

047644



INSTITUTO FEDERAL DE
TELECOMUNICACIONES

Unidad de Medios y Contenidos Audiovisuales.
Instituto Federal de Telecomunicaciones.
Insurgentes Sur 1143, colonia Nochebuena,
Delegación Benito Juárez, C.P. 03720
Presente

2015 AGO 24 PM 5 32

OFICIALÍA DE PARTES

Asunto: Se emiten comentarios dentro de la Consulta Pública relativa al Anteproyecto de "Lineamientos Generales sobre los Derechos de las Audiencias".

GONZALO MARTINEZ POUS, representante legal de las empresas **OPERBES, S.A. DE C.V.**, **BESTPHONE, S.A. DE C.V.**, **CABLEVISIÓN, S.A. DE C.V.**, **CABLEMÁS TELECOMUNICACIONES, S.A. DE C.V.**, **CABLE Y COMUNICACIÓN DE CAMPECHE, S.A. DE C.V.**, y **CABLEVISIÓN RED, S.A. DE C.V.**, personalidad que acredito con las escrituras públicas que acompaño al presente escrito, comparezco a exponer:

Con motivo del procedimiento de consulta pública al que se encuentran sujeto el Anteproyecto de los "Lineamientos Generales sobre los Derechos de las Audiencias" (en lo sucesivo "el Anteproyecto"), y con fundamento en el artículo 51 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, mis representadas acuden a presentar comentarios, mismos que se solicitan se tomen en consideración al momento de expedir los Lineamientos.

I. CUESTIÓN PREVIA

En primer término es importante mencionar que "***es erróneo considerar que el servicio de Televisión Restringida tenga audiencias en el mismo sentido que en Radiodifusión***", se considera conveniente acudir al proceso de reforma constitucional en materia de telecomunicaciones, particularmente al "DICTAMEN DE LAS COMISIONES UNIDAS DE PUNTOS CONSTITUCIONALES; DE COMUNICACIONES Y TRANSPORTES; DE RADIO, TELEVISIÓN Y CINEMATOGRAFÍA Y DE ESTUDIOS LEGISLATIVOS RESPECTO DE LA MINUTA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LOS ARTÍCULOS 6°, 7°, 27, 28, 73, 78, 94 Y 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS EN MATERIA DE

EIFT15-45880

TELECOMUNICACIONES (en lo sucesivo el Dictamen), en el que se precisa de forma por demás clara el concepto de “audiencia”:

*“La inclusión de los términos Suscriptores y **Audiencia**, resultan relevantes para la determinación, en su caso, del agente preponderante en el sector de telecomunicaciones o en el sector de radiodifusión. Para efectos de tener claridad en los términos referenciados en el Dictamen, los suscriptores son aquellos usuarios que se abonen, inscriban o registren para poder acceder a alguno de los servicios que forman el sector de telecomunicaciones. Por ello, a fin de definir la posible existencia de preponderancia de alguno de los agentes en el sector, se debe considerar a los suscriptores de todos los servicios de telecomunicaciones en forma agregada. **Por otra parte, la audiencia también es relevante para definir la posible existencia de algún agente preponderante en radiodifusión. El término audiencia debe referirse al universo de personas a nivel nacional capaces de recibir señales radiodifundidas que incluyan audio o audio y video asociado en cualquier formato, a través de la utilización de cualquier dispositivo o aparato.** Para efectos de determinar, en su caso, la existencia de algún agente preponderante se deberá considerar la participación de dicho agente en el total de la audiencia. **La medición de audiencias que realice o contrate, en su caso, el Instituto Federal de Telecomunicaciones, deberá aplicar las mejores prácticas internacionales y considerar a la totalidad de las señales radiodifundidas.**”*

De lo anterior, se advierte con claridad que el término audiencia se refiere únicamente al sector de televisión radiodifundida por lo que las directrices establecidas en los Lineamientos deberán únicamente enfocarse a regular dicho sector. Lo cual, se robustece con el propio artículo 256 de la LFTyR que establece:

*“Artículo 256. **El servicio público de radiodifusión de interés general deberá prestarse en condiciones de competencia y calidad, a efecto de satisfacer los derechos de las audiencias**, para lo cual, a través de sus transmisiones brindará los beneficios de la cultura, preservando la pluralidad y veracidad de la información, además de fomentar los valores de la identidad nacional, con el propósito de contribuir a la satisfacción de los fines establecidos en el artículo 3o. de la Constitución. **Son derechos de las audiencias:***

...”

Por otra parte, el Instituto Federal de Telecomunicaciones no es la única autoridad encargada de vigilar lo concerniente en materia de contenidos, lo cual se encuentra reservado a la Secretaría de Gobernación, se estima necesario apoyarlo con las consideraciones contenidas en el DICTAMEN DE LAS COMISIONES UNIDAS DE COMUNICACIONES Y TRANSPORTES, DE RADIO, TELEVISIÓN Y CINEMATOGRAFÍA, Y DE ESTUDIOS LEGISLATIVOS, CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE EXPIDEN LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES Y RADIODIFUSIÓN, Y LA LEY DEL SISTEMA PÚBLICO DE RADIODIFUSIÓN DEL ESTADO MEXICANO; Y SE REFORMAN, ADICIONAN Y DEROGAN DIVERSAS DISPOSICIONES EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES Y RADIODIFUSIÓN (páginas 181 a 189), elaborado por la Cámara de Senadores, que en la parte conducente establece:

"Sobre la competencia en materia de contenidos, como se ha mencionado, estas Comisiones Dictaminadoras percibieron en los foros y en las iniciativas que se analizan e incluso en la posición del Instituto, que no existe claridad sobre la competencia de la SEGOB y el Instituto, por lo que a fin de establecer claramente lo que corresponde a cada uno en este tema conforme al espíritu plasmado en la Constitución, precisamente por esta legislatura, se realizan las siguientes consideraciones.

...

*Al analizar la reforma constitucional y compararla contra el universo de regulación de los contenidos se desprende claramente que **la Constitución no le confiere al Instituto toda la regulación, supervisión y vigilancia de los contenidos**, sino solamente una parte que está referida en el artículo Décimo Primero Transitorio del Decreto y que a continuación se transcribe:*

"DÉCIMO PRIMERO. Para que la publicidad en radio y televisión sea equilibrada, la ley dotará al Instituto Federal de Telecomunicaciones de atribuciones para vigilar el cumplimiento de los tiempos máximos que la misma señale para la transmisión de mensajes comerciales.

La Ley deberá asegurar que la programación dirigida a la población infantil respete los valores y principios a que se refiere el artículo tercero de la Constitución, así como las normas en materia de salud y establecerá lineamientos específicos que regulen la publicidad pautaada en la



programación destinada al público infantil. El Instituto contará con facultades para supervisar su cumplimiento." (El resaltado es nuestro).

Del artículo transcrito, se desprende que la Constitución solo le dotó al Instituto de la atribución de vigilar el cumplimiento de los tiempos máximos que la ley señale para la transmisión de mensajes comerciales y de supervisar que la programación y publicidad dirigida al público infantil así como la publicidad en materia de salud cumplan con la normativa correspondiente.

Ante tal ausencia de atribución de facultades en materia de contenidos al Instituto, la mejor interpretación posible va dirigida hacia la permanencia de dichas facultades a cargo de SEGOB, pues de haberse querido lo contrario, se hubiera establecido expresamente en alguno de instrumentos normativos que forman parte del proceso legislativo o en el mismo Decreto aprobado, lo cual no sucedió en el tema de contenidos, y sí con todos los temas restantes de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión.

Es así que todos los temas de contenidos que la Constitución no le confirió al Instituto deben entenderse conferidos al Ejecutivo Federal a través de la SEGOB, la COFEPRIS e incluso PROFECO, conforme a la Constitución y a las normas secundarias vigentes que así lo establecen (Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ley General de Salud y Ley Federal de Protección al Consumidor).

Es tan clara la reforma constitucional en dejar a la SEGOB las atribuciones que actualmente tiene, que los artículos reformados y sus transitorios no hacen referencia alguna a la incorporación de sus áreas en materia de radiodifusión al Instituto; como sí sucede con el caso de las extintas COFETEL y COFECO, donde el artículo séptimo transitorio es explícito en señalar qué sucederá con los asuntos en trámite y con su personal y recursos materiales, mientras se constituían el Instituto y la Comisión Federal de Competencia Económica.

Si la intención del Constituyente Permanente hubiera sido quitarle sus atribuciones a la SEGOB y otorgárselas al Instituto, se habría señalado que la o las unidades administrativas de la SEGOB competentes en la materia -como lo es la Dirección General de Radio, Televisión y Cinematografía- desaparecerían al constituirse el Instituto y sus recursos serían absorbidos por éste.

En sentido opuesto a lo anterior, del análisis de algunas iniciativas y de algunas de las opiniones expuestas en los foros se advierte la intención de atribuirle al Instituto todas las facultades en materia de contenidos, bajo el argumento de que el artículo 28 constitucional señala que dicho Instituto debe garantizar lo establecido en los artículos 6o. y 7o constitucionales. A continuación se transcribe el párrafo del referido artículo que establece eso:

(Se transcribe)

La argumentación consiste en que al estar esta remisión referida a los artículos relativos a la libertad de expresión y derecho a la información, es suficiente para afirmar que corresponde al Instituto la regulación sobre todos los contenidos.

Estas Comisiones Dictaminadoras no comparten dicho razonamiento, ya que tal interpretación llevaría a que el Instituto también es el garante de la libertad de expresión en otros medios de comunicación como lo es el escrito, lo cual desbordaría sus atribuciones, el objeto para el que fue creado y sobre todo la intención del Poder Reformador. Adicionalmente, es evidente que el contenido del párrafo transcrito del artículo 28 constitucional tiene por objeto atender y prescribir en asuntos relacionados con temas de competencia y libre concurrencia, **y de ninguna manera en asuntos relacionados con contenidos y mucho menos en el ejercicio de los derechos que en esta materia atañen centralmente al Estado...**

Del análisis realizado a lo establecido en la Constitución, estas Dictaminadoras concluyeron que la remisión se debe realizar atendiendo a que lo dispuesto en el artículo 6o constitucional, hace responsable al Estado de garantizar la libertad de expresión, el derecho a la información, entre otros, como se señala a continuación:

(se transcribe)

En ninguna parte de los artículos transcritos, se hace referencia a que al Instituto le corresponde garantizar los contenidos. Los preceptos constitucionales hacen corresponsables a los órganos del Estado de garantizar tales derechos, sin especificar a qué órgano le corresponde.

Al analizar estas comisiones de forma integral lo dispuesto en el artículo 6° y Décimo Primero Transitorio, se arriba a la conclusión de que **al Instituto se le confieren muy limitadas facultades en materia de contenidos**, es decir,

no sobre la totalidad de dicha materia, sino únicamente facultades para vigilar el cumplimiento de los tiempos máximos de publicidad y supervisar que la programación y publicidad dirigida al público infantil cumpla con las normas correspondientes.

...
Es así, que el que la ley secundaria en materia de telecomunicaciones y radiodifusión atiende a los principios de coordinación y distribución de facultades para una eficiente prestación del desarrollo de las actividades encomendadas al Estado, no implica violación o transgresión alguna a las facultades y autonomía otorgadas al Instituto. Por el contrario, en atención a la experiencia, infraestructura y conocimiento técnico del tema, se faculta a la SEGOB para ordenar, autorizar, supervisar, clasificar, coordinar y/o sancionar aspectos relacionados con contenidos en radiodifusión. Por ejemplo, cuando se trate de programación con alto contenido de violencia (temas sobre drogas) la SEGOB clasificará este tipo de programas después de las cero horas; así como para la publicidad de las transmisiones de radio y televisión, de igual forma, SEGOB establecerá lineamientos que regulen la publicidad pautaada en la programación destinada al público infantil, entre otras.

Derivado de lo anterior, el propio artículo 213 fracciones de la LFTyR establece:

Artículo 217. Corresponde a la Secretaría de Gobernación:

...
VIII. Verificar que las transmisiones de radio y televisión cumplan con los criterios de clasificación, que se emitan en términos de la presente Ley, incluidos aquellos relativos a la programación dirigida a la población infantil, de conformidad con los lineamientos que emita en términos de la presente Ley;

IX. Con base en los resultados de la supervisión que realice el Instituto, imponer las sanciones establecidas en esta Ley por el incumplimiento a los lineamientos que regulen la programación y publicidad pautaada destinada al público infantil;

X. Establecer lineamientos específicos que regulen la publicidad pautaada en la programación destinada al público infantil, a fin de asegurar los valores y principios a que se refiere el artículo 3o. de la Constitución, y XI. Las demás que le confieran esta Ley y otras disposiciones legales.

...”

II. CUESTIONES GENERALES

El Anteproyecto planteado por el IFT, sobregula a los concesionarios de radiodifusión como a los concesionarios de televisión y audio restringidos, por las diversas cuestiones que se plantean en este escrito.

1. Se avizora en primer lugar que los Lineamientos propuestos en el Anteproyecto, más que fijar criterios orientativos para los diversos concesionarios y para las audiencias, como es propio de la naturaleza jurídica de unos "lineamientos", más bien están legislando y generando derechos y obligaciones adicionales a los previstos en la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos (la "Constitución Federal") y en las leyes emitidas por el Poder legislativo, lo cual no es facultad de la autoridad administrativa.
2. Adicionalmente, se percibe una tendencia a re-interpretar mediante estos Lineamientos preceptos jurídicos ampliamente explorados por el Poder judicial mexicano, así como por la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte Interamericanas de los Derechos Humanos ("CIDH" y "Corte IDH", respectivamente), cambiándoles el sentido, o vaciando el mismo, cuando no directamente contrariándolo. Esto de inicio plantea serias dudas en cuanto a la constitucionalidad y convencionalidad de este Anteproyecto de Lineamientos, en caso de ser aprobados en los términos planteados o en términos similares a los que se plantean. Todo esto generará gran incertidumbre jurídica a un sector como el de la telecomunicaciones en los que se encuentran los concesionarios de televisión y audio restringidos, que claramente requiere de más certeza y mejores condiciones para operar, informar, opinar y entretener, particularmente ante la acelerada tendencia que se está viendo en el sector, en el cual las audiencias migran hacia tecnologías digitales y servicios de audio y video asociados por internet.
3. Con relación a lo expuesto, debe prestarse debida atención a que la libertad de expresión, que incluye tanto los derechos a buscar informaciones y a brindarlas, como el derecho a la libre opinión y a la difusión de propuestas formativas y de entretenimiento a la población, como las personas individuales que se expresan mediante los mismos

(periodistas, locutores, directores de programas, etc.) es un derecho humano que exige especial consideración y respeto en el marco regulatorio e institucional de nuestro país, tanto de fuente constitucional, como de fuente internacional convencional.

4. En este orden, los Lineamientos contenidos en el Anteproyecto en ningún caso deben contener supuestos derechos, obligaciones o cargas que puedan ser utilizados discrecionalmente por autoridades administrativas y que las facultarían a censurar, directa o indirectamente, a los medios de comunicación de México o a las personas físicas que se expresan mediante los mismos, lo cual significaría un retroceso significativo para nuestro país y su sistema democrático, además de configurar una flagrante violación de la Constitución Federal y de los tratados internacionales de derechos humanos que rigen para los Estados Unidos Mexicanos.
5. Las presentes observaciones abundan así en diversos temas jurídicos y operativos que es importante que sean cuidadosamente evaluados por el IFT a la hora de redactar los Lineamientos finales, solicitando respetuosamente a nuestras autoridades que extreme la consideración de todos los derechos que pueden verse lesionados al emitir dichos Lineamientos, incluyendo los derechos de los medios de comunicación y de todas las personas que se expresan por medio de los mismos. Respetando los derechos de todos los involucrados, se genera más certeza incluso a las propias audiencias, que finalmente son el público destinatario por el cual los medios y la gente de prensa generan opciones útiles y atractivas para el mismo.
6. Entre otras cuestiones graves de libertad de expresión, como es la habilitación de la censura previa en los Lineamientos, pueden verse también cuestiones operativas de la interacción entre medios y audiencias. En efecto, sería del todo contraproducente que el sistema quede atado por Lineamientos que no son tales, sino un reglamento rígido, eliminando la capacidad de adaptación de los medios, volviéndolos incapaces de reaccionar a las necesidades tecnológicas y a los requerimientos de información y de interés de las audiencias que atienden los radiodifusores. Los criterios limitativos impuestos en ciertos puntos del Anteproyecto de Lineamientos deben, en consecuencia, ser revisados, y por eso se solicita que se propongan opciones que obedezcan al

dinamismo que se requiere para poder generar modelos de comunicación vitales, que permitan la sostenibilidad de la radiodifusión de acuerdo a las preferencias de las audiencias.

III. COMENTARIOS ESPECÍFICOS AL CONTENIDO PROPUESTO EN EL ARTICULADO DEL ANTEPROYECTO

1. OBSERVACIONES AL CAPÍTULO I, SOBRE DISPOSICIONES GENERALES

Con relación al artículo 1, referente a los fundamentos competenciales y a los principios de los Lineamientos, se hacen los siguientes comentarios:

- a) Allí se señala que los Lineamientos son de orden público, y que tiene por objeto regular el ejercicio de los derechos de expresión de los radiodifusores, pudiendo monitorear, sancionar, requerir, etc. Esto implica que no hay aquí unos verdaderos "lineamientos", sino un reglamento, muy detallado y con fuerza normativa. Así, tales *Lineamientos*, con la aparente cobertura de unos "derechos de las audiencias", en realidad restringen la libre expresión, imponiendo obligaciones que no están en la Constitución y que son incompatibles con un régimen de libertad expresiva plena.
- b) Aunque se trata el punto en otros lugares de estos comentarios, conviene señalar que el IFT no tiene facultades para dictar reglamentos, puntillosos y obligatorios. Esto implica una violación a su competencia constitucionalmente otorgada, así como a todos los principios de la delegación legislativa.
- c) Unos lineamientos, propiamente, implican el establecimiento de unos principios generales, de unas "guidelines", pero por definición no pueden ser una reglamentación definida, ni pueden establecer sanciones, y menos la censura previa. En estos Lineamientos se está directamente legislando, excediendo el marco que la Constitución le ha dado, y desde luego el que pueda reconocerle la LFTR.

d) A este respecto, debe recordarse que la Constitución, en su reforma del año 2013, que creó el Instituto Federal Electoral, dispuso que podía **regular y supervisar el uso y aprovechamiento del espectro radioeléctrico y las redes a efectos de telecomunicaciones y de la radiodifusión, así como promover la competencia, pero no regular la libertad de expresión, que es algo muy distinto.** De hecho, la propia Constitución en dos ocasiones dejó especialmente a salvo de tal regulación y supervisión a los derechos expresivos consagrados en los artículos 6 y 7 constitucionales, los cuales deben garantizarse en el accionar del IFT y no regularse por Lineamientos. De esta manera, reza el artículo 28 constitucional, en su parte pertinente:

“El Instituto Federal de Telecomunicaciones es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en los términos que fijen las leyes. Para tal efecto, tendrá a su cargo la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, así como del acceso a infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales, garantizando lo establecido en los artículos 6o. y 7o. de esta Constitución.

El Instituto Federal de Telecomunicaciones será también la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades que este artículo y las leyes establecen para la Comisión Federal de Competencia Económica y regulará de forma asimétrica a los participantes en estos mercados con el objeto de eliminar eficazmente las barreras a la competencia y la libre concurrencia; impondrá límites a la concentración nacional y regional de frecuencias, al concesionamiento y a la propiedad cruzada que controle varios medios de comunicación que

sean concesionarios de radiodifusión y telecomunicaciones que sirvan a un mismo mercado o zona de cobertura geográfica, y ordenará la desincorporación de activos, derechos o partes necesarias para asegurar el cumplimiento de estos límites, garantizando lo dispuesto en los artículos 6o. y 7o. de esta Constitución.

