualdad y toda diferenciación será de excepción y por ende de interpretación estricta y requerirá una justificación apropiada como en toda limitación de un derecho humano.

Sin perjuicio de lo anterior es bien sabido que el principio de igualdad ante la ley no impide, a veces, una legislación para grupos o categorías de personas especiales, sino que esta diferenciación puede ser admitida, por excepción, siempre que se cumplan con algunos requisitos específicos. Esto es básico. Si la ley no cumple con estos requisitos la misma será inconstitucional por violar el principio en análisis. No puede la Corte constitucional ser tolerante con el Legislador a la hora de analizar las distinciones que se hayan creado sino que,

---

<sup>27</sup> Me remito a lo dicho en *Derecho Constitucional ... cit.*, tomo I pág. 502.

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El sistema constitucional español*, Edit. Dykinson, Madrid, 1992, pág. 194.

por el contrario, deberá ser exigente a los efectos de aceptar una excepción a un principio constitucional. Se debe defender primero la Constitución y luego la ley.

La Corte, siguiendo a Jiménez de Aréchaga quien a su vez seguía una jurisprudencia estadounidense abandonada en dicho país hace más de 60 años (la tristemente recordada noción de “iguales pero separados” que era muy tolerante con las distinciones que realizaba el legislador y que permitía por ejemplo que existiera transporte y escuelas para blancos y otras separadas para negros), ha sido históricamente tolerante con el legislador y ha aceptado distinciones que no serían aceptadas conforme con los criterios modernos<sup>29</sup>. Pero en los últimos pronunciamientos ha eliminado las citas a la citada y desafortunada jurisprudencia y ha comenzado un cambio de jurisprudencia.

¿Cuáles son los criterios, pautas de análisis o parámetros para aceptar que una ley que legisla para un “grupo” de individuos es ajustada al principio de igualdad? Al respecto señalé anteriormente que<sup>30</sup>:

[...] A los efectos de intentar dar la máxima claridad al análisis de estos criterios, se utilizará a continuación la terminología que en general (aunque no siempre) es utilizada por la jurisprudencia española contemporánea y por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos.

### **a) El juicio de razonabilidad**

En primer término corresponde mencionar el juicio de razonabilidad, pero entendiendo el mismo como referido a la causa de la distinción, o con mayor precisión a la razonabilidad de la causa de distinción.

En lo que refiere a las causas de distinción podemos plantear el problema al menos en tres niveles diversos:

En primer lugar, y como ha desarrollado con precisión Korzeniak, de la lectura de nuestra Constitución surgen diversas hipótesis en que la propia Carta impone, con variable alcance, la pertinencia de las distinciones<sup>31</sup>. Por ejemplo en lo que refiere a los menores de edad, los artículos 40 y siguientes de la Constitución dan la pauta clara de que la distinción entre mayores y menores de edad no sólo es razonable sino que en la mayoría de los casos, según las hipótesis que se analicen, la distinción resulta imperativa.

---

<sup>29</sup> RISSO, Martín, “Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay”, en *Revista de Derecho*, N° 05, Edit. Universidad Católica del Uruguay, 2010, pp. 171/191.

<sup>30</sup> Me remito a RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional... cit.*, pág. 504/509.

<sup>31</sup> KORZENIAK, José, *Derecho Constitucional 2° cit.*, pág. 82 y ss.

En estos casos la causa razonable de la distinción se encontrará en el propio texto constitucional, por lo que el análisis de la razonabilidad de la misma no presentará dificultades de tipo alguno.

En un segundo nivel encontramos casos en que si bien la Constitución, en cierta forma, admite la posibilidad de la distinción, la misma por lo general no surge como preceptiva sino que se da una amplia discrecionalidad al legislador para su utilización o no. Esto competencia de la Asamblea General de expedir leyes para el fomento de la ilustración, agricultura, lo encontramos por ejemplo en el artículo 85 numeral 3º cuando habla de la industria, etc. Con base en esta norma, en forma implícita, se autoriza al legislador a dictar normas particulares por ejemplo para los sujetos comprendidos en la categoría de industriales, pero bien podrá la ley no efectuar distinciones de tipo alguno.

Por último, encontramos hipótesis en que no surge de la Constitución, ni en forma explícita ni implícita, la causa de ciertas distinciones. En estos casos era necesario analizar la razonabilidad de la causa de distinción, pero no buscando la misma en la Constitución, sino constatando que no resulten arbitrarias o caprichosas, y que no resulten contrarias a lo dispuesto en la Carta.<sup>32</sup> [Recuérdese que el principio general es el de igualdad y la excepción la diferenciación; el primero se interpreta en forma expansivo y la excepción en forma estricta e incluso restrictiva]

### **b) Finalidad legítima**

El segundo elemento esencial para el análisis de la constitucionalidad de la diferenciación consiste en que exista una finalidad, y que ésta sea legítima. Si el factor diferencial no responde a ningún fin, si es puramente gratuito, deberá tacharse de arbitrario. De la misma forma, cuando existe, la finalidad debe ser legítima.

Nuevamente nos encontramos con que a veces la finalidad de algunas distinciones o categorizaciones está expresamente establecida en la Constitución. En el caso ya citado de los menores de edad sólo será constitucionalmente legítima la finalidad de proteger a los mismos. En otros casos en cambio, el legislador gozará, eventualmente, de una mayor discrecionalidad para seleccionar el fin perseguido.

Al igual que ocurre al estudiar los elementos esenciales o constitutivos del acto administrativo, la distinción entre la causa de la diferenciación y la finalidad de la diferenciación resulta útil, ya que bien podemos encontrar casos en que la causa o motivo de la distinción

---

<sup>32</sup> Sentencia N° 42 de 30 de setiembre de 1993. En *Rev. Urug. de Derecho Constitucional y Político*, tomo X, N° 60, pág. 676 y ss. También en *LJU* caso 12.777. MARABOTTO LUGARO (redactor), TÖRELLO, ALONSO DE MARCO, MARIÑO CHIARLONE, CAIROLI MARTÍNEZ.

sea razonable pero la finalidad sea ilegítima, o bien a la inversa. Por ejemplo, una ley que distinga entre mayores y menores de edad tendrá una causa de diferenciación constitucionalmente válida, pero si la finalidad no es la de proteger a los menores el fin será ilegítimo. También podemos imaginar casos inversos, en que la causa sea inconstitucional, aunque la finalidad sea legítima.

### **c) El juicio de racionalidad**

Pasando al tercer elemento para el análisis de la constitucionalidad de la diferenciación, debe señalarse que se requiere además que pueda efectuarse un juicio de racionalidad, que se aprecia en la relación medio-fin.

La razonabilidad atiende a la causa justificante de la distinción, a esto se suma la constatación de la legitimidad de la finalidad de la diferenciación, y por último aparece la racionalidad que atiende a algo estructuralmente interno, que es la relación positiva entre medios y fines<sup>33</sup>.

### **d) El triple test en el caso en estudio**

Si aplicamos lo anterior al artículo 1 de la ley en estudio es evidente que no puede superar el triple test. Veamos:

La causa razonable de la distinción no está presente en el artículo 1°. En efecto: ¿a qué causa puede responder dar diversa regulación a actividades que son similares? E incluso ¿por qué dar una regulación restrictiva de la libertad de comunicación a la televisión abierta y para abonados o las radios y un régimen de amplísima libertad a servicios de comunicación audiovisual sustancialmente similares y cuya única diferencia radica en la plataforma internet? ¿A qué causa puede responder que a los menores se los proteja más en un caso que en otro cuando la actividad es similar y muchísimos de los programas son similares o se transmiten por una u otra modalidad o las dos acumulativamente?

La arbitrariedad se aprecia sin dificultad. Son cuatro las modalidades de televisión: las que usan el espectro (abierta), satelital, cable e internet. Si se quiere regular distinto a cual-

---

<sup>33</sup> El Tribunal Constitucional español, en sentencia 114/987 decía que un juicio de racionalidad satisfactorio aparece en la ley que condiciona el derecho a jubilación o retiro a requisitos objetivos como haber prestado servicio por cierto tiempo, haber cotizado durante un determinado período, etc. La distinción entre quienes cotizaron por cierto lapso y quienes no lo hicieron es racional respecto al fin perseguido: la jubilación. Pero si la ley condiciona y limita el derecho a la pasividad al hecho de haber tenido buena conducta por ejemplo, desaparece la racional relación de medios y fin, ya que la diferenciación entre quienes cumplen con dicho requisito y quienes no lo cumplen no guarda una relación de racionalidad con el fin perseguido o sea con el derecho a la jubilación.

quier de ellas la distinción será arbitraria pues no hay causa de distinción: el uso del espectro, cable, satélite e internet no justifica el doble régimen. La televisión y la radio es la misma.

¿Qué finalidad persigue el legislador al someter a las entidades comprendidas en la ley 19.307 a un severo régimen de contralor, costos, limitaciones y restricciones de todo tipo pero asegurando un régimen de máxima libertad por ejemplo para Antel y otros operadores a través de internet? La única finalidad posible sería la de beneficiar a Antel y a los operadores en internet frente a los comprendidos en la ley. Pero esta conclusión sería inaceptable por lo que habría que concluir que no hay fin. Y mucho menos un fin legítimo para beneficiar a unos en perjuicio de los otros y para que actividades sustancialmente similares tengan regulación diferente.

Si bien al fracasar la distinción al ser enfrentada a los dos primeros pasos del triple test ya es suficiente para concluir en la violación del principio de igualdad, se aprecia fácilmente que tampoco se cumple con el juicio de racionalidad. No existe una adecuada relación entre el fin perseguido (en realidad no hay ninguno) y el medio usado. ¿Cómo podría justificarse un régimen amplio de libertad para algunos servicios de comunicación audiovisual y otro sumamente restrictivo (con muchas inconstitucionalidades como se verá más adelante) para otros servicios similares.

La violación al principio de igualdad es muy clara y no puede ser evitada la declaración de inconstitucionalidad. Admitirla sería como aceptar que pueda haber un régimen para las empresas que fabrican automóviles y otro para las que fabrican camionetas. Se podrá decir que existe una diferencia objetiva entre automóviles y camionetas, pero no es válida de la misma forma que no son válidas las distinciones entre hombres y mujeres o entre bancos y negros.

## **2. SISTEMA DE CONTRALOR, INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS**

Dentro del entramado de órganos de contralor, infracciones y sanciones, el contralor y el poder sancionatorio queda a cargo de órganos administrativos con la excepción de lo referente a los artículos 28 y 31 a 34 inclusive que corresponden al Poder Judicial. Por un problema de orden, se postergará el estudio de los casos en que actúa el Poder Judicial para más adelante.

Ya se mencionaron las pautas y criterios que deben seguirse en esta materia: (a) autoridades de contralor independientes del poder político y en especial del Poder Ejecutivo; (b) actuación transparente y subsidiaria; (c) conforme el principio de legalidad las infracciones y

su sanciones deben estar taxativa, clara y completamente establecidas en la ley (son inadmisibles los términos vagos, confusos o las remisiones a la reglamentación); (d) las infracciones y las sanciones sólo pueden estar en función de los fines taxativamente establecidos en el artículo 13 de la CADH y, a su vez, deben ser objeto de una interpretación estricta; (e) las limitaciones deben responder a “imperiosas” e impostergables razones; (f) toda la regulación debe poder superar el juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto); y (g) debe evitarse que esta regulación termine teniendo efectos negativos (presiones, tendencia a la autocensura o censura previa) por los abusos o excesos del sistema de contralor y sanciones y que afecte negativamente la libertad de comunicación (deben ser responsabilidades ulteriores y nunca pueden afectar, directa o indirectamente, en forma previa o concomitante con la comunicación).

La ley incumple incuestionablemente con la pauta de que las autoridades de contralor y sanción sean imparciales e independientes del Poder político. El incumplimiento está a texto expreso:

**ARTÍCULO 176.** (Competencias).- Corresponderá al Estado, a través del Poder Ejecutivo, de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones, del Consejo de Comunicación Audiovisual o del Poder Judicial, según corresponda, el control, la supervisión, el ejercicio de la potestad sancionatoria y la imposición de las obligaciones previstas y de conformidad con lo dispuesto en la presente ley.

La inconstitucionalidad es evidente e incuestionable. Controla el Poder Ejecutivo, por sí para las decisiones más importantes o por dependencias desconcentradas sin perjuicio de lo que refiere el Poder Judicial que se analizará más adelante.

Pero veamos con más detalle:

A) Al Ejecutivo, conforme el artículo 63 y a título de competencia exclusiva, le corresponde:

- Otorgar las concesiones, licencias y autorizaciones (literal B), lo que implica no sólo el contralor técnico del uso del espectro radioeléctrico sino también el contralor y definición de quiénes podrán prestar estos servicios y el Ejecutivo controla hasta los proyectos comunicacionales que no podrán luego cambiar sin su autorización (el Ejecutivo se reserva el derecho de permitir o no los contenidos de la programación), todo de acuerdo al artículo 102.
- Renovar, revocar y declarar la caducidad de las licencias (literal C).

