

Razones jurídicas que determinan la improcedencia de la penalización de la radiodifusión sin autorización

Damián Loreti

1 EL DERECHO PENAL. MEDIOS Y FINES

1.1 El fin y los límites del derecho penal

Ferrajoli enseña que “Históricamente, en efecto, el derecho penal nace no como desarrollo, sino como negación de la venganza; no en continuidad, sino en discontinuidad y conflicto con ella. Y se justifica no con el fin de garantizarla, sino con el de impedirla.”¹

Vale decir que, en su última raíz, el derecho penal ha tenido en miras la intervención del Estado - en cualquiera de sus históricas manifestaciones- respecto al modo de sustitución de la venganza privada, a fin de ponerle remedio y prevenir sus exteriorizaciones y consecuencias.

Por tanto, no es errónea la interpretación de la historia del derecho penal como la historia de la lucha contra la venganza privada.

El primer paso de esta historia - dice Ferrajoli - se produce cuando la venganza se regula como “derecho – deber privado”, que incumbe a la parte ofendida y a su grupo de parentesco según los principios de la venganza de la sangre y la regla del talión: “El derecho penal nace precisamente es este momento: cuando la relación bilateral parte ofendida/ ofensor es sustituida por una relación trilateral en la que se sitúa una posición de tercero o imparcial una autoridad judicial”.²

Por su parte Beccaría, en quien abreva Ferrajoli, al igual que en Foucault y Bentham, entiende el modelo en el mismo orden que lo hace el Iluminismo y particularmente Rousseau: “las leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar de una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla”.³

Desde esa perspectiva, asume Beccaría que la soberanía de una nación es la suma de las pequeñas partes – en realidad las mínimas que las personas están de acuerdo en ceder al conjunto- de libertad que es administrada por el Soberano como administrador. Y para cuidar que nadie usurpe esa soberanía común es que se establecen las leyes penales.

Entonces, fue la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia hasta conformar el derecho de castigar.

Es que, al decir de Carrara, la conciencia del derecho “le es congénita al hombre y a esa conciencia le es congénita la idea de que cuando un individuo viola el derecho de su semejante, como consecuencia de esa acción se le debe infligir un castigo”.⁴

Ahora, si bien las interpretaciones de la historia y orígenes del derecho penal cuentan con opiniones convergentes de muchos otros autores, no debemos pasar por alto las disidencias que se encuentran en cuanto a la finalidad de esta rama del derecho hacia nuestros días.

En realidad, hoy por hoy, la prevención general de los delitos aparece como una finalidad algo más esencial del derecho penal como la prevención de la vindicta privada.

¹ FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, España, 2001, página 333.

² FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, España, 2001, página 333.

³ BECCARÍA, Cesare: *de los delitos y las penas*, FCE, México D.F., México, 2000, página 215.

⁴ CARRARA, Francesco: *Programa del curso de Derecho Criminal*, Vols. I y II., Temis, Bogotá, Colombia, 1986 página 1.

En efecto, parecería que la razón de ser primordial de las prohibiciones penales es tener por función proteger y amparar el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, emergentes de los ataques de otros miembros de la comunidad.

Siguiendo a Ferrajoli nuevamente, diremos que “el derecho penal asume como fin una doble función preventiva, una y otra de signo negativo: la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias y desproporcionadas. La primera función marca el límite mínimo y la segunda el límite máximo de las penas. Una refleja el interés de la mayoría no desviada; la otra, el interés del reo y de todo aquel del que se sospecha y es acusado como tal. Los dos fines y los dos intereses entran en conflicto, y son sus portadores las dos partes de un proceso penal contradictorio: la acusación, interesada en la defensa social y por consiguiente en maximizar la prevención y el castigo de los delitos; y la defensa, interesada en la defensa individual y por tanto en maximizar la prevención de las penas arbitrarias”.⁵

Es ciertamente importante, sobre todo en un marco como el del análisis del acceso a la información judicial como garantía del cumplimiento del Estado de sus obligaciones, asumir que aún cuando siempre se ha requerido poner el acento en la prevención de los delitos y las exigencias de seguridad, aspecto del que los funcionarios y los legisladores suelen hacerse rápidamente cargo, también es necesario poner en miras y análisis qué ocurre con la prevención de las penas arbitrarias y de las garantías del acusado.