- e) Los únicos Lineamientos a que autoriza la Constitución se refieren, así, a los relativos a la utilización de dicho espacio y a sus concesiones, como se dispuso en el artículo transitorio Cuarto de dicha reforma:

“El Instituto Federal de Telecomunicaciones, una vez que haya determinado los concesionarios que tienen el carácter de agente económico preponderante en términos de la fracción III del artículo Octavo Transitorio de este Decreto, establecerá, dentro de los sesenta días naturales siguientes, mediante lineamientos de carácter general, los requisitos, términos y condiciones que los actuales concesionarios de radiodifusión, telecomunicaciones y telefonía deberán cumplir para que se les autorice la prestación de servicios adicionales a los que son objeto de su concesión o para transitar al modelo de concesión única, siempre que se encuentren en cumplimiento de las obligaciones previstas en las leyes y en sus títulos de concesión. La autorización a que se refiere este párrafo podrá otorgarse a los agentes económicos preponderantes sólo cuando se encuentren en cumplimiento de las medidas que se les hayan impuesto conforme a lo previsto en las fracciones III y IV del artículo Octavo Transitorio de este Decreto. El Instituto deberá resolver sobre la procedencia o improcedencia de las autorizaciones a que se refiere este párrafo dentro de los sesenta días naturales siguientes a la presentación de las solicitudes respectivas y, en el primer caso, determinará las contraprestaciones correspondientes”.

- f) La Constitución también habilitó al IFT a vigilar los tiempos máximos de la publicidad comercial, con habilitación legal (artículo transitorio Décimo Primero).



No se habilitó a tal Instituto, por tanto, a toda la regulación de la publicidad que puede verse en los Lineamientos, en violación del derecho a la libertad de expresión comercial.

g) La Constitución habilitó, asimismo, en su artículo transitorio Décimo Primero a que una ley del Congreso asegurara que la programación dirigida a la población infantil respetara los valores y principios establecidos en la Constitución, así como a las normas en materia de salud, y que dicha ley estableciera los lineamientos específicos de la publicidad pautada en la programación dirigida a los menores. El IFT sólo puede supervisar tal cumplimiento, pero no dictar una regulación de dicha publicidad

h) Por tanto, **si bien en la reforma constitucional que creó el IFT, lo facultó a que se expidan disposiciones administrativas de carácter general para el cumplimiento de su función regulatoria sobre el espacio radioeléctrico y las concesiones de telecomunicaciones, no está habilitado para dictar disposiciones normativas sobre la libertad de expresión (aun cuando en el artículo 1 los Lineamientos digan que son dictados para respetarla), estableciendo nuevas conductas o prohibiciones, las cuales son así, tanto por sustancia contraria a la libertad de expresión, como por razones de falta de competencia legislativa, ilegítimas e inconstitucionales.**

7. Con relación al artículo 2 referente a las definiciones del "Capítulo I de Disposiciones Generales", respecto los fracciones II, V, XXIV, XV, XXV, XXXIV y XXXV se hacen los siguientes comentarios:

a) Numerales II, V y XXIV de la definiciones "Adolescentes", "Audiencias Infantiles" y "Niñas y Niños". Se hace notar a ese Instituto que las definiciones que se proponen no son consistentes con lo señalado por el Reglamento de la Ley Federal de Radio y Televisión, en Materia de Concesiones, Permisos y Contenidos de las Transmisiones de Radio y Televisión (el "RLFRT EN

MCTRT”), el cual en su artículo 24 establece lo relativo a la clasificación de películas, telenovelas, series filmadas y teleteatros grabados que a la letra establece:

“Artículo 24.- Para los efectos de los artículos 59 bis, párrafo último, y 72 de la Ley Federal de Radio y Televisión, la Dirección General de Radio, Televisión y Cinematografía clasificará las películas, telenovelas, series filmadas y teleteatros grabados de la siguiente manera:

I. “A”: aptos para todo público, los cuales podrán transmitirse en cualquier horario;

II. “B”: aptos para adolescentes y adultos, los cuales podrán transmitirse a partir de las veinte horas;

III. “B-15”: aptos para adolescentes mayores de 15 años y adultos, los cuales podrán transmitirse a partir de las veintiuna horas;

IV. “C”: aptos para adultos, los cuales podrán transmitirse a partir de las veintidós horas, y

V. “D”: aptos para adultos, los cuales podrán transmitirse entre las cero y las cinco horas.”

En este sentido, se afirma que los parámetros de edad de RLFRT EN MCTRT difieren de los parámetros de edad de la Clasificación de Audiencias a que se refieren en el Anteproyecto, por lo que ello sitúa en un estado de inseguridad jurídica a los concesionarios y programadores.

Por ello es procedente homologar los parámetros de edad de Clasificación de las Audiencias para quedar en los términos establecidos en el artículo 24 del RLFRT EN MCTRT, para evitar la inconstitucionalidad e anticonvencionalidad de los lineamientos definitivos (“Lineamientos Definitivos”) que resulten del Anteproyecto.

- b) Numeral XV de la definición “Discapacidad”. Se hace notar a ese Instituto que la definición que se propone no es consistente tanto en su denominación como en



su contenido con aquella contemplada en la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad (la "LGIPD"), la cual en su artículo 2, fracción XXI establece lo siguiente:

"Artículo 2. Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

[...]

XXI. Persona con Discapacidad. Toda persona que por razón congénita o adquirida presenta una o más deficiencias de carácter físico, mental, intelectual o sensorial, ya sea permanente o temporal y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva, en igualdad de condiciones con los demás".

Es por esto, que atendiendo al principio constitucional de seguridad jurídica y para asegurar el control de convencionalidad es procedente homologar el título de la definición por "Persona con Discapacidad" así como el contenido de ésta, para quedar en los términos establecidos en el artículo 2, fracción XXI de la LGIPD.

- c) Numerales XXV y XXXV de las definiciones "Oportunidad" y "Veracidad". Se hace notar que el Anteproyecto plantea regular dos conceptos ampliamente explorados y definidos en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ("SCJN") y por la CIDH. Definir estos conceptos arriesga que se esté tratando de interpretar algo previamente definido y debidamente interpretado por la autoridad facultada para ello, el poder judicial. Lo anterior puede generar incertidumbre jurídica no solo a medios de comunicación y las audiencias, sino a toda la sociedad al poner en riesgo que una autoridad interprete disposiciones de manera limitativa, poniendo en riesgo el derecho humano a informar y ser informado así como el derecho fundamental a la libertad de expresión. Respetuosamente se propone a ese Instituto que los Lineamientos Definitivos no tomen facultades interpretativas reservadas al poder judicial, y por tanto que

se eliminen esas definiciones a efectos de que las mismas se interpreten armónicamente con los derechos fundamentales en juego y la jurisprudencia existente en dichas materias.

Se hace notar también que la definición de estos conceptos se basa también en aspectos meramente subjetivos de muy difícil generalización. La percepción de utilidad y oportunidad no puede quedar al criterio de una autoridad administrativa, toda vez que esto puede conducir a medidas o actuaciones arbitrarias por parte de autoridades que son difícilmente recurribles.

- d) Numeral XXXIV de la definición "Suspensión Precautoria de Transmisiones". Se hace notar a ese Instituto que el establecimiento de dicha definición es violatoria del precepto constitucional de libertad de expresión consagrado en el artículo 6 de la Constitución Federal, estableciendo claramente la figura de *La Previa Censura*, expresamente prohibida en el artículo 7º de la citada Constitución Federal, toda vez (i) se impone a partir de un juicio previo de valor previo y definitivo por ese Instituto, mediante el cual ya resolvió que los concesionarios o programadores han incurrido en una violación a los derechos de las audiencias, sin agotar previamente el procedimiento sancionatorio que hacen alusión la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (la "LFTR") así como el Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones (el "Estatuto Orgánico del IFT"), y (ii) la atribución de "temporal" que pretende definir en dicho fracción, es inconsistente con la establecida en el artículo 66 del Anteproyecto, toda vez éste establece en su parte conducente lo siguiente:

*"Artículo 66.- La Suspensión Precautoria de Transmisiones tendrá **una temporalidad indefinida** y sólo podrá ser levantada por el mismo Comité"*

(Énfasis añadido)

Esta definición desnaturaliza la medida precautoria, que de suyo sólo puede tener la naturaleza de un acto de molestia, a la luz del artículo 16 de la

Constitución Federal (y sólo en esa medida justifica que no se respete el derecho constitucional de previa audiencia), lo cual resulta más bien propio de un acto privativo que solo puede existir mediando el ejercicio del derecho humano de audiencia a que se refiere al artículo 14 de la Constitución Federal, el cual está reservado exclusivamente a la autoridad judicial.

En este sentido, el Poder Judicial de la Federación ha resuelto que las medidas cautelares se podrán decretar sin mediar previa audiencia de los afectados, en tanto que de suyo no son definitivas, sino que son temporales y se justifican en la medida que tienden a la protección de un bien mayor, de manera urgente y bajo el requisito de permitir la ulterior defensa de los intereses de los afectados, antes de convertirse en definitivas y, por tanto, privativas de bienes o derechos.

Es el caso, que la definición que se contiene en este Anteproyecto claramente dispone que la suspensión precautoria de transmisiones se decretará “... *por violar las normas aplicables...*”. Queda pues de manifiesto que el decreto de esta medida precautoria requiere la previa determinación de la autoridad competente que resuelva la efectiva violación de los derechos de las audiencias.

Tan lo anterior es así, que del texto del artículo 66 de este Anteproyecto se desprende que la suspensión precautoria de transmisiones, tendrá una temporalidad indefinida, hasta en tanto se eliminen las violaciones que motivaron dicha suspensión.

En relación con lo anterior, tampoco pasa desapercibido el hecho de que el concepto de “temporalidad indefinida”, abre la posibilidad de prolongarse en el tiempo, sin límite alguno, caso en el cual, dicha medida se convertirá en definitiva, dejando de ser temporal, contrario a lo que señala la definición del artículo 2 de este Anteproyecto.

Aunado a lo anterior, se afirma que el texto del presente artículo y los demás correlativos que establecen el procedimiento por virtud del cual la autoridad competente podrá decretar la suspensión precautoria de transmisiones, resulta violatorio de los artículos 6 y 7 de la Constitución Federal y del artículo 13 de la CADH, en tanto que pudieran dar lugar a la censura previa.

Sobre este particular, no debe perderse de vista que tanto la Constitución Federal, como los Tratados Internacionales de los que México es parte prohíben la censura previa de transmisiones.

En este sentido, se afirma que solo será consistente con el orden jurídico nacional e internacional la suspensión precautoria de aquel material que haya sido previamente transmitido, es decir, solo será válido suspender precautoriamente las "retransmisiones".

Por lo anterior se afirma que el texto del Anteproyecto es inconstitucional e anticonvencional, en tanto que abre la puerta a la posibilidad de suspender precautoriamente una transmisión de un material que no ha sido previamente difundido, ya que no distingue entre materiales previamente transmitidos y sus retransmisiones, siendo que solo éstas, pueden ser objeto de censura.

Es importante hacer notar que la aplicabilidad de la suspensión a las decisiones del IFT pueden hacer que esta medida sea un medio de censura de la autoridad administrativa sin que las instancias judiciales puedan hacer nada al respecto.

2.OBSERVACIONES AL CAPÍTULO II, SOBRE DERECHOS DE LAS AUDIENCIAS, SECCIÓN I, PRINCIPIOS RECTORES

Con relación al artículo 3 referente a los principios rectores de los derechos de las audiencias se hacen los siguientes comentarios:



- a. Se hace notar a ese Instituto que resulta inútil e innecesario que en el Anteproyecto se establezcan lo que llaman principios rectores de los derechos de las audiencias (en realidad son principios de interpretación), pues como derechos humanos están sujetos y les son aplicables no sólo los principios que consigna éste, sino todos los que existen para la interpretación de los derechos humanos y que se desprenden de la Constitución Federal, los textos internacionales y la jurisprudencia tanto nacional como Internacional. Por otra parte, el señalamiento de que el Instituto fijará los alcances de los derechos de las audiencias es una función que supera sus competencias y facultades, pues en el orden jurídico mexicano a quien corresponde esa función es a la SCJN. Nunca un órgano administrativo como es ese Instituto puede fijar el alcance de un derecho, sólo le corresponde tutelarlos, promocionarlos y respetarlos, como ordena la Constitución Federal en el artículo 1.
- b. Además, el incluir el señalamiento de que definirá los alcances mediante la contextualización introduce un elemento subjetivo para interpretar la ley que propicia inseguridad jurídica, y de nuevo debe señalarse que, quien determina la interpretación es el poder judicial.

Con relación al artículo 4 referente a la facultad de ese Instituto de interpretación de los Lineamientos, se hace el siguiente comentario:

El hecho que ese Instituto pueda realizar una interpretación de los Lineamientos y demás disposiciones legales, le genera un estado de incertidumbre jurídica al Concesionario o el Programador, toda vez las disposiciones de orden administrativo como lo es el Anteproyecto son de estricto derecho, sin que de lugar a que la autoridad realice interpretaciones respecto de su aplicación.

3.OBSERVACIONES AL CAPÍTULO II, SOBRE DERECHOS DE LAS AUDIENCIAS, SECCIÓN II, DE LOS DERECHOS

Con relación al artículo 5 referente a los Derechos de las Audiencias del Servicio de Radiodifusión y del Servicio de Televisión y/o Audio Restringidos, respecto los fracciones VI, VIII, IX, XI, XIII, XVI, XXIII y XXIV se hacen los siguientes comentarios:

- a. Se hace notar a ese Instituto que resulta inútil e innecesario que en el Anteproyecto se establezcan lo que llaman los derechos de las audiencias (en realidad son principios de interpretación), pues como derechos humanos están sujetos y les son aplicables no sólo los derechos que consigna éste, sino todos los derechos humanos y que se desprenden de la Constitución Federal, los textos internacionales y la jurisprudencia tanto nacional como Internacional. Nunca un órgano administrativo como es ese Instituto puede fijar el alcance de un derecho, sólo le corresponde tutelarlos, promocionarlos y respetarlos, como ordena la Constitución Federal en el artículo 1.
- b. En los fracciones VI, VIII, IX, XI, XXIII y XXIV se hace notar a ese Instituto que dichos dispositivos establecen derechos no previstos en la LFTR, por lo que resultan violatorios del principio de Reserva de Ley.
- c. En los fracciones XIII y XVI sobre la "aportar elementos para distinguir entre la Publicidad y el contenido de un programa" y "*no transmisión de publicidad o propaganda presentada como información periodística o noticiosa*" se hace notar a ese Instituto que dichos preceptos resultan innecesarios toda vez con estos se hace un juicio de valor acerca de la capacidad de discernimiento de las audiencias, presuponiendo que éstas no están habilitadas para identificar entre un contenido de índole publicitaria y otro que no lo es, imponiéndole mayores obligaciones a los concesionarios y programadores para asegurarse que mediante signos o mecanismos adicionales las audiencias se percaten de dicha distinción, ya de por sí evidente, por lo que es procedente eliminar dichas definiciones del Anteproyecto.
- d. En el fracción XXIII sobre "existencia y difusión adecuada y oportuna de la rectificación, recomendación o propuesta de acción que corresponda al caso, según el derecho que como Audiencia haya sido violado", se hace notar a ese Instituto que el artículo 17 de la Constitución Federal establece el derecho a una justicia pronta y expedita, por virtud del cual toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales previamente establecidos, lo cual se conculca con el presente

dispositivo, en tanto que permite que el concesionario resienta una privación de sus derechos, sin haber sido vencido en juicio.

Es válido afirmar que lo anterior también contraviene lo dispuesto por el artículo 14 de la Constitución Federal. En efecto, el hecho de que se faculte a una autoridad distinta a un tribunal previamente establecido, para ordenar la rectificación, recomendación o propuesta de acción, sin antes haberse agotado alguna instancia judicial, implica una afectación definitiva para el concesionario, que por su naturaleza se habrá consumado irreparablemente.

Lo anterior, se reitera ya que en términos del artículo 37, incisos h) e i) de este Anteproyecto, el Defensor de las Audiencias será quien esté facultado para ordenar dicha rectificación, recomendación o propuesta de acción, siendo evidente que la figura del Defensor a que se refieren la LFTR y este Anteproyecto, no puede identificarse en forma alguna con los tribunales previamente establecidos, por lo que es procedente eliminar dicho fracción del Anteproyecto.

Ahora bien, respecto a lo establecido en la regulación del procedimiento establecido en el citado artículo 37 del Anteproyecto, se hace notar que hay un formalismo excesivo, que va en contra de la naturaleza de las instituciones del tipo de los Ombudsman, como lo es el defensor de las audiencias, que deben buscar la mayor flexibilidad en sus procedimientos e inmediatez en sus actuaciones.

Igualmente se exigen informes periódicos al Defensor, en lo que parece más un formalismo controlador que una posibilidad real de manejo de esa información por parte del Instituto, por lo que se considera que sería suficiente e incluso más eficaz un informe anual del Defensor sobre el trabajo realizado, en el que se resalten los principales temas abordados y los obstáculos que haya podido encontrar en el desempeño de su trabajo.

Como ejemplo del formalismo, en el inciso b del artículo 37 del Anteproyecto se prevé el rechazo de la solicitud de atención por incumplimiento del plazo, sin

importar que la misma pueda referirse a un tema importante de vulneración de derechos que debiera ser atendida por su relevancia.

- e. El fracción XXIV sobre el *“contar con mecanismos y programas que fomenten y contribuyan a la Alfabetización Mediática”*. Se hace notar a ese Instituto que el establecimiento de este derecho genera directamente a los concesionarios y programadores una carga tanto operativa como económica, la cual podría entenderse que bajo sus propios recursos y tiempo de transmisión deberán cumplir, cuando lo procedente es, que tratándose de una obligación que debe ser cumplida a través de ese Instituto por tratarse de una acción de política pública, siendo procedente que dichos mecanismos y programas deban ser generados por ese Instituto, y la transmisión de éstos por los concesionarios deba ser a través del uso del Tiempo del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 251 de la LFTR.

Por otra parte, en el artículo 5 referente a los Derechos de las Audiencias del Servicio de Radiodifusión y del Servicio de Televisión y/o Audio Restringidos, respecto los numerales II, V, VI, VIII, IX, XI, XIII, XVI, XXIII y XXIV se hacen los siguientes comentarios:

En los numerales II y V se debe notar que la propuesta de Lineamientos puede chocar con la libertad expresiva del emisor del mensaje.

En efecto, al sostener que es un derecho de la audiencia recibir contenidos libres de discriminación y que la programación debe propiciar ciertas ideas—la unidad nacional, por ejemplo—y no sus opuestas, se está obligando indirectamente al emisor del mensaje a autocensurarse para no incurrir en esta supuesta violación y se está dando una herramienta al Estado que facilita la censura.

Cabe acotar tres cuestiones sobre el punto. En primer lugar, que todo tipo de mensaje, no solo el informativo o político, está protegido por la libertad de expresión. En segundo lugar, que también el mensaje cuyo contenido ofende está protegido por la libertad de

expresión. En tercer lugar, que en su formato actual, los Lineamientos producen una interferencia sobre los contenidos que debe ser evitada.

Todo tipo de mensaje está protegido. Toda expresión, sea o no artística, está siempre protegida por el derecho a la libertad de expresión¹. El artículo 13 de la Convención Americana proclama la libertad en la difusión y recepción de ideas de toda índole.

Consecuentemente, la creación artística entra dentro del ámbito de protección de este derecho. En este sentido, la Relatora de Naciones Unidas sobre los derechos culturales, Farida Shaheed, ha resaltado el rol de los artistas, tanto en cuanto a su rol vinculado al entretenimiento como en cuanto a comunicadores de una postura determinada sobre debates sociales, en los cuales se expresan desde perspectivas distintas:

Los artistas pueden ser una fuente de entretenimiento, pero también contribuyen a los debates sociales, aportando a veces discursos que se contraponen a los centros de poder existentes, así como posibles contrapesos a estos. La vitalidad de la creación artística es necesaria para el desarrollo de culturas dinámicas y el funcionamiento de sociedades democráticas. Las expresiones y creaciones artísticas forman parte integral de la vida cultural, en la medida en que cuestionan significados y reexaminan ideas y conceptos heredados a través de la cultura. La tarea fundamental de la aplicación de las normas universales de derechos humanos es evitar que arbitrariamente se dé primacía a ciertas perspectivas por su autoridad tradicional, su poder institucional o económico o su supremacía demográfica en la sociedad. Este principio es el elemento esencial de toda cuestión planteada en el debate sobre el derecho a la libertad de expresión y creación artísticas y sobre las posibles limitaciones de ese derecho².

¹ Relatora Especial sobre los derechos culturales de la Organización de Naciones Unidas, El derecho a la libertad de expresión, A/HRC/23/24, 2013, párr. 4.

² Relatora Especial sobre los derechos culturales de la Organización de Naciones Unidas, El derecho a la libertad de expresión, A/HRC/23/24, 2013, párr. 3.

