

La Lucha Por el Espectro Radioeléctrico. La Obligación Estatal de Garantizar Espectro Para la Radiodifusión Terrestre

Fernando Méndez Powell

Resumen: *En el presente, la provisión servicios de comunicación celular es una actividad más lucrativa que la provisión de servicios de radio y televisión. Por este motivo, si la distribución del acceso al espectro radioeléctrico fuese delegada totalmente al libre mercado, esto pudiera disminuir significativamente la disponibilidad de servicios de radiodifusión terrestre. Este artículo argumenta que existe una obligación Estatal de reservar espectro para radiodifusión. Para sustentar este argumento se explicará que la radiodifusión terrestre mantiene su relevancia a pesar del desarrollo de otras tecnologías de comunicación. También se argumentará que, si se les privilegia con acceso preferente al espectro, entonces es legítimo someter a los titulares de licencias de radiodifusión a regulación especial.*

Palabras Claves: *Radiodifusión, Libertad de Expresión, Espectro Radioeléctrico, Obligaciones Estatales, Radiocomunicaciones*

Summary: *In the present, the provision of cellular communication services is a more lucrative activity than the provision of radio and television services. For this reason, if distribution of spectrum access was completely delegated to the free market, this could significantly diminish the availability of terrestrial broadcasting services. This article will argue that States have an obligation to reserve spectrum for broadcasting. In support of this argument, it will be explained that terrestrial broadcasting maintains its relevance notwithstanding the development of new communication technologies. It will also be argued that, if they are privileged with preferential access to the spectrum, then it is legitimate to subject broadcast licence holders to special regulation.*

Keywords: *Broadcasting, Freedom of Expression, Radio Spectrum, State Obligations, Radiocommunications*

Con el desarrollo de las tecnologías 3G y 4G de comunicación celular la competencia por el acceso al espectro radioeléctrico ha alcanzado sus niveles más altos de intensidad. En este escenario, la corriente de pensamiento que argumenta por que la distribución de dicho acceso sea basada puramente en criterios de mercado se ha vuelto dominante. Adicionalmente, se ha argumentado que la radiodifusión terrestre tradicional ha perdido la relevancia que tuvo en el pasado y que proveer a las radiodifusoras de acceso preferente al espectro es innecesario, es económicamente ineficiente y privilegia injustamente a los titulares de licencias de radiodifusión. En el presente artículo se responderá a estos argumentos sosteniendo la posición que la radiodifusión terrestre sigue siendo esencial como medio de expresión y fuente información para un gran número de personas alrededor del mundo. Se argumentará que mientras esta realidad continúe, los Estados tienen una obligación de garantizar la disponibilidad de espectro para la radiodifusión terrestre. Sin embargo, también se explicará que cuando un Estado privilegia a las radiodifusoras con acceso preferente al espectro, dicho Estado también tiene la obligación de adoptar políticas y medidas encaminadas a asegurar que las mismas sirvan el interés público.

¿Qué es el espectro radioeléctrico?

El espectro radioeléctrico es el rango de las frecuencias electromagnéticas que son consideradas útiles para las radiocomunicaciones.¹ En adición a lo conocido comúnmente como radio, las frecuencias del espectro radioeléctrico son utilizadas para una gran gamma de aplicaciones, incluyendo entre otras: la televisión, la comunicación con aeroplanos y naves marítimas, comunicaciones militares, servicios GPS y las comunicaciones basadas en tecnología celular, incluyendo el Internet celular. Por motivos de brevedad y conveniencia, en el resto de este artículo se referirá al espectro radioeléctrico utilizando el término ‘espectro’ simplemente.²

La principal limitación para el uso del espectro, es el problema de la ‘interferencia’.³ En la práctica, el problema de interferencia significa que si múlti-

1. Las Regulaciones Internacionales de Radio establecen por convención que las frecuencias útiles para las radiocomunicaciones son aquellas por debajo de los 3000Ghz.

2. En un sentido más amplio, el término ‘espectro’ se refiere al rango completo de frecuencias electromagnéticas lo que además de las ondas de radio incluye, por ejemplo, los rayos x y los rayos gamma.