Y ello se debe a que el derecho penal es también el último refugio del ciudadano desprotegido. La seguridad jurídica debe estar pensada y orientada a garantizar los extremos del Estado de Derecho a quienes no tienen otro modo de defender sus derechos e intereses que recurriendo a los estrados judiciales. Y, como sostuvo desde un inicio Beccaría, con las mismas penas para el primero que para el último de los ciudadanos.

Entonces, “la tutela del inocente y la minimización de la reacción al delito, sirve para distinguir el derecho penal de otros sistemas de control social – de tipo policial, disciplinario o incluso terrorista – que de un modo más expeditivo y probablemente más eficiente serían capaces de satisfacer el fin de la defensa social respecto al que el derecho penal, más que un medio, es por consiguiente un coste, o si se quiere un lujo propio de las sociedades evolucionadas”.⁶

Al respecto, todo sistema del derecho penal que se aparte de estas características intrínsecas es, por definición, injusto. Lo dicho se apoya en términos de Carrara, para quien “el principio fundamental del derecho punitivo es la necesidad de defender los derechos del hombre, encontrándose en la justicia el límite de este ejercicio y en la opinión pública el instrumento moderador”.⁷

Vemos entonces que el derecho penal tiene una doble finalidad absolutamente explícita: ello es tanto el prevenir que los individuos se tomen la justicia por su mano o, más en general, con la minimización de la violencia en la sociedad.

Dice Ferrajoli “Razón de la fuerza es el delito. Razón de la fuerza es la venganza. En ambos casos se da un conflicto violento resuelto mediante la fuerza: mediante la fuerza del reo en el primer caso, mediante la de la parte ofendida en el segundo”.⁸

De tal modo, con esta búsqueda por evitar perjudicar a quien no debe serlo por vía del abuso de la aplicación de la fuerza (por la venganza privada o por el Estado), encontraremos que el fin del derecho penal no se puede circunscribir a la defensa de la sociedad contra los delitos.

Insistimos que, siendo el derecho penal y el ejercicio de la potestad punitiva del Estado la última ratio para la búsqueda de la armonía entre la protección de los bienes jurídicos y los derechos de quienes los violentan, el derecho penal encarna la protección del débil contra el más fuerte: “del débil

⁵ FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, España, 2001, página 334.

⁶ FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, España, 2001, página 334.

⁷ CARRARA, Francesco: *Programa del curso de Derecho Criminal*, Vols. I y II., Temis, Bogotá, Colombia, 1986, página 63.

⁸ FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, España, 2001, página 335.

ofendido o amenazado por el delito, así como del débil ofendido o amenazado por la venganza; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida, o los sujetos públicos o privados solidarios con él”⁹.

Las dos finalidades más reconocidas, sin perder de vista lo anterior del derecho penal, en orden a la prevención de los delitos y las penas arbitrarias implican la satisfacción de esta última ratio a la que nos referimos: la adopción de políticas de Estado destinadas a la tutela de los derechos fundamentales.

Pero estas políticas deben tener muy en claro que no existen aquellos principios jurídicos que puedan garantizar la justicia absoluta de un sistema penal, ni centrándonos a estudiar solamente sus preceptos positivos sin que nuestro análisis tome en consideración la realidad concreta de su funcionamiento.

Del mismo modo, no podemos concebir con seriedad sistemas jurídicos penales que puedan enfrentar desde la ética una búsqueda de perfección. No sólo pesan cuestiones vinculadas a la realidad política, histórica y cultural, sino la indudable relatividad de las opiniones respecto a totalidad de las cosas que deberían ser prohibidas. Aspecto que es fundamentalmente ético.

Y esta diferenciación entre derecho y moral es lo que impone el deber de justificar las prohibiciones y también los castigos. Lo que ocurre es que la calificación negativa, desde el plano de la ética respecto a las leyes, implicará la descalificación de inmorales, y desde el plano del derecho, como injusta.

Dice Foucault: “la justicia perfecta no es de este mundo, y cualquier pretensión de haberla realizado por parte de un sistema penal no sólo es ilusoria sino signo de la más peligrosa de las imperfecciones: la vocación totalitaria”.¹⁰

1.2 La Pena. Cuándo y cómo castigar

Desde algunas posturas del derecho penal, la comisión de una acción delictiva implica que la pena prevista para ella no ha sido suficiente para prevenirla, y que para tal fin, habría sido necesario una mayor.