En conclusión, todo tipo de mensaje que puede ser emitido está protegido por la libertad de expresión.

En segundo lugar, debe notarse que el derecho protege especialmente a quienes perturban con sus expresiones. Desde el punto de vista artístico, político o religioso, hay una multitud de mensajes por los cuales un sector de la población o funcionarios públicos pueden sentirse agraviados. Quien es fiel de una religión y expresa que una determinada conducta es pecado, puede ofender a quien es practica esa determinada conducta. Quien es partidario de un partido político puede ofender con su discurso a su adversario electoral. El artista que retrata la pobreza puede provocar a través de su mensaje a parte de la población acomodada. Ahora bien, estos mensajes se ven cohibidos con los numerales del artículo bajo comentario.

Ha señalado la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión:

En principio, todas las formas de discurso están protegidas por el derecho a la libertad de expresión, independientemente de su contenido y de la mayor o menor aceptación social y estatal con la que cuentan. Esta presunción general de cobertura de todo discurso expresivo se explica por la obligación primaria de neutralidad del Estado ante los contenidos y, como consecuencia, por la necesidad de garantizar que, en principio, no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos a priori del debate público.

De particular importancia es la regla según la cual la libertad de expresión debe garantizarse no sólo en cuanto a la difusión de ideas e informaciones recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también en cuanto a las que ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población³.

³ CIDH, Informe Anual 2009, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo III (Marco Jurídico Interamericano del derecho a la Libertad de Expresión), OEA/Ser.LV/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009, párr. 30-31, citando Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 113; Corte I.D.H., Caso de "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 69; Corte I.D.H., Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194,

1.

De igual manera, en cuanto a la expresión artística se ha expresado que ésta muchas veces presenta una visión alternativa a la que se promueve desde el Estado, y que debe estar protegida.

La expresión y la creación artísticas pueden implicar la reapropiación de símbolos, ya sean nacionales (banderas, himnos nacionales), religiosos (personalidades, símbolos, lugares) o socioeconómicos (una marca determinada, por ejemplo), como parte de una respuesta a las perspectivas que promueven los Estados, las instituciones religiosas o los poderes económicos⁴.

2.

El discurso religioso está también especialmente protegido. Ha dicho la Relatoría Especial de la CIDH al respecto:

Otras formas discursivas que (...) han de gozar de especial nivel de protección por expresar un elemento integral de la identidad y dignidad personales, son el discurso religioso y aquellas que expresan la propia orientación sexual y la identidad de género. En efecto, de una parte, el artículo 12.1 de la Convención Americana, al proteger la libertad de conciencia y de religión, dispone expresamente que este derecho implica "la libertad de profesar y divulgar su religión y sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado"; y el artículo 12.3 establece que "la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás". Asimismo, por su estrecha relación con la dignidad, la libertad y la igualdad de todos los seres humanos, en esta categoría de discursos especialmente

párr.105; Corte I.D.H., Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 116;

⁴ Relatora Especial sobre los derechos culturales de la Organización de Naciones Unidas, El derecho a la libertad de expresión, A/HRC/23/24, 2013, párr. 36.

protegidos se encuentran aquéllos que expresan la propia orientación sexual y la identidad de género⁵.

Sin embargo, bajo los Lineamientos algunos sectores de la audiencia podrían presentar solicitudes al Estado para evitar que se violen sus derechos detallados en este artículo, lo cual afectaría gravemente la libertad religiosa. Esto genera un problema que debe ser evitado.

En resumen, en su formato actual los Lineamientos producen una interferencia sobre los contenidos que debe ser evitada.

Lo que puede ser moralmente objetable (desde un punto de vista) no necesariamente es legalmente inadmisibles o condenable. Constituir como un derecho de la audiencia recibir mensajes que no discriminen o que promuevan ciertas ideas determinadas excluye de la posibilidad de entrar en el debate público a quienes sostienen esas ideas "prohibidas". Esto constituye una censura indirecta, que debe ser evitada guardando neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita.

La jurisprudencia norteamericana hace un especial énfasis en revisar si la acción estatal tiene en cuenta el contenido del mensaje que se está restringiendo. Una censura estatal basada en un determinado contenido del mensaje emitido, mientras que a la vez se permite el mensaje opuesto es impermissible, utilizando el pretexto que sea.

De igual manera, facilitar el uso de un medio de comunicación a quien el gobierno considera que realiza un uso positivo y negárselo a quien el gobierno considera que hace un uso negativo es inaceptable. Tal como ha dicho la Corte Suprema de los Estados Unidos:

"La primera enmienda significa que el gobierno no tiene poder para restringir una expresión por su mensaje, sus ideas, su tema, o su contenido"⁶.

⁵ CIDH, Informe Anual 2009, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo III (Marco Jurídico Interamericano del derecho a la Libertad de Expresión), OEA/Ser.LV/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009, párr. 53 y ss.

Con relación al artículo 6 referente a los "*Derechos Exclusivos de las Audiencias del Servicio de Radiodifusión*", respecto del fracción I, se hacen los siguientes comentarios:

- a. Respecto a que los contenidos audiovisuales se transmitan en idioma nacional, se hace notar a ese Instituto que dicha expresión o concepto no se encuentra definido en dispositivo legal alguno, por lo que se deberá referir al idioma "Español", el cual, de conformidad con la definición de la Real Academia de la Lengua Española es "*Lengua común de España y de muchas naciones de América, hablada también como propia en otras partes del mundo*"⁷, por lo que lo procedente es realizar dicha modificación.

- b. La fracción II de dicho Artículo también parece estar redactada de manera limitativa y restrictiva, poniendo en franco estado de desventaja a los radiodifusores y la televisión y audio restringidos contra las nuevas tecnologías que distribuyen contenidos ya que no considera otras opciones que pueden existir en el mercado y que a elección de los programadores y radiodifusores se podrían poner a disposición de las audiencias, en caso que estas no quieran ver contenidos doblados al español o con subtítulos en español. Los Lineamientos Definitivos deben dar la flexibilidad suficiente para que se adopten nuevas tecnologías, incluso aquellas que tienen mecanismos en las guías de programación, mediante los cuales son las audiencias quienes determinan en que idioma quieren escuchar sus contenidos o si quieren tener o no subtítulos en la programación que reciban. Lo anterior, siempre y cuando se cuente con la posibilidad de contar con audio doblado o subtítulo al español, en la medida que esa sea la elección de la audiencia que lo recibe.

6 USSC, Police Dept. of City of Chicago v. Mosley, 408 U.S. 92, 102 (1972). La traducción es propia. En inglés, "But, above all else, the First Amendment means that government has no power to restrict expression because of its message, its ideas, its subject matter, or its content"

⁷ Definición obtenida a través de la página oficial de la Real Academia de la Lengua Española (RAE) <http://lema.rae.es/drae/?val=castellano>

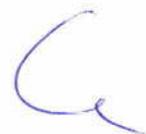
Con relación al artículo 7 referente a los “derechos exclusivos de las Audiencias del Servicio de Televisión y/o Audio restringidos”, se hace el siguiente comentario:

- a. Los derechos exclusivos de las Audiencias del Servicio de Televisión y/o Audio Restringidos que establece este artículo no se adaptan a la realidad de los servicios de Televisión Restringida, al tiempo que van más allá de lo previsto por los artículos 256 a 258 de la LFTR, que no distinguen entre los derechos de las audiencias de Televisión Abierta de los derechos de los usuarios de las Audiencias del Servicio de Televisión y/o Audio Restringidos. Adicionalmente, el artículo 7 del Anteproyecto presupone que todos los concesionarios de Servicios de Televisión y/o Audio Restringidos operan en tecnologías digitalizadas, lo cuál no es acorde con la realidad nacional, en la que múltiples sistemas de esta naturaleza operan aún en sistemas analógicos incapaces de cumplir con lo previsto en el artículo 7 del Anteproyecto.

4.OBSERVACIONES AL CAPÍTULO II, SOBRE DERECHOS DE LAS AUDIENCIAS, SECCIÓN III, GRUPOS ESPECÍFICOS

Con relación al artículo 8 referente a que *“las audiencias infantiles tendrán los siguientes derechos y por ende la programación deberá tomarlos en cuenta”*, se hacen los siguientes comentarios:

- a. Respecto a los derechos señalados en el fracción II se hace notar que si bien es positivo dar criterios orientativos para que los medios puedan utilizarlos en la selección y programación de sus parrillas infantiles, dichos criterios no pueden convertirse en derechos u obligaciones de los concesionarios de radiodifusión comercial ni los concesionarios de telecomunicaciones, quienes de lo contrario se convertirían en instancias educativas, lo cual no es la función de los mismos ni su obligación, si bien, pueden contribuir a ello. Máxime cuando dichas obligaciones o prohibiciones no se encuentran establecidas en ninguna Ley. Se hace notar también que de conformidad con lo establecido en las fracciones VIII, IX y X del artículo 217



así como el Transitorio Quinto de la LFTR, todo lo relacionado a contenidos es facultad exclusiva de la Secretaría de Gobernación ("SEGOB").

Adicionalmente, el citado fracción III se contrapone con lo establecido por la fracción X del artículo 217 de la LFTR, la cual establece la facultad expresa de la SEGOB para emitir lineamientos específicos en materia de publicidad para el público infantil, por lo que lo procedente es eliminar dichos dispositivos del Anteproyecto.

Con relación al artículo 9 referente a los derechos que tendrán las Audiencias con Discapacidad del Servicio de Radiodifusión, específicamente en el fracción II se hacen los siguientes comentarios:

- a. Se hace notar a ese Instituto que al señalar que en los contenidos se debe promover el reconocimiento de las capacidades, méritos y habilidades de las personas con discapacidad, así como la necesidad de su atención y respeto, si bien son circunstancias deseables, genera directamente a los concesionarios y programadores una carga tanto operativa como económica, la cual podría entenderse que bajo sus propios recursos y tiempo de transmisión deberán cumplir, cuando lo procedente es, que tratándose de una obligación que debe ser cumplida a través de ese Instituto por tratarse de una acción de política pública, dichos contenidos deban ser generados por ese Instituto, y la transmisión de éstos por los concesionarios deba ser a través del uso del Tiempo del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 251 de la LFTR.

Ello, aunado a que el artículo en comento va más allá de lo establecido en el artículo 258, fracción II de la LFTR, el cual dispone que las audiencias con discapacidad tienen derecho a que se promueva el reconocimiento de sus capacidades, méritos y habilidades, así como la necesidad de su atención y respeto, pero no hace referencia a la producción de contenidos específicos a fin de realizar tal promoción, situación que en consecuencia impone una obligación no prevista en la Ley, por lo que lo procedente es realizar la adecuación pertinente para que sea consistente con lo que actualmente establece el artículo 251 de la LFTR.

Lo anterior no significa que los concesionarios por voluntad propia no puedan contribuir en este esfuerzo, pero desde la perspectiva regulatoria, los Lineamientos Definitivos que resulten del Anteproyecto deben de ser claros en cuanto a la carga que debe ser asumida directamente por el Estado en este tema, y no deben imponerse obligaciones adicionales a los concesionarios de las que se encuentran específicamente previstas en la LFTR.

5.OBSERVACIONES AL CAPÍTULO II, SOBRE DERECHOS DE LAS AUDIENCIAS, SECCIÓN IV, MECANISMOS DE FOMENTO Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS

Con relación al artículo 12 referente al reconocimiento de la clasificación de los materiales grabados en el extranjero, se hace el siguiente comentario:

- a. Se hace notar a ese Instituto que las autorizaciones para la transmisión por televisión de materiales grabados procedentes del extranjero compete a la Dirección General de Radio, Televisión y Cinematografía ("RTC"), dependiente de la Secretaría de Gobernación, de conformidad con lo dispuesto en el RLFRT EN MCTRT, por lo que lo procedente es eliminar dicha disposición ó realizar la correlación pertinente en la cual se reconozca el carácter de la RTC para las autorizaciones correspondientes.

Con relación al artículo 13, referente al mecanismo para realizar "*la distinción entre la Publicidad y el contenido de un programa*" se hacen los siguientes comentarios:

- a. Se hace notar a ese Instituto que dicho mecanismo resulta innecesario toda vez con éste se hace un juicio de valor acerca de la capacidad de discernimiento de las audiencias, presuponiendo que éstas no están habilitadas para identificar entre un contenido de índole publicitaria y otro que no lo es, imponiéndole mayores obligaciones a los concesionarios y programadores que no tienen fundamento legal alguno, para asegurarse que mediante signos o mecanismos adicionales las audiencias se percaten de dicha distinción, ya de por sí evidente, sin considerar que

el establecimiento de dicho mecanismo generará una carga tanto operativa como económica, la cual podría entenderse que bajo sus propios recursos y tiempo de transmisión deberán cumplir, desincentivando la capacidad de explotación de la concesión, por lo que es procedente eliminar dicha definición del Anteproyecto.

- b. Adicionalmente se advierte que este requerimiento puede tener un efecto directo e inmediato en los Servicios de Televisión y/o Audio Restringidos, ya que muchos programadores radicados en el extranjero pueden no cumplir con estas medidas, al no ser un estándar utilizado en muchos países del mundo, incluyendo países desarrollados desde donde en gran medida se provee dicha programación.
- c. Se debe considerar también que este tipo de inserciones en pantalla no son favorecidas por ciertas audiencias, lo cual nuevamente pone en una situación competitiva desventajosa a los servicios de radiodifusión y televisión y/o audio restringidos cuando se comparan los mismos con servicios de audio y video por internet los cuales se encuentran exentos de estos requerimientos, y quienes finalmente son los que están obteniendo los mayores crecimientos en relación a la captación de audiencias.
- d. Se hace notar que las disposiciones establecidas en el capítulo II sección IV (que comprende los artículos 12 al 18 del Anteproyecto) son de imposible cumplimiento para los operadores servicios de Televisión y/o Audio Restringidos, ya que éstos no tienen la capacidad de que cada programador, y cada señal que incluyen, pueda cumplir con los requerimientos de la citada sección, por lo que procede es eliminar esa obligación para ellos, y para todos en la medida en que no sean obligaciones específicas que deriven de la LFTR.

Con relación al artículo 14, referente a para los cambios de programación *“se deba dar aviso a las Audiencias a través de las transmisiones y de la guía electrónica de programación al menos con 24 horas de antelación”*, se hacen los siguientes comentarios:

- a. Se hace notar a ese Instituto que el establecimiento de esa obligación no contempla la posibilidad que, por casos de emergencia o de fuerza mayor se tenga que realizar una actualización o aviso de última hora a las audiencias, así como también por lo establecido en el artículo 255 de la LFTR en relación a la obligación que tienen los concesionarios de radiodifusión de encadenar las estaciones de radio y canales de televisión cuando a juicio de la Secretaría de Gobernación se deba transmitir información de trascendencia para la Nación, por lo que lo procedente es realizar la modificación de dicho artículo de forma tal que refleje dichos casos de excepción y dar mayor flexibilidad a los medios transmisores para poder hacer este tipo de ajustes, en los que por razones lógicas, se busca siempre mantener a nuestras audiencias sintonizándonos y causar la menor afectación posible.

- b. Se hace notar también que la disposición establecida en este artículo no debe aplicar a los concesionarios de los Servicios de Televisión y/o Audio Restringidos, ya que son de imposible cumplimiento al no tener estos control de las parrillas programáticas de sus programadores.

Con relación al artículo 15, en relación con el artículo 5, fracción XII, referente a *"diferenciar claramente la información noticiosa de la opinión de quien la presenta"* se hace el siguiente comentario:

- a. El artículo 15 de los Lineamientos, literalmente, impone la siguiente obligación a los periodistas y participantes en un medio de comunicación:

"Para diferenciar claramente la información noticiosa de la opinión de quien la presenta, la persona que brinda la información deberá advertir al momento de realizarla, de manera expresa y clara, que la manifestación realizada o que realizará constituye una opinión y no es parte de la información noticiosa que se presenta".

- b. Se hace notar en primer lugar a ese Instituto que dicho mecanismo resulta innecesario toda vez al no estar contemplado en la LFTR, el Estatuto Orgánico y en la Constitución Federal ese Instituto no tiene facultades para establecerlos.



- c. Debe señalarse, asimismo, que el establecimiento de dicho mecanismo generaría una carga tanto operativa como económica. La complejidad del cumplimiento de este requerimiento desincentivará la capacidad operativa de la concesión, por lo que es procedente eliminar dicha definición del Anteproyecto.
- d. Entrando al análisis sobre el fondo de tal requerimiento, como ya se ha dicho, el mismo es inaceptable para los estándares internacionales de libertad de expresión. No puede entenderse que exista un derecho de las audiencias a que se *diferencie con claridad* las informaciones noticiosas de las opiniones de quien las presenta (artículo 5, fracción XII, en concordancia con el artículo 15). En efecto, debe considerarse que el periodista, locutor, columnista, invitado, etc., tienen libertad de expresión, y que ese derecho implica tanto el derecho a difundir informaciones, como a expresar opiniones e ideas (cfr. artículos 6, Constitución Política; 13, CADH, entre otros). Por tanto, no se visualiza por qué dicho ejercicio se convertiría en ilegítimo si no se aclara en cada momento, expresión, información, frase, comentario, si algo es informativo u opinión. ¿El IFT ha meditado en la legitimidad de tal requerimiento?
- e. Debe repararse, asimismo, en algo operativo o práctico, que hace inviable tal requerimiento. Efectivamente, es un lugar común entre los teóricos de la comunicación la afirmación de que existe multitud de mensajes mixtos, en los cuales no se da una pura información o una pura opinión, sino donde se mezcla la información con la opinión, en distintas medidas. Así, se verifica que al dialogar sobre casi cualquier tema, en cada momento ocurre tal combinación. ¿El IFT meditó en la viabilidad práctica de tal “derecho de las audiencias”?
- f. En otro orden, debe observarse que la obligación del artículo 15 de los Lineamientos, de “advertir” a la audiencia que una opinión es una opinión, (i) persigue finalidades no sólo no admitidas (lo cual ya lo configura en anticonvencional) sino también contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que además es una medida (ii) inadecuada, (iii) innecesaria y

(iv) desproporcionada para el logro de sus objetivos, y (v) vulnera el contenido esencial de la libertad de expresión. Por tanto, no supera ninguno de los pasos del control de razonabilidad o de proporcionalidad que se usa en los sistemas de derechos humanos, y en especial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

g. Como podrá comprobarse, el artículo 15 de los Lineamientos viola flagrantemente la libertad de expresión del medio de comunicación y del periodista involucrado. En efecto, esta obligación de advertir en cada momento si se informa o se opina, que parece presuponer que la audiencia no es lo suficientemente capaz como para distinguir opiniones y juicios de valor de informaciones, constituye una patente violación de la libertad de expresión tanto del periodista como del medio. Ello es así, pues persigue una finalidad no habilitada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, porque es de imposible cumplimiento, porque no es necesaria para tutelar a las audiencias, y porque es desproporcionada pues impone una gravosa carga al debate en el mercado de ideas, desincentivándolo. Además, genera el incentivo de señalar que todo es opinión (que tiene menos responsabilidades), privando así de seriedad al debate, a la vez que viola el contenido esencial de la libertad de expresión pues obliga al periodista a expresarse de una determinada manera y a distinguir, en muchos casos artificialmente o de manera imposible, lo que es información de lo que es opinión. En tales condiciones, la restricción en análisis es una irrazonable restricción de la libertad de expresión. Se analiza a continuación con más detalle estos puntos

h. En primer lugar, la restricción no persigue una finalidad legítima de conformidad con la Convención. La obligación del artículo 15 tendría por finalidad proteger a las audiencias de posibles malentendidos que puedan surgir al considerar como información a la "mera" opinión del periodista. Sin embargo, dicha finalidad no está autorizada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que únicamente faculta a la imposición de responsabilidades ulteriores, y no de prohibiciones previas, para garantizar "a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden



público o la salud o la moral públicas” (CADH, artículo 13.2). Por ello, *prevenir la confusión entre una información y una opinión no es una finalidad habilitada y, por ende, la obligación del artículo 15 vulnera la Convención.*

- i. En segundo lugar, *la restricción no es adecuada para proteger los supuestos derechos de las audiencias, pues es de cumplimiento imposible.* En efecto, sabido es que la naturaleza misma de la labor periodística informativa implica no sólo la transmisión de datos, sino también la interpretación de esos datos para la audiencia. Es en esta interpretación de los datos donde los juicios de valor del periodista (y de cualquier persona que se exprese por un medio) entran en juego para la extracción de conclusiones que faciliten la comprensión de la noticia por la audiencia. Más aún, la mera elección de qué información transmitir y qué palabras usar para expresarla implica la utilización de ciertos juicios de valor. Si fuera poco, hay que imaginar la dificultad de establecer estas discusiones en una tertulia radiofónica o panel de discusión televisivo, con invitados, donde en una misma frase se intercalan hechos con opiniones, de modo a veces caótico y con la dinámica propia de la discusión. Por ello, es difícil, sino imposible, separar la emisión de una “información noticiosa” de la “opinión” en la labor periodística, pues ambas van íntimamente entrelazadas desde el inicio de la transmisión de la noticia.