3. Para la definición técnica de interferencia véase, Unión Internacional de Telecomunicaciones, Regulaciones de Radio, Edición de 2012, Art. 1(166).

ples actores transmiten simultáneamente en la misma frecuencia a través del mismo espacio las señales de éstos pueden volverse indescifrables para los receptores deseados. Por motivo del problema de interferencia, históricamente se ha considerado que la viabilidad de las radiocomunicaciones requiere que la transmisión de señales de radio sea sujeta a regulación nacional e internacional.⁴

Bajo el sistema de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) cada Estado recibe un número de frecuencias (adjudicación) sobre el cual tiene derecho a exigir protección contra interferencia causada por radiocomunicaciones originadas desde otros Estados.⁵ Sin embargo, el sistema de la UIT admite que en un Estado se utilicen las frecuencias adjudicadas a otros Estados siempre y cuando no se cause interferencia dañina.⁶ Por el contrario, en el plano doméstico normalmente se ha lidiado con el problema de interferencia estableciendo una prohibición general sobre la transmisión de señales de radio y estableciendo, sobre dicha prohibición general, un sistema de excepciones mediante el cual solamente un número limitado de actores es autorizado para transmitir. Históricamente, el modelo más común ha sido uno por el cual se emiten licencias o concesiones que confieren a una persona o entidad el derecho exclusivo de usar una frecuencia específica pero que restringen el uso que se puede dar a la frecuencia a un propósito específico. Comúnmente estas licencias y concesiones también tienen un término preestablecido que permite a las autoridades reasignar al espectro a un usuario o uso distinto una vez llegado el vencimiento de las mismas.

Como alternativa a la emisión de autorizaciones individuales se ha propuesto el modelo de la comuna de espectro.⁷ Este modelo propone usar la regulación técnica de los dispositivos de transmisión y remisión como solución al problema de interferencia. En un modelo de comuna cualquier persona estaría autorizada a transmitir siempre y cuando use un dispositivo que cumpla con las especificaciones técnicas preestablecidas. En varios países se han adoptado medidas inspiradas por el modelo de comunas de espectro tales como la designación de algunas bandas de frecuencia para uso sin requisito de licencia⁸ o la provisión

4. Convenio Internacional de Telecomunicaciones, 25 de Octubre de 1973, 1209 UNTS 255, Art. 4.

5. Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (1992) tal y como fue enmendada por las subsiguientes conferencias plenipotenciarias, Art. 45.

6. Unión Internacional de Telecomunicaciones, Supra nota 3, Art. 4(4)

7. Para una introducción a este modelo véase, Stuart Buck, 'Replacing Spectrum Auctions with a Spectrum Commons' (Reemplazado las Subastas de Espectro con una Comuna de Espectro) (2002) 2 Stanford Technology Law Review; Yochai Benkler, 'Overcoming Agoraphobia: Building the Commons of the Digitally Networked Environment' (Superando la Agorafobia: Construyendo la Comuna del Ambiente en Red Digital) (1998) 11 Harvard Journal of Law and Technology 287.

8. Ver por ejemplo, Mohamed Ali El-Moghazi y otros, 'Radio Spectrum Policy Reform in Develo-

de autorizaciones generales para que ciertos equipos de transmisión puedan ser usados sin licencia individual.⁹ Sin embargo, ningún país ha adoptado la comuna como el modelo único para la administración de todo su espectro. En la actualidad especialistas en la materia discuten la viabilidad técnica del modelo de comuna. En específico, se discute si las actividades con mayores demanda de espectro tales como la radiodifusión terrestre y las comunicaciones celulares pueden ser viables bajo un modelo de comuna.¹⁰ En el caso hipotético de un país donde todo el espectro es administrado bajo un verdadero modelo de comuna no tendría sentido hablar sobre una obligación estatal de garantizar espectro para radiodifusión. Sin embargo, por razones de espacio, falta de experticia técnica y atendiendo a la realidad de que es muy poco probable que cualquier país adopte completamente el modelo de comuna en un futuro cercano, dicho hipotético no será considerado en el resto de este artículo. Para los efectos del artículo, se asumirá que restringir la capacidad de transmitir a través del espectro a la población en general y autorizar solamente a un número pequeño de actores para lo mismo es necesario para lidiar con el problema de interferencia y por lo tanto legítimo.

El argumento a favor de una distribución del espectro basada en el libre mercado

En adición al modelo de comuna, la distribución en base a derechos de propiedad y el libre mercado es otra alternativa que se ha propuesto al modelo tradicional de emitir autorizaciones con uso específico y duración preestablecida. Este modelo fue propuesto originalmente por Ronald Coase en 1959 y actualmente es favorecido por un gran número de economistas.¹¹ En el modelo de derechos de propiedad, derechos permanentes y exclusivos sobre el uso de las frecuencias

ping Countries' (Reforma de Políticas para el Espectro Radioeléctrico en Países en Vía de Desarrollo) (2008) (Presentado en el tercer simposio de la IEEE sobre Nuevas Fronteras en Redes Dinámicas para el Acceso al Espectro), p. 4.