- Conforme el literal F de este artículo 63, aplicar las sanciones más graves previstas en el artículo 181 literales E y F.
  - Aprobar los pliegos de bases y condiciones para la selección de interesados, con lo que se podrá controlar las líneas generales de los contenidos de los emisores (literal H).
- B) El Ministerio de Industria, Energía y Minería a través de la Dirección Nacional de Telecomunicaciones y Servicios de Comunicación Audiovisual, tiene las competencias del artículo 64, teniendo incidencia en la fijación de los criterios para el otorgamiento de licencias (control de contenidos) conforme el literal B; dictaminar en las autorizaciones y sanciones conforme el literal C.
- C) La Ursec tiene las competencias del artículo 65 que no presentan mayores problemas.
- D) El Consejo de Comunicación Audiovisual aparece como un órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo sin perjuicio de la facultad de avocación del Ejecutivo (artículo 66). Es claro que estamos ante un caso de desconcentración no privativa o impropia<sup>34</sup> (el jerarca tiene competencia concurrente con el órgano desconcentrado lo que surge de la facultad de avocación y demuestra que siempre es el Ejecutivo quien manda). Y no debe olvidarse, además, para todos los órganos desconcentrados, que por la vía del recurso jerárquico, ineludible conforme el artículo 317 de la Constitución, quien siempre resuelve y termina mandando el Poder Ejecutivo. El poder de decisión es político y está en el Ejecutivo.

En cuanto a las competencias del artículo 68 y teniendo siempre presente que en realidad es el Ejecutivo quien controla a los canales de televisión y radio, encontramos algunas problemáticas: a) aparecen importantísimas atribuciones de contralor en el literal G, contralor político y dependiente y concurrente con el Ejecutivo; b) participación en un tema por demás sensible como es la preparación de reglamentos y pliegos para los llamados a los interesados (literal J); c) realizar los llamados que estarán a cargo de un órgano dependiente y con competencia concurrente con el Ejecutivo (literal K); d) control de contenidos al supervisar que el prestador privado no se aparte de su proyecto comunicacional o sea que no emita nada para lo que no estaba autorizado (literal M); e) también participa en los procesos de autorización, revocación, etc. conforme el literal Ñ; f) formular denuncias ante la Justicia contra los prestadores, lo que es muy grave ya que la denuncia judicial es una de las formas

<sup>34</sup> CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Recursos administrativos*, Tercera edición, FCU, 2000, p. 157 y ss.

más utilizadas para presionar a los medios (literal Q); g) aplicar sanciones conforme la letra R; h) una competencia absolutamente abierta y violatoria del principio de legalidad aparece en el literal U: ¿qué podrá hacer? No dice nada por lo que es una típica norma en blanco y en consecuencia inconstitucional. Quizás este apartado U puede ser interpretado en el sentido de que lo que podrá hacer es formular proyectos de ley en esta temática. Pero si éste fuera el sentido correcto la Corte debería precisarlo ya sea i) por la negativa diciendo que no puede tomar decisiones y pretender imponerlas a los prestadores o ii) por la positiva señalando que sólo podrá elevar proyectos en este sentido.

Se ha dicho mucho que la integración del Consejo da garantías en cuanto a su imparcialidad, independencia y objetividad. Esto no es así sino que en forma inconstitucional se subordina el Consejo al poder político (en especial al Ejecutivo). Veamos:

- Ya se señaló que con el artículo 66 se subordina totalmente el Consejo al Poder Ejecutivo con una competencia concurrente (como surge de la facultad de avocación) como por la vía del recurso jerárquico. Siempre decide y manda el Poder Ejecutivo.
- Además la designación del Presidente del Consejo es de resorte exclusivo del Ejecutivo por lo que no cabe dudas que será persona de su confianza y obediencia (artículo 74).
- En cuanto a los restantes miembros el artículo 74, en su inciso primero, da la impresión de que exige acuerdos parlamentarios amplios al exigir el voto de 2/3 de miembros de la Asamblea General. Pero en el inciso siguiente borra con la manga lo escrito y dice que si no se logran los 2/3 se citará nuevamente a la Asamblea y resolverá por mayoría absoluta. ¿Cuál es la realidad del procedimiento de designación? El Presidente será hombre del Ejecutivo y los restantes, salvo que al partido de gobierno le gusten los nombres propuestos por la oposición o que ésta acepte los propuestos por el gobierno, serán designados también por el gobierno bastando con la mayoría absoluta de votos de la Asamblea General.
- Pero hay más. Los ceses, conforme el artículo 77 literal E, pueden disponerse, por ejemplo, por “actuar con notoria negligencia”. Concepto por demás vago. Y en este caso basta con el voto de la mayoría absoluta de la Asamblea General. O sea, la estabilidad en el cargo de los miembros del Consejo queda supeditada a lo que decida el gobierno (Poder Ejecutivo y su mayoría legislativa sin incidencia alguna de la oposición).

- Mire por donde se mire, estamos ante un contralor político, directamente bajo el control del Ejecutivo y su mayoría legislativa, y en el que los miembros del Consejo no tienen garantías de independencia de ningún tipo.
- Y todavía no se pierda vista que el artículo 67, bajo la vacía y vaga referencia al “interés general”, da al Consejo carta blanca para hacer lo que quiera.

Para terminar con el Consejo cabe señalar otra inconstitucionalidad en el artículo en el literal C del artículo 73, cuando se declara incompatible el cargo de consejero con toda otra actividad remunerada pública (lo que es redundante e innecesaria ya que el doble empleo público ya está prohibido) o privada. Esto es un exceso inaceptable. El artículo 76 de la Constitución establece que todos los ciudadanos pueden ser llamados a los cargos públicos y el principio de igualdad (artículos 8 y 72 de la Constitución) lo complementa. La incompatibilidad establecida no puede superar el juicio de proporcionalidad y resulta inconstitucionalmente excesiva y violatoria del principio de igualdad. De todas formas le señalo que los actuales o futuros prestadores de servicios no tendrían legitimación activa para promover la declaración de inconstitucionalidad de este apartado C salvo que se sostuviera que al excluir a muchas personas valiosas de la posibilidad de integrar el Consejo se estaría perjudicando a los controlados. Con este texto serán miembros del Consejo personas ricas (que no precisen trabajar), jubilados o personas que puedan abandonar todas sus actividades durante su mandato en el Consejo.

- A) En el artículo 79 aparece la CHASCA. Este órgano, aparentemente inocuo, afecta las garantías de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual en la medida que se establece un entramado de órganos de contralor, con competencias superpuestas que afectan necesariamente la seguridad jurídica. Las responsabilidades de contralor se diluyen y el establecimiento de criterios lógicos se hace casi imposible.
- B) Pero todavía hay más autoridades de contralor ya que en el artículo 84 se atribuyen funciones de contralor a la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo que, como órgano básicamente asesor, funciona en la órbita del Poder Legislativo.
- C) En el artículo 86 apartado A aparece otra figura confusa en cuanto a sus competencias: el Relator Especial de los Servicios de Comunicación Audiovisual. Cargo con competencia en blanco.

- D) Y por las dudas, en el artículo 146 aparecen referencias a la autorregulación y en el 146 aparece otra figura de contralor: el Defensor de la Audiencia.
- E) Los únicos que no tienen quien los defienda son los prestadores de servicios de comunicación audiovisual.

De lo anterior surge un sistema de contralor que resulta incompatible con la protección que nuestra Constitución y la CADH le da a la libertad de comunicación. En efecto:

- Ocho órganos de contralor (PE, MIEM, Ursec, Consejo de Comunicación, CHASCA, Institución Nacional de Derecho Humanos, Relator Especial y Defensor de la Audiencia). Se trata de un sistema asfixiante e intolerable para el ejercicio de la libertad de comunicación, la más importante de las libertades si se analiza desde los estándares democráticos, viendo las garantías de los otros derechos y como forma de contralor del poder.
- Y no se pierda de vista que todavía falta el control del Poder Judicial que se verá más adelante (más los habituales controles: DGI, BPS, MTSS, etc.).
- De los ocho órganos administrativos de contralor, salvo, en parte, el defensor de la audiencia, todos son políticos. O es el Ejecutivo actuando directamente o por órganos subordinados a él o por una institución que funciona en el ámbito del Legislativo.
- Todo esto implica una presión excesiva, reñida con el principio de proporcionalidad y, por sobre todo, absolutamente innecesaria. Quita certeza a la actuación de los prestadores privados y conduce a un esquema abusivo de censura indirecta o de medios para la censura indirecta (artículo 13 de la CADH).

El sistema (los artículos mencionados anteriormente) es claramente inconstitucional.

### **3. ¿CÓMO DEBERÍA SER UN SISTEMA DE CONTRALOR ADECUADO?**

Reitero que sólo sería admisible un sistema de contralor de los medios que cumpla con las siguientes pautas:

- El sistema de contralor debe ser claro, sencillo y dar garantías de transparencia.
- Los órganos de contralor no pueden estar subordinados al poder político y muy especialmente al Ejecutivo.

- Tampoco pueden tener la forma de entes autónomos y servicios descentralizados pues los artículos 197 y 198 de la Constitución demuestran que no tienen en adecuado grado de independencia del poder político.
- La figura jurídica adecuada sería la de una entidad paraestatal, con garantías efectivas para la designación de sus miembros (se debe establecer mayorías especiales, 2/3 por ejemplo, tanto para la designación como para la destitución de todos miembros de la entidad paraestatal; y además deben establecerse en la ley garantías presupuestales que le den independencia económica).
- También es necesario que se establezca, en beneficio de los prestadores de servicios, un recurso judicial ágil y efectivo contra las decisiones administrativas.
- Sólo puede quedar excluido de lo anterior los aspectos estrictamente técnicos, respecto al uso del espectro, que están a cargo de la Ursec.

#### **4. SISTEMA DE INFRACCIONES**

La ley establece 17 infracciones muy graves (artículo 178), 13 graves (artículo 179) más una suerte de infracción en blanco en el artículo 180. No se pierda de vista, además, que esto tiene directa incidencia en las eventuales renovaciones de autorizaciones o licencias conforme el artículo 126. Este volumen de sanciones viene a reforzar lo dicho en los numerales anteriores de este informe, demostrando la inconstitucionalidad del sistema de contralor, infracciones y sanciones.

Veamos ahora los aspectos particulares de las infracciones:

##### **A) Infracciones muy graves (artículo 178):**

En el literal M se prevén sanciones en caso de apartarse, entre otras cosas, del proyecto comunicacional presentado originalmente. Esto significa que el Ejecutivo se mete en la programación, aunque sea en sus líneas generales, y luego, si el prestador legítimamente la quiere modificar (para mejorar su oferta, por razones económicas, etc.) deberá pedirle permiso al Ejecutivo (lo que es una suerte de censura previa) y será sancionado si lo cambia sin permiso. La imposibilidad del cambio en la comunicación de pensamiento y su tipificación como infracción muy grave implica una inconstitucional limitación de la libertad de comunicación en una manifestación de censura previa. El Ejecutivo sabrá qué puede hacer cada medio (se determinará al momento de autorizarlo) y luego tiene medios poderosos para evitar que cambie y que incluya en su programación cosas que no gusten al Ejecutivo. Es inaceptable.

En el literal N se sanciona por incumplir con mínimos de contenidos de producción nacional. Esto es inconstitucional pues el Ejecutivo se mete en los contenidos, lo que le está expresamente prohibido (los prestadores pueden comunicar en *toda materia* conforme el artículo 29 de la Constitución y de *toda índole* según el artículo 13 de la CADH). Sin perjuicio de que más adelante se analizará esta inconstitucionalidad, la tipificación de esto como infracción muy grave es inconstitucional.

En el literal O aparece algo como el viejo y superado “pague y luego repita”. Si un prestador recibe una orden que entiende afecta inconstitucionalmente sus derechos constitucionales (por ejemplo que no puede exhibir cierto programa) tiene que cumplir con la orden por temor a la sanción. El contralor sobre los medios debe ser “posterior” y no se pueden imponer obligaciones o prohibiciones previas. La inconstitucionalidad es muy clara: que se discuta el tema judicialmente o ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su caso, pero que no se imponga, en comunicación de pensamiento, la obligación de cumplir por miedo a la sanción. Las responsabilidades deben ser ulteriores.

Algo parecido pasa con el literal P, pero la inconstitucionalidad del requerimiento libre de información se analizará más adelante.

### **B) Infracciones graves (artículo 179):**

La inconstitucionalidad del literal C es similar a las mencionadas en el apartado A anterior, literal “a”. Me remito a lo dicho.

El literal D establece una infracción residual, en blanco, y no se sabe qué contenido tiene. La exigencia de que la infracción se tipifique legalmente en forma clara y completa se incumple con la consecuencia evidente de su inconstitucionalidad.

En el literal E se repite la inconstitucionalidad mencionada en el apartado A anterior, literal “b”. Me remito a lo dicho.