- j. Si tal distinción es difícil de realizar de forma abstracta y *a posteriori* de la emisión, es imposible hacerlo de forma *a priori* por el mismo periodista, en el mismo momento en que se está expresando. No sería posible para el periodista autocensurarse constantemente para distinguir qué es información de qué es opinión, y en qué medida, de modo tal de cumplir con su obligación de “advertir” que lo que va a decir es una opinión. Los errores se sucederían todo el tiempo (¿generándole responsabilidad?). Todo esto sin contar que, aún cuando fuere posible, la visualización o audición de un programa televisivo o radial donde permanentemente se establezca esta advertencia sería algo que cualquier radioescucha o telespectador evitaría rápidamente, por ser extremadamente cansador y aburrido. Por lo tanto, siendo imposible para el periodista distinguir *a priori* la información de la opinión, *la restricción no serviría para proteger los*



derechos de las audiencias, siendo por tanto ineficaz para su fin, inadecuada, inidónea, y por tanto irrazonable e inconstitucional. La restricción no sólo no protegería a la audiencia sino que la perjudicaría.

- k. En tercer lugar, *este requerimiento limitativo de la libertad de expresión no es necesario o indispensable para las finalidades que persigue, pues el propio debate de ideas, opiniones e informaciones permite distinguir entre opiniones e informaciones y así llegar a la verdad.* En efecto, como ya se ha señalado, la libertad de expresión está fundamentada, entre otras razones, en la conveniencia de que exista un "libre mercado de ideas", con la convicción de que ello implica un proceso de debate en la sociedad que permite distinguir lo verdadero de lo falso y lo bueno de lo malo. Así las cosas, las audiencias no necesitan de un organismo que esté obligando a los periodistas a aclarar si lo que dicen es opinión o información, sino que lo que necesitan es un mercado de expresiones verdaderamente libre. Un libre intercambio de expresiones permite que otros interlocutores detecten informaciones falsas y opiniones injustificadas, y que también distingan entre opiniones e informaciones. Tal como señalara el famoso juez Brandeis, de la Corte Suprema de Estados Unidos:

"Si fuera el momento de exponer a través de la discusión la falsedad y las falacias, debe evitarse este mal por los procesos de la educación, ya que el remedio a ser aplicado es más expresión, no el silencio a la fuerza"⁸.

- l. Se trata, en definitiva, de la antigua y difundida doctrina del *marketplace of ideas*: que se hable más, que se discuta más, que se expongan las distintas ideas, así saldrá a la luz la verdad. La idea está en los basamentos del argumento de la libertad de expresión como elemento central de la participación ciudadana en una democracia. Que existan más medios, que haya más competencia. Grandes y pequeños; empresariales y comunitarios; nacionales y locales. Siempre más, nunca menos. Por ende, *dado que el libre mercado de ideas genera un proceso virtuoso de búsqueda de la verdad y de distinción entre informaciones e ideas, la restricción*

⁸ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 377 (1927), Brandeis, J., concurring.

aquí analizada carece de toda justificación razonable pues es innecesaria en una sociedad democrática.

- m. En cuarto lugar, *los costos de la restricción superan ampliamente los beneficios que traería, siendo algo desproporcionado, y por tanto irrazonable, y por ello inconstitucional y anticonvencional.* En tal sentido, como se explicó en los puntos anteriores, esta restricción desincentivaría el debate de ideas al poner barreras *a priori* de la emisión de expresiones. Los periodistas y toda persona que se exprese en un medio debería estar constantemente distinguiendo y aclarando que está opinando o que está informando. La consecuencia de ello será en muchos casos que, por razones de precaución, los interlocutores aclararán que todo es opinión, de modo que el debate quedará relativizado y la sociedad verá afectado su derecho a ser debidamente informada. También es de esperar que, siendo más engorroso trabajar como periodista, sean menos las personas que se dediquen a tal profesión que las que de otro modo se habrían volcado a ella. Lo único que generaría este requerimiento sería autocensura y efecto de enfriamiento (*chilling effect*) de posibles expresiones legítimas. En efecto, el periodista, al estar obligado a constantemente separar entre sus opiniones e informaciones, optaría bien por abstenerse de opinar, disminuyendo las opiniones y el debate, o bien diría que todo lo transmitido es opinión, relativizando así las expresiones transmitidas y afectando el derecho de la sociedad a ser informada. Y todos estos costos no tendrían justificación alguna, pues como se explicó antes esta restricción no lograría la protección que busca y, por ende, no generaría beneficio alguno.
- n. Finalmente, la restricción vulnera el contenido esencial o inalterable de la libertad de expresión, pues obliga al periodista y a toda persona que concurra a un medio de radiodifusión a expresarse de una determinada manera y les impone la carga de distinguir lo que es información de lo que es opinión suya, lo que en muchos casos es imposible de determinar *a priori*. En primer lugar, es sabido es que la libertad de expresión implica también el derecho a no expresarse. La Suprema Corte de los Estados Unidos ha explicado en este sentido:



"El derecho a la libertad de pensamiento [...] incluye tanto el derecho a expresarse libremente como el derecho a abstenerse de expresarse [...]. El derecho a expresarse y el derecho a abstenerse de expresarse son componentes complementarios del concepto más amplio de la libertad de pensamiento"⁹.

- o. La restricción incluida en el artículo 15 de los Lineamientos estaría obligando al periodista a calificar de antemano si lo que va a decir es una opinión o es una información. En consecuencia, ello a todas luces viola su libertad de expresión, pues lo obliga a expresarse de una determinada manera, a la vez que le impone una carga irrazonable al ejercicio de su libertad de expresión.
- p. En suma, la restricción incluida en el artículo 15 de los Lineamientos es una limitación irrazonable, inconstitucional y anticonvencional de la libertad de expresión, por perseguir una finalidad ilegítima, ser inadecuada, ser innecesaria, ser desproporcionada y violentar el contenido inalterable del derecho a al libre expresión.

Con relación al artículo 16, referente a las características del "*Servicio de Subtitulaje Oculto*", respecto de los fracciones VII, IX y X, se hace el siguiente comentario:

- a. Se hace notar a ese Instituto que los requerimientos técnicos señalados en los fracciones VII, IX y X que específicamente establecen temporalidades para la aparición del Subtitulaje en el caso de programas en vivo, el número de líneas y el tamaño de los caracteres de los mismos, se realizarán de conformidad con los estándares que la industria utiliza para tal efecto a nivel nacional e internacional, lo anterior por tratarse de una tecnología que ya es utilizada para tal efecto, la cual puede no necesariamente cubrir con las características propuestas en el Anteproyecto, por lo que lo procedente es realizar la modificación de dichos fracciones para reflejar tal circunstancia de manera que la industria pueda incorporar este tipo de mecanismos de acuerdo a estándares internacionales, que son los que

⁹ *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705, 714 (1977).



en su caso, utilizan sus principales competidores no sujetos a estos lineamientos, es decir, los servicios de televisión por internet.

Con relación al artículo 17, referente a los parámetros de utilización "*en la interpretación en Lengua de Señas Mexicana*", respecto de los fracciones II, III y IV se hacen los siguientes comentarios:

- a. Se hace notar a ese Instituto que los parámetros técnicos señalados en los fracciones II y III que específicamente establecen la ubicación del recuadro superpuesto para el intérprete, así como evitar la presencia de cualquier elemento visual distractor, se realizarán de conformidad con los estándares que la industria utiliza para tal efecto a nivel nacional e internacional, la cual puede no necesariamente cubrir con los parámetros propuestos en el Anteproyecto.
- b. Adicionalmente, se hace notar a ese Instituto que lo establecido en el fracción IV es limitativo de la libertad de expresión constreñido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Federal, toda vez impone una barrera a la libertad de expresión, dentro de la cual se incluye la libertad de indumentaria, misma que no afecta la funcionalidad de quien realiza la interpretación con la Lengua de Señas Mexicana, por lo que procede es eliminar dicha restricción del Anteproyecto.
- c. También se hace notar a ese Instituto no cuenta con las facultades para el establecimiento de dichos parámetros, toda vez la LFTR, el Estatuto Orgánico y en la Constitución Federal ese Instituto no contempla dichas facultades, por lo que lo procedente es realizar la eliminación de dichas fracciones.

Con relación al artículo 18, referente a la pleca al principio de los programas, estableciendo un símbolo mostrado en el Anteproyecto, se hace el siguiente comentario:

- a. Se hace notar a ese Instituto que el símbolo propuesto no es aquél que es mayormente reconocido internacionalmente para tal efecto, siendo este el símbolo  , por lo que lo procedente es utilizar éste último, solicitando para tal efecto

realizar la modificación pertinente que refleje tal situación. En todos los casos se solicita utilizar simbología y estándares adoptados ya a nivel internacional ya que la mayoría de las tecnologías y sistemas existentes para estos efectos se producen fuera de México e incluyen dicho tipo de estándares. Debe considerarse que muchos concesionarios ya han realizado inversiones sustanciales para contar con estas tecnologías y sistemas, por lo que generar nuevos sistemas para un solo mercado, puede resultar en inversiones costosas e innecesarias.

6.OBSERVACIONES AL CAPÍTULO III, SOBRE DEFENSORÍA DE AUDIENCIA, SECCIÓN I, OBSERVANCIA Y DEFENSA DE LOS DERECHOS

Se hace notar a ese Instituto que el Anteproyecto no prevé el artículo 21, por lo que dicha cuestión se deberá subsanar al momento de expedir los Lineamientos finales.

7.OBSERVACIONES AL CAPÍTULO III, SOBRE DEFENSORÍA DE AUDIENCIA, SECCIÓN V, DEFENSORES DE LAS AUDIENCIAS DEL SERVICIO DE TELEVISIÓN Y/O AUDIO RESTRINGIDOS

En los artículos 38 al 41 de la Sección IV, Capítulo III, referente al Procedimiento para la Defensoría de las Audiencias para el Servicio de Televisión y/o Audio Restringidos, se hace el siguiente comentario:

Se hace notar a ese Instituto que las disposiciones contenidas en la sección IV son inoperantes para los proveedores de servicios de Televisión y/o Audio Restringidos, toda vez estos no controlan el contenido que transmiten sus programadores, razón por la cual no podría imponérseles obligación alguna o responsabilidad por tales contenidos, por lo que lo procedente es eliminar el contenido de dicha sección.



8.OBSERVACIONES AL CAPÍTULO IV, SOBRE CÓDIGOS DE ÉTICA, SECCIÓN I, CONTENIDO

Con relación al artículo 43 referente a la obligación de establecer en los Códigos de Ética pleno reconocimiento de los derechos de las Audiencias y sus mecanismos de protección, respecto del fracción V, se hace el siguiente comentario:

- a. Se hace notar a ese Instituto que tal y como se mencionó respecto a los artículos 3 y 5 del Anteproyecto, al resultar inútil e innecesario que en el Anteproyecto se establezcan lo que llaman principios rectores de los derechos de las audiencias (en realidad son principios de interpretación), dichos derechos y principios deban ser considerados para la formulación de los Códigos de Ética, ya que de ser así, el alcance de dichos códigos sería limitativo y excluyente.
- b. También se hace notar que al mencionar que dichos preceptos se deberán observar para evitar la censura previa, se está reconociendo expresamente una figura que en el artículo 6 de nuestra Constitución Federal prohíbe categóricamente.
- c. Adicionalmente se hace notar que la forma en que se proponen los conceptos pareciera que éstos son atribuibles a los radiodifusores, y no para los concesionarios de Televisión y/o Audio Restringidos, toda vez éstos no tienen una línea editorial, no tienen la obligación de otorgar tiempos de estado ni canales para campañas de alfabetización, así como tampoco definen parrillas programáticas de sus canales de programación.
- d. Finalmente, dichas obligaciones van más allá de la finalidad que se busca, tales como, identificar un Canal de Programación, circunstancia que se puede cumplir con las siglas (distintivo de llamado) respectivas, involucrándose en temas que tienen que ver con la operación y que no guardan relación con las audiencias. De igual forma, es cuestionable que la Identidad Programática tenga relación con la ética y los principios o valores materia del Código en comento. Por último, los elementos que pretenden constituir la Identidad Programática no son acordes con el mercado ni



con los estándares de negocio internacionales, por lo que lo procedente es realizar la eliminación de dicho fracción en el Anteproyecto.

9. OBSERVACIONES AL CAPÍTULO V, SOBRE ALFABETIZACIÓN MEDIÁTICA

Respecto a todo el contenido del capítulo V de "Alfabetización Mediática", se hacen los siguientes comentarios:

- a. Se hace notar a ese Instituto que el establecer a cargo de los concesionarios y los programadores de medidas para la Alfabetización Mediática de las Audiencias genera directamente a éstos una carga tanto operativa como económica, la cual podría entenderse que bajo sus propios recursos y tiempo de transmisión deberán cumplir, cuando lo procedente es, que dicha medidas deban ser ejecutadas a través de ese Instituto por tratarse de acciones de política pública, siendo procedente que dichos mecanismos y programas deban ser generados por ese Instituto, y la transmisión de éstos por los concesionarios deba ser a través del uso del Tiempo del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 251 de la LFTR.

10. OBSERVACIONES AL CAPÍTULO VI, SOBRE SUSPENSIÓN PRECAUTORIA DE TRASMISIONES

Respecto a todo el contenido del capítulo VI de "Suspensión Precautoria de Transmisiones", se hacen los siguientes comentarios:

- a. Se hace notar a ese Instituto que el establecimiento de dicha figura es violatoria del precepto constitucional de libertad de expresión consagrado en el artículo 6 de la Constitución Federal, estableciendo claramente la figura de *La Previa Censura*, expresamente prohibida en el artículo 7 de la citada Constitución Federal y en el artículo 13 de la Convención Americana, toda vez que se impone a partir de un juicio previo de valor previo y definitivo por ese Instituto, mediante el cual ya resolvió



que los concesionarios o programadores han incurrido o incurrirán en una supuesta violación a los derechos de las audiencias.

- b. Debe repararse en que es indiferente si la suspensión es temporal o indefinida. Se trata de censura previa administrativa, y sin vista del tiempo, es inadmisibles bajo los estándares internacionales de derechos humanos. Como ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "la información es una mercadería perecedera, y a veces una demora la hace fenecer".

De acuerdo a este Anteproyecto, la suspensión precautoria de transmisiones se decretará "... *por violar las normas aplicables...*". Queda pues de manifiesto que el decreto de esta medida precautoria requiere la previa determinación de la autoridad competente (la cual naturalmente no puede ser el Instituto) sobre, entre otros criterios, el valor, disvalor y oportunidad de la conducta expresiva, para así resolver la efectiva configuración de una violación de los derechos de las audiencias y, en base a ello, decidir censurar al medio.

Tan lo anterior es así, que del texto del artículo 66 de este Anteproyecto se desprende que la suspensión precautoria de transmisiones, tendrá una temporalidad indefinida, hasta en tanto se eliminen las violaciones que motivaron dicha suspensión.

Como ya se dijo, no debe perderse de vista que tanto la Constitución Federal, como los Tratados Internacionales de los que México es parte prohíben la censura previa de transmisiones.

Es que la proscripción de la censura previa es la base fundamental de la libertad de expresión en un sistema democrático, y se encuentra desterrada de todo sistema que se autodefine como respetuoso de los derechos fundamentales.



La libertad de expresión no puede ser protegida en su más mínimo valladar sino cuando toda forma de censura previa ejercida por un organismo estatal esté proscripta.

En este sentido ha sido redactado el artículo 13.2, CADH, que establece con meridiana claridad que el ejercicio de la libertad de expresión: "(...) **no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores (...)**". La única excepción contemplada a dicha regla es la del artículo 13.4, CADH, que establece que: "los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley 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", supuesto que no se verifica en este caso.

Fuera de esa excepción, la regla del Sistema Interamericano es absoluta: **no puede haber, sobre el ejercicio de la libertad de expresión, regulación alguna que imponga cualquier forma de censura previa, impidiendo la difusión de expresiones aun cuando ellas pudieran ser consideradas ilegales, chocantes, perturbadoras o incómodas.**

¿Y qué es "censura previa", en concreto? La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha aludido a ella como al "prototipo de violación extrema y radical de la libertad de expresión, ya que conlleva su supresión". Aquélla también sostuvo que la censura previa:

"tiene lugar cuando, por medio del poder público, se establecen medios para impedir en forma previa la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias, por cualquier tipo de procedimiento que condicione la expresión o la difusión de información al control del Estado —por ejemplo, mediante la prohibición de publicaciones o el secuestro de las mismas, o cualquier otro procedimiento orientado al mismo fin"¹⁰.

¹⁰ CIDH, Informe 2008 Relatoría, párr. 123.



En similar sentido, ha destacado la doctrina:

“La expresión ‘censura previa’ alude en sentido estricto al instituto de policía preventiva de clara naturaleza administrativa por el cual sólo puede difundirse si se ha sometido el material expresivo al control o examen sistemático de un órgano estatal y se ha obtenido su expresa autorización, órgano que puede, en su caso, disponer su modificación, recorte o prohibición, y donde la mera omisión de someter a revisión la publicación, al margen de su contenido —el cual podría ser constitucionalmente protegido o legítimo—, hace ilícita su difusión y engendra sanciones penales o administrativas”¹¹.

La CIDH ha insistido sobre la doble afectación —individual y social— ocasionada por la censura previa, afirmando que ésta:

“supone el control y veto de la expresión antes de que ésta sea difundida, impidiendo tanto al individuo, cuya expresión ha sido censurada, como a la totalidad de la sociedad, ejercer su derecho a la información. [...] [E]sto constituye una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática”¹².

La Corte IDH, por su parte, ha concluido que:

“...el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. **En todos los demás casos, cualquier medida**

¹¹ Fernando M. TOLLER, *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva*, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 731.

¹² CIDH. Informe de fondo Num. 90/05. Caso Num. 12.142. Alejandra Matus Acuña. Chile. 24 de octubre de 2005. Párr. 35.

preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión"¹³.

Es que, como se ha afirmado desde antaño —en concordancia con los textos de los tratados interamericanos transcritos anteriormente—, las expresiones solo pueden —a lo sumo y bajo determinadas circunstancias— estar sujetas a responsabilidades posteriores, **mas nunca a limitaciones previas por parte de autoridades administrativas**. En efecto:

"La libertad de la prensa es en verdad esencial a la naturaleza de un estado libre; pero ella consiste en **no imponer restricciones previas sobre las publicaciones, y no en la libertad con respecto a la sanción por impresos criminales cuando se ha publicado**. Todo hombre libre tiene un derecho indudable a poner delante del público las opiniones que le plazcan: prohibir esto es destruir la libertad de prensa: pero si él publica lo que es impropio, malicioso, o ilegal, debe asumir la consecuencia de su propia temeridad"¹⁴.

Con suma claridad, se ha expresado que:

"La particular desconfianza y desaprobación histórica —vigentes y justificadas también hoy— de la censura previa es comprensible y correcta, si se tienen en cuenta algunos factores. Por un lado, en todo tiempo ha formado parte del arsenal utilizado por los regímenes autoritarios¹⁵, y la experiencia enseña que es

¹³ Corte IDH, Caso "La Última Tentación de Cristo", párr. 70.

¹⁴ BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, (1765-1769), 16ª ed., T. Cadell & J. Butterworth, London, 1825, Book IV, 151-52. En el original el texto es el siguiente:

"The liberty of the press is indeed essential to the nature of a free state; but this consists in laying no previous restraints upon publications, and not in freedom from censure for criminal matter when published. Every freeman has an undoubted right to lay what sentiments he pleases before the public: to forbid this, is to destroy the freedom of the press: but if he publishes what is improper, mischievous, or illegal, he must take the consequence of his own temerity".