9. Ver por ejemplo, Buck, *Supra* nota 7, parra. 89.

10. En afirmativo véase, Benkler, *Supra* nota 7; Eli Noam, 'Beyond Spectrum Auctions: Taking the Next Step to Open Spectrum Access' (Más Allá de las Subastas de Espectro: Tomando el Próximo Paso Hacia el Libre Acceso al Espectro) (1997) 21(5) *Telecommunications Policy* 461; En negativo véase, Thomas W. Hazlett, 'Optimal Abolition of FCC Spectrum Allocation' (Abolición Óptima de la Distribución de Espectro por la FCC) (2008) 22(1) *Journal of Economic Perspectives* 103.

11. Ver entre otros, Ronald Coase, 'The Federal Communications Commission' (La Comisión Federal de Comunicaciones (1959) 2 *Journal of Law and Economics* 1; El-Moghazi y otros, *Supra* nota 8; Hazlett, *Supra* nota 10.

son subastados al mejor postor y se convierten en propiedad privada de los ganadores de la subasta. Siguiendo este modelo, los propietarios de las frecuencias quedarían habilitados para darles cualquier uso legal, para transferir o arrendar sus derechos a cualquier otra persona e incluso para dejar las frecuencias sin aprovechar.

Quienes abogan por el modelo de derechos de propiedad consideran que el modelo es preferible porque reduce el riesgo de que los gobiernos abusen su poder de decidir quien es autorizado para transmitir.¹² En adición, argumentan que el libre mercado está en la mejor posición para identificar y producir los resultados mejor valorados por la sociedad así como para garantizar el uso técnica y económicamente eficiente del espectro.¹³ Estos argumentos no carecen de mérito. Sin embargo, una preocupación que se ha manifestado en tiempos recientes es la posibilidad de que delegar la distribución del uso del espectro completamente al libre mercado pueda resultar en una gran reducción del espectro dedicado a servicios de radiodifusión.

Cuando el modelo fue originalmente propuesto por Coase, las radiodifusoras eran los actores de mayor poder económico entre los usuarios de espectros. En ese entonces la mayor preocupación era que, de adoptarse un modelo de mercado, otros usuarios como entidades gubernamentales y los radioaficionados no iban a poder competir económicamente con las radiodifusoras por el acceso al espectro.¹⁴ En el presente, la provisión de servicios de comunicación a base de tecnología celular ha desplazado a la radiodifusión como la más lucrativa entre las actividades que requieren el uso del espectro.¹⁵ De aquí la preocupación que la adopción de un modelo de mercado pueda reducir o incluso eliminar la disponibilidad de servicios de radiodifusión. Siguiendo el modelo de libre mercado, si esto ocurriese sería simplemente la consecuencia de que la sociedad haya valorado otro tipos de servicios por encima de los de radiodifusión. Sin embargo organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales han expresado su

12. Ibid, p. 11, Thomas W. Hazlett, ‘The Wireless Craze, The Unlimited Bandwidth Myth, The Spectrum Auction Faux Pas, and the Punchline to Ronald Coase’s “big joke”: an essay on airwave allocation policy’ (La Locura de lo Inalámbrico, el Mito del Ancho de Banda Ilimitado, el Faux Pas de las Subastas de Espectro y el Remate al “Gran Chiste” the Ronald Coase) (2001)14 Harvard Journal of Law & Technology 335, pp. 402-3.

13. Coase, Supra nota 11, p. 18; Gerald Faulhaber y David Farber, ‘Spectrum Management: Property Rights, Markets and the Commons’ (La Administración del Espectro: Derechos de Propiedad, Mercados y la Comuna) pp 8-9 <www.ictregulationtoolkit.org/en/Publication.3629.html>

14. Ver, Dallas W. Smythe, ‘Facing Facts about the Broadcasting Business’ (Enfrentado Realidades sobre el Negocio de la Radiodifusión) (1952) 20(1) University of Chicago Law Review 96.

15. Hazlett, Supra nota 12, 356.

preocupación por la posible pérdida de medios de comunicación y fuentes de información y han abogado para que los Estados reserven espectro para garantizar la disponibilidad de éste para servicios de radiodifusión.¹⁶ En la siguiente sección se sustentará que los Estados tienen una obligación de velar por el bien público en todas las políticas y decisiones que adoptan en relación al espectro y que no se pueden desligar de esta obligación transfiriendo el poder de decisión al mercado. En la sección 4 se explicará por qué la radiodifusión terrestre sigue jugando un rol muy importante en la realización de los derechos internacionalmente reconocidos de libertad de expresión y acceso a la información y que por lo tanto su continuidad, por lo menos en el futuro cercano, debe ser garantizada.