En los literales G y H se reproduce el caso mencionado en el apartado A anterior, literal “c”. Me remito a lo dicho.

El literal J repite el E y presenta las mismas inconstitucionalidades.

### **C) Infracciones leves (artículo 180).**

Se define las infracciones leves como todas las acciones u omisiones contrarias a las obligaciones establecidas en la ley que no estén tipificadas como graves o muy graves siempre que no impliquen un perjuicio grave a los derechos fundamentales protegidos por la presente ley. Se trata de una norma sancionatoria en blanco, vaga y absolutamente incons-

titucional. No es necesario agregar nada, salvo que además de ser en blanco es de la más absoluta vaguedad, lo que también es incompatible con un sistema de infracciones ajustado a la Constitución. La Corte IDH ha detectado muchas veces estas vaguedades declarando su incompatibilidad con la CADH.

D) El artículo 98, en su penúltimo inciso, fuera del régimen sancionatorio general tiene una previsión increíble: “En cualquier caso, si surgieran inconvenientes para el normal desarrollo de las inspecciones como consecuencia de la oposición de los titulares de los servicios, debidamente comprobada, se dará lugar a la suspensión inmediata de las emisiones”.

Fácil es advertir el riesgo que para la libertad de expresión implica este inciso: podrán suspenderse las transmisiones en cualquier momento en que al Gobierno no le guste lo que está viendo o lo que se va a emitir. Bastará con hacer una inspección y que “surjan inconvenientes”.

La inconstitucionalidad es muy clara: con estos artículos se afecta excesivamente la libertad de comunicación en clara violación del principio de proporcionalidad, se perjudican los contenidos (se los puede dirigir) y, todavía, hay violaciones claras al principio del debido proceso.

## **2. LAS SANCIONES**

Sin perjuicio de las sanciones atribuidas al Poder Judicial que se analizarán más adelante, el régimen de sanciones presenta muchísimos problemas constitucionales.

En el artículo 181 se establecen seis sanciones posibles (pero no debe olvidarse la sanción de suspensión de la programación del artículo 98): observación, apercibimiento, el decomiso de los elementos en infracción, multa, suspensión de hasta 90 días en la prestación de los servicios y revocación de la concesión, autorización, licencia o registro. Luego se aclara esto y por ejemplo se dispone en el artículo siguiente que la multa puede llegar a las 10.000 UR (artículo 182).

Y a todo se agrega un régimen muy extenso de prescripción (seis años, tres y un año) en el artículo 186 que permite mantener la espada de Damocles sobre los titulares de los medios por años (concretamente seis). Advuértase que hay delitos que prescriben en menos tiempo que las infracciones muy graves.

El régimen de contralor, infracciones y sanciones, resulta en buena parte incompatible con la libertad de expresión, excediendo la noción constitucional de abuso y los parámetros del artículo 13 de la CADH. Veamos por qué razones:

- A) El artículo 12 de la Constitución (y también la CADH) establece un principio básico en el ordenamiento jurídico de que nadie puede ser penado (sanción penal) sin una sentencia (que presupone la actuación del Poder Judicial) y cumpliendo con el debido proceso.

La Constitución uruguaya prohíbe ciertas penas: la pena de muerte por el artículo 26; la prisión perpetua; la confiscación de bienes por motivos políticos está vedada por el artículo 14; la prisión por deudas no es procedente según el artículo 52 inciso 2º<sup>35</sup>; tampoco sería admisible una pena que significara la mortificación del penado conforme el inciso 2º del artículo 26. Otras penas son admitidas por la Carta: prisión y penitenciaría (artículos 27 y 80); inhabilitación de dos a diez años para ocupar cualquier cargo público (artículo 77 numeral 4º); destierro o inhabilitación para el ejercicio de los derechos políticos (artículo 80 numeral 5º); la pena de confinamiento está autorizada con base en el artículo 12; y a su vez, será posible la confiscación de bienes por motivos que no sean políticos. Pero también la Constitución hace referencia a sanciones administrativas lo que lleva al problema de cuándo la sanción es penal y cuándo es administrativa (y las consecuencias son importantes: para empezar en el primer caso la sanción sólo la puede imponer un Juez).

El problema que se ha presentado históricamente en nuestro país, y que se presenta en la ley, es que muchas veces se “disfrazan” sanciones penales bajo la forma de penas administrativas con lo que se elude la participación judicial haciendo perder garantías al sancionado.<sup>36</sup> Los ejemplos nacionales son muchos: ley que autoriza al Poder Ejecutivo la expulsión de extranjeros indeseables, algunas potestades para inhabilitar individuos de Banco Central del Uruguay, clausura de establecimientos por parte de DGI, etc.

---

<sup>35</sup> El decreto-ley 14.412 prevé diversas sanciones penales a quienes cometan delitos relativos al uso de cheques comunes o de pago diferido. Siempre se ha dudado de la constitucionalidad de estas sanciones ya que en algunas de las hipótesis previstas en la norma legal –no en todas– parece que en definitiva se está ante un caso de prisión por deudas (basta pensar en el delito de libramiento de cheques sin fondos). La Suprema Corte de Justicia ha rechazado todas las solicitudes de inconstitucionalidad formuladas en este punto (por ejemplo ver: sentencia N° 114 de 19 de agosto de 1991, en *Rev. Urug. de Derecho Constitucional y Político*, tomo VIII, N° 44, pág. 108 y ss., sin perjuicio de lo cual debe reconocerse que el punto es discutible).

<sup>36</sup> BENDA, MAIHOFFER, VÖGEL, HESSE Y HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional, segunda edición*, Edit. Marcial Pons, España, 1996, pág. 767 y ss. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional ... cit.*, tomo I, pág. 241 y ss. DELPIAZZO, Carlos, *Las potestades del Banco Central del Uruguay*, en *Estudios Jurídicos en Memoria del Dr. Alberto Ramón Real*, FCU, pág. 227. CAGNONI, Aníbal, *¿Penas en vía administrativa? El artículo 23 del decreto-ley N° 15.322*, en *Rev. de Derecho Público*, Año 1998, N° 13, pág. 171 y ss. SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Quinta Edición, pág. 425 y ss. MÉNDEZ, Aparicio, *Las sanciones administrativas*, en *LJU*, tomo I, pág. 7 y ss. Y también mi libro *Derecho Constitucional tomo I ... cit.*, capítulo 20.

- B) En la ley hay sanciones penales claramente encubiertas, como la inhabilitación del artículo 105 literal C para aquellos que fueron objeto de ciertas sanciones y el decomiso (clara sanción penal conforme el artículo 14 de la Constitución).

Otras veces la sanción es tan grave que al superar el parámetro de intensidad se transforma en una sanción penal.

Las dos primeras sanciones del artículo 181 no merecen observación, pero el decomiso, la multa de hasta UR 10.000 (más de US\$ 200.000), la suspensión de actividades y la revocación son demasiado graves para admitirlas bajo la forma de sanción administrativa; en realidad son sanciones penales<sup>37</sup>. En estos casos lo que corresponde, y lo que daría garantías a los titulares de SCA, es que la autoridad administrativa plantee el tema ante el Poder Judicial (que formule una denuncia) y que sea un juez penal quien determine si procede o no la sanción. De lo contrario no hay garantías jurisdiccionales pues el sancionado deberá recurrir administrativamente y luego demandar ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo por lo que la sentencia judicial llegará unos cuatro años después de haberse aplicado la sanción. La sanción penal debe ser dispuesta por un juez.

### 3. SÍNTESIS

A mi juicio, el pesadísimo entramado de autoridades de regulación, fiscalización y sanción, en general dependientes del Poder Ejecutivo y sin garantías de imparcialidad e independencia del gobierno, más el elevadísimo número de sanciones y una norma con sanciones en blanco (será sanción leve todo lo que no fue definido como grave o muy grave), más la severidad de algunas sanciones, algunas formuladas con gran vaguedad (en contravención de la Declaración Conjunta del Décimo Aniversario ya citada, punto 1 literal “c” y punto 8 literal “b” y al artículo 13.3 de la Convención Americana), la previsión de sanciones penales bajo la forma de sanciones administrativas, constituyen una regulación claramente incompatible con la libertad de expresión consagrada constitucional e internacionalmente. El sistema establecido en la ley es incompatible con nuestra Constitución (se sancionan cosas que no sólo no son abusos de los medios sino que son abusos del Estado) y con la Convención Americana de Derechos Humanos y los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia.

---

<sup>37</sup> Me remito a lo dicho en *Derecho Constitucional ... cit.*, pp. 619/625.

Las violaciones al principio de legalidad (vaguedad de las infracciones, infracciones en blanco, etc.), afectación del principio de proporcionalidad (excesos claros en la regulación) y del debido proceso (penas disfrazadas, etc.) resultan muy claras.

#### **4. EL ARTÍCULO 198**

Un tema transitorio en lo que refiere al contralor administrativo aparece en el artículo 198 cuando se establecen que hasta que se constituya el Consejo de Comunicación sus competencias, salvo las atribuidas a otros órganos, serán ejercidas por la Institución Nacional de los Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo.

La inconstitucionalidad de la atribución de competencias de administración activa a la Institución (órgano asesor del Poder Legislativo) es muy clara pues viola el principio de separación de poderes<sup>38</sup>. Este principio implica que:

- A) Al Poder Judicial le corresponde, en principio, el ejercicio de la función jurisdiccional sin perjuicio de aquella actividad administrativa que sea imprescindible para el ejercicio de la función de principio o que por excepción le haya sido atribuida por la Constitución.
- B) Lo mismo ocurre con el Poder Legislativo. Le corresponde el ejercicio de principio de la función legislativa, sin perjuicio de las excepciones constitucionales y de aquellas actividades administrativas que sean necesarias para el cumplimiento de la función legislativa o de las competencias expresamente establecidas en la Constitución.

Es evidente que las funciones del Consejo no son legislativas, no cuentan con excepción constitucional ni son imprescindibles para el funcionamiento y actuación del Poder Legislativo.

O sea, la atribución transitoria de estas competencias de administración a la Institución Nacional de Derechos Humanos es inconstitucional por violar el principio de separación de poderes.

#### **A) Sistema de contralor judicial**

Además de la vaguedad e imprecisión de muchas conductas tipificadas en la ley y que serán pasibles de sanción, incompatibles con las pautas propias e incuestionables del

---

<sup>38</sup> Me remito a lo dicho en *Derecho Constitucional tomo I... cit.*, pp. 419/421 y 448/451.

principio de legalidad y con la regulación constitucional y convencional de la libertad de comunicación, sin duda el legislador advirtió que esto llegaba a una gravedad inconcebible en los artículos 28 y 31 a 34 de la ley. Esto es, en materia de discriminación y protección de los menores. La idea que surgió fue que el poder sancionador lo ejerciera el Poder Judicial a instancias del Consejo de Comunicación o de cualquier persona. Sin duda la idea fue buena y el Poder Judicial da muchas más garantías. Pero no alcanza. En la regulación de este punto en particular aparecen varias inconstitucionalidades.

La competencia del Poder Judicial se limita al artículo 28 y a los artículos 31 a 34 que serán analizados más adelante, en lo que a sus inconstitucionalidades refiere, bajo el título de “protección de los niños”.

### ***Acción de protección del artículo 43. Legitimación activa***

Para esta llamada acción de protección la ley establece que podrá promoverla el Consejo de Comunicación cuando entienda que se han cometido violaciones a los artículos 28, 31, 32, 33 y 34 de la ley, y cualquier persona física o jurídica. Esto es, además del órgano administrativo de contralor la acción se establece como una “acción popular” que cualquiera puede promover.

¿La acción popular, sin exigencia de legitimación alguna, es ajustada a la Constitución? La respuesta es incuestionablemente negativa y afecta ilegítimamente la libertad de comunicación.

La idea fue dar garantías pasando el tema al Poder Judicial pero en realidad se hizo muy mal. Pensemos en el siguiente caso: un medio da una noticia que no le gusta algún colectivo, o mantiene una actitud editorial que no es compartida por el grupo, pues éste, tomando normas extraordinariamente imprecisas contenidas en los artículos 28, 31, 32, 33 y 34 de la ley, podría iniciar una serie de demandas que enloquecerían al medio, le ocasionarían gastos, mala prensa y con riesgo de sanción. Los medios deben estar a salvo en esto. Lo lógico es que la legitimación la tenga el Consejo de Comunicación (sin perjuicio de lo ya dicho en cuanto a la inconstitucionalidad de este Consejo sometido a jerarquía del Ejecutivo) y eventualmente quien pueda verse directamente afectado en sus derechos. Pero la legitimación abierta perjudica la libertad de comunicación abriendo un flanco innecesario y nocivo para los medios que podrán ser objeto de presiones por la vía de denuncias que resultarán costosas (habrá que defenderse), molestas y pueden generar procesos de autocensura.