¹⁵ Cfr. *Servini de Cubría*, Fallos 315:1961 (1992), voto del juez Petracchi, cons. 13; BARRELET, *La liberté de l'information*, Staempfli & Cie, Berne, 1972, 144; CEA EGAÑA, 403 y 404.

un método particularmente eficaz contra la expresión libre¹⁶. En un sistema de censura las conductas a evitar no suelen estar claramente definidas en la ley, sino que se manejan estándares vagos e imprecisos¹⁷. Además, la censura previa acaba con la responsabilidad, pues para hablar de responsabilidad hay que ser libre y gozar de la iniciativa de publicar^{18,19}.

En este sentido, se ha admitido, también, que solo será consistente con el orden jurídico nacional e internacional la suspensión precautoria de aquel material que haya sido previamente transmitido, es decir, solo será válido suspender precautoriamente las "retransmisiones".

Por lo anterior se afirma que el texto del Anteproyecto es inconstitucional e anticonvencional, en tanto que abre la puerta a la posibilidad de suspender precautoriamente una transmisión de un material que no ha sido previamente difundido, ya que no distingue entre materiales previamente transmitidos y sus retransmisiones, siendo que solo éstas, pueden ser objeto de censura.

Con relación a los artículos 61 y 62 referente al procedimiento para la Suspensión Precautoria de Transmisiones, se hace el siguiente comentario:

- a. Sin perjuicio de la absoluta inconstitucionalidad y anticonvencionalidad apuntada precedentemente, la que no puede ser salvada sino únicamente mediante la supresión de tal medida, se hace notar a ese Instituto que en dichos artículos no se establece ni siquiera un plazo determinado para eliminar la violación o violaciones que dieron origen al apercibimiento ni para que el Concesionario informe y acredite ante el Comité la realización de las medidas para eliminar la violación o violaciones, situación que puede derivar en actos todavía más arbitrarios y que dejen en estado

¹⁶ Ver EMERSON, Thomas I., "The Doctrine of Prior Restraint", *Law & Contemp. Probs.* 20 (1955), 670.

¹⁷ Ver, entre otros, BARENDT, "Prior Restraints on Speech", *Pub. Law* (1985)", 257 y 258; TERROU y SOLAL, *El Derecho de la Información. Estudio comparado de los principales sistemas de reglamentación de la prensa, la radio y el cine*, Unesco, París, 1952, 347.

¹⁸ Cfr. TERROU y SOLAL, 347.

¹⁹ Fernando M. TOLLER, *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva*, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 732.

de inseguridad jurídica a los Concesionarios, ya que puede otorgarse un plazo que no sea suficiente para cumplir con dichas medidas.

Debe tomarse en cuenta la naturaleza y características de lo que pretende regular, en este caso los derechos de las audiencias, y la institución para su defensa. Los defensores de las audiencias y antes el defensor del lector en los medios de comunicación impresos, son instituciones que surgieron a iniciativa de los propios concesionarios y prestadores de los servicios, bajo el interés de estar más cercanos a sus usuarios en el diseño de sus líneas editoriales, respondiendo mejor a sus intereses y demandas de servicios, así como evitar conflictos y formas de trabajo que pudieran minar la demanda de su producto. Nunca se debería haber concebido a estos mecanismos como formas de establecer censuras previas. Así pues, en principio debe contarse con el sano interés de los medios para atender a sus audiencias (clientes), comenzando por el respeto de sus derechos. Los lineamientos que se comentan no toman en cuenta esta lógica y manejan el tema de los derechos de las audiencias y su defensor como una imposición a los concesionarios, estableciendo requisitos y regulaciones que rompen con el espíritu propio de estas instituciones, hasta el punto de permitir la censura previa de transmisiones en base a criterios del propio IFT.

13. OBSERVACIONES AL CAPÍTULO VII, SOBRE SANCIONES

Por la importancia de este capítulo de los Lineamientos, y la gravedad de sus consecuencias, se lo tratará en un apartado especial, el número IV.



IV. OBSERVACIONES AL CAPÍTULO VII: LA ILEGITIMIDAD DEL MARCO SANCIONATORIO DE LOS LINEAMIENTOS A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES CONSTITUCIONALES E INTERAMERICANOS

a. INTRODUCCIÓN

En el presente apartado se verá cómo los Lineamientos violan principios elementales vigentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en la Constitución Federal, al establecer el marco sancionatorio en sus artículos 3 y 68, en relación con los derechos de los artículos 5 y ss. En efecto, se expondrá aquí lo siguiente:

- (i) Las infracciones previstas en el Anteproyecto exceden ampliamente a aquellas previstas en el Capítulo IV del Título Decimo Quinto de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (la "LFTR"), referido a las "*Sanciones en materia de Transmisión de Mensajes Comerciales y Defensa de las Audiencias*", lo que se traduce en un exceso reglamentario por parte del IFT y en una violación al principio de legalidad en materia sancionatoria desde el punto de vista formal.
- (ii) La imprecisión en la descripción de las conductas infraccionales resulta violatoria del principio de legalidad en materia sancionatoria, de raíz constitucional e internacional de los derechos humanos, desde el punto de vista material, produciendo además un efecto negativo en la libertad de expresión.
- (iii) Los defectos anteriormente apuntados pueden tener como consecuencia que el IFT termine juzgando y aplicando sanciones a conductas expresivas, ya sea por su contenido o por su oportunidad, es decir, violaciones "materiales", en lugar de limitarse a castigar violaciones de tipo "formales", para lo cual típicamente suelen tener competencia los órganos administrativos.



b. EL MARCO SANCIONATORIO DE LOS LINEAMIENTOS SE APARTA DE LA LETRA DE LA LFTR, COMETIENDO UN EXCESO REGLAMENTARIO Y VIOLANDO EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD FORMAL

En primer lugar se expondrá, en consecuencia, que el marco sancionatorio de los Lineamientos se aparta de la letra de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, lo que constituye un exceso reglamentario y viola el principio de legalidad desde el punto de vista formal. El marco sancionatorio establecido por los Lineamientos otorga al IFT competencia para imponer sanciones en supuesta defensa de los derechos de las audiencias, de un modo incompatible con principios constitucionales y convencionales básicos.

En efecto, el artículo 3 de los Lineamientos indica que:

“El Instituto en la interpretación y ejecución de los Lineamientos analizará y fijará los alcances de los derechos de las Audiencias, su afectación, resarcimiento y sanción, en aquellos contenidos que los contravengan (...)”.

Por su parte, el artículo 68 dispone:

“El Instituto sancionará con base en la Ley las violaciones en materia de defensa de las audiencias en relación con los derechos y mecanismos contenidos en los artículos 5, fracciones I a V, IX a XVI y XVIII a XXIV; 6, fracciones III a VI; 7, fracciones I a VII; 8 fracciones I, II, incisos a) a n) y 9 a 18 de los Lineamientos.

Asimismo, de considerarlo procedente, la Secretaría de Gobernación, en el ámbito de su competencia, podrá sancionar las violaciones en materia de defensa de las Audiencias en relación con los derechos contenidos en los artículos 5, fracciones VI a VIII y XVII; 6, fracciones I y II; y 8 fracciones II, inciso o) y III”.



Dichas remisiones contienen una enorme cantidad de conductas debidas a las audiencias que, en muchos casos, exceden a las previstas en la propia LFTR.

Ahora bien la LFTR, en el artículo 311 que se inserta en capítulo IV del Título Décimo Quinto, se dedica a tipificar aquellas conductas que, justamente, resultan violatorias de los derechos de las audiencias. Tan es así que dicho capítulo se titula "*Sanciones en materia de Transmisión de Mensajes Comerciales y Defensa de las Audiencias*". En dicho Capítulo, el legislador previó como conductas infraccionarias solamente a dos:

(i) no poner a disposición de las audiencias mecanismos de defensa, y

(ii) no nombrar defensor de las audiencias o no emitir códigos de ética.

Por su parte, el artículo 15, fracción LIX de la LFTR autoriza al IFT a "Vigilar y sancionar las obligaciones en materia de defensa de las audiencias **de acuerdo con lo señalado por esta Ley**". Con solo leer la norma se advierte una verdad irrefutable: el IFT no está autorizado a crear infracciones y sanciones, sólo está autorizado a sancionar las infracciones señaladas en la Ley, y ninguna norma genérica puede delegar en el Instituto semejante facultad. Por lo tanto, los Lineamientos resultan claramente violatorios del principio de legalidad desde lo formal cuando incorporan conductas debidas a las audiencias cuya "violación" podría originar una sanción por parte del IFT.

Fácil resulta advertir, entonces, que los Lineamientos implican un claro exceso en la facultad reglamentaria del IFT, en la medida en que han ido más allá de la voluntad del legislador, y, al violar la delegación legislativa, termina violando también la reserva de ley, que es una garantía convencional y convencional. En efecto, el legislador sólo pretendió sancionar las dos conductas reseñadas. Sin embargo, el IFT ha incluido una gran cantidad de infracciones que exceden ampliamente lo previsto en la LFTR. Se observa, claramente, que el IFT ha presumido la insuficiencia del legislador, lo que es totalmente ilegítimo, por varias razones. Es que si el legislador hubiese querido



sancionar más conductas relativas a los derechos de las audiencias, las habría tipificado específicamente en el referido Capítulo IV del Título Decimoquinto de la LFTR.

La violación al principio de legalidad en la reglamentación de derechos y, particularmente, en el establecimiento de sanciones, es, a todas luces, evidente. El principio de legalidad, que se encuentra en muy diversas disposiciones de la Constitución Federal, está además claramente expuesto en varias normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De esta manera, el referido principio, está ante todo consagrado por el artículo 30 de la Convención, donde establece que:

“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

En materia penal –cuya esencia es compartida por el Derecho administrativo sancionador–, el artículo 9 de la Convención dispone:

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

Finalmente, en materia de libertad de expresión, el artículo 13.2 de la Convención Americana establece, en ese sentido, que **la libertad de expresión puede ser sujeta a regulaciones sólo si están “expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar” determinados bienes.**

La consecuencia de las normas expuestas es que la ley que regule tales derechos debe ser formal, ley del Parlamento o Congreso, y además la ley debe ser necesaria para asegurar bienes y fines específicos que están en la Convención Americana. Todo lo



dicho está **expresamente exigido en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, cuando indica en una Opinión Consultiva que, según el art. 30 de la Convención Americana, el instrumento convencionalmente válido para regular derechos:

"[No es] cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. **[En realidad] la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal**, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado"²⁰.

Y, refiriéndose a normas de tipo sancionatorio, la Corte IDH ha dicho que:

"En la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal"²¹.

Determinando más concretamente esta exigencia, posteriormente afirmó que todos los tipos sancionatorios deben "formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa"²².

Por tanto, el IFT no puede arrogarse la potestad de legislar en materia de derechos humanos, estableciendo un marco sancionatorio del modo en que lo pretende hacer con los Lineamientos; pues estaría yendo contra la Convención Americana.

²⁰ Corte IDH, *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A, núm. 6, párrs. 26 y 27. Énfasis añadido.

²¹ Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros. Excepciones preliminares*, Sentencia de 13 de mayo de 1999, Serie C Num. 41, párr. 121.

²² Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C Num. 177, párr. 63.



- c. **SE VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN SENTIDO MATERIAL, PORQUE LAS SANCIONES NO CONDUCEN A FINALIDADES LEGÍTIMAS Y LA DESCRIPCIÓN DE LAS CONDUCTAS ES IMPRECISA, INHIBIENDO LA EXPRESIÓN**

Además del defecto recién apuntado, **las restricciones que se encuentran en el marco sancionatorio de los Lineamientos violan también el principio de legalidad, porque no conducen a alcanzar finalidades legítimas a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos y porque son imprecisas y vagas, generando un efecto de enfriamiento o de inhibición en el ejercicio de la libertad de expresión.**

1. **SE VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD MATERIAL AL NO SATISFACER LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS EN MATERIA DE RAZONABILIDAD DE LOS MARCOS SANCIONATORIOS**

La jurisprudencia de la Corte Interamericana, seguida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, exige que toda regulación de derechos, y en especial de todo lo que atañe la libertad de expresión (lo cual es de absoluta aplicación en este caso), debe superar un test de varias partes²³: el primero es relativo a la competencia formal para la regulación –que, como vimos inmediatamente antes, no se cumple en el caso– y, luego, varios pasos sobre la materia de lo resuelto, es decir, sobre la corrección sustancial de la norma. Así, para que una norma regulatoria en general, y en especial relativa a la libertad de expresión y derechos conexos, pueda ser considerada legítima, es el Estado –en el caso, el IFT– quien debe demostrar, entre otras cosas:

²³ CIDH, "Informe Anual 2008", *Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, 135-136; CIDH, "Informe Anual 2009", *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, 397.



- (i) que existe una definición en forma precisa y clara a través de una ley válida en lo formal, es decir, por la competencia del órgano que la dictó, cumpliendo “con los requisitos de legalidad”²⁴, lo que ya vimos que no ocurre en este supuesto;
- (ii) que esa regulación es legítima en lo material, es decir, que cumple con todos los recaudos del principio de razonabilidad o de proporcionalidad exigidos para este tipo de medidas:
 - a. que su finalidad esté orientada al logro de los objetivos legítimos imperiosos autorizados por la Convención²⁵;
 - b. que sea *idónea* o *adecuada* para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr²⁶;
 - c. que sea *necesaria* en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan²⁷;

²⁴ Cfr. Corte IDH, *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C Num. 184, párr. 149, y, antes, *Kimel vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C Num. 177, párr. 58.

²⁵ Cfr. Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A Num. 5, párr. 63.

²⁶ Cfr. *ibídem*, párr. 39 y 70; *Caso Kimel...*, párr. 52; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párrs. 120-123, todas decisiones relativas a derechos de libre expresión. En *Kimel* la Corte IDH realiza con gran claridad ese análisis, de acuerdo a las circunstancias del caso, en los párrs. 59 a 94. Sobre el requisito de necesidad en una sociedad democrática, ver especialmente Corte IDH, *La colegiación obligatoria...*, párr. 46, con cita de la Corte Europea de Derechos Humanos en *The Sunday Times case, supra*, párr. no. 62, 38; ver también Eur. Court H. R., “*Barthold*”, Judgment of 25 March 1985, Series A Num. 90, párr. 59, 26. En *Castañeda Gutman...* la Corte Interamericana dijo, de manera concordante, en algo también expuesto en *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia del 23 de junio de 2005, Serie C Num. 127, párr. 184:

“La Convención se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo a los principios de la democracia representativa”.

²⁷ *Kimel vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas*, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C Num. 177, párrs. 185 y 186, citando *Caso Yatama*, párrs. 206 y ss. Aplicando el control de necesidad concretamente a la

Ce

d. que es *estrictamente proporcionada* a la finalidad perseguida²⁸; y

e. que respete el contenido esencial de los derechos humanos regulados.

Estos requisitos materiales pueden resumirse en que la norma “esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo a los principios de la democracia representativa”²⁹.

No debe pasarse por alto que estos principio de legalidad y de proporcionalidad son vertebrales de las sociedades libres, y que son un signo claro del triunfo del constitucionalismo y de las libertades, al punto tal que todo país o sociedad que olvida o violenta tales principios (en especial el de legalidad), engloban atrás una serie de otros agravios a derechos humanos, o trae aparejados, tras esta violación, una pendiente resbaladiza de conculcaciones a las libertades.

Ahora bien, el marco sancionatorio dispuesto por el IFT en el Anteproyecto crea una regulación de derechos fundamentales —en concreto, de la libertad de expresión— **para la cual el IFT no está facultado formalmente, y que, además, sustancialmente viola las exigencias de legalidad de la Constitución Política y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues no conduce a finalidades imperiosas previstas en la CADH, ni siquiera a las finalidades de tutela de audiencias que se proclaman, pues sólo conducen a lograr cierto control sobre ciertos medios, como ha sido explicado. Por ello podría generar impugnaciones judiciales exitosas, o,**

libertad de expresión, ver *Kimel vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C Num. 177, párrs. 54 y 58.

²⁸ Cfr. *ibid.*, párrs. 186 y 203. Esta estructura de análisis se encuentra en el caso *Castañeda Gutman*. En el caso *Kimel* la Corte IDH sigue un modelo de análisis más tradicional de acuerdo a los siguientes pasos: 1) constatación de la legalidad de la medida; 2) idoneidad y finalidad de la restricción; 3) necesidad de la medida utilizada; 4) estricta proporcionalidad de la medida. Cfr. Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C Num. 177, párrs. 58-94.

²⁹ Cfr. Corte IDH, *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C Num. 184, párr. 149, y, antes, *Kimel vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C Num. 177, párr. 58.

en su caso, hasta la responsabilidad internacional de México en sede interamericana o del sistema de derechos humanos de Naciones Unidas por la violación de tales derechos.

2. SE VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD MATERIAL TAMBIÉN POR LA FALTA DE PRECISIÓN Y VAGUEDAD DEL MARCO SANCIONATORIO

Cabe subrayar, analizando nuevamente la norma desde su punto de vista material, que no puede pasarse por alto la vaguedad con que se establecen las conductas infraccionales. En efecto, el IFT, aparentemente, podría sancionar con fundamento en el Anteproyecto conductas que han sido descritas con un **enorme nivel de vaguedad y de falta de precisión, lo que muestra que el principio de legalidad ha sido violado porque no se ha realizado una regulación estrictamente necesaria para la finalidad buscada, cuidando no lesionar en nada los derechos regulados.**

Así las cosas, como el Anteproyecto otorga al IFT facultades para sancionar una gran cantidad de conductas, se lesionan conjuntamente el principio de legalidad y las exigencias de la libertad de expresión, en tanto ambos exigen que las prohibiciones y regulaciones sobre ésta describan el supuesto fáctico sancionable con *suma precisión*, evitando que se prescriban los tipos infraccionales de modo vago e impreciso.

Como podrá observarse, **esto también agravia el tercer paso del control de razonabilidad**, puesto que una norma que no está redactada de modo claro y confeccionada exactamente para la finalidad que se pretende, sino que termina abarcando a muchos otros supuestos, viola el subprincipio de necesidad, ya que admite la alternativa de normas más adecuadas y con menor impacto sobre la libertad de expresión.

En esta línea, ¿a qué se refiere, por ejemplo, el IFT, cuando establece que podría imponer sanciones por un "incorrecto uso del lenguaje" (cfr. artículo 5, fracción V, acápite "i")? ¿O a que los contenidos no "reflejen una pluralidad ideológica" (cfr. artículo 5, fracción X)? Y peor aún, ¿qué implica que la información no sea veraz u oportuna (cfr.

artículo 5, fracción XI)? ¿En qué consiste una infracción por no difundir "información y programas que fortalezcan los valores culturales, éticos y sociales" (cfr. artículo 8, fracción II, acápite "b")? Claramente, todo esto dependerá de criterios subjetivos del IFT, lo que conlleva un grado de arbitrariedad inaceptable, algo que se agrava al considerar que estamos en el terreno de la libertad de expresión, clave de bóveda del control democrático del poder. Por ello, **al no estar definido con claridad lo que se manda y lo que se prohíbe, la regulación deviene ilegítima, y merece ser tachada de inconstitucional en sede interna, y de anticonvencional en sede internacional.**

Con respecto a las exigencias de la libertad de expresión, hay que tener en cuenta que la difusión de informaciones y opiniones sólo puede dar lugar a responsabilidades ulteriores, sean penales o sean de naturaleza civil, en circunstancias excepcionales y precisamente delimitadas. En efecto, una de las tres condiciones básicas que el artículo 13.2 de la CADH exige para que pueda establecerse legítimamente una responsabilidad ulterior consiste en que el supuesto de responsabilidad y la respuesta del Derecho estén **"expresamente fijadas por la ley", y, como ha dicho la Relatoría de la Libertad de Expresión de la CIDH, esa previsión legal debe ser en forma precisa y clara**³⁰. Téngase en cuenta que la amenaza de una sanción aplicable a una conducta imprecisamente delimitada, las expresiones se ven cohibidas y, por lo tanto, no son difundidas. La libertad de expresión, por eso, exige que las normas que sancionen en este campo sean precisas en el supuesto de hecho y su consecuencia jurídica.

En consecuencia, la garantía de legalidad consagrada en el artículo 9 y concordantes, CADH, exige que, para que la sanción sea legítimamente procedente, sus requerimientos deben ser: (i) expresos; (ii) precisos; (iii) taxativos; y (iv) previos. Sin embargo, el Anteproyecto no cumple con tales exigencias, por lo cual es anticonvencional y por tanto inválido.