La obligación estatal de administrar el espectro en pro del interés público

El espectro es alguna vez conceptualizado como un recurso natural propiedad de los Estados. La lógica tras esta posición es que cada Estado tiene soberanía sobre el espacio aéreo de su territorio que es el espacio a través del cual las ondas de radio viajan. Bajo esta premisa se argumenta que su soberanía sobre el espacio aéreo concede a los Estados el derecho de disponer de su espectro como mejor deseen siempre y cuando respeten sus obligaciones internacionales bajo el sistema de la UIT.¹⁷ Si esta posición es aceptada, esto incluiría el derecho de autorizar o negar el acceso al espectro a cualquier persona por cualquier razón, imponer cualquier condiciones que deseen a aquellos que han autorizado para transmitir, o transferir permanentemente sus derechos sobre el espectro a personas privadas.

La posición arriba descrita no es correcta. El espacio aéreo por el cual las ondas de radio viajan no es más que el mismo espacio a través del cual viajan las ondas de sonido producidas durante la comunicación verbal.¹⁸ Si se aceptase que su soberanía sobre el espacio aéreo concede a los Estados el derecho de adoptar cual-

16. UNESCO, Indicadores de Desarrollo Mediático, <<http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001631/163102S.pdf>> p. 28; Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Libertad de Expresión y de Opinión y otros, ‘Declaración Conjunta Sobre Diversidad en la Radiodifusión’ (2007); Article 19 Global Campaign for Free Expression, ‘Access to the Airwaves - Principles on Freedom of Expression and Broadcast Regulation’ (Acceso a las Ondas Radiales - Principios sobre Libertad de Expresión y Regulación de la Radiodifusión), Principio 9(1) <www.article19.org/data/files/pdf/standards/accessairwaves.pdf>.

17. Ver Adam Thierer, Why Regulate Broadcasting? Toward a Consistent First Amendment Standard for the Information Age’ (¿Porqué Regular la Radiodifusión? Hacia un Estándar Consistente de la Primera Enmienda para la Era de la Información) (2007) 15 CommLaw Conspectus 431, p. 441.

18. Ver Buck, Supra note 7.

quier tipo de política o medidas respecto a su espectro, tendría que aceptarse que dicha soberanía también les concede poderes absolutos para regular la comunicación verbal. Sin embargo, sabemos de sobra que esto no es cierto cuando se considera el derecho internacionalmente reconocido de libertad de expresión.¹⁹ El prohibir que las personas adquieran y usen equipo de transmisión de radio libremente es una restricción directa a la libertad de expresión. Esta restricción se puede tomar como justificada siempre y cuando restringir la capacidad de transmitir a sólo un grupo selecto de actores sea considerado para lidiar con el problema de interferencia.²⁰ Aunque la restricción sea justificada, si un Estado restringe el derecho de la mayoría para hacer un sistema de radiocomunicaciones posible porque éste se considera de interés público, este Estado también tiene una obligación de asegurarse que dicho sistema de radiocomunicaciones en efecto sirva el bien común. De aquí se genera para los Estados la obligación positiva de administrar su espectro de la manera que mejor sirva el bien común.

Como se explicó en la sección anterior los proponentes del modelo de derechos propiedad argumentan que el libre mercado está en la mejor posición de asegurar que el espectro sea usado en el interés público. El discutir en detalle las ventajas y desventajas del sistema de derechos de propiedad en comparación con la administración estatal queda fuera del alcance y los propósitos de este artículo. Sin embargo, cabe resaltar que en general y específicamente en relación a servicios de información el libre mercado ha demostrado no ser totalmente infalible en términos de producir los resultados que mejor sirvan al interés público.²¹ Por supuesto, la administración estatal tampoco se puede considerar infalible para dichos propósitos.

La posibilidad de abuso poder estatal en la concesión de derechos transmisión es un riesgo muy real. Por este motivo, todas las decisiones de concesión deben ser tomadas en procesos transparentes y todos los derechos concedidos deben estar claramente definidos y protegidos por ley contra revocación arbitraria.²² Las autoridades públicas también pueden asistirse en el mercado para que este guíe el uso del espectro radioeléctrico. Por ejemplo, se puede dar concesiones o licencias flexibles que permitan a los derechohabientes usar la frecuencia para cualquier propósito

19. *Ibid.*, párras. 1-3.

20. Es decir, hasta que no se demuestre la viabilidad de un método alternativo tal como el modelo de comuna.

21. Ver por Ejemplo, Edwin Baker, 'Giving The Audience What it Wants' (Dándole a la Audiencia lo que Quiere) (1997) 58(2) *Ohio State Law Journal* 311.