### ***Violaciones del principio del debido proceso***

Si bien es incuestionable que los jueces dan mayores garantías que los órganos administrativos sometidos a jerarquía del Poder Ejecutivo, el proceso que se estableció tiene

problemas de inconstitucionalidad por violación del debido proceso y la consiguiente pérdida de garantías para los medios (denunciados por haber cometido presuntas infracciones).

Veamos:

- A) En el artículo 49 se prevé la posibilidad de que el Juez dicte medidas provisionales, pero a diferencia de la regulación ordinaria se omite exigir la contracautela de quien la solicita. No es éste un tema menor. Bien sabido es el riesgo de las medidas cautelares, provisionales o en general anticipadas. Se están adoptando medidas sin haber dado a la contraparte su día ante los tribunales y la posibilidad de ejercer todas sus defensas. El riesgo es parecido al de la prisión preventiva. La no exigencia de contracautela afecta, en forma inconstitucional, los derechos de los medios pues los exponen a sufrir daños y que luego no pueda obtener resarcimiento.
- B) En el artículo 50, seguramente pensando en las acciones de amparo, se prevé que la apelación debe presentarse dentro del plazo de tres días. Pero esto no es un amparo en que todo gira en torno a la ilegitimidad manifiesta, sino que pueden referir complejos problemas y profundas discusiones. El plazo para apelar afecta la garantía de defensa de los medios y es sin duda inconstitucional por lo exiguo. Y no se olvide que un medio puede verse enfrentado a decenas de demandas por cualquier persona.

## **B) Publicidad electoral gratuita**

Desde el artículo 142 al 145 se regula la publicidad electoral en televisión y radio. No voy a repetir la regulación pero en síntesis se establece que en lo previo a los actos electorales que se mencionan en el artículo 142 y que comprenden todas las instancias posibles de elecciones nacionales, las departamentales y las internas de los partidos políticos, y en los períodos previstos en la ley 17.045 (que oscilan entre 15 y 30 días) los canales de televisión y las radios deberán ofrecer publicidad gratuita a los partidos y que está tendrá una duración igual al 60% del tiempo destinado a mensajes publicitarios por cada hora de transmisión. Pero además prevé que el Consejo de Comunicación podrá aumentar el tiempo mínimo.

Los artículos siguientes establecen la forma de distribución del tiempo entre partidos y sectores en forma claramente inconstitucional en tanto favorece a los partidos mayoritarios y perjudica a los pequeños y a los nuevos.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Véase lo que ocurrirá en lo previo a las elecciones de 2019:  
En un día y por cada medio En los 50 días y por medio

La regulación afecta fuertemente los contenidos y las propias finanzas de los emisores.

En este punto hay que reconocer que en todo sistema democrático es importante la difusión pública de partidos, candidatos e ideas. En general se ha aceptado conforme al principio de proporcionalidad que se puede requerir a los operadores que concedan, en los días previos a las elecciones, cierto número de minutos (por ejemplo 20 por día) a los partidos políticos, no para hacer propaganda sino para expresar al público sus ideas y propuestas (esto parece más importante y sano para un sistema democrático que extender slogans, cantos electorales e imágenes que poco o nada dicen de lo que propone cada partido). El propósito de apoyar la difusión prelectoral se cumple con estos espacios y no con propaganda.

Entiendo que breves espacios para que los partidos expongan sus ideas puede ser ajustado a derecho, pero la regulación que la ley hace de la propaganda electoral no se compadece con la libertad de expresión de pensamientos ni puede fundarse su limitación en el artículo 13 de la CADH. Por el contrario, parece que la regulación es absolutamente desproporcionada y priva durante ciertos períodos a los emisores de recibir los ingresos esperados (menos publicidad común y la electoral será gratuita). La violación del principio de propiedad es clara.

La regulación de la publicidad gratuita es contraria a la Constitución y a la CADH en la medida que:

- Se mete en los contenidos de los canales.
- Afecta fuertemente las finanzas (los ingresos se reducirán como mínimo en un 60%; 60 % obligatoria más lo que se pierda de avisadores privados que no perderán el tiempo en eso períodos dominados por lo electoral). ¿Qué empresa resiste que se le bajen sus ingresos habituales a menos de un 40% de lo habitual?
- No se cumple con el principio de proporcionalidad: la medida no es idónea para promover la democracia (sí lo serían espacios para que los partidos transmitan sus ideas, pero no oír canciones y ver imágenes agradables), ni cumple con la pauta de la necesidad (hay otras vías para lograr la promoción de la democracia y no sólo tan efectivas como ésta sino mucho más efectivas) y tampoco superan estas disposiciones la ponderación en sentido estricto.

---

Frente Amplio	76 min.	3800 min.
Partido Nacional	51 min. 42 seg.	2590 min.
Partido Colorado	30 min. 24 seg.	1525 min.
Partido Independiente	12 min. 42 seg.	637 min. 30 seg.
Asamblea Popular	9 min. 12 seg.	460 min.
Otros	0	0

- Se viola la libertad de comunicación, la libertad de empresa (artículo 36 de la Constitución) y el derecho de propiedad sobre los ingresos (artículos 7 y 32 de la Carta).
- Por último, un tema trascendente. El artículo 77 de la Constitución, en su numeral 7, dispone:

Toda nueva ley de Registro Cívico o de Elecciones, así como toda modificación o interpretación de las vigentes, requerirá dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara. Esta mayoría especial regirá sólo para las garantías del sufragio y elección, composición, funciones y procedimientos de la Corte Electoral y corporaciones electorales. Para resolver en materia de gastos, presupuestos y de orden interno de las mismas, bastará la simple mayoría.

Resulta muy claro que la publicidad política es una de las garantías básicas del sufragio ya que no podría haber elecciones democráticas sin dicha publicidad regulada en forma igualitaria. O sea, se agrega en la especie una inconstitucionalidad formal en la medida que no se cumplió con las mayorías especiales que prevé el artículo transcrito.

### **C) Creación de un monopolio estatal y prohibiciones**

El artículo 89 dispone que:

(Transporte).- El Sistema Público de Radio y Televisión Nacional y la Administración Nacional de Telecomunicaciones, individual o conjuntamente si así lo acuerdan, serán los únicos habilitados a brindar acceso a infraestructura de transmisión de radiodifusión a titulares de servicios de radiodifusión abierta de radio y de televisión que no dispongan de ella.

Ambos organismos deberán garantizar la prestación del servicio y podrán cobrar un precio por el mismo, el que deberá ser razonable, estableciendo un tarifario basado exclusivamente en las categorías público, comercial y comunitario, y se elevará al Poder Ejecutivo para su aprobación.

La norma es clara: se establece un monopolio en favor de dos servicios descentralizados SPRTN (que tiene esta naturaleza jurídica conforme el artículo 150 de la ley en estudio) y ANTEL y autoriza cobrar un precio por los servicios que se basará no en el servicio que se preste sino exclusivamente en las categorías de los obligados a su pago.

El artículo 85 de la Carta dispone:

17) Conceder monopolios, requiriéndose para ello dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara. Para instituirlos en favor del Estado o de los Gobiernos Departamentales, se requerirá la mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara.

La disposición constitucional es muy clara en cuanto a que requiere una mayoría de dos tercios de componentes de cada Cámara como solución de principio y sólo por excepción, para el Estado y los Gobiernos Departamentales, basta con mayoría absoluta. Es cierto que la Constitución utiliza la expresión Estado en dos sentidos: a) para referir a la persona jurídica de derecho público mayor (compuesta por los tres poderes de gobierno, el TCA, el Tribunal de Cuentas y la Corte Electoral) y b) a veces para referir NO a una persona jurídica sino genéricamente a todas las personas de derecho público, sean éstas el Estado en tanto persona jurídica como los de los entes autónomos, servicios descentralizados y gobiernos departamentales (personas jurídicas de derecho público menores).

Pero no cabe duda que en numeral 17 transcripto se hace referencia a la persona jurídica Estado y no al Estado en sentido amplio, y esto por dos razones contundentes: i) los monopolios sólo se pueden establecer en favor de personas jurídicas (únicas titulares de obligaciones y derechos) y ii) cuando el numeral 17 agrega a los gobiernos departamentales está demostrando que éstos no estaban comprendidos en la referencia al “Estado” o, si se prefiere, la expresión Estado del numeral 17 debe entenderse como referida exclusivamente a la persona jurídica de derecho público mayor y no a las menores salvo los gobiernos departamentales que tienen mención expresa.

En definitiva, si se desea establecer un monopolio en favor de un ente autónomo o servicio descentralizado se debe cumplir con la mayoría especial de 2/3 de componentes de cada Cámara.

No hay mucho que decir al respecto. El monopolio se estableció por mayoría simple de votos y no se llegó a los dos tercios. Conclusión: se trata de una incuestionable inconstitucionalidad.

El artículo 89 dice además que los organismos descentralizados establecerán un tarifario como precio por sus servicios, pero el precio no será en función de los servicios brindados sino exclusivamente en virtud de la naturaleza jurídica de quien debe abonarlo. Es evidente entonces que no se trata de un precio sino de un impuesto y éste debe ser establecido en todos sus términos por la ley (principio de legalidad). O sea, se agrega una segunda inconstitucionalidad en la medida que se establece un impuesto bajo la forma de un precio y se comete a dos servicios descentralizados el establecimiento del monto del impuesto, vulnerando el principio de legalidad.

El artículo 56 presenta dos prohibiciones: (i) quienes presten servicios de comunicación audiovisual no pueden, a su vez, prestar servicios de telefonía o de transmisión de datos (inciso primero); y (ii) nadie puede ser titular de una licencia para prestar servicios de tele-

visión satelital de alcance nacional y al mismo tiempo titular de autorizaciones para prestar servicios de radiodifusión abierta o televisión para abonados. Veámoslas por separado:

Se ha señalado que el inciso primero establece un monopolio en favor de Antel en la medida que este servicio descentralizado sería el único que puede prestar ambos servicios. Téngase presente la relación que existe entre los servicios de comunicación audiovisual y la telefonía y transmisión de datos, que lleva a que en todo el mundo, lo normal, sea que los tres servicios se ofrezcan por las mismas empresas. Este monopolio impide que los prestadores privados desarrollen lógicamente sus actividades sin justificación alguna y, al mismo tiempo, implica un inmenso beneficio para Antel que será la única que podrá actuar en todas las actividades y realizar ofertas completas a sus clientes.

El monopolio por la negativa choca con el artículo 85 numeral 17 y al carecer de la mayoría de dos tercios resulta claramente inconstitucional. Pero, además, por razones de fondo se llega a la misma conclusión: no hay razones de interés general (artículo 36 de la Constitución) para perjudicar a algunos particulares y excluirlos de una actividad lícita y menos cuando el verdadero objetivo de la norma es otorgar un inmenso privilegio para Antel que la dejará en una posición de supremacía o dominante frente a los operadores privados. En otras palabras, si Antel sigue o incluso aumenta su actividad en televisión o radio (ya lo está haciendo con transmisiones deportivas, Vera TV, etc.) se encontrará en una posición de privilegio frente a sus competidores que no se ajusta a la Constitución. No se puede superar el principio de proporcionalidad. No hay razones de interés general para perjudicar a los particulares en beneficio de Antel.

La prohibición de que los titulares de televisión satelital de alcance nacional sean al mismo tiempo titulares de autorizaciones para prestar servicios de radiodifusión abierta o televisión para abonados, es una limitación gratuita a la libertad de empresa del artículo 36 de la Constitución. No hay razones de interés general en el verdadero y correcto sentido de este concepto utilizando el principio de proporcionalidad<sup>40</sup>. En efecto: ¿Cuál es el fin de la limitación? Ninguno válido, pues limitar el derecho constitucional para impedir el crecimiento empresarial en esquemas en que no hay monopolio es inaceptable. Además, si pasáramos a la necesidad, se verá que tampoco se cumple con esta pauta pues, si hubiera un fin lícito para la limitación éste podría lograrse por caminos que no lesionen la libertad de empresa o que lo hagan en menor manera. Y la ponderación en sentido estricto también es clara: ¿la libertad de empresa con qué se contraponen? ¿con el interés del gobierno de que no haya medios que se desarrollen? La inconstitucionalidad es clara.

---

<sup>40</sup> Me remito a lo dicho en *Algunas garantías básicas ... cit.*, pp. 99/140.

### **D) Promoción de la producción nacional**

Con el explícito objetivo de promover la producción audiovisual nacional los artículos 60 y 61 disponen obligaciones para los titulares de canales de televisión (abierta y señales propias de televisión para abonados) y radios:

- Para la TV comercial, al menos el 60% de la programación total debe ser de producción nacional y, además, un porcentaje que fijará la reglamentación deberá ser de producción local o propia.
- Para la TV pública sólo se prevé la exigencia del 60%.
- Para ambos que: (i) al menos el 30% de la producción nacional sea de productores independientes; (ii) un mínimo de dos horas por semana serán estrenos de ficción y películas y de estos al menos el 50% deben ser de producción independiente. Todo en el horario de 19 a 23.
- Y luego continúa el artículo requiriendo la promoción de eventos, teatro, danza, cine, videojuegos, etc., siempre en el horario comprendido entre las 19 y las 23, o sea horario central.
- El literal “d” dice que la reglamentación definirá la regulación de la TV temática.
- Algo parecido aparece en el artículo 61 para la radio.