Desde otras perspectivas, la visión anotada más arriba sólo conlleva a la inflación normativa que se agota en sí misma. Está claro que éste es un “necio argumento” para exacerbar las penas. De allí que se tienda a discutir en la política criminal, en la sociedad y en la doctrina jurídica, distintas tesis que contemplan cuál es el límite mínimo de una pena para que ella sea realizada y satisfaga su finalidad.

Pero ello nos conduce directamente a respondernos cuál es el fin de la pena no ya del derecho penal, sino de uno de sus elementos en particular.

Revisar la historia de la aplicación de las penas a los criminales (o a veces a los sospechados de tales) es revisar el recorrido de unas expresiones más deshumanizadas de la humanidad.

Es por ello que a lo largo de la historia se fueron plasmando distintas posiciones sobre el principio, la función y la naturaleza de la pena.

Beccaría sostiene el principio de que toda pena debe derivar de la necesidad absoluta para no ser tiránica, porque fue la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de la libertad. Si no respondiera a esta máxima, la pena sería una expresión tiránica por provenir de un acto de autoridad de un hombre a otro.¹¹

Ahora, si nos preguntamos sobre el objeto de la pena y la magnitud de la misma, iremos obteniendo distintas respuestas:

⁹ FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, España, 2001, página 335.

¹⁰ Citado por FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, España, 2001, página 462.

¹¹ BECCARÍA, Cesare: *de los delitos y las penas*, FCE, México D.F., México, 2000, página 221.

Para Beccaría que “No solo es interés común que no se cometan delitos, sino que sean menos frecuentes proporcionalmente al daño que causan en la sociedad. Así, pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos. Debe haber por esto una proporción entre delitos y penas”¹².

Esta proporcionalidad, basada en que el delincuente no se beneficie con los resultados del delito cuando se lo confronta con la gravedad de la pena a sufrir, la justifica Carrara al decir que el mal debe ser el suficiente como para tener “acción bastante sobre los malvados en cuanto les opone un padecimiento superior a la utilidad conseguida por el delito”¹³.

“El principio de proporcionalidad – dice Ferrajoli – expresado en la antigua máxima poena debet commensurari delicto es -en suma- un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico”.¹⁴

Así las cosas, la mirada no está dirigida sólo al pasado como castigo, sino más sobre el futuro y en la utilidad de la aplicación de la pena. Porque un delito pasado – conforme a “De los delitos y las penas” – ha causado perjuicio a uno. Un delito futuro y otros semejantes perjudicarán a todos.

Todo ello nos llevará a considerar su eficacia en un contexto de prontitud, magnitud y certeza.

Aún así, la principal forma de prevención del delito, para Beccaría, es la elevación de los niveles culturales de la población.

Esta condición intrínseca de la certeza es abonada por Carrara cuando señala que “La fuerza moral objetiva de la pena está más en razón de su certeza que de su severidad”.¹⁵ Y aclara que se refiere a la certeza legal, es decir aquella que se basa en que la ley no admite medios para evadirse de la pena cuando se ha reconocido la responsabilidad de la delincuencia.

En tanto, Habermas entiende que si bien la facultad de ejercer coerción está ligada al concepto mismo de validez jurídica, ella se justifica “para impedir que se ponga un impedimento a la libertad” puesto que “la coerción impuesta por las reglas jurídicas permite al arbitrio de cada uno actuar de conformidad a la ley general de la libertad. De allí que el buen o mal comportamiento queda sujeto a otras reglas, que las morales.”¹⁶

En este estado de la exposición entendemos conveniente hacer un breve relevamiento histórico de las teorías sobre la pena y su ejecución.

Ya desde los griegos la cuestión fue objeto de meditaciones filosóficas profundas.

Para Enrique Mari¹⁷, Protágoras da principios de una teoría del crimen cuando da razones de la enseñanza de la virtud, en orden a reflexionar sobre la posibilidad de adquirirla.

Tal circunstancia, a opinión del sofista, permite decidir sobre la voluntad de violentar las leyes para quien luego debe recibir su punición no a causa del pasado –porque el hecho es irrevocable- sino “para que ni el culpable ni los testigos de su castigo tengan la tentación de recomenzar”.

Platón comparte esta tesitura utilitarista en “Las Leyes” al referirse a los robos y las violencias. Dice que la pena debe ser dura no a causa del mal cometido sino en vista del porvenir. Es decir, puede extraerse como conclusión la existencia de una finalidad pedagógica o didáctica en la función de enseñar las consecuencias de un obrar.

¹² BECCARÍA, Cesare: *de los delitos y las penas*, FCE, México D.F., México, 2000, página 225.