22. Oficina del Relator de la OEA para la Libertad de Expresión, 'Estándares de Libertad de Expresión para una Radiodifusión Libre e Incluyente' OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 3/09 (2009). parra. 25.

legal o transferir sus derechos a terceros.²³ Sin embargo, esta capacidad de delegar la toma de decisiones al mercado está limitada por las responsabilidades estatales.

En primer lugar, todos los derechos concedidos deben ser de naturaleza temporal. Los Estados no pueden abandonar completamente su obligación de velar que el espectro sea utilizado en pro del interés público transfiriendo permanentemente el control del espectro a particulares. Esto ha sido reconocido por la Corte Suprema de México que en una de sus sentencias más importantes concluyó que las obligaciones del Estado Mexicano como administrador de los recursos naturales de la nación le requerían supervisar periódicamente el uso que se le diera al espectro y le prohibían conceder derechos permanentes a particulares.²⁴

En adición a lo anterior, si bien es legítimo para los Estados apoyarse en el libre mercado, cuando hay servicios que son de gran interés social pero faltan en el mercado los incentivos suficientes para la prestación de los mismos por parte de los concesionarios de espectro, corresponde a los Estados tomar medidas para asegurar que un porcentaje del espectro sea dedicado a los mismos. Esto incluye el reservar un número de frecuencias para los mismos, especificando en cualquier concesión que se emita sobre dichas frecuencias que las mismas deberán ser utilizadas única o principalmente para la prestación de dichos servicios. La próxima sección explicará que los servicios de radiodifusión caben dentro de los servicios que deben ser protegidos de esta manera.

La radiodifusión terrestre mantiene su relevancia

Como ya se adelantó, entidades intergubernamentales, organismos de supervisión de derechos humanos y grupos de sociedad civil preocupados por la libertad de expresión han abogado por que cada Estado adopte una reserva de espectro para garantizar la continuidad de los servicios de radiodifusión terrestre.²⁵ Esto, porque estos servicios tradicionalmente se han considerado esenciales para que las personas satisfagan sus derechos de libertad de expresión y acceso a la información. Sin embargo, en oposición a la reserva de espectro para servicios de radiodifusión terrestre se ha argumentado que estos servicios no son esenciales, por lo que subsidiarlos a través de una reserva de espectro es innecesario y conduce al uso ineficien-

23. Gobierno de Australia, 'Convergence Review Final Report' (Reporte Final de la Revisión sobre Convergencia), p. 99.

24. Corte Suprema de México, Sentencia Sobre la Acción de Inconstitucionalidad 26/2006 (2007), pp. 62-64.

25. Ver nota 16.

te del espectro.²⁶ El sustento de dicho argumento es la supuesta pérdida de relevancia de la radiodifusión terrestre ante el rápido desarrollo de plataformas alternativas para la disseminación de contenido audiovisual tales como la radiodifusión por cable o vía satélite o el Internet. Esta sección se dedicará a desmentir esta premisa.

Es cierto que existen hoy en día más alternativas para la disseminación de contenido audiovisual de las que existieron en un pasado y que la accesibilidad de las mismas, en especial el Internet, ha mejorado significativamente. Pese a esto, la radiodifusión terrestre, en particular la radio tradicional, continúa siendo el medio masivo de más común accesibilidad a nivel mundial.²⁷ Sin duda, el desarrollo de nuevas plataformas de comunicación ha contribuido y seguirá contribuyendo a la realización de la libertad de expresión y otros ideales de derechos humanos. Sin embargo no se puede perder de vista que existe una gran disparidad entre la capacidad que tienen unas personas en comparación con otras para comunicarse y acceder información utilizando plataformas modernas como el Internet. El término ‘brecha digital’ (digital divide) ha sido acuñado para referirse a esta realidad.²⁸

La brecha digital existe a nivel global puesto que las plataformas alternativas son claramente más utilizadas y accesibles en los países más desarrollados. Sin embargo, brechas digitales también pueden existir dentro de un mismo país. Una brecha digital puede surgir por factores económicos dado que los mismos juegan un papel significativo en la capacidad de acceder a la radiodifusión por cable o vía satélite o al Internet. También son comunes brechas geográficas por las cuales servicios que son comunes en un área de un país simplemente no están disponibles en otras áreas del mismo país.²⁹ Brechas digitales también pueden ocurrir por factores étnicos o de género.³⁰ Finalmente, la edad es también un factor significativo puesto que los adultos mayores han sido identificados en particular como un grupo que todavía depende de los servicios tradicionales de radio y televisión para la satisfacción de sus necesidades de información y entretenimiento.³¹

26. Gigi Sohn, ‘The Gore Commission Ten Years Later: Reimagining The Public Interest in an Era of Spectrum Abundance’ (La Comisión de Gore Diez Años Después: Reimaginando el Interés Público en una Era de Abundancia de Espectro) (2009) 17 *CommLaw Conspectus* 657, p. 675.