En concordancia con lo dicho con relación a la CADH y a la doctrina de la Corte IDH, conviene señalar que estos requerimientos de previsión legal y de claridad legal en la previsión, tanto en general, como específicamente en cuanto a lo atinente a la libertad

³⁰ Cfr. CIDH, *Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, 2008, cit., p. 137.

de expresión, están también contenidos en el art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y desarrollados ampliamente por la Corte Europea de Derechos Humanos. Así, la Comisión Europea de Derechos Humanos y la Corte Europea exigen, aún en casos del *Common Law*, donde la regla derive del *case made law*³¹, que las disposiciones que obligan estén enunciadas con un grado de precisión suficiente como para ser consideradas accesibles, para permitir prever las respuestas del Estado y regular la conducta a la luz de las consecuencias conocidas de la acción³².

Esta necesidad de *precisión*, general en toda regulación de derechos fundamentales, y especialmente acusada cuando se regula la libertad de expresión, ha sido también receptada por la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos como una exigencia directa de la libertad de expresión, donde es doctrina absolutamente consolidada³³.

En concreto, afirma Chemerinsky, "existe 'vaguedad' (*vagueness*) ilegítima en una determinada prohibición de expresiones no protegidas cuando 'una persona razonable no puede determinar qué expresión está prohibida y cuál está permitida'"³⁴. De esta manera, una norma que no concreta lo que manda y prohíbe, es ilegítima, y es por tanto inconstitucional en sede interna.

El fundamento que se ha dado a la doctrina de la prohibición de la "vaguedad" en las regulaciones de la libertad de expresión es doble. La primera de estas razones es, como

³¹ Cfr. ECHR, *The Observer and Guardian v. United Kingdom*, (1991) Series A nº 216, (1992) 14 E.H.R.R. 153, párr. 52-54.

³² Cfr. Application Nº 13585/88 *Observer Ltd. and Guardian Newspapers v. United Kingdom*, Report of the European Commission of Human Rights, July 12, 1990, Series A nº 216, párr.párr. 62-66; ECHR, *The Observer and The Guardian v. United Kingdom*, cit., párr.párr. 52-54.

³³ Cfr., entre otras decisiones, *Jordan v. DeGeorge*, 341 U.S. 223 (1951); *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415 (1963); *Baggett v. Bullitt*, 377 U.S. 360 (1964); *Grayned v. Rockford*, 408 U.S. 104 (1972); *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974); y *Houston v. Hill*, 482 U.S. 451 (1987). Cfr., asimismo, AMSTERDAM, "The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court", 109 *U. Pa. L. Rev.* 67 (1960); John Calvies JEFFRIES, "Legality, Vagueness and the Construction of Statutes", 71 *Va. L. Rev.* 189 (1985); y John F. DOBBYN, *Injunctions in a Nutshell*, 7th ed., West Publishing Co., St. Paul (Minn.), 1992, 95.

³⁴ Erwin CHEMERINSKY, *Constitutional Law. Principles and Policies*, Third ed., Aspen Publishers, New York, 2006, 941.

se dijo antes, la exigencia de legalidad que debe regir toda prohibición estatal. En ese sentido, la prohibición de la “vaguedad” se ordena a dar una “advertencia clara” (*clear notice*) de que la conducta está prohibida, pues sería injusto castigar a quien no pudo razonablemente conocer que la prohibición se aplicaba a la conducta que iba a realizar³⁵. Por eso, toda regulación de derechos fundamentales, y en especial de la libertad de expresión debe estar estrictamente confeccionada y precisada (*strictly tailored*).

Asimismo, como afirmó la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Kolender v. Lawson* (1983)³⁶, el principio de legalidad se ordena también a establecer las “pautas mínimas que deben gobernar la aplicación de la ley”, pues de lo contrario “allí donde la legislatura falla en proveer esas pautas mínimas, una ley penal podría permitir una limpieza sin estándares (*standardless sweep*), que habilitaría a policías, fiscales y jurados a perseguir sus preferencias personales”³⁷.

La tercera de las razones se vincula directamente con la libertad de expresión: una prohibición que peque de “vaguedad” inhibiría la realización de expresiones legítimas. En efecto, afirmó la Corte Suprema de los Estados Unidos en *NAACP v. Button* (1963)³⁸ que la libertad de expresión es “delicada y vulnerable, así como supremamente preciosa para nuestra sociedad [...], por lo que la amenaza de sanciones pueden refrenar su ejercicio al menos de modo tan fuerte como la real aplicación de esas sanciones”³⁹. Por lo tanto, concluyó que “dado que la libertad de la Primera Enmienda necesita de espacio para respirar y sobrevivir, el gobierno sólo puede regularla con estrecha especificidad (*narrow specificity*)”⁴⁰.

³⁵ Cfr. *ibid.*, 942.

³⁶ 461 U.S. 352 (1983).

³⁷ *Ibid.*, 358.

³⁸ 371 U.S. 415 (1963).

³⁹ *Ibid.*, 432-433.

⁴⁰ *Ibid.*, 432-433 (1963). El pasaje original en inglés es el siguiente: “Because First Amendment freedoms need breathing space to survive, government may regulate in the area only with”.

Por tanto, toda prohibición normativa de una expresión debe, de modo análogo a lo que ocurre en virtud del principio de legalidad penal, **evitar bajo sanción de invalidez la incertidumbre, la vaguedad —vagueness,— y la “sobre-comprensión” —overbreadth—, fuentes de graves inseguridades jurídicas en este terreno**⁴¹. El Anteproyecto, claramente, no supera estas exigencias.

3.LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD MATERIAL GENERA UN EFECTO DE ENFRIAMIENTO (*CHILLING EFFECT*) INACEPTABLE BAJO LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS Y COMPARADOS SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Concomitantemente con lo dicho, unas normas como las que analizamos, violatorias del principio de legalidad desde el punto de vista material, devienen ilegítimas en sede interna o internacional porque, desde el punto de vista de quien se expresa, ya que le producen un fuerte efecto de enfriamiento o silenciamiento (*chilling effect*) o autocensura.

Es de vital importancia señalar la importancia de evitar la creación de marcos jurídicos que permitan al Estado adoptar decisiones arbitrarias o desproporcionadas que tengan un efecto general de silenciamiento⁴². En efecto, es generalmente admitido que las sanciones y responsabilidades posteriores a la publicación —con la incertidumbre de ser o no procesado y de una sentencia impredecible—, y en especial si la norma no es clara y termina abarcando más de lo que debería incluir o la aplicación de la misma es excesiva, pueden impactar en la difusión de información más allá del efecto que en concreto tengan contra quien se apliquen por una infracción determinada, capacidad disuasoria que genera un “*chilling effect*” sobre la futura expresión legítima de terceros⁴³.

⁴¹ Ver, en este sentido, *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539, 568 (1976); *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 96 S.Ct. 251, 254-55 (1975), Blackmun, J., as Circuit Justice.

⁴² Cfr. Fernando M. TOLLER, *Libertad de prensa y tutela judicial*, La Ley, Buenos Aires, 581-585, y en esp. nota 434.

⁴³ Ver *ibid.*, y, en sentido similar, HARRIS, David J., Michael O'BOYLE y Chris WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, London — Dublin — Edinburgh, 1995, 382 y 387; EMERSON, Thomas I., “The Doctrine of Prior Restraint”, *Law & Contemp. Probs.* 20 (1955) 648, 648; WATKINS, John, *The Mass Media and the Law*, Prentice Hall, Englewood Cliffs (N. J.), 1990, 21; BARENDT, Eric, “Prior

Como dijo el clásico Zechariah Chafee: "El temor de una penalización subsiguiente puede a menudo ahogar a aquellos que de otro modo hablarían"⁴⁴.

En esta línea, la Corte Europea de Derechos Humanos ha hecho uso de esta idea del efecto de enfriamiento, al afirmar que la aplicación de una sanción puede desanimar al resto de los periodistas a contribuir a la libre discusión de los problemas que afectan a la comunidad⁴⁵.

También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en reiteradas ocasiones ha advertido expresamente contra el efecto intimidatorio y de enfriamiento y sus efectos deletéreos sobre la legítima libertad de expresión:

"[Debe manifestarse] la importancia de evitar la creación de marcos jurídicos que permitan al Estado adoptar decisiones arbitrarias o desproporcionadas que tengan un efecto general de silenciamiento ("*chilling effect*")"⁴⁶.

"Las sanciones por el uso abusivo de la libertad de expresión, siempre deben resultar proporcionales"⁴⁷.

"Las leyes de desacato restringen indirectamente la libertad de expresión porque traen consigo la amenaza de cárcel o multas para quienes insultan u ofenden a un funcionario público (...). El temor a sanciones penales necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre

Restraints on Speech", *Pub. Law* (1985) 253, 254-255. Un profundo análisis de este efecto puede verse en SCHAUER, Frederick, "Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the 'Chilling Effect'", *B.U. L. Rev.* 58 (1978) 685-732; y en BARENDT, Eric, Laurence LUSTGARTEN, Kenneth NORRIE y Hugh STEPHENSON, *Libel and the Media. The Chilling Effect*, Clarendon Press, Oxford, 1997.

⁴⁴ CHAFEE (Jr.), Zechariah, *Free Speech in the United States*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), (1941) reimpr. 1954, p. 521.

⁴⁵ Cfr. E.C.H.R., *Lingens v. Austria*, (1986) *Series A* n° 103, par 44.

⁴⁶ CIDH, *Informe Anual, 2008*, p. 191. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/indice2008.htm>, última visita el día 20 de octubre de 2009.

⁴⁷ CIDH, *Informe Anual, 2008*. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/indice2008.htm>, última visita el día 20 de octubre de 2009.

problemas de interés público, en especial cuando la legislación no distingue entre los hechos y los juicios de valor”⁴⁸.

“Si se consideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibitor que tienen para la libertad de expresión, la penalización sólo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica”⁴⁹.

En breves palabras: este tipo de proceder siembra una inseguridad tal —inseguridad sobre qué expresiones serán castigadas y qué expresiones serán permitidas— que sólo hay una certeza: **numerosas expresiones legítimas serán inhibidas y ahogadas por un conjunto normativo complejo** que, en el fondo, podría estar manejado por personas preocupadas por acallar las voces civiles que ejerzan su libertad de expresión en una forma inaceptable para gobernantes de turno.

Por ello, **dada la vaguedad de los Lineamientos a la hora de establecer un marco sancionatorio, es que el IFT debe revisarlos en la medida en que esté interesado con respetar los estándares constitucionales, comparados e interamericanos sobre libertad de expresión.**

d. POR LA ILEGITIMIDAD DEL MARCO SANCIONATORIO, EL IFT PODRÍA JUZGAR Y SANCIONAR CONTENIDOS EXPRESIVOS, SIN LIMITARSE A INFRACCIONES “FORMALES”

Como consecuencia de lo anterior, **el marco normativo de los Lineamientos faculta al IFT a juzgar y sancionar contenidos expresivos, en lugar de limitarse a infracciones de tipo “formales”**. La imprecisión en la descripción de las conductas, cuando no la directa tipificación de actividades de expresión, señaladas anteriormente, lleva a que exista la posibilidad de que el IFT aplique sanciones por conductas expresivas.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*



Es muy distinto reconocer competencia al IFT para verificar la existencia de ciertas infracciones que podrían catalogarse como “formales” –como podría ser no advertir la clasificación de un programa– que reconocerle competencia para analizar, en concreto, los contenidos expresivos y el supuesto valor o disvalor del mismo.

En efecto, adviértase, por ejemplo, que en virtud de los reenvíos del artículo 68, el IFT podría imponer sanciones por un “incorrecto uso del lenguaje” (cfr. artículo 5, fracción V, acápite “i”); o porque los contenidos no “reflejen una pluralidad ideológica” (cfr. artículo 5, fracción X); o porque la información transmitida no sea “veraz u oportuna” (cfr. artículo 5, fracción XI); o porque no se concedió el ejercicio del derecho a réplica (cfr. artículo 5, fracción XX); o porque no se difundió “información y programas que fortalezcan los valores culturales, éticos y sociales” (cfr. artículo 8, fracción II, acápite “b”); entre muchas otras cosas difusas, y potencialmente peligrosas para la expresión libre.

En un sistema constitucional como el mexicano, adscripto a la división de poderes y a la erradicación de la arbitrariedad estatal, conforme lo prescripto en diversos tratados internacionales: **¿es el IFT quien debe juzgar si un contenido es inoportuno? ¿Es el IFT quien puede sancionar a un medio que, por alguna circunstancia, entiende que no corresponde otorgar réplica? ¿Es el IFT quien debe juzgar si la información transmitida fortalece valores culturales, éticos y sociales? ¿Cuál es el criterio?** Para aplicar sanciones a este respecto, el IFT juzgará, bajo sus parámetros, los contenidos de las expresiones y las circunstancias en las que se emitan, el valor o disvalor de tales expresiones, decidiendo si el supuesto de hecho totalmente abierto e indeterminado, se verifica o no, lo que claramente excede las competencias de un órgano administrativo. **Claramente esto es completamente inadmisibles en una democracia moderna y respetuosa de los derechos fundamentales.**



e. **CONCLUSIONES SOBRE LA ILEGITIMIDAD DEL MARCO SANCIONATORIO DE LOS LINEAMIENTOS**

De lo expuesto en este apartado, se puede concluir lo siguiente:

- 1) El marco sancionatorio previsto en el Anteproyecto excede ampliamente el previsto por la LFTR en lo específicamente vinculado a las sanciones por violaciones a los derechos de las audiencias, lo que constituye un exceso en el ejercicio de facultades reglamentarias, presumiéndose la insuficiencia del legislador.
- 2) El Anteproyecto, además, viola el principio de legalidad desde el punto de vista formal, toda vez que la regulación de derechos fundamentales, y particularmente el establecimiento de un marco sancionatorio, requiere de una ley formal del Congreso.
- 3) El Anteproyecto viola el principio de legalidad desde el punto de vista material, siendo una normativa irrazonable por no conducir a fines estatales legítimos e imperiosos, siendo además innecesaria, desproporcionada y violatoria del ámbito legítimo de la libertad de expresión a la luz de los estándares interamericanos sobre esta materia.
- 4) El Anteproyecto viola el principio de legalidad desde el punto de vista material ya que las conductas merecedoras de reproche no cuentan con suficiente precisión y definición, lo que se contrapone a los estándares establecidos en el Sistema Interamericano.
- 5) La vaguedad en la descripción de las conductas repercute, a su vez, negativamente en la libertad de expresión, en la medida en que produce un efecto de autocensura (*chilling effect*).

- 6) Consecuencia de lo anterior es que el IFT podría juzgar situaciones que competen claramente al Poder Judicial (y que, además, aún en cabeza del Poder Judicial serían sanciones ilegítimas e inválidas), en la medida en que el referido Instituto podría determinar el valor o disvalor de ciertas expresiones, su oportunidad, determinando derechos u obligaciones en base a criterios sumamente laxos, lo que excede el ámbito generalmente aceptado para el establecimiento de sanciones por parte de órganos administrativos, es decir, el establecimiento de infracciones de tipo "formal".

V. LOS LINEAMIENTOS VIOLAN EL DERECHO A LA IGUALDAD Y POR ESTO NO ALCANZAN LOS FINES QUE DEBERÍA PERSEGUIR, PROVOCANDO FALTA DE ADECUACIÓN DEL ANTEPROYECTO

Si bien no puede soslayarse el enorme error en que incurrió el IFT al incluir a los *suscriptores* del Servicio de Televisión y Audio Restringidos ("**STAR**") como parte de las *audiencias* (definido este termino en el art. 2, fracción IV), puesto que existen notables diferencias entre la transmisión de contenidos audiovisuales por radiodifusión y el STAR –lo que amerita que el IFT revea su posición al respecto–, resulta particularmente grave que haya decidido incluirlos sin ningún tipo de cuidado en no avasallar el derecho a la igualdad, pues ello ha conducido también a la total ineficacia de la reglamentación establecida para lograr los fines propuestos.

En efecto, como se verá, la violación al derecho a la igualdad se produce en la medida en que el Anteproyecto incluye a los proveedores del STAR y no tiene en cuenta a los servicios *Over-The-Top* ("**OTT**"), por lo que (a) se coloca a los concesionarios de servicios de radiodifusión y televisión restringida en una situación injustamente desigual respecto a los prestadores de servicios OTT, al establecer obligaciones y requisitos sólo a los primeros, cuando una enorme cantidad de personas –incluyendo a menores– consume contenidos audiovisuales a través de los servicios OTT; a la vez que (b) las

audiencias que acceden a contenidos audiovisuales mediante servicios OTT no encuentran ningún tipo de tutela ni protección.

Esta decisión del IFT de omitir a los OTT genera que el Anteproyecto tenga un muy bajo impacto en relación al esperado, verificándose la falta de *adecuación* para conseguir los fines propuestos, violando además pautas elementales sobre la regulación de nuevas tecnologías.

a. **LA TUTELA DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO Y EN EL DERECHO MEXICANO**

De forma previa a profundizar el análisis respecto de cómo los Lineamientos violan el derecho a la igualdad, conviene señalar que este derecho goza de amplísima protección a nivel tanto constitucional como convencional.

El derecho de igualdad ante la ley está consagrado en múltiples normas de la Constitución Política. Entre éstas, cabe destacar su artículo 1:

“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.

Asimismo, su artículo 13 dispone que:

“Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán

extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda”.

En similar sentido, el derecho a la igualdad está también protegido por la Convención Americana, y sus implicancias han sido profundamente desarrolladas por la jurisprudencia de la Comisión y la Corte IDH.

El artículo 1.1 de la Convención establece:

“1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Asimismo, el artículo 24 de la Convención establece:

“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

En la misma línea que la Convención, el art. II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre dispone:

“Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

Como puede verse, el derecho a la igualdad goza de amplia protección tanto constitucional como convencional. Más aún, los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a lo largo de su jurisprudencia, han desarrollado y profundizado su

doctrina sobre las exigencias y estándares que el derecho a la igualdad ante la ley implica⁵⁰.

Sintetizando estas exigencias, que serán descritas a continuación, la Comisión ha sostenido que, para evaluar la legitimidad de una distinción establecida por la ley:

“Se requiere de un examen detallado de los siguientes factores: 1) contenido y alcance de la norma que discrimina entre categorías de personas; 2) consecuencias que tendrá ese trato discriminatorio en las personas desfavorecidas por la política o prácticas estatales; 3) posibles justificaciones de ese tratamiento diferenciado, especialmente su relación con un interés legítimo del Estado; 4) relación racional entre el interés legítimo y la práctica o políticas discriminatorias; y 5) existencia o inexistencia de medios o métodos menos perjudiciales para las personas que permitan obtener los mismos fines legítimos”⁵¹.

Con anterioridad, la Comisión había resumido esas mismas ideas de una forma similar:

“De acuerdo con lo dicho, una distinción implica discriminación cuando:

- a) hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares;
- b) la diferencia no tiene una justificación objetiva y razonable;

⁵⁰ Se sigue aquí el desarrollo de esta jurisprudencia y su comparación con los estándares norteamericanos que realizan GIARDELLI, Lucas, TOLLER, Fernando, y CIANCIARDO, Juan, “Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y del sistema interamericano sobre el derecho a la igualdad”, en Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA (Coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional – Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, IIJ de la UNAM – Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional – Marcial Pons, México, 2008, tomo IV, pp. 301-343; puede vérselo e <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2558/17.pdf>.

⁵¹ Comisión I.D.H., *Observaciones escritas y orales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Opinión Consultiva solicitada por los Estados Unidos Mexicanos*, transcritas en 4 pp. en Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, párr. 47.

c) no hay razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue”⁵².

b. LA IRRAZONABLE INCLUSIÓN DEL STAR Y EXCLUSIÓN DE LOS OTTs

1.LA REALIDAD ACTUAL QUE EL ANTEPROYECTO IGNORA COMPLETAMENTE, Y CONDUCE A VIOLAR EL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA FALTA DE ADECUACIÓN DE LA NORMATIVA

Durante los últimos años los avances tecnológicos alcanzados gracias a las posibilidades que trae consigo Internet –y que seguramente todavía no terminan de explorarse y desarrollarse– han modificando sustancialmente las costumbres de la sociedad. La forma en que sus integrantes se comunican, se entretienen y se mantienen informados ya no es la misma que la de épocas pasadas.