La inconstitucionalidad de estos artículos es incuestionable. El Estado piensa en cómo sería la televisión y la radio que al gobierno le gustaría y se la pretende imponer a todos operadores privados de radio y televisión. Éstos, sólo dentro del deseo del Poder Ejecutivo, gozarán de libertad de expresión. O sea, una libertad dentro de la regulación, una libertad tutelada, una libertad de expresión fuertemente controlada, y una libertad que en caso de ser ejercida fuera de lo pautado por el Estado, puede ser objeto de sanciones extraordinariamente severas. Éste no puede ser el régimen de libertad de expresión de pensamientos en un Estado democrático de Derecho: la libertad de expresión es un derecho que se ejerce, especialmente, frente al Estado (ejecutivo y legislativo).

La promoción de la industria nacional, que no está prevista en el artículo 13 de la CADH (ni puede invocarse como fundamento ni en las declaraciones de elementos estratégicos o interés públicos, no permitidas por la CADH), es compartible, pero su costo no se puede imponer a los operadores privados en violación de su libertad de expresión. Además, para cumplir este rol se cuenta con canales públicos (y posiblemente haya más) por lo que no es necesaria la imposición de estas obligaciones a los canales privados (se puede alcanzar

el objetivo por otros caminos por lo que se debe optar por éstos conforme el principio de proporcionalidad).

Con este régimen el titular del medio no podrá elegir libremente la programación que a su juicio sea de mayor calidad y la que más interese a los espectadores (ésta es la base del medio y del acierto del operador dependerá el éxito o fracaso del emprendimiento). Por el contrario, con el régimen proyectado, estará obligado a exhibir cosas que pueden ser de baja calidad o que no interesen a los espectadores y, como consecuencia, tampoco interesarán a los anunciadores que son quienes sostienen el negocio. La intromisión en la esencia del SCA es evidente e ilegítima.

Además hay una violación de los derechos de propiedad y de la libertad de empresa. Adviértase que a los privados se les cobra la licencia, se les cobra un canon, tributos por supuesto, se les impone financiar a la producción de TV y cine nacional (y más adelante se verá otros tantos costos que se les pretende imponer), y además se transforma la actividad de SCA en algo absolutamente controlado y regulado por el Estado contraviniendo la Constitución y la CADH.

Hay también una clara violación al principio de legalidad por las remisiones vacías a la reglamentación en materia de TV temática (en este caso se delega al Ejecutivo el establecimiento de una regulación completa). Claramente inconstitucional.

Esto puede conducir a medios débiles económicamente y por lo tanto vulnerables y dóciles frente al poder.

No es aceptable que el Estado imponga su modelo de televisión obligando a los particulares a hacer cosas que quizás no quieran hacer o prohibiendo cosas que quizás deseen hacer. Este no es el modelo de la Constitución ni de la Convención sino un modelo de corte autoritario en tanto impone y obliga.

Razonemos por el absurdo. ¿Podría el Estado obligar a los productores agropecuarios a dedicar como mínimo el 60% de sus predios al cultivo de trigo? No. No podría. Eso sería una desproporción evidente. Podrá incentivar, dar exoneraciones tributarias, créditos blandos, etc. pero no obligar. Lo mismo pasa en materia de libertad de comunicación con el agregado de que la protección constitucional y convencional de esta libertad es mucho más intensa por resultar básica la libertad en esta área.

El Estado quiere incentivar la producción audiovisual nacional. Perfecto. Pero que lo haga de acuerdo a la Constitución: que lo hagan los canales y radios estatales, que establezca incentivos tributarios para los particulares, que cree fondos de financiación. Pero que no pretenda trasladar los costos a los privados lo que resulta contrario a la Constitución, con-

trario al principio de proporcionalidad y perjudica fuertemente la libertad de comunicación por homogeneizar la oferta (toda será más o menos igual), debilita económicamente a los medios, y perjudica al espectador que tendrá menos variedad para elegir.

No debe olvidarse que la promoción de la cultura nacional no debe perjudicar la apertura al mundo y a todas las culturas. Asimismo **la diversidad que debe brindarse al espectador no es en cada canal sino en todo el sistema. El verdadero objetivo es que cada uno pueda ver lo que quiera sin que el Estado se meta en contenidos y horarios.**

Reitero, el Estado no puede incidir de ninguna forma: (a) en lo que alguien emite o deja de emitir, ni (b) en lo que la gente ve o escucha o en lo que deja de ver o escuchar. Salvo en los casos excepcionalísimos y taxativos del artículo 13 de la CADH.

El artículo 124, bajo el título de criterios de evaluación, dice que se dará prioridad a las propuestas que se presenten en los procesos competitivos para obtener autorizaciones que: fortalezcan la producción cultural local (literal C), incluyan productores independientes y empresas nacionales (literal D) y que ofrezcan la creación de mayor cantidad de empleos directos y de calidad (literal E).

Las intenciones son nobles pero el medio inaceptable. ¿Por qué razón se va a preferir una oferta que ofrezca más puestos de trabajo que otra que quizás, por sus avances tecnológicos, no requiere tantos? ¿Por qué preferir el fomento de la industria nacional cuando también hay que abrirse al mundo? ¿Una propuesta que incluya programas periodísticos de varios países, documentales de la máxima calidad, etc. va a perder en el llamado con una que ofrezca informativos locales? ¿Y el interés del espectador en tener una amplia oferta que lo abra al Uruguay y al mundo dónde queda?

La inconstitucionalidad de este artículo 124 es clara: indirectamente se controlan los contenidos en forma previa a su emisión (aunque sean en sus grandes lineamientos), se está fuera de las hipótesis taxativas de restricción del artículo 13 de la CADH y se vulnera el principio de proporcionalidad siendo claros los excesos.

### ***Monopolios y oligopolios***

El artículo 51 de la ley establece que deben limitarse lo monopolios y oligopolios privados en la materia. Una peculiaridad de la redacción surge al advertir que la ley refiere a evitar los monopolios privados pero nada dice de los públicos (éstos son tan malos y a veces peores que los privados por tener controles más débiles y por tener una cierta sintonía con el gobierno de turno), es más crea inconstitucionalmente algunos.

En primer lugar es importante aclarar que no puede confundirse monopolio con empresas grandes. El ideal sería que no haya monopolios ni oligopolios, pero sí que los medios sean tan poderosos que puedan enfrentarse sin temor a cualquier centro de poder, sea económico, social, político, etc. Si los SCA son pequeños, débiles o vulnerables, mal podrán desafiar a los centros de poder. Basta pensar en famosos eventos, como el caso Watergate cuya investigación, seguramente, no hubiera podido ser sostenida por un medio pequeño o débil. O sea, no monopolio pero sí empresas titulares de SCA fuertes.

No debe perderse de vista que en nuestro país operan empresas públicas y privadas, nacionales y extranjeras, muy poderosas y sólidas pero que al no actuar en régimen de monopolio no generan problema alguno. Y, además, es beneficioso para la sociedad y para el mercado dicha solidez (imaginemos el país con bancos pequeños y débiles).

En segundo lugar debe tenerse presente que en la Declaración de Principios de la Comisión Interamericana multicitada, luego de establecer que deben existir leyes antimonopolio, se dice que “En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación” (artículo 12). Y esto no es un capricho sino que es absolutamente lógico. ¿Qué sentido puede tener una regulación sólo para los SCA? Los monopolios son perjudiciales en todas las actividades. A su vez, ¿por qué razón se da a las SCA un trato diferencial con cualquier otra actividad privada? Ninguna razón es válida desde el punto de vista jurídico y sólo puede llevar esto a que se controlen más los medios que otras actividades. Pero nuevamente: ¿cómo se explica que una actividad con la libertad tan garantizada como es la expresión de pensamiento, que tiene garantías especiales y más estrictas, tenga un régimen más duro y de mayor control y restricción que otras actividades? No hay explicación.

No puede aceptarse una normativa antimonopolio que sea exclusiva para los SCA. Además existe en nuestro país una ley que regula estos temas y que incluye a los SCA (no están excluidas): la ley 18.159. En mi opinión la regulación vigente es más que suficiente, pero si se desea modificar algo, esa modificación no puede ser sólo para los SCA sino para todas las actividades privadas (y agrego: y públicas).

Además apréciase la titulación de algunos de estos artículos: 53 limitaciones a la titularidad en servicios de radio y televisión abierta, artículo 54 limitaciones a la titularidad en TV para abonados, artículo 55 limitación de la cantidad de suscriptores, artículo 56 incompatibilidades para la propiedad de medios, artículo 57 control de incompatibilidades, artículo 58 límites a la concentración en materia comunitaria. Esto significa que se establecen una serie de limitaciones, restricciones y prohibiciones que no existen en otras actividades. La diferenciación, en perjuicio de los titulares de los medios, es clara y contraria

a la Constitución y a la Convención Americana. Pero nuevamente aparece la confusión entre empresa monopólica y empresa grande. No debe haber monopolios pero sí es conveniente que haya empresas fuertes que puedan enfrentarse a los centros de poder. Esta regulación conduce a una realidad de medios pequeños, débiles y que fácilmente pueden ser objeto de presiones efectivas por los grandes centros de poder<sup>41</sup>. Esto no favorece a una sociedad democrática.

Es criterio de la Corte Interamericana que no se debe impedir el crecimiento y desarrollo de los medios<sup>42</sup>.

La regulación en promoción del pluralismo presenta inconstitucionalidades claras. A saber:

a- El artículo 51 tiene dos carencias básicas: olvida definir monopolio y oligopolio y omite decir qué se podrá hacer para combatirlos. Las dos carencias tienen que ser objeto de regulación legal y nunca puede entenderse el artículo como que habilita al Ejecutivo a definir qué es un monopolio ni a determinar los medios que se usarán para combatirlo.

Acá aparece el problema de la doble interpretación. Si se entiende que el artículo habilita al Ejecutivo a definir qué es un monopolio y cómo se les combate la norma sería inconstitucional por violar el principio de legalidad. Si por el contrario se entiende que la norma sólo contiene una declaración y una obligación de las autoridades de presentar proyectos de ley no habría problemas.

b- La existencia de medios débiles, que no puedan crecer, es contraria al espíritu constitucional y los criterios internacionales. Lo que se precisan son medios fuertes, que puedan desafiar al Estado y que sean muchos de forma de que no existan monopolios. No hay razones de interés general que justifiquen que se tengan sólo medios débiles o que no se puedan desarrollar y crecer.

c- Además de topear el número de licencias de que puede ser titular un individuo o una empresa, en el artículo 105 se establecen una serie de incompatibilidades. Concretamente se establece:

**ARTÍCULO 105.** (Inhabilitaciones e incompatibilidades).- En ningún caso podrán ser titulares de una autorización o licencia, las personas físicas o jurídicas que se encuentren en alguna de las circunstancias siguientes:

[...]

<sup>41</sup> Véase por ejemplo caso de McDonald's con decenas de establecimientos en todo el país (y miles en el mundo) y sin problemas monopólicos de tipo alguno.

<sup>42</sup> *Radiodifusión y libertad de expresión*, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, CIDH, 2009, pág. 32.

Ser cónyuge o concubino, pariente por afinidad o consanguinidad, en línea recta, o colateral hasta el segundo grado, de titulares de servicios de comunicación audiovisual; siempre que los sujetos vinculados por tales grados de parentesco, matrimonio o concubinato, considerados en su conjunto, infrinjan los límites a la titularidad de los servicios de comunicación audiovisual dispuestos por los artículos 53 y 54 de la presente ley, en cuanto corresponda.

Lo dispuesto previamente será de aplicación en caso de tratarse de diferentes servicios de comunicación audiovisual.

Ya señalé que la ley confunde monopolio con empresa grande y de ahí se derivan una serie de inconstitucionalidades. La ley quiere medios pequeños y les quita posibilidades legítimas de crecimiento. Pero en este caso la ley va más allá. No sólo prohíbe que un sujeto sea titular de cierto número de licencias sino que esta prohibición se la extiende a los parientes.

La solución legislativa es absurda. ¿No pueden dos hermanos dedicarse a la misma actividad en forma independiente? No puede un hijo seguir el camino del padre pero con una empresa independiente. La ley presume que cada vez que haya parentesco hay una suerte de conjunto económico.