27. Ver, Tamas Bodi, ‘Community Radio Measurement – Means, Rationale and Enabling Environment’ (Medición de la Radio Comunitaria- Método, Fundamento y Entorno Propicio) (Tesis de Maestría, Central European University, 2010).

28. UNESCO, *Supra* nota 16, p. 37.

29. *Ibid*, p. 4

30. *Ibid*.

31. Michelle Hough and Andrzej Kobylanski, ‘Increasing Elder Consumer Interactions with Information Technology’ (Incrementando las Interacciones de los Consumidores de Avanzada Edad con la Tecnología Informática) (2009) 26(1) *Journal of Consumer Marketing* 39; Melissa Kay Giles,

La radiodifusión tradicional también tiene ciertas ventajas, en comparación al Internet, que contribuyen a mantener su relevancia. La misma cuenta con la característica de ‘penetrabilidad’.³² Esta característica se refiere a la capacidad de exponer a miembros de la audiencia a un mensaje o contenido mientras estos cambian las estaciones de radio o televisión sin que estos se encuentren necesariamente buscando dicho contenido. En contraste, el Internet requiere normalmente que las personas jueguen un papel activo e intencional en la búsqueda del contenido.³³ En adición, la radiodifusión es de naturaleza audiovisual lo que normalmente es preferido por las audiencias en el mercado masivo. En este sentido es importante resaltar que, si bien la penetración del Internet ha mejorado a nivel mundial, no todas las personas que cuentan con acceso a Internet gozan de la capacidad de banda ancha necesaria para recibir contenido audiovisual en una manera que pueda considerarse equivalente a los servicios tradicionales de radio y televisión.

Los sistemas de radiodifusión por cable o vía satélite son más similares en naturaleza a los servicios de radiodifusión terrestre pero su alcance es menor al del Internet. En relación a la característica de penetrabilidad, en el presente muchos de los proveedores de servicios de cable o satelitales permiten a los usuarios escoger cuales estaciones desean recibir.³⁴ En todo caso, la radiodifusión terrestre sigue, sin duda, siendo unos de los medios de comunicación de mayor importancia. Esto ha sido reconocido por la Corte Europea de Derechos humanos que tan recientemente como en 2013 sostuvo que la radiodifusión terrestre sigue manteniendo una capacidad de influencia especial en comparación a los demás medios de comunicación.³⁵

‘Diversity in Action: Minority Group Media and Social Change’ (Diversidad en Acción: Medios de Comunicación de Grupos Minoritarios y el Cambio Social) (Tesis de Maestría, Queensland University of Technology, 2011)

32. Referida en Inglés como “pervasiveness” Ver, FCC v. Pacifica Foundation 438 US 726, 749.

33. En esta relación, Langer ha señalado correctamente que una limitación del Internet como medio de comunicación es que los sitios webs tienden a ser visitados solo por aquellos que ya están predisuestos a favor de su contenido. Ver John Langer, ‘Media Democratization In Australia - What Is It, Who’s Got It, Where To Find It, How It Works (Or Doesn’t) – PART 2’ (Democratización Mediática en Australia- Qué es, Quién la Tiene, Dónde Encontrarla, Como Funciona (o no funciona)- Parte 2) (2001) 26/27 Australian Screen Education 68, p. 76.

34. En la doctrina de libertad de expresión de los Estados Unidos de América también se ha considerado históricamente que los medios por cable y vía satélite poseen menor penetrabilidad que la radiodifusión terrestre. Ver, Matthew Bloom, ‘Pervasive New Media: Indecency Regulation and the Distinction Between Broadcast Technology and Subscription-Based Media’ (Nuevos Medios Penetrantes: La Regulación de la Indecencia y la Distinción Entre la Tecnología de la Radiodifusión y Medios a Base de Suscripción) (2006) 9 (1) Yale Journal of Law and Technology 109.

35. Animal Defenders International v. The United Kingdom (Corte Europea de Derechos Humanos), Gran Sala, Aplicación no. 48876/08, 22 de abril de 2013, parra. 119.