Lo dicho ha sido expresamente reconocido por varios organismos internacionales cuando, en una declaración conjunta, han destacado

“el carácter transformador de Internet, como medio que permite que miles de millones de personas en todo el mundo expresen sus opiniones, a la vez que incrementa significativamente su capacidad de acceder a información y fomenta el pluralismo y la divulgación de información”⁵³.

⁵² Comisión I.D.H., *Informe N° 73/00, Caso 11.784, Caso Marcelino Hanríquez y otros c/ Argentina*, 3 de octubre de 2000, párr. 37.

⁵³ Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), 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); 2011.



Esto fue claramente expuesto 12 años atrás –durante los que han habido desarrollos inimaginados– por la Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos cuando sostuvo que:

"El mercado actual de medios está caracterizado por la abundancia. El público está mejor informado, mejor conectado, y mejor entretenido que lo que estaba hace una década. Los modos tradicionales de medios (por ejemplo periódicos, televisión, radio) han evolucionado enormemente desde que la Comisión adoptó por primera vez reglas sobre la propiedad de medios en 1941, y estos nuevos modos de medios han transformado el panorama, proveyendo mayor elección, mayor flexibilidad, y mayor control que en cualquier otro momento en la historia. Hoy podemos acceder a noticias, información y entretenimiento de muchas y mejoradas maneras no tradicionales, vía: televisión por cable y satélite, transmisión digital, dispositivos portátiles y personales de grabación, dispositivos portátiles inalámbricos, y posiblemente el mayor desarrollo comunicacional, el Internet. En resumen, las cantidades de salidas para noticias locales y nacionales, información y entretenimiento es enorme y sigue creciendo"⁵⁴.

Es por ello que las regulaciones –entre las que incluimos al Anteproyecto– que se emitan sobre los medios de comunicación no pueden permanecer ajenas a esta nueva

⁵⁴ Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos, *Report and Order and Notice of Proposed Rulemaking*, 2003, para 86. Traducción propia del texto original en inglés:

"Today's media marketplace is characterized by abundance. The public is better informed, better connected, and better entertained than they were just a decade ago. Traditional modes of media (e.g., newspapers, television, radio) have greatly evolved since the Commission first adopted media ownership rules in 1941, and new modes of media have transformed the landscape, providing more choice, greater flexibility, and more control than at any other time in history. Today we access news, information, and entertainment in many enhanced and non-traditional ways via: cable and digital television, digital transmission, personal and portable recording and playback devices, handheld wireless devices, and perhaps the most extraordinary communications development, the Internet. In short, the number of outlets for national and local news, information, and entertainment is large and growing".

realidad, pues corren el riesgo no sólo de convertirse en obsoletas –riesgo tan propio del campo tecnológico– sino de “nacer” obsoletas e ineficientes por regular situaciones pasadas que, día a día, ceden ante las nuevas costumbres que adopta la sociedad.

2. EL CONTENIDO AUDIOVISUAL *OVER-THE-TOP*

Uno de los nuevos hábitos que ha adquirido gran parte de la sociedad es, por ejemplo, acceder a un determinado contenido audiovisual a la hora en que el usuario desee, sin horario fijo, con la posibilidad de pausarlo y continuar en otro momento, se encuentre donde se encuentre.

Esto es lo que han producido los servicios OTT en el ámbito de los contenidos de audio y video asociado, que surgieron a inicio de ésta década y han registrado crecimientos exponenciales en un brevísimo lapso de tiempo.

En México, particularmente, los OTT en menos de 5 años han alcanzado un número de suscriptores equivalente a aproximadamente el 19.7% de los suscriptores del Servicio de Televisión y Audio Restringido. Las redes convergentes de telecomunicación, gracias a las cuales se prestan indistintamente diferentes servicios de telecomunicaciones (como la telefonía, el Internet y el audio y video asociados), han sido un elemento clave para la explosión de esta tecnología y la consecuente modificación en las formas en que la sociedad se comporta.

Es que la experiencia del usuario de un OTT, si bien puede ser distinta a la de los servicios tradicionales de televisión, es en la mayoría de los casos benéfica, lo que explica no sólo la incesante expansión, sino que hace esperable que el uso de esta tecnología aumente. Si a esto sumamos que los OTT no requieren, por sus características de funcionamiento, concesiones estatales para operar, la proliferación será aún mayor.

Un crecimiento como el que vienen registrando los OTT se conoce, en los términos de la derecho antimonopólico, como “*maverick*” o competidor disruptivo. Las autoridades

gubernamentales de Estados Unidos –con vasta en la materia–los definen del siguiente modo:

“Las Agencias considerarán si una concentración disminuirá la competencia por eliminar a un maverick, i.e. una empresa que juega un papel disruptivo en el mercado para beneficio de los consumidores. Por ejemplo, si una de las empresas en consideración tiene una posición fuerte en el mercado y la otra empresa amenaza con romper las condiciones de mercado a través de nueva tecnología o un plan de negocios diferente, su concentración puede involucrar la pérdida de competencia presente o competencia potencial” (*énfasis agregado*)⁵⁵.

La prensa también se ha hecho eco de este avance, ponderando particularmente la situación mexicana. Como ha destacado Hernán Amaya en una publicación:

“Colombia y México fueron los países que más aumentaron su base de suscriptores de servicios OTT durante el último año en Latinoamérica (comparando los siete mercados con más usuarios) al finalizar el primer trimestre de 2014, de acuerdo a las últimas investigaciones de Dataxis.

⁵⁵ U.S. Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice, *Horizontal Merger Guidelines*, 19 de agosto de 2010 (“Guía de Concentraciones Horizontales”), pp. 3 a 4. Traducción del inglés:

“The Agencies consider whether a merger may lessen competition by eliminating a “maverick” firm, i.e., a firm that plays a disruptive role in the market to the benefit of customers. For example, if one of the merging firms has a strong incumbency position and the other merging firm threatens to disrupt market conditions with a new technology or business model, their merger can involve the loss of actual or potential competition. Likewise, one of the merging firms may have the incentive to take the lead in price cutting or other competitive conduct or to resist increases in industry prices. A firm that may discipline prices based on its ability and incentive to expand production rapidly using available capacity also can be a maverick, as can a firm that has often resisted otherwise prevailing industry norms to cooperate on price setting or other terms of competition”.

Colombia registró un crecimiento de un 135,7% anual al sumar 139 mil clientes OTT en los últimos 12 meses y llegar a un total de 242 mil. En ese país se destacan Netflix, ClaroVideo y Play de Caracol. Por su parte, **México incrementó su base con 1,11 millones de usuarios desde el primer trimestre del año pasado, un aumento del 121,2% anual. Los mexicanos son los que más suscriptores OTT poseen en toda Latinoamérica con 2,04 millones. Allí, lideran Netflix y ClaroVideo.**

En relación al crecimiento anual, detrás de estos dos mercados aparece Chile con un aumento del 75,8%, que le sirvió para alcanzar los 145 mil suscriptores OTT. Luego, están Argentina con 51,8% (un total de 314 mil) y Brasil con 51,1% (llegó a los 1,17 millones).

Con el mejoramiento gradual de las velocidades de conexión de banda ancha promedio, la disponibilidad de contenido cada vez más atractivo (tanto en cantidad como en calidad de reproducción) y el éxito de venta de dispositivos conectados, los servicios de suscripción de video OTT están atravesando por un período de franco despegue en América latina”, destacó el Analista Senior de Dataxis Juan Pablo Conti⁵⁶.

Esto indica claramente la importancia local, regional y mundial de este fenómeno. Adviértase, por ejemplo, el siguiente cuadro, en el que se detalla el crecimiento de *Netflix* (OTT líder, con 64 millones de suscripciones en todo el mundo) en el último tiempo:

Usuarios de *Netflix* en América Latina por país⁵⁷

	4Q 2012	1Q 2013	2Q 2013	3Q 2013	4Q 2013	1Q 2014	2Q 2014	3Q 2014	4Q 2014	Crecimi

⁵⁶ Nota periodística disponible el 11/08/2015 en <http://nextvlatam.com/colombia-y-mexico-son-los-paises-latinoamericanos-que-mas-crecieron-en-usuarios-ott-en-el-ultimo-ano/?lang=es>

⁵⁷ Fuente: Dataxis.

										ento 4Q 2013 / 4Q 2014
México	675,700	824,560	899,160	1,032,000	1,209,800	1,421,900	1,582,600	1,769,050	1,994,100	65%
Brasil	459,650	557,920	605,800	666,500	783,120	905,650	1,013,500	1,117,480	1,268,960	62%
Colombia	59,450	65,120	68,600	68,800	82,830	120,950	124,600	132,860	152,440	84%
Argentina	60,900	84,480	100,960	129,000	155,600	182,900	205,000	223,860	251,320	62%
Chile	60,900	76,560	80,010	86,000	105,400	120,950	137,760	147,420	160,700	52%
Perú	40,600	51,000	55,250	60,200	50,200	56,050	63,960	61,880	65,920	31%
Venezuela	33,500	24,650	19,050	15,050	12,500	11,800	13,120	10,920	10,300	-18%

En similar sentido, son los propios operadores de OTT quienes se perciben como actores centrales de la comunicación audiovisual, y su objetivo ha sido establecerse como un perfecto competidor y sustituto de los medios de comunicación tradicionales.

En efecto, en el reporte anual 2012 de *Netflix* a sus accionistas, cuando se refiere a sus principales competidores, menciona a los distribuidores de video por cable, DTH, proveedores de telefonía fija, además de los demás proveedores de películas y contenido por Internet OTT, entre otros.

Esta explosión disruptiva ha ocasionado que en varios países se haya registrado un desplazamiento del Servicio de Televisión y Audio Restringido (cable, fibra óptica, DTH, entre otras tecnologías) por los OTT, al grado tal que, en los últimos años, el número de los suscriptores de las cableras en Estados Unidos se ha reducido a raíz de la migración de sus clientes hacia el OTT.

Este fenómeno ha tenido eco tanto en el continente americano como en el europeo. Tanto en Estados Unidos como en Gran Bretaña y Francia, la tendencia clara de las autoridades reguladoras es considerar que ambos servicios son sustitutos –desde el

punto de vista de las regulaciones *antitrust* en materia de medios de comunicación– y que esta creciente sustitución es una de las manifestaciones más evidentes de la convergencia digital.

Así, en Estados Unidos se ha admitido ampliamente que los proveedores del servicio OTT son competidores reales de los proveedores de video a través de cable o fibra óptica y DTH, reconociendo que el mercado es el de distribución de programación de video profesional y completo⁵⁸. El Departamento de Justicia de Estados Unidos también se ha manifestado en similar sentido⁵⁹.

⁵⁸ U.S. Department of Justice, Competitive Impact Statement: United States of America v. Comcast Corporation, et al. p. 2. [www.justice.gov.ar/cases/266158.htm](http://www.justice.gov/ar/cases/266158.htm):

*"The United States filed a civil antitrust Complaint on January 18, 2011, seeking to enjoin the proposed transaction because it's likely effect would be to lessen competition substantially in **the market for timely distribution of professional, full-length video programming to residential customers** ("video programming distribution") in major portions of the United States in violation of Section 7 of the Clayton Act, 15 U.S.C. § 18. The transaction would allow Comcast to disadvantage its traditional competitors (direct broadcast satellite ("DBS") and telephone companies ("telcos") that provide video services), **as well as competing emerging online video distributors ("OVDs")**" (énfasis añadido).*

⁵⁹ FIONA SCOTT-MORTON, Deputy Assistant, Attorney General, Antitrust Division, Department of Justice, *Antitrust Enforcement in High-Technology Industries: Protecting Innovation and Competition*. Remarks as Prepared for the 2012 NYSBA Annual Antitrust Forum Antitrust in High-Tech Markets – Intervention or Restraint New York City, New York, December 07, 2012. <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/290876.pdf>:

"NBCU is a co-founder and 32 percent owner of Hulu, one of the most successful online video distributors (OVDs) that competes with traditional video distributors such as Comcast.

[...]

Comcast's competitors, both in traditional video distribution and online video distribution, require access to NBCU's popular programming in order to both compete effectively and develop successful new models of video distribution.

As a result, the Comcast-controlled joint venture would be in a position to foreclose or frustrate the development of competing video distributors, especially the nascent OVDs. These tactics likely would have rendered other traditional distributors less effective competitors and delayed, or impeded substantially, the development of OVDs as alternatives to traditional distributors."

Por su parte, la Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos señaló que:

"los OVDs continúan expandiendo la cantidad de contenido de video disponible para los consumidores mediante programación original y a través de nuevos convenios de licenciamiento celebrado con creadores de contenido tradicionales (...)

SNL Kagan estima que desde 2013, más de 53 millones de hogares en Estados Unidos sintonizan programación en línea con al menos un dispositivo conectado al internet, incluyendo computadoras, consolas de videojuegos, reproductores de media en streaming, televisores y reproductores de Blu-ray, con un promedio de 4.8 dispositivos semejantes por hogar con espectadores (...)

12.8% de los flujos de video fueron captados por smartphones, comparado con 7.2% durante el cuarto trimestre de 2012; 9.2% de los flujos de video fueron captados por tabletas, comparado con 7.3% durante el cuarto trimestre de 2013 (...)

Sandvine declaró que Netflix representó el 34.2% del tráfico durante el periodo pico de bajada en marzo de 2014, comparado con el 31.6% que reportó durante la segunda mitad de 2013"⁶⁰.

Similar situación se ha dado en el Reino Unido. Cuando la Comisión de Competencia británica realizó una investigación del mercado de películas en el mercado de televisión restringida, sostuvo que:

"[u]no de los desarrollos que está cambiando cómo se ven las películas y las opciones disponibles para los consumidores cuando escogen un proveedor de

⁶⁰ Federal Communications Commission; *Annual Assessment of the Status of Competition in the Market for the Delivery of Video Programming*; Released: March 31, 2015; Adopted: March 31, 2015; FCC 15-41, pg. 5

televisión de paga es que los consumidores ahora pueden acceder a contenido de películas Premium a través del Internet, tal como OTT (...)

(...) [d]ichos servicios de OTT pueden llegar a todos los hogares que cuenten con una conexión de Internet de banda ancha (ya sea directo a la televisión o a un dispositivo, como puede ser un STB o una consola de videojuego). Los productos OTT también pueden ser vistos en un amplio rango de dispositivos móviles conectados al Internet de banda ancha, incluyendo tabletas y teléfonos inteligentes (...)

(...) [E]n conclusión, encontramos que hay suficiente rivalidad entre los Servicios de OTT de LOVEFiLM y Netflix y televisión de paga tradicional para incluir ambos en el mercado minorista de televisión de paga”⁶¹.

Queda claro, con lo expuesto, que la sociedad ha percibido a estos servicios como sustitutos de los medios tradicionales, y alternan entre ellos para tener acceso a contenidos audiovisuales constantemente, sin costos significativos asociados, modificando sus costumbres. **Asumiendo –por hipótesis– que el IFT no revea su decisión de clasificar a los *suscriptores* del STAR como *audiencias*, no se advierte por qué, entonces, las audiencias de los OTT tendrían que tener tratos diferenciales.**

⁶¹ Competition Commission, Movies on Pay TV Market Investigation, 2 de agosto de 2012, p. 2-18. Disponible en www.competition-commission.org.uk. Traducción propia del siguiente texto:

"One of the developments that is changing how movies are watched and the choices available to consumers when choosing pay-TV providers is that consumers can now Access Premium movie content over the open Internet, i.e. OTT (...)

(...) Such OTT services can reach all homes with a broadband Internet connection, [...], and can be viewed on computers or on TVs with an Internet connection (either direct to the TV or through a device such as an STB or games console). OTT products can also be viewed on a wide range of mobile broadband Internet-connected devices, including tables and smartphones (...)

(...) Overall, we found that there was sufficient rivalry between the OTT services of LOVEFiLM and Netflix and traditional pay TV to include them in the pay-TV retail market".

C. ANÁLISIS DE LAS VIOLACIONES DEL ANTEPROYECTO A LOS ESTÁNDARES BÁSICOS EN RELACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD

1. LAS DISCRIMINACIONES IMPUESTAS POR LOS LINEAMIENTOS SE PRESUMEN ANTICONVENCIONALES

Las discriminaciones establecidas por los Lineamientos, y que se han detallado anteriormente, deben presumirse anticonvencionales, pues repercuten en el ejercicio y goce de nuestra mandante de sus derechos fundamentales, en concreto, su libertad de expresión.

La presunción de anticonvencionalidad tiene por efecto invertir la carga de la prueba: no es a esta parte a quien incumbe probar que la distinción es ilegítima, sino que es el Estado quien debe acreditar que la misma es legítima. Sin embargo, por lo que se dirá más adelante, ello es imposible.

Y es que, conforme se ha destacado en otras partes de este escrito, muchas de las medidas impuestas por el Anteproyecto se traducen en una *verdadera violación de la libertad de expresión*. Esta regla ha sido receptada por el artículo 13 de la Convención Americana, transcripto anteriormente, al que remitimos en honor a la brevedad.

El principio aplicable al presente caso es, entonces, que: las medidas estatales no pueden aplicarse de forma diferenciada entre distintos medios de comunicación, favoreciendo a unos por sobre otros, y sólo serán válidas cuando satisfagan estrictas y excepcionales exigencias de razonabilidad.

En similar sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo en *United States v. O'Brien*⁶² que las regulaciones de carácter neutral sobre conductas relacionadas con la libertad de expresión únicamente son constitucionales si (i) "persiguen un interés gubernamental importante o sustancial" y si (ii) la "afectación incidental sobre las libertades de la Primera Enmienda [i. e., libertades de expresión, asociación y religión]

⁶² *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

no es mayor que la esencial para el logro de dicho interés⁶³. Como se ve, nuevamente esto ratifica que las regulaciones sobre los medios de comunicación deben aplicarse únicamente cuando no existen medidas alternativas menos restrictivas para lograr dicha finalidad.

Por lo tanto, las regulaciones diferenciadas que establecen los Lineamientos, en la medida en que discriminan entre distintos agentes de comunicación en razón de sus características individuales, deben ser juzgadas a través de los estándares estrictos de razonabilidad: en concreto, el Instituto debe demostrar que tal discriminación es necesaria para lograr las finalidades exigidas por la Constitución, y que sin ella éstas no podrían lograrse.

Para revertir la presunción de anticonvencionalidad, las discriminaciones impuestas por los Lineamientos deberían acreditar perseguir un interés público imperioso. Sin embargo, la realidad es la opuesta: buscan en verdad perjudicar a ciertos prestadores de servicios de transmisión de contenidos audiovisuales –entre los que se incluye mi mandante– y beneficiar económicamente a sus competidores, lo que no constituye ni puede constituir un interés público imperioso.

La necesidad de que la distinción legal persiga finalidades estatales imperiosas ha sido ratificada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia interamericana. En este sentido, se ha afirmado:

"En lo que respecta a la relevancia de la finalidad que debe perseguir la ley que realiza distingos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido reiteradamente que toda diferenciación efectuada por una ley debe tener necesariamente una 'justificación objetiva y razonable', pues de lo contrario viola el derecho humano a la igualdad y debe ser considerada discriminatoria⁶⁴. Al tomar esta postura la Corte ha seguido, con cita expresa,

⁶³ *Idem*, en 377.

⁶⁴ Cfr. Corte I.D.H., *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, párr. 56, y voto separado del juez Piza Escalante, párr. 12; *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, párrs. 89 y ss. y 105; y, más recientemente,

diversas decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, donde este tribunal exigió también dicha justificación⁶⁵. La misma idea puede encontrarse en el Comité de Derechos Humanos de la ONU⁶⁶.

La propia Corte Interamericana se ha referido a este estándar de la 'justificación objetiva y razonable' afirmando que la distinción, para ser aceptable, debe 'orientarse legítimamente', es decir, no conducir a 'situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas', de modo tal que habrá discriminación siempre que la diferencia de tratamiento que el Estado realiza frente al individuo parta de supuestos de hecho similares y no exprese de modo proporcionado una conexión fundamentada entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia y de la razón, es decir, '**no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos**'^{67»68}.

En tal sentido, la Corte Interamericana ha seguido el criterio postulado por la Corte Europea de Derechos Humanos, según la cual:

"Es importante, entonces, buscar los criterios que permitan determinar si una diferencia de trato, relacionada, por supuesto, con el ejercicio de uno de los

Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia del 23 de junio de 2005, Serie C N° 127, párrs. 185 y 218, entre otros precedentes.