La prohibición es arbitraria y no cuenta con el respaldo de fundarse en razones de interés general. En efecto: (a) ¿la restricción basada en el parentesco es idónea para el fin de que no haya monopolios? No. (b) Si lo fuera ¿cumple con la pauta de necesidad? Tampoco, pues si se quiere combatir las concentraciones monopólicas hay otras vías: restringir a los conjuntos económicos por ejemplo, pero no es necesario impedir que emprendimientos independientes puedan funcionar. (c) La ponderación en sentido estricto, aunque no sería necesario su análisis pues al haber fallado los otros pasos ya está clara la inconstitucionalidad, tampoco puede funcionar ya que de un lado tendríamos el legítimo derecho de personas a desarrollar la misma actividad en forma independiente pese a su parentesco y de otro lado el interés de evitar monopolios. Se aprecia que no hay relación posible y no se puede ponderar por no haber relación entre el fin perseguido y el medio usado.

Por último, no debe perderse de vista que estamos en el ámbito de la libertad de comunicación especialmente protegida por la Constitución y la Convención. Las garantías son mayores. Y esta disposición está limitando el derecho de alguien por ser pariente de otro. Es inaceptable desde el punto de vista constitucional.

### **E) Protección de los niños y adolescentes**

Es importante en este tema señalar que ya existen normas en esta materia y atribución de competencias fundamentalmente al INAU. También debe tenerse presente que en esta

área no se han producido problemas. Tanto los operadores públicos como los privados se han movido en un marco ético de autorregulación y no han aparecido excesos ni problemas ni situaciones que puedan considerarse perjudiciales para niños y adolescentes. Y, además, el acceso a Internet ha producido un fenómeno, que no calificaré, que permite que niños y adolescentes ingresen a información sobre cualquier tema.

No se entiende la preocupación excesiva de la ley en esta materia, más cuando la regulación no es necesaria y sabiendo que no se pondrá a salvo a los menores de abusos. La familia sigue siendo quien puede controlar esto.

Los artículos 30, 32 y 33 de la ley presentan innumerables problemas por lo que se procederá a analizar cada artículo por separado y en cada uno a seguir el orden del propio artículo.

### ***Artículo 30 de la ley***

El artículo 30, bajo el título de “deber de promoción”, incluye determinadas pautas o líneas de acción para el Estado. Estas pautas tienen verbos muy claros: “incentivar”, “impulsar”, “promover”, “desarrollar” y “estimular”. Tanto el objetivo final de promoción como los contenidos de cada uno de los literales son razonables. El problema sería que en el marco intervencionista de la ley, que no vacila en tener injerencia en los contenidos y otros aspectos protegidos por el artículo 13 de la CADH, el Poder Ejecutivo entendiera que este artículo puede dar pie para que establezca obligaciones concretas para los operadores privados. Si hiciera lo último estaría obligando a hacer cosas que no autoriza la CADH. Se estaría metiendo en los contenidos.

Acá tenemos el problema de la doble interpretación. Si se limita el artículo a los verbos mencionados sin posibilidad de establecer obligaciones no habría problemas, pero si se pretendiera imponer obligaciones a los privados con esta base legal, la norma se transformaría en inconstitucional.

### ***Artículo 32***

En este artículo aparecen muchos problemas de constitucionalidad:

El primer problema que aparece es el exceso en el horario de protección: de 6 a 22. Considerando que en la madrugada (de 0 a 6) prácticamente nadie mira televisión, el horario de NO protección se reduce a dos horas, de 22 a 24. Esta norma tiene problemas claros con el principio de proporcionalidad y es excesiva.

En el inciso 2 se establece que se debe favorecer los objetivos educativos respecto a los niños. Si bien el fin es noble no es aceptable. Conforme el artículo 29 de la Constitución

y 13 de la Convención no se pueden imponer contenidos a los particulares como el que se está analizando. Si un operador decide concentrarse en música, deportes, etc., podrá hacerlo y no cumplirá con el objetivo de este inciso. Esta exigencia implica una injerencia inconstitucional en la libertad de comunicación. Si vemos la cuestión a la luz del principio de la proporcionalidad es claro que no se puede superar la necesidad ya que existen medios menos autoritarios para lograr los fines referidos, sea en los canales públicos o en la inmensa mayoría de los operadores privados que los compartirán y aplicarán voluntariamente. Pero no puede imponerse esto a quien no quiera incursionar en el tema.

El inciso 4 al ordenar que se eviten programas que promuevan actitudes o conductas violentas, morbosas, delictivas, discriminatorias o pornográficas, o fomenten el esoterismo, los juegos de azar o las apuestas, resulta contrario al principio de proporcionalidad. Veamos algunos ejemplos de lo que puede considerarse comprendido en la prohibición: algunas películas de Disney, brujas o magos, las carreras de Maroñas, etc. Quizás no fue éste el objetivo del legislador, pero se le fue la mano y la regulación, por su amplitud y vaguedad, constituye un peligro para la libertad de comunicación y potencialmente una fuente de abusos.

Todo esto, en cierta forma, fue advertido por el legislador que mejoró mucho el proyecto original y que al final le dio competencia para sancionar eventuales infracciones al artículo 28 y 31 a 34 al Poder Judicial. Si bien esto mejora la situación no supera la inconstitucionalidad, pues la norma es vaga, demasiado amplia, se presta a abusos, puede generar autocensura y no supera el principio de proporcionalidad. Es un exceso de la ley.

En materia de información, a partir del inciso 5 y en 10 literales, con una vaguedad incompatible con el principio de legalidad, con el principio de proporcionalidad (son excesivas) y con las garantías que la CADH exige para la libertad de comunicación, se ponen diversas limitaciones. Veamos:

- El literal A, si nos atenemos a su texto, prohíbe en el horario de protección exhibir: muchos programas para niños o dibujos animados (los superhéroes por ejemplo), la mayoría de las seriales actuales (sólo subsistirían unas muy pocas). No se podrán emitir imágenes con el ataque a las Torres Gemelas o similares, las campañas del SUCIVE con terremotos, informes de corresponsales de guerra, etc. Y además de la programación esto incide en los programas periodísticos: ¿qué podrán exhibir? Quizás no fue éste el objetivo del legislador, pero se le fue la mano y la regulación, por su amplitud y vaguedad, constituye un peligro para la libertad de comunicación y potencialmente una fuente de abusos que puede

generar autocensura por temor a sanciones. Las infracciones tienen que cumplir con el principio de legalidad con las características ya mencionadas: taxatividad, claridad, precisión, etc. Y también con el sentido común.

- Lo mismo pasa con el literal B y la exclusión de la crueldad, sufrimiento, pánico, etc. Películas y caricaturas siempre aceptadas para niños quedarían proscriptas así como la inmensa mayoría de las películas y series policiales.
- En cuanto a la prohibición de exhibir “cadáveres o resultados de crímenes en forma abierta y detallada” constituye un atentado a la libertad de prensa. ¿Qué significa “resultados”? ¿Es el fin de las series y películas policiales y de guerra? ¿Exhibir el lugar donde se cometió una rapiña o mostrar el video de la rapiña cubriendo los rostros de los involucrados, está prohibido? Puede un medio ser sancionado por esto. Estamos en un tema sensible al Estado democrático de Derecho. No se puede limitar la prensa. En especial, insisto, que no ha habido problemas en este punto por lo que se está regulando un tema que hoy no requiere de regulación.
- El literal C presenta excesos en clara violación del principio de proporcionalidad. En efecto: ¿queda prohibido hablar de Artigas? ¿y de la batalla de Las Piedras? ¿Están proscriptos los superhéroes? Reitero lo ya dicho: quizás no fue éste el objetivo del legislador, pero se le fue la mano y la regulación, por su amplitud y vaguedad, constituye un peligro para la libertad de comunicación y potencialmente una fuente de abusos que puede generar autocensura por temor a sanciones. Las infracciones tienen que cumplir con el principio de legalidad con las características ya mencionadas: taxatividad, claridad, precisión, etc.
- En el literal D la prohibición de pornografía se limita a los casos en que se exhiban las imágenes “con el fin de provocar la excitación sexual del receptor”. ¿Qué quiere decir esto? ¿Cómo se evalúa? La vaguedad, el exceso y el riesgo de autocensura o de abuso al usar esta disposición, demuestran su inconstitucionalidad.
- En el literal G se prohíbe la exhibición de consumo explícito y abusivo de drogas legales o ilegales. Esto incluye el alcohol y el cigarrillo. Quedan prohibidas películas que muestren borrachos o fumadores, series, programas cómicos con estos contenidos, etc. Los fundamentos de la inconstitucionalidad son similares a los expresados en los apartados anteriores.
- El literal I es insólito. No se puede presentar como exitosas o positivas a personas adictas a las drogas. ¿No se va a poder decir que Maradona fue el mejor jugador

de fútbol del mundo? ¿Y los artistas? ¿Y los adictos que están luchando contra la adicción? La desproporción e injerencia en la libertad de comunicación fuera del artículo 13 de la Convención es evidente. El sentido común también está en juego.

- En el inciso posterior al literal J se dice que, “excepcionalmente” y en situaciones de “notorio interés público”, en los programas informativos se podrán incorporar imágenes de las prohibidas en el literal A, aunque incluyendo avisos para prevenir al público infantil. Esto es muy grave pues en materia informativa algunos hechos pasan a ser excepcionales. Se invierte la noción y se contraviene abiertamente el artículo 13 de la Convención. La regla es la información y lo absolutamente excepcional es la imposibilidad de exhibir algo. Este tipo de disposiciones permitirá al gobierno, con la amenaza de la denuncia, presionar a los medios para que no exhiban ciertas cosas que le perjudican: imágenes sobre homicidios, represiones policiales, los resultados (por ejemplo las víctimas) de los crímenes, etc.

Más adelante se dice que las limitaciones no deben verse como limitación de informar, analizar y discutir. Me parece inaceptable: si en televisión se prohíben las imágenes se afecta groseramente la libertad de prensa. Lo único que la ley autoriza es una información recortada, insípida, presuntamente objetiva, sin imágenes y discusiones en paneles sobre los delitos. Inconstitucionalidad evidente.

En todos estos casos se aprecia que se le fue la mano al legislador y la regulación, por su amplitud y vaguedad, constituye un peligro para la libertad de comunicación y potencialmente una fuente de abusos y puede generar autocensura por temor a sanciones. Las infracciones tienen que cumplir con el principio de legalidad con las características ya mencionadas: taxatividad, claridad, precisión, que responda exclusivamente a los fines del artículo 13 de la CADH, que cumpla con el principio de proporcionalidad, etc. Y también deben ser tipificadas considerando el “sentido común”.

### **Artículo 33**

Con el explícito fin de proteger a los niños se establecen en el artículo 33 limitaciones en materia de publicidad:

En el literal A se prohíbe que la publicidad, aprovechando la inexperiencia y credulidad de los niños, los incite directamente a comprar o arrendar productos. La disposición es

inaceptable. La esencia de la publicidad es vender algo: productos, ideas, candidatos, etc. y esta actividad está comprendida dentro de la libertad de comunicación (el artículo 29 de la Carta incluye en la comunicación a “toda materia” y el 13 de la Convención a la comunicación de “toda índole”). La vieja publicidad de “Papá compreme Charoná” ¿debe entenderse prohibida? Parece que sí.

Lo mismo ocurre con el literal B, ya que la esencia de la publicidad para niños es que éstos deseen tener el producto.

El literal C también presenta dificultades. ¿La publicidad realizada por un futbolista famoso queda prohibida? ¿La publicidad con actores que representen maestros, médicos, dentistas, etc. también? Los principios de proporcionalidad y razonabilidad demuestran la ilegitimidad de la disposición.

En general parece estar presente en el artículo un modelo de sociedad al que aspira el gobierno: población austera (no consumista) que se base en valores y en juguetes tradicionales. Pero esto, que es absolutamente respetable (y en muchas cosas compartible), no puede ser “impuesto” mediante restricciones a la libertad de expresión. Todas las expresiones pueden y deben competir en el mercado de las ideas, de que hablé al principio, con idéntico derecho. Nada puede ser descartado a priori. Si el gobierno quiere impulsar la austeridad mencionada, puede hacerlo, pero no puede restringir la libertad de expresión que incluye los mensajes publicitarios. Se puede impulsar la austeridad pero también lo contrario.

La publicidad, que es lícita, debe en primer lugar captar la atención del espectador y luego convencer de algo mediante un mensaje. Se prohíbe sí la propaganda encubierta o subliminal (que se no se puede apreciar) y por supuesto hay limitaciones generales en la ley de defensa del consumidor. Pero el derecho a captar la atención (mediante actores, muñecas, etc.) es lícito, como lo es el mensaje que se transmite a aquellos a quienes se captó la atención.