Todo lo anterior evidencia que pese el desarrollo de nueva tecnologías los servicios tradicionales de radio y televisión siguen siendo uno de los medios más deseados por quienes desean diseminar cualquier tipo de mensaje y, más allá de eso, una fuente esencial de información para muchas personas. Mientras un porcentaje significativo de su población dependan de los servicios de radio y televisión tradicionales para satisfacer sus necesidades de comunicación un Estado no puede concederle el mercado la libertad de reducir o eliminar la disponibilidad de dichos servicios. De hacerlo, dicho estado estaría faltando a su obligación de administrar el espectro en pro del interés público. También queda claro que, en general, las personas o grupos sociales que son desaventajados dentro de una sociedad son también aquellos que se ven más afectados por la brecha digital.³⁶ Es improbable que el mercado por sí sólo vele por las necesidades de estos grupos. Una pérdida de servicios de radiodifusión terrestre podría acrecentar la brecha digital y agravar la situación de marginación de los afectados. Por dichos motivos, al tomar decisiones respecto el uso del espectro no se debe considerar sólo la situación de la mayoría de la población si no también las necesidades especiales que puedan tener sectores y grupos específicos.

El reservar espectro Para radiodifusión representa un sacrificio económico.

Una de las razones que llevaron a Ronald Coase a proponer el modelo de derechos de propiedad fue su descontento con el modelo de distribución que, en esos entonces, utilizaba la Federal Communications Commission (FCC) de los Estados Unidos para la emisión de concesiones de uso de frecuencias.³⁷ Las concesiones eran emitidas gratuitamente a los solicitantes cuyos proyectos la FCC considerara iban a servir mejor el interés público. Ciertos concesionarios como los de licencia de radiodifusión luego derivaban importantes ganancias de la explotación de un bien público como era el espectro sin corresponder por lo mismo al Estado. El subastar los derechos sobre las frecuencias fue sugerido como un mecanismo para asegurar que se rescatase para el erario público una compensación equivalente al valor de mercado de las frecuencias.³⁸

36. Ver Por Ejemplo, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Libertad de Expresión y de Opinión y otros, ‘Declaración Conjunta del Décimo Aniversario: Diez Desafíos Claves Para la Libertad de Expresión en la Próxima Década’ (2010), Art. 5.

37. Coase, *Supra* nota 11, p. 21-24.

38. *Ibid.*

Parte de la obligación Estatal de velar por el interés público en la administración del espectro consiste en buscar que los particulares que se beneficien de la explotación del espectro correspondan al erario público con el pago de una contraprestación adecuada. Una crítica a las reservas de espectro para servicios específicos es que estas impiden la identificación del valor real de mercado de las frecuencias. Esto, porque el ideal del libre mercado de espectro requiere que todos los interesados compitan en el mismo proceso de subasta independiente del uso que le planeen dar a la frecuencia. En el caso de servicios de radiodifusión comercial, se pueden subastar derechos que autoricen a usar una frecuencia específicamente para la provisión de dichos servicios.³⁹ Sin embargo, el resultado de dichas subastas, en el mejor de los casos, solo aseguraría una contraprestación equivalente al valor de mercado de dichos derechos. Las mismas no reflejarían el valor perdido al renunciar a la oportunidad de asignar el espectro a un uso distinto.⁴⁰

En el panorama actual en el que la provisión de otros tipos de servicio a través del espectro puede ser más económicamente atractivo que la radiodifusión reservar espectro para la misma constituye un sacrificio económico para los Estado. Este sacrificio se encuentra justificado por la importancia social de los servicios de radiodifusión tal y como fue explicado en la Sección 4. Sin embargo, si tal sacrificio es hecho en nombre del interés público también es necesario que se adopten medidas que aseguren que los servicios de radiodifusión efectivamente sirvan el interés público. Este punto es discutido más a fondo en la siguiente sección.

Los estados tienen la obligación de asegurar que los servicios de radiodifusión sirvan el interés público

Si la libertad de expresión admite que los servicios de radiodifusión sean sujetos, en nombre del interés público, a regulación especial en comparación a la aplicada otros medios de comunicación es un tema que ha sido ampliamente discutido en la literatura académica, especialmente la proveniente de los Estados Unidos de América.⁴¹ Las condiciones económicas de la industria de radiodifusión así como su penetrabilidad y grado de influencia han sido citadas como

39. Gobierno de Australia, *Supra* nota 23, p. 99.

40. *Ibid*, p. 92.