⁶⁵. Cfr. Eur. Court H.R., *Case of Willis v. The United Kingdom*, Judgment of 11 June, 2002, Reports 2002-IV, para. 39; *Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands*, Judgment of 4th June, 2002, Reports 2002-IV, para. 46; *Case of Petrovic v. Austria*, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, para. 30; *Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium*, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 10.

⁶⁶. Ver O.N.U., Comité de Derechos Humanos, *Joseph Frank Adam c. República checa*, (586/1994), dictamen de 25 de julio de 1996, párr. 12.4.

⁶⁷. Cfr. Corte I.D.H., *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, párr. 57; *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párr. 47; y *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, párr. 91.

⁶⁸ GIARDELLI, Lucas, TOLLER, Fernando, y CIANCIARDO, Juan, op. cit., p. 330-331.

derechos y libertades establecidos, contraviene el artículo 14 [del Convenio Europeo]. Al respecto, la Corte, siguiendo los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos, ha sostenido que el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho establecido en la Convención no sólo debe buscar un fin legítimo: el artículo 14 se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo”⁶⁹.

En posteriores pronunciamientos, la Corte IDH elevó el estándar relativo a la finalidad. En efecto, en el caso *Yatama*, el referido tribunal dijo lo siguiente:

“La restricción de participar a través de un partido político impuso a los candidatos propuestos por YATAMA una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política, en contravención de las normas internas (supra párr. 205) que obligan al Estado a respetar las formas de organización de las comunidades de la Costa Atlántica, y afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos en las elecciones municipales de 2000. El Estado no ha justificado que dicha restricción atienda a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para **satisfacer un interés público imperativo**. Por el contrario, dicha restricción implica un impedimento para el ejercicio pleno del derecho a ser elegido de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas que integran YATAMA”⁷⁰.

⁶⁹ Eur. Court H.R., Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 10. La Corte Interamericana transcribe, aprobatoriamente, este párrafo en la Opinión Consultiva *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, párr. 90.

⁷⁰ Corte I.D.H., *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia del 23 de junio de 2005, Serie C N° 127, párr. 218.

También la Comisión Interamericana tiene dicho que:

“Los derechos consagrados en los tratados de derechos humanos son susceptibles de una reglamentación razonable y el ejercicio de algunos puede ser objeto de restricciones legítimas. El establecimiento de tales restricciones debe respetar los correspondientes límites formales y sustantivos, es decir, realizarse por medio de una ley y satisfacer un interés público imperativo. No se pueden imponer limitaciones por propósitos discriminatorios ni se pueden aplicar aquellas de manera discriminatoria”⁷¹.

Al analizar cuál es la finalidad perseguida por la norma, el juzgador no puede limitarse a las finalidades declaradas por la autoridad emisora de la norma, sino que **debe indagar en torno a cuál es su finalidad real**. En tal sentido, se ha dicho:

“La Corte Suprema estadounidense ha afirmado que ‘cuando haya prueba de que un propósito discriminatorio fue un factor motivante en la decisión [del Poder Legislativo], la deferencia [del Judicial hacia el Legislativo] ya no es exigida’⁷². El juez que revisa la ley deberá tener en cuenta, por tanto, cuáles fueron los verdaderos propósitos que impulsaron la diferenciación, a fin de verificar que no se haya tratado de una animosidad hacia unas personas determinadas. Tiene dicho también la jurisprudencia norteamericana que el verdadero propósito de la diferenciación debe inferirse ‘de la totalidad de los hechos relevantes’⁷³ y que la búsqueda de una intención discriminatoria

⁷¹ Cfr. Comisión I.D.H., *Observaciones escritas y orales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Opinión Consultiva solicitada por los Estados Unidos Mexicanos*, transcritas en 4 pp. en Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, párr. 47.

⁷² *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.*, 429 U.S. 252, 266 (1977). Pueden consultarse otros dos *leading cases* en donde se dispuso que una ley era inconstitucional luego de verificar que detrás de las justificaciones alegadas por el Estado, se escondía en realidad un propósito discriminatorio: *U.S. Department of Agriculture v. Moreno*, 413 US 528 (1973), y *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432 (1985).

⁷³ *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 242 (1976).

'demanda una intensa indagación en la evidencia circunstancial y directa'⁷⁴. Si bien en una afirmación de un voto separado, un criterio análogo también puede hallarse expresamente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana:

'Al indagar si, en un caso determinado, ha habido o no distinción arbitraria, el Tribunal no puede ignorar los datos de hecho y de derecho que caractericen la vida de la sociedad en el Estado que, en calidad de Parte Contratante, responde de la medida impugnada'^{75,76}.

Ahora bien, la más superficial indagación sobre los motivos que llevaron al IFT a aprobar los Lineamientos ratifica que el IFT, más que garantizar los derechos de las audiencias, **se ha preocupado por controlar a determinados proveedores de servicios de transmisión de contenidos audiovisuales y beneficiar a sus competidores**. En efecto, eso es lo único que explica que bajo el término *audiencia* haya incluido a los suscriptores del STAR y dejado fuera a los de los servicios OTT.

Si esto es así, nos encontramos con una norma cuya verdadera finalidad es, pura y simplemente, realizar una desigualdad, controlar a un grupo determinado de proveedores de servicios de transmisión de contenido audiovisual en beneficio de sus competidores, olvidando completamente que, si se busca tutelar a quienes consumen

⁷⁴ *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.*, 429 U.S. 252, 266 (1977). En este precedente ofrece la Corte estadounidense una serie de indicios que –apreciados en su conjunto– podrán ayudar a inferir la existencia de una intención discriminatoria (los llamados *Arlington Heights factors*). Ellos son: a) el impacto o efecto discriminatorio de la norma; b) los antecedentes históricos de la norma, prestando especial atención a otras normas anteriores emanadas de la misma autoridad que puedan revelar un propósito discriminatorio; c) la secuencia específica de eventos que desembocaron en el dictado de la norma; d) el hecho de que haya habido un apartamiento del procedimiento ordinario de sanción previsto para la norma; e) la historia legislativa o administrativa, especialmente las afirmaciones vertidas por miembros del órgano del que emana la norma.

⁷⁵ Corte I.D.H., *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, voto separado del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, párr. 10.

⁷⁶ GIARDELLI, Lucas, TOLLER, Fernando, y CIANCIARDO, Juan, op. cit., p. 334.

contenidos audiovisuales, también debería haberse preocupado por los suscriptores de los OTT.

En resultados de lo anterior, al aplicar el escrutinio del derecho a la igualdad no podemos seriamente aceptar que estamos ante una diferenciación que descansa en una "justificación objetiva", tal como lo exige la jurisprudencia interamericana, dada la sumatoria de elementos que muestran constantes alusiones directas e individualizadas por parte del Gobierno a sujetos diferenciados.

De esta manera, los Lineamientos desfallecen en su finalidad, en cuanto a este punto, y debe considerárselos ilegítimos. En este sentido, como ha tenido oportunidad de decidir la Corte Suprema de EE.UU.: **"cuando haya prueba de que un propósito discriminatorio fue un factor motivante en la decisión [del Poder Legislativo], la deferencia [del Judicial hacia el Legislativo] ya no es exigida"**⁷⁷. El juez que revisa la ley deberá tener en cuenta, por tanto, cuáles fueron los verdaderos propósitos que impulsaron la diferenciación, a fin de verificar que no se haya tratado de una animosidad hacia unas personas determinadas.

Aquí también puede resultar de ayuda la jurisprudencia norteamericana, que ha establecido que el verdadero propósito de la diferenciación debe inferirse "de la totalidad de los hechos relevantes"⁷⁸ y que la búsqueda de una intención discriminatoria "demanda una intensa indagación en la evidencia circunstancial y directa"⁷⁹. Puede interpretarse en esta misma línea la jurisprudencia de la Corte Interamericana, donde se ha establecido:

⁷⁷ *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.*, 429 U.S. 252, 266 (1977). Pueden consultarse otros dos *leading cases* en donde se dispuso que una ley era inconstitucional luego de verificar que detrás de las justificaciones alegadas por el Estado, se escondía en realidad un propósito discriminatorio: *U.S. Department of Agriculture v. Moreno*, 413 US 528 (1973), y *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432 (1985), en el último de los cuales la prueba de la real intención de la reglamentación que establecía diferenciaciones fueron las declaraciones periodísticas de una autoridad local contra las personas con capacidades diferentes.

⁷⁸ *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 242 (1976).

⁷⁹ *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.*, 429 U.S. 252, 266 (1977)

"Al indagar si, en un caso determinado, ha habido o no distinción arbitraria, el Tribunal no puede ignorar los datos de hecho y de derecho que caractericen la vida de la sociedad en el Estado que, en calidad de Parte Contratante, responde de la medida impugnada"⁸⁰.

Por lo tanto, dado que la finalidad de los Lineamientos fue simplemente controlar a determinados medios, sin estar guiada por la finalidad constitucional de garantizar el derecho a la libertad de expresión, **debe concluirse que los Lineamientos violan el derecho a la igualdad, pues las discriminaciones que establecen no persiguen finalidades públicas imperiosas.**

2. LAS DISCRIMINACIONES CARECEN DE TODA RAZONABILIDAD

Además de perseguir finalidades ilegítimas, los Lineamientos también violan el derecho a la igualdad por una razón adicional: aun asumiendo que las finalidades declaradas por el IFT sean reales y legítimas, las discriminaciones establecidas carecen de toda razonabilidad. No son adecuadas, ni necesarias, ni proporcionadas. Por lo tanto, son inconstitucionales y anticonvencionales.

No debe olvidarse, al respecto, el camino transitado por la jurisprudencia estadounidense, que puede sintetizarse de la siguiente manera:

"Como ya se ha visto, la Corte Suprema estadounidense tiene dicho que, en materia del derecho a la igualdad, una diferenciación sometida al escrutinio estricto no podrá pasar dicho test si se comprueba que es overinclusive o underinclusive, es decir, si incluye personas o casos que debió dejar fuera, porque sobre ellos no se verifica el interés estatal imperioso, o si, por el contrario, deja afuera de la distinción otros casos que deberían entrar en la misma, teniendo en cuenta cuál ha sido el fundamento alegado para la diferenciación"⁸¹.

⁸⁰ Corte I.D.H., OC-4/84, cit., voto separado del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, párr. 10.

⁸¹ GIARDELLI, Lucas, TOLLER, Fernando, y CIANCIARDO, Juan, op. cit., p. 335-338.

Dicho estándar ha sido receptado por el Sistema Interamericano. En efecto, se explica al respecto que:

“(…) la Corte Interamericana en diversos pronunciamientos ha exigido, de modo consistente, que es discriminatoria y contraria al derecho a la igualdad una distinción cuando ‘carece de justificación objetiva y razonable’⁸². La Corte ha agregado sobre dicho estándar que la distinción, para ser aceptable, debe ‘orientarse legítimamente’, es decir, no conducir a ‘situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas’, de modo tal que habrá discriminación siempre que la diferencia de tratamiento que el Estado realiza frente al individuo parta de supuestos de hecho similares y no exprese de modo proporcionado una conexión fundamentada entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia y de la razón, es decir, ‘no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos’⁸³.

Más aún, como se ha observado, la Corte ha subido incluso dicho estándar de la ‘justificación objetiva y razonable’, exigiendo, para que el Estado pueda legítimamente disponer una distinción, que justifique que persigue ‘un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo’⁸⁴. En la misma línea de exigir un compelling state interest, la Comisión Interamericana ha expresado, con frase adscripta a la metodología

⁸² Cfr. Corte I.D.H., *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, párr. 56, y voto separado del juez Piza Escalante, párr. 12; *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, párrs. 89-91 y 105; y, más recientemente, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia del 23 de junio de 2005, Serie C N° 127, párrs. 185 y 218, entre otros precedentes.

⁸³ Cfr. Corte I.D.H., *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, párr. 57; *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párr. 47; y *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, párr. 91.

⁸⁴ Corte I.D.H., *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia del 23 de junio de 2005, Serie C N° 127, párr. 218.

conflictivista de interpretación de los derechos, que para que una restricción a los mismos sea legítima ella debe 'satisfacer un interés público imperativo', y que 'no se pueden imponer limitaciones por propósitos discriminatorios ni se pueden aplicar aquellas de manera discriminatoria'⁸⁵. Asimismo, dicho órgano del sistema interamericano ha decidido que, para aceptar alguna distinción basada en los factores mencionados explícitamente en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, 'los Estados deben aportar un interés particularmente importante y una justificación cabal de la distinción'^{86,87}.

Particular atención merece el defecto de *underinclusiveness*, es decir, aquellos casos en los cuales la norma no incluye todos aquellos que debería, lesionando la garantía de igualdad, pues esto es justamente lo que sucede en este caso. Al respecto se ha sostenido que:

"En cuanto a la *underinclusiveness* (...) se viola el derecho a la igualdad y a la no discriminación, porque situaciones iguales, que debieron estar ambas incluidas en la norma si el legislador realmente quisiera o necesitara el fin que dice perseguir, se han tratado de modo diferente, dejando a algunas personas en situación de privilegio, al excluirlas de la regulación"⁸⁸.

⁸⁵ Cfr. Comisión I.D.H., *Observaciones escritas y orales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Opinión Consultiva solicitada por los Estados Unidos Mexicanos*, transcritas en 4 pp. en Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, párr. 47. Ver también, en sentido similar, Comisión I.D.H., *Informe 38/96, Caso 10.506*, Informe Anual 1996, párr. 58.

⁸⁶ Comisión I.D.H., *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, OEA/Ser.LV/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 octubre 2002, Original: Inglés, párr. 338.

⁸⁷ GIARDELLI, Lucas, TOLLER, Fernando, y CIANCIARDO, Juan, op. cit., p. 335-338.

⁸⁸ GIARDELLI, Lucas, TOLLER, Fernando, y CIANCIARDO, Juan, op. cit., p. 335-338.



- d. LA VIOLACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD SE TRADUCE, A LA VEZ, EN UNA FALTA DE ADECUACIÓN DEL ANTEPROYECTO PARA ALCANZAR LOS FINES QUE DEBERÍA LEGITIMAMENTE PERSEGUIR, Y EN UNA VIOLACIÓN A LINEAMIENTOS BÁSICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS SOBRE LA NECESIDAD DE REGULACIÓN CONCRETA DE NUEVAS TECNOLOGÍAS

Lo expuesto en los capítulos anteriores no tiene otra finalidad que poner de resalto una necesidad evidente: el IFT no puede pretender regular y tutelar adecuadamente los derechos de las audiencias (propriadamente entendidas) si no ha contemplado y analizado detalladamente una de las nuevas y modernas formas de consumir contenidos audiovisuales que la sociedad ha adoptado y puede adoptar, lo que lleva inexorablemente a un defecto en la *adecuación* a la luz del test de razonabilidad explicado en otros capítulos del presente.

La Comisión Europea en su Libro Verde "*Prepararse para la Convergencia Plena del Mundo Audiovisual: Crecimiento, Creación y Valores*", expuso cómo el mercado audiovisual se encuentra caracterizado por un aumento constante en la variedad de servicios y contenidos ofrecidos a través de diferentes tecnologías y la convergencia de éstas. Al respecto, dicho informe señala:

"Desde el punto de vista de la oferta, los medios de comunicación se caracterizan hoy en día por la competencia por la atención de los consumidores. Los agentes del mercado (por ejemplo, los operadores de televisión de pago, las entidades de radiodifusión en abierto de servicio público y comerciales, los distribuidores de vídeo a petición y los fabricantes de aparatos) intentan diferenciar sus ofertas suministrando contenidos preciados o atractivos, incluso en exclusividad o con interfaces fáciles de usar. Una oferta de contenidos que crece tanto en cantidad como en diversidad está transformando el paisaje del ocio (...)"⁸⁹.

⁸⁹ Comisión Europea. Bruselas 24.4.2013. COM (2013)231 final: Libro Verde "Prepararse para la Convergencia Plena del Mundo Audiovisual: Crecimiento, Creación y Valores", <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0231:FIN:ES:PDF> , Páginas 6 y 7.

Regulaciones que no tengan en cuenta esta circunstancia, como el Anteproyecto, son totalmente ineficientes, pues dejan de atender un sector de audiencia que, si hoy no es mayoritario, sin dudas lo será con el transcurso del tiempo. Si el IFT pretende tutelar las audiencias ¿por qué no se interesa por todas las personas –incluyendo menores– que disfrutan de sus contenidos audiovisuales a través de OTTs? ¿Logra la pretendida tutela al “olvidarse” de millones y millones de suscriptores de OTTs? Claramente, esto refleja el problema de *adecuación* de la norma.

Es por ello que, al ser palmaria la necesidad de contemplar la realidad actual para atender las necesidades que impone la sociedad, en varios países se ha visto como las regulaciones estatales que no lo han hecho pero han, de todos modos, enarbolado la bandera de la libertad de expresión, han sido cuestionadas por ser utilizadas como elementos de, justamente, restricción ilegítima del referido derecho.

En este nuevo campo de trabajo no hay lugar para la improvisación. Las soluciones deben ser específicas y contemporáneas. No puede sancionarse una normativa parcial, que ignora una realidad latente y pretender luego, sin más, traspolarse las normativas que, en rigor, aplican a formas comunicativas que subsisten del siglo pasado, pues tampoco se alcanzarán los fines deseados. Esto se encuentra en línea con lo que se establece en el artículo 1, inciso “c”, de la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet citada anteriormente:

“Los enfoques de reglamentación desarrollados para otros medios de comunicación —como telefonía o radio y televisión— no pueden transferirse sin más a Internet, sino que deben ser diseñados específicamente para este medio, atendiendo a sus particularidades”.

Tal necesidad fue reiterada en una declaración conjunta posterior realizada por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión y la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión de Derechos Humanos de la OEA, cuando:



"Los relatores especiales recordaron que las leyes que regulan Internet deben tener en cuenta sus características especiales como herramienta única de transformación, que permite a miles de millones de personas ejercer su derecho a la libertad de pensamiento y expresión, además de otros derechos humanos"⁹⁰.

e. CONCLUSIONES

De lo anteriormente expuesto, se manifiestan las siguientes conclusiones:

- 1) El Anteproyecto coloca a los concesionarios de servicios de radiodifusión y televisión restringida en una situación injustamente desigual respecto a los prestadores de servicios OTT, al establecer obligaciones y requisitos que sólo obligan a los primeros, y no a los segundos; lo que claramente resulta violatorio del derecho a la igualdad.
- 2) Es un error del IFT equiparar el concepto de suscriptores con el de *audiencias*, y a su vez, no considerar a los servicios OTT.
- 3) La decisión del IFT de omitir a los OTT genera que el Anteproyecto tenga un muy bajo impacto en relación al esperado, padeciendo un defecto de *adecuación* a la luz del test de razonabilidad, violando además pautas elementales sobre la regulación de nuevas tecnologías.

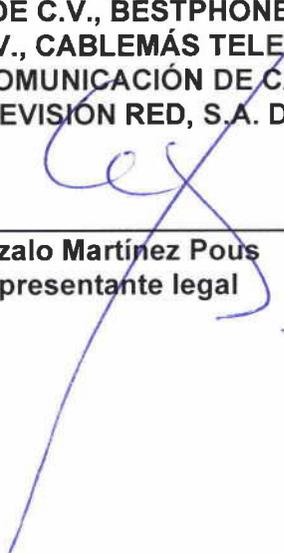
⁹⁰ Declaración Conjunta realizada por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión y la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión de Derechos Humanos de la OEA, Washington, D.C., 20 de enero de 2012.



Por lo anteriormente expuesto y fundado, a esa Unidad de Medios y Contenidos Audiovisuales, atentamente pido se sirva:

ÚNICO.- Tenerme por presentado con la personalidad que ostento y misma que acredito en términos de los testimonios notariales que en copia simple se anexan al presente escrito, emitiendo comentarios dentro del procedimiento de consulta pública referido en el presente escrito.

Por **OPERBES, S.A. DE C.V., BESTPHONE, S.A. DE C.V.,
CABLEVISIÓN, S.A. DE C.V., CABLEMÁS TELECOMUNICACIONES,
S.A. DE C.V., CABLE Y COMUNICACIÓN DE CAMPECHE, S.A. DE
C.V. Y CABLEVISION RED, S.A. DE C.V.**



Gonzalo Martínez Pous
Representante legal