El Tribunal Constitucional alemán (la corte constitucional más prestigiosa del mundo), en su Primera Sala, dictó una sentencia paradigmática en la materia el 12 de diciembre de 2000, en el caso Benetton. La estrategia publicitaria de esta empresa era, durante los breves segundos que duraba la publicidad televisiva y siempre siendo visible el logo y nombre de Benetton (no era publicidad encubierta), mostraba un pato nadando sobre un lago de petróleo, o niños haciendo trabajos duros o una persona que tenía sobreimpresa en su cuerpo la leyenda VIH – Positivo. La empresa captaba la atención con estos tres comerciales mostrando tres problemas que le importaban. Algunos cuestionaron que la propaganda se basara en esto e incluso se criticaba el del VIH por considerar que podría ser discriminador. Benetton dijo que lo que hacía era captar la atención con imágenes que buscaban sensibilizar

al público sobre tres problemas graves: contaminación ambiental, trabajo infantil y discriminación para enfermos de sida. Además de contribuir a la sensibilización promocionaba su empresa. El Tribunal dijo que estas tres variantes estaban protegidas por la Ley Fundamental. El caso más dudoso era el del sida, pero acá también dijo el Tribunal que ese comercial podía interpretarse de dos formas: como denunciando y repudiando la discriminación o como compartiéndola. Pero bastó al Tribunal con que hubiera una posibilidad de interpretación lícita para proteger el aviso.

Además ¿la protección que se persigue es correcta? ¿No será bueno que los niños se enfrenten, como todos hemos hecho, a que no todo se puede tener? ¿No será esto bueno a su proceso de maduración?

Insisto. La ley se mete en contenidos en casos no autorizados por la CADH y, en general, viola el principio de proporcionalidad (es una injerencia excesiva). La protección de los niños y la comunicación de pensamiento debe ser objeto de una adecuada armonización y ponderación y es evidente que la ley pondera en demasía (inconstitucionalmente) la supuesta protección de los niños (es un exceso y protege cosas que no debe) y perjudica indebidamente la libertad de comunicación.

## **F) Otras inconstitucionalidades**

### ***Los artículos 6, 7, 8 y 17 de la ley 19.307***

Para analizar lógicamente las inconstitucionalidades de estas disposiciones comenzaré por el artículo 8 y luego por los siguientes. El artículo 8 dispone:

(Alcance y límites de la potestad regulatoria del Estado).- La potestad del Estado de regular los servicios de comunicación audiovisual debe entenderse en el marco de su obligación de garantizar, proteger y promover el derecho a la libertad de expresión en condiciones de igualdad y sin discriminación, así como el derecho de la sociedad a conocer todo tipo de informaciones e ideas. El ejercicio de las facultades del Estado frente a los medios de comunicación debe hacer posible el más amplio, libre e independiente ejercicio de la libertad de expresión y nunca será utilizado como una forma de censura indirecta.

Este artículo invierte el enunciado tradicional y correcto de todo derecho humano y en especial el de la libertad de comunicación. La regulación deja de ser subsidiaria, para los casos en que se concluya en forma estricta que se está frente a alguna de las hipótesis taxativas en que la Convención permite limitaciones a la libertad en cuestión, y pasa a ser central: el derecho o libertad se ejerce en función de la regulación, gracias a la regulación y dentro de

la regulación (como se puede ver, explícitamente, en el artículo 17 a que se hará referencia más adelante). La disposición parte, en forma implícita, de que la libertad sin regulación es imposible y sólo en base a ésta podrá ejercerse debidamente.

Esto se parece, como señalé al concurrir a las comisiones parlamentarias, a los conceptos de la dictadura (1973-1985), cuando se sostenía que la libertad y la democracia eran imposibles fuera de una regulación y control preciso. Sólo dentro de una estricta regulación y contralor podía funcionar la democracia y la libertad. A esto se le llamó a veces “libertad dentro del orden” o “democracia tutelada” y seguramente su máxima expresión estuvo presente en el proyecto de Constitución que se plebiscitó en 1980.

La libertad sin interferencias es la solución de principio y la regulación la excepción y sólo puede ser subsidiaria en casos muy excepcionales y dentro de las pautas del artículo 13 de la Convención.

Si se analiza este artículo en forma aislada se podría pensar que puede ser interpretado de otra forma que lo haga compatible con la Constitución, pero si se repara en los artículos vinculados, en especial 6, 7 y 17 (que se analizarán a continuación), se verá que el sentido correcto es el que le atribuyo y es claramente inconstitucional.

El artículo 6 realiza una vacía declaración de que los servicios prestados por particulares son de “interés público”, expresión absolutamente vacía de contenido (es imposible extraer del texto legal qué se quiere decir) y que va a constituir, dentro de las previsiones del artículo 8, la excusa para que el Estado se meta en los contenidos, en forma inconstitucional, como se verá a continuación.

El artículo 7, en forma coherente con los artículos mencionados en los apartados anteriores, se mete dentro de los prestadores privados y le señala los principios y fines que deben procurar cumplir en su actividad. Dice la disposición:

**ARTÍCULO 7º.** (Principios y fines de la prestación de los servicios de comunicación audiovisual).- De conformidad con el interés público de estos servicios, deberán propender al cumplimiento de los siguientes principios y finalidades:

A-Ejercicio del derecho a la libre expresión de informaciones y opiniones.

B-Garantía del derecho de las personas a acceder a una pluralidad de informaciones y opiniones.

C-Facilitación del debate democrático y promoción de la participación democrática en los asuntos públicos.

D-Elaboración y fomento de la producción de contenidos y aplicaciones nacionales mediante el empleo de recursos humanos nacionales: artísticos, profesionales, técnicos y culturales.

E-Difusión y promoción de la identidad nacional, así como del pluralismo y diversidad cultural de Uruguay.

F-Promoción del conocimiento de las producciones culturales uruguayas, las artes, la ciencia, la historia y la cultura.

G-No discriminación en consonancia con los términos establecidos por la Ley N° 17.817, de 6 de setiembre de 2004.

H-Apoyo a la integración social de grupos sociales vulnerables.

Se podrá decir que los fines son nobles o compartibles. Y posiblemente muchos operadores privados están de acuerdo en cumplir con ellos y lo hagan por su propia decisión. Pero no se puede encorralar la libertad de comunicación de pensamiento. Si alguien desea emitir programas sólo de entretenimiento, que no cumplan con ninguno de los fines establecidos, podrá hacerlo y estará protegido por la Constitución y la Convención. La primera, en su artículo 29 protege la comunicación en “toda materia” y la Convención, en su artículo 13, protege la comunicación de “toda índole”. Aunque el gobierno quiera algo no puede imponerlo a las canales de televisión y radios.

Incluso hay casos en que directamente ordena tener ciertos contenidos, como ocurre en el literal D, E y F. Se olvida, y al hacerlo se viola la Constitución y la CADH, que los medios no son instrumentos del gobierno.

El Estado, ni a través de la ley ni de la actividad administrativa ni jurisdiccional, puede meterse en lo que los operadores privados “deben” emitir y mucho menos, en lo que los ciudadanos ven.

El artículo 17 confirma plenamente la línea intervencionista de la ley, contraria a la Constitución de la ley. Dispone:

**ARTÍCULO 17.** (Libertad editorial).- Los titulares de servicios de comunicación audiovisual tienen derecho a la libertad editorial, lo cual incluye la determinación y libre selección de contenidos, producción y emisión de la programación, de conformidad con los principios y finalidades reconocidos en la presente ley y en el marco de lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos.

El texto originalmente proyectado por el Poder Ejecutivo no tenía la referencia a la Convención sino que terminaba después de la expresión “ley”. Si alguna duda podía quedar respecto a cuál es el sentido de los artículos anteriores ahora no quedan dudas. La ley quiere encorsetar a los medios de comunicación audiovisual que sólo podrán actuar dentro del marco que el gobierno les fija mediante la ley y su reglamentación. Esto no sólo es gravísimo para la libertad de comunicación sino claramente contrario a la Constitución y a la Convención.

Encorsetar la libertad de comunicación dentro de lo que un gobierno quiere es inaceptable. Y, además, admitir esto es el principio del fin: luego, invocando el propósito de

proteger a la ciudadanía y en especial a los niños se podrá limitar cualquier cosa. La puerta habrá quedado abierta a tales efectos.

El agregado que se hizo al artículo con la referencia a la Convención fue realizado al advertir lo inaceptable del texto original. Pero lejos de solucionar el problema lo empeoró. En efecto, la Convención Americana no permite que se limite legislativamente la libertad editorial salvo con los taxativos fines de artículo 13. Entonces ¿cómo debe interpretarse un artículo claramente contradictorio? A la inconstitucionalidad respecto a los artículos 29 de la Carta y 13 de la Convención, se agrega ahora la violación del derecho a la seguridad jurídica del artículo 7. Así a la clara inconstitucionalidad del texto original, la primera parte, se le agrega una contradicción que no advierto cómo superar, aunque nunca podrá permitir eludir la primera parte, con un texto claro e inconstitucional.

En definitiva, estos artículos (6, 7, 8 y 17) implican una violación de la Constitución y la Convención en la medida que se modifica el sentido superior de la libertad de comunicación para crear otro, mucho más restrictivo, sometido a lo que diga la ley y los órganos de contralor. No es aceptable la libertad de comunicación dentro de la regulación, sino que la verdadera solución es la libertad como solución de principio y sólo en forma excepcional y en los taxativos casos previstos en el artículo 13 de la CADH se podrá controlar.

### ***El artículo 11***

Esta norma dispone:

ARTÍCULO 11. (Diversidad y pluralismo en el sistema de servicios de comunicación audiovisual).- El Estado tiene el deber de garantizar la diversidad y el pluralismo en el sistema de servicios de comunicación audiovisual, en todos los ámbitos de cobertura, previniendo la formación de oligopolios y monopolios, así como reconociendo y promoviendo la existencia de servicios de comunicación audiovisual comerciales, públicos y comunitarios.

Este artículo presenta dos problemas. El primero es por la referencia a la “diversidad y pluralismo en el sistema”. Si esto se interpreta como que el Estado debe propender a esta diversidad en el sistema, como dice el texto, garantizando que los espectadores podrán ver lo que quieran, que tendrán una oferta variada al sentarse frente al televisor o al escuchar la radio (habrá canales y radios para todos los gustos) no habría problemas. Pero si se pretende que esto esté presente en cada operador privado, interfiriendo en su programación sería contrario a la Constitución y una intromisión inaceptable en los contenidos. Considerando el contexto del artículo 11 parece que la intención se orienta en el segundo sentido, por lo que sería bueno que quede establecido cuál es la interpretación correcta que hace a la norma

compatible con la Constitución y la Convención y qué interpretaciones no pueden ser aceptadas. La doble interpretación, además, encierra una inconstitucionalidad por violación del derecho a la seguridad del artículo 7 de la Carta.

En segundo lugar la referencia a que el Estado debe *garantizar* plantea el problema de qué puede hacer el Estado o qué puede imponerse a los operadores en este sentido. Debería aclararse que el Estado no puede interferir en las programaciones ni en los contenidos y que su objetivo deberá perseguirlos por otros medios (estímulos, sugerencias, etc.).

### **Artículos 94 y 95**

El artículo 94 establece:

ARTÍCULO 94. (Cadenas oficiales).- Los servicios de radio y televisión abierta, los servicios de televisión para abonados en sus señales propias y las señales de televisión establecidas en Uruguay que sean difundidas o distribuidas por servicios para abonados con autorización o licencia para actuar en nuestro país, están obligados a integrar las cadenas oficiales de transmisión simultánea que determine el Poder Ejecutivo por resolución fundada.

Las mismas tendrán una periodicidad y duración razonables y versarán sobre temas de interés público o cuestiones urgentes que puedan afectar gravemente a la población.

Esta disposición recoge algo tradicional en nuestro país y en el derecho comparado, pero presenta problemas en el inciso 2 cuando dice que la periodicidad y duración de las cadenas deberán ser “razonables”. El problema es razonable para quién (quien lo determina). Téngase presente los abusos que se han venido cometiendo en América Latina en este tema con cadenas casi diarias y de horas de duración. Las alternativas son: o se declara inconstitucional el artículo pues su vaguedad implica desproteger la libertad de comunicación o se aclara mediante otra ley que la expresión “razonable” para ser compatible con la Constitución y la Convención debe entenderse como “excepcionales y que interfieran lo menos posible en la programación regular de los operadores”.

El artículo 95 por su parte, bajo el título de “contraprestaciones”, aunque no se sabe de qué ni por qué concepto, obliga a los operadores privados de radio, de televisión abierta y de televisión para abonados en sus señales propias y las señales de televisión cuya programación sea establecida en Uruguay y que sean difundidas o distribuidas por servicios para abonados a: permitir el uso gratuito de hasta quince minutos diarios, no acumulables, para realizar campañas de bien público sobre temas tales como salud, educación, niñez y adolescencia, igualdad de género, convivencia, seguridad vial, derechos humanos y combate a la violencia doméstica y la discriminación, por parte de organismos públicos y personas públi-

cas no estatales, de acuerdo a lo dispuesto por el Poder Ejecutivo; brindar espacios gratuitos para publicidad electoral (ya fue analizado por separado), brindar sin costo y de acuerdo a la tecnología disponible, acceso a servicios interactivos provistos por el Estado.

Este artículo 95 excede claramente lo previsto en el artículo 13 de la Convención en la medida que el Estado utiliza la televisión privada y las radios para cumplir con fines que considera oportunos pero trasladando los costos a los particulares. Se apunta mensajes diarios iguales para todos los operadores. Se trata de una injerencia en los contenidos no autorizada por el artículo 13 y que supera claramente el principio de proporcionalidad. El gobierno no puede determinar, en ninguna medida, lo que la gente ve ni lo que la gente no ve.