41. Ver por Ejemplo, Matthew L. Spitzer, 'The Constitutionality of Licensing Broadcasters' (La Constitucionalidad de Licenciar los Radiodifusores) (1989) 64(5) *New York University Law Review* 990; Thierer, *Supra* nota 17.

justificaciones para dicha regulación especial.⁴² Sin embargo el argumento más comúnmente aceptado es que las radiodifusoras pueden ser sujetas a regulaciones que no serían legítimas si se aplicaran a otras formas de comunicación porque las mismas conducen sus actividades a través del espectro que es un bien público.⁴³

La naturaleza pública del espectro no parece razón suficiente para tratar la radiodifusión de manera distinta a otras formas de comunicación. Como ya se explicó, el espacio aéreo por el cual viajan las ondas de radio es el mismo por el cual viaja el sonido producido en la comunicación verbal. Sin embargo, el costo asumido por un Estado al reservar espectro para radiodifusión y abandonar la oportunidad de subastar ese espectro a una actividad de mayor valor económico si puede justificar el someter a los radiodifusores a regulación especial. Las afectaciones sobre la libertad de expresión y derechos económicos de los titulares de las licencias pueden aceptarse como una contraprestación por el subsidio recibido. Cuando se reserva espectro para los radiodifusores, el tomar medidas para asegurar que estos sirvan el interés público no sólo está justificado si no que además es una obligación para los Estados. Si no se adoptasen estas medidas, los titulares de licencias de radiodifusión estarían siendo privilegiados injustamente en detrimento de los interesados en acceder al espectro para otros propósitos.

Lo anterior no significa que el privilegiarlos con acceso preferente al espectro concede a los Estados el poder de someter a los servicios de radiodifusión a cualquier tipo de medida. Los radiodifusores, incluso aquellos privilegiados con acceso preferente o gratuito al espectro, tienen derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, por los motivos arriba explicados estos deben estar sometidos a cumplir con ciertos requisitos mínimos.⁴⁴ El requisito más básico siendo, por supuesto, la obligación de prestar el servicio de radiodifusión y no dejar la frecuencia desperdiciar. En adición se debe requerir que la prestación del servicio sea el uso único o al menos el uso primario de la frecuencia.⁴⁵

42. *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC* (1969), 395 US 367, 402: *Pacifica*, *Supra* nota 32; *Animal Defenders*, *Supra* nota 35.

43. *Red Lion*, *Supra* nota 42.

44. Para prevenir abusos, lo ideal es que estos requisitos mínimos estén establecidos desde el momento en que se emita la licencia y no puedan ser modificados durante la duración de la misma. Incluso la imposición de requisitos legítimos pudiera resultar en una violación de la libertad de expresión si los mismos fueran introducidos con el propósito de castigar a un medio por su línea editorial.

45. En caso de que se permitiera prestar otros tipos de servicios a quienes obtienen acceso al espectro en condiciones privilegiadas por declarar que prestarán un servicio de radiodifusión esto pudiera entenderse como competencia desleal por quienes deben obtener dicho acceso en condiciones más desventajosas.

Fuera de los requisitos más básicos arriba mencionados se sale de alcance de este artículo el discutir en detalle todos los tipos de medidas regulatorias que pueden ser legítimamente impuestas a los proveedores de servicios de radiodifusión y su conveniencia. Sin embargo, cabe anotar que en condiciones normales estos deben estar sujetos a cumplir con controles de concentración en la propiedad de medios y con cuotas mínimas respecto horas de programación diarias, de programación original, de programación de origen o nacional o de origen local.⁴⁶

Conclusión

Si a la población en general se le restringe su derecho de realizar transmisiones de radio para proteger la viabilidad de un sistema de comunicaciones a través del espectro, entonces corresponde a los Estados asegurarse que dicho sistema sirva al bien común. De aquí que los Estados tengan una obligación de velar por el interés público en la administración del espectro radioeléctrico. Éstos no pueden desentenderse de dicha obligación mediante la transferencia permanente de derechos sobre el espectro a particulares.

Pese al desarrollo de nuevas tecnologías, la radiodifusión terrestre mantiene su relevancia. Un gran número de personas alrededor del mundo continúa dependiendo de los servicios tradicionales de radio y televisión para la satisfacción de sus necesidades de comunicación, información y entretenimiento. Mientras un porcentaje significativo de su población necesite de estos servicios, un Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los mismos, incluso si esto le requiere reservar espectro para los mismos en contravención a ideales de libre mercado.

Si bien es justificado reservar espectro para la radiodifusión terrestre esto representa un sacrificio económico para los Estados y un privilegio para los titulares de licencias de radiodifusión. Por estos motivos, cuando se adopten dichas reservas también se debe someter a los proveedores de servicios de radiodifusión a cumplir con ciertos requisitos mínimos para efectos de asegurar que los mismos cumplan con los objetivos perseguidos por la adopción de la reserva.

46. Los incentivos económicos de la industria de la radiodifusión favorecen la adquisición del contenido de otros proveedores y la repetición del contenido propio. Sin embargo cuando se abusan estas prácticas esto resulta en que los medios no cumplan su función de brindar oportunidades de expresión a productores locales y servir como fuente de información sobre temas de interés local. Por este motivo la imposición de requisitos mínimos en estas áreas es legítimo.