### **Artículo 97**

Este artículo, bajo el curioso título de “Deber de colaboración”, dispone:

ARTÍCULO 97. (Deber de colaboración).- Los titulares de servicios de comunicación audiovisual tienen el deber de remitir a las autoridades competentes cuantos datos y documentos les requieran en el ejercicio de sus competencias. La información así obtenida será tratada de acuerdo con lo dispuesto en la Ley N° 18.331, de 11 agosto de 2008.

Deberán permitir y facilitar a los servicios de inspección el acceso a las instalaciones y equipos, así como el examen de toda la documentación que resulte imprescindible para el ejercicio de sus tareas de supervisión y control.

Este artículo que no tiene límites (“cuantos datos se requieran” “toda la documentación”) es claramente inconstitucionalidad por violar derechos básicos: información confidencial desde el punto de vista comercial, intimidad y privacidad, libertad empresarial, secreto de fuentes, programas planeados o que se están preparando, etc. No están las razones de interés general que exige el artículo 28 de la Constitución.

Adviértase que la obligación es mucho mayor que la que tienen las autoridades públicas en materia de acceso a la información ya que éstas podrán, dentro de ciertas pautas, clasificar como confidenciales ciertas informaciones o documentos. Es evidente que siendo operadores privados el derecho a la privacidad es muy superior al de las entidades estatales (tienen los derechos del artículo 28 de la Carta).

El artículo debió haber excluido muchas cosas de este supuesto “deber de colaboración” como contratos con otras entidades, empleados, sueldos (adviértase la importancia de esta información en un régimen de competencia) etc., planes de programación, programas no emitidos (de lo contrario nos aproximaríamos a la censura previa), documentos que refieran a las fuentes periodísticas, etc.

Ninguna razón de interés general podrá invocarse para justificar que se “desnude” a los operadores de servicios audiovisuales frente al Estado y que no haya nada reservado o confidencial.

Pero nada se excluyó y sólo se dice que la información (toda) será tratada conforme la ley 18.331. Pocas garantías hay de que esto sea así si se analiza la cantidad de personas que tendrán acceso, desde el Poder Ejecutivo pasando por unidades y consejos desconcentrados, asesores, órganos legislativos, etc.

La disposición es claramente inconstitucional por lesionar los artículos 28, 7, 10 inciso 1 y 36 de la Constitución y las normas convencionales correspondientes a la privacidad, la libertad de empresa y la libertad de comunicación de pensamiento, libertad de prensa, protección de fuentes, etc.

### **Artículo 102 y 194**

El artículo 102 es una de las normas más importantes y perjudiciales para la libertad de comunicación. Y es que la libertad de comunicación se somete a un estudio que condiciona las autorizaciones y que incluye mucho de contenidos (control previo de contenidos con facultades de rechazo o prohibición) Esta disposición dispone:

**ARTÍCULO 102.** (Proyecto comunicacional).- El proyecto comunicacional presentado por el titular **a efectos de obtener la autorización o licencia** para prestar un servicio de comunicación audiovisual es parte integral de la misma.

Al postularse en un llamado, el interesado deberá presentar un proyecto comunicacional que detalle la propuesta del servicio prevista. **El proyecto deberá incluir, al menos, toda la información solicitada por el pliego de condiciones** de la convocatoria indicando, entre otros aspectos: el plan de programación a desarrollar; cantidad, tipo y géneros de señales audiovisuales propias que ofrecerá; cantidad y tipo de producción audiovisual nacional y local propia; compromiso de creación de empleos directos y de cumplimiento de las garantías laborales; participación de productores independientes y empresas nacionales de la industria audiovisual en la cadena de producción y difusión relacionada con su servicio; los compromisos en materia de pautas publicitarias; los compromisos de atención a las personas con discapacidades auditivas y visuales, incluyendo el porcentaje de programación accesible mediante subtítulo, lengua de señas y audiodescripción; los antecedentes como empresario de la comunicación e interactivos que incluirá en su propuesta.

En caso de obtenerse la autorización o licencia el titular del servicio asumirá la obligación de dar cumplimiento al correspondiente proyecto comunicacional presentado.

Toda modificación sustancial al proyecto comunicacional originalmente autorizado deberá ser previamente aprobada por el Consejo de Comunicación Audiovisual y, para aquellos casos que la reglamentación determine, también por el Poder Ejecutivo, so pena de la aplicación de la sanción correspondiente, de acuerdo al grado de apartamiento del proyecto original comprometido por el titular.

Esta exigencia de presentar previamente el proyecto comunicacional, que éste sea analizado en los procesos competitivos para la expedición de las autorizaciones, y que luego de analizar sus contenidos y fines (ya se mencionó la inconstitucionalidad de algunos de los criterios de evaluación del artículo 124), se decida a quién se autoriza, resulta contrario a la Constitución en lo que refiere al control de contenidos, de información sensible (pautas publicitarias) y creación de empleos, etc. El Ejecutivo, previo asesoramiento del Consejo de Comunicación desconcentrado (bajo una modalidad impropia o con competencia concurrente) decidirá qué le gusta y qué no.

Y no se están haciendo conjeturas sin base sino que ya ha habido problemas en un llamado reciente donde se excluyó a una empresa por otra con mayor afinidad política (esto fue reclamado por operadores del gobierno).

Además el proyecto comunicacional termina siendo una herramienta de contralor del Ejecutivo ya que el operador no podrá cambiarlo sin autorización del Consejo desconcentrado o del Poder Ejecutivo (en términos reales siempre del Poder Ejecutivo) y si lo incumple será sancionado (sanciones muy graves, artículo 178 literal M y graves, artículo 179 literal C).

¿Cuál es la realidad del sistema? (a) el Ejecutivo controla contenidos, orientaciones, compromisos publicitarios, etc. antes de dar la autorización y obviamente ésta depende de que le guste la propuesta; (b) el operador queda atado al proyecto y si por razones comerciales o por los motivos que sea decide cambiar deberá tener autorización del Ejecutivo (habrá que hacer buena letra con el Ejecutivo); y (c) todo desvío será sancionado como infracciones graves o muy graves.

La inconstitucionalidad es clara: hay control de contenidos, hay censura previa al requerir autorización del Ejecutivo para determinar lo que se emite, y se establece un control muy fuerte, sometido al Poder Ejecutivo, que inducirá, seguramente, a prácticas de autocensura.

Y no se olvide que el artículo dice expresamente que en el pliego se le podrá exigir más información lo que implica una violación del principio de legalidad y un peligro para la libertad de comunicación.

Reitero otra vez, el Estado no puede incidir de ninguna forma: (a) en lo que alguien emite o deja de emitir, ni (b) en lo que la gente ve o escucha o en lo que deja de ver o escuchar. Salvo en los casos excepcionalísimos y taxativos del artículo 13 de la CADH.

#### **Artículo 194**

El artículo 194, dentro del régimen transitorio dispone que las autorizaciones vigentes caducarán y que el Ejecutivo otorgará nuevas con los plazos establecidos en el artículo 125 de la ley. Pero en el inciso final de este artículo 194 se dice:

**ARTÍCULO 194.** Dentro de los noventa días corridos posteriores a la vigencia de la presente ley, el Consejo de Comunicación Audiovisual publicará los índices temáticos de los proyectos comunicacionales de los servicios comprendidos en las autorizaciones vigentes. A partir de dicha publicación los actuales titulares dispondrán de noventa días corridos para presentar ante el Consejo de Comunicación Audiovisual sus correspondientes proyectos comunicacionales, ajustados al referido índice temático. Estos proyectos son los que serán considerados en el procedimiento de renovación establecido en el artículo 126 de la presente ley.

La inconstitucionalidad es groserísima. Ya no se trata de censura previa (que normalmente se ve como la prohibición o supeditación de ciertas emisiones a una autorización) sino que acá, directamente, el Estado les da instrucciones a los operadores privados en cuanto a las características y contenidos de sus emisiones y los prestadores de servicios audiovisuales deben formular proyectos comunicacionales siguiendo las órdenes del Ejecutivo. Y no se diga como gran cosa que es el Consejo de Comunicación ya que éste es un órgano desconcentrado sin perjuicio de la facultar de avocación del Ejecutivo: el que resuelve es el Poder Ejecutivo, es el Gobierno.

La inconstitucionalidad de esta disposición es una de las más claras. El Gobierno incide directamente en los contenidos: en lo que los operadores privados pueden exhibir y en lo que no pueden exhibir y, además, en lo que la gente ve y en lo que la gente no ve.

## VI. **CONCLUSIONES**

Para terminar reitero que me he limitado a analizar algunas de las inconstitucionalidades que presenta la ley 19.307.

Asimismo debe decirse que se trata de una ley muy extensa y con problemas técnicos importantes<sup>43</sup>, lo que dificulta su interpretación y genera muchas dudas afectando el derecho a la seguridad jurídica.

---

<sup>43</sup> Hay imprecisiones muy importantes. Por ejemplo, en el artículo de definiciones se define qué es autorización, licencia y concesión pero luego se utiliza un lenguaje promiscuo; se incluyen artículos incuestionablemente innecesarios que complican inútilmente la ley (es el caso de los artículos 15, 18, 19, 22, 23, 169, 114, 41 entre muchos otros) y errores de texto, por ejemplo uso de plurales erróneo lo que lleva a interpretaciones gramaticalmente imposibles (artículo 55), etc.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Segunda reimpresión, 2001.
- Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Edit. Fundación Beneficentia et peritia iuris, Madrid, 2004.
- Barbagelata, Aníbal, “La libertad de expresión como medio de proteger los derechos humanos en Uruguay”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, FCU, Montevideo, 1978.
- Barbagelata, Aníbal, en *Teoría de Gobierno* de Justino Jiménez de Aréchaga, tomo II, FCU, 1983.
- Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde, *Manual de Derecho Constitucional, segunda edición*, Edit. Marcial Pons, España, 1996.
- Bidart Campos, Germán, J., *Algunas reflexiones sobre la globalización desde el punto de vista del derecho constitucional*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 1999, Edit. FKA.
- Bülow, Erico, “La Legislación”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Segunda edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2001.
- Cagnoni, Aníbal, *¿Penas en vía administrativa? El artículo 23 del decreto-ley N° 15.322*, en Rev. de Derecho Público, Año 1998, N° 13.
- Cajarville Peluffo, Juan P., *Recursos administrativos*, Tercera edición, FCU, 2000.
- Cassinelli Muñoz, Horacio, *Derecho Público*, FCU, 1987, vol. I.
- Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law, Principles and policies*, third edition, Aspen Publishers, New York, 2006.
- De Esteban, Jorge, y López guerra, Luis, *El régimen constitucional español*, Edit. Labor Universitaria, Barcelona, 1980.
- Delpiazzo, Carlos, *Las potestades del Banco Central del Uruguay*, en Estudios Jurídicos en Memoria del Dr. Alberto Ramón Real, FCU.
- Esteva Gallicchio, Eduardo, “La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia sobre los decretos de los Gobiernos Departamentales que tienen fuerza de ley”, en *Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo IX, N° 49).
- Fernández Nieto, Josefa, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Universidad Rey Juan Carlos, Edit. Dykinson, primera edición, Madrid, 2008.

- Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Edit. Dykinson, Madrid, 1992.
- Fernández Segado, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994.
- Jiménez de Aréchaga, Justino, *La Constitución nacional*, tomo I, Cámara de Senadores, 1992.
- Korzeniak, José, *Derecho Constitucional 2*, FCU 1986.
- Méndez, Aparicio, *Las sanciones administrativas*, en LJU, tomo I.
- Nogueira Alcalá, Humberto, *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales*, tomo I, Librotecnia, Santiago de Chile, 2007.
- Riso Ferrand, Martín, “El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia”, en *Estudios Jurídicos*, N. 8, Edit. Universidad Católica del Uruguay, Montevideo 2010.
- Riso Ferrand, Martín, *Derecho Constitucional*, tomo I, segunda edición actualizada, FCU, 2006.
- Riso, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, segunda edición actualizada, FCU, 2008.
- Sagüés, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1997, tomo II. Fernández Segado, Francisco, *El sistema político español*, Edit. Dykinson, Madrid, 1992.
- Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Quinta Edición.
- Schwabe, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del TCF alemán*, Edit. FKA, 2003. Bidart Campos, Germán, Bidart Campos, Germán, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, edit. Ediar, Buenos Aires, 1995.
- Stone, Geoffrey R., Seidman, Louis Michael, Sunstein, Cass R., Tushnet, Mark V., Karlan, Pamela S., *Constitutional law*, Edit. Aspen Publishers, New York, 2005.
- Sullivan, Kathleen M. y Gunther, Gerald, *Constitutional Law*, Fifteenth edition, Foundation Press, New York, New York, Thomson West, 2004.