¹³ CARRARA, Francesco: *Programa del curso de Derecho Criminal*, Vols. I y II., Temis, Bogotá, Colombia, 1986, T II, página 71.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, España, 2001, página 398.

¹⁵ CARRARA, Francesco: *Programa del curso de Derecho Criminal*, Vols. I y II., Temis, Bogotá, Colombia, 1986, T II, página 81.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, España, 1998, páginas 90 y 91.

¹⁷ MARI, Enrique: *La problemática del castigo*, Paidós, Buenos Aires, Argentina, 1983, páginas 67 y 68.

Esta posición de fin preventivo ha sido acompañada genéricamente – dice Marí - por Aristóteles en la Política.

También lo ha sido en la Edad Media. Como veremos al tratar las características de los procesos, de la mano del nacimiento de la Inquisición y el secreto de las actuaciones penales, crece geoméricamente la búsqueda de la confesión, el hallazgo de la culpabilidad sobre la persona y no sobre el hecho y la agudización de la pena como tormento en sí misma.

Es recién con Beccaría y con Bentham que se reconocerán nuevos espacios de reflexión, aún cuando sus filosofías abreen en los principios liberales de los siglos XVII y XVIII que afincan previamente en Locke y Rousseau con el “Tratado del Gobierno Civil” y con “El contrato social”.

Allí también despuntarían con mayor claridad las tesis retribucionistas y utilitaristas, como cuerpos de ideas más consistentes.

Si bien no es específicamente el objeto de este trabajo, brevemente apuntaremos las tesis de ambas corrientes, ya que nos permitirán luego tener un marco teórico más propicio para observar los efectos y razones de la publicidad de los juicios y las deformaciones emergentes de los juicios paralelos.

En tanto que para el retribucionismo el castigo se argumenta y valida en razones de justicia, para el utilitarismo se apela a las consecuencias valiosas del castigo, como podría ser el valor ejemplarizador de su aplicación.

Para la primera de las posiciones, el autor de un delito merece ser castigado, siendo ello una estricta razón de justicia: reparar o retribuir por el resultado de su acción.

Para el utilitarismo, el castigo se justifica computando las consecuencias de la pena, es decir, considerando la oportunidad, magnitud, celeridad, tanto sea para disuadir al ofensor, desanimar a terceros o resocializar al autor del delito.

“Hay una conexión evidente entre la naturaleza retributiva de la pena y su función de prevención general de los delitos: la amenaza legal de la retribución penal puede prevenir solamente la comisión de hechos delictivos, no la subsistencia de condiciones personales o de status como son la peligrosidad o la capacidad de delinquir u otras similares; y por otra parte la pena ejerce una función preventiva o intimidatoria sobre todo si se inflige al que se ha “merecido”.¹⁸

También es importante considerar que hasta estos momentos, que podemos considerar previos a la revoluciones demoliberales, estamos ante una instancia en la que aparece cristalizada la relación entre castigo y verdad.

El castigo –como vimos– es ante todo un modo de averiguación de los hechos: es la búsqueda de la confesión por vías inquisitivas la que deja de lado el interrogante de la función de la pena como ejemplificadora o retributiva. Antes bien, es un instrumento del proceso.

Sentadas estas premisas, no podemos soslayar la importancia de Bentham y Beccaría en la constitución de las teorías sobre las penas y la construcción de una nueva época en la reflexión sobre la naturaleza del derecho penal y el castigo.

Así como Beccaría – ya dijimos – se refiere a la proporcionalidad, atento a que no se debe incurrir en penas que inflijan daño más allá de lo necesario, y para ello entenderemos por “necesaria” aquella magnitud que supere ínfimamente el bien generado por el delito al autor; Bentham sostiene que el objeto general de todas las leyes es prevenir el daño cuando no hay otro remedio para hacerlo que el castigo.

Pero esta circunstancia requiere algunos fundamentos previos para el autor inglés: en “An introduction to the principles of moral and legislation”¹⁹ Bentham señala que debe, previamente a todo, prevenirse a toda costa y hasta donde valiese la pena y considerar que si un hombre debe cometer una ofensa, los próximos fundamentos son inducirlo a que opte por la que perjudique menos a

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, España, 2001, página 368.

¹⁹ Disponible en <http://www.utilitarianism.com/jeremy-bentham/>

otros, a que no cause más daño que el necesario y que cualquiera fuera el daño a causar, la prevención debe ser la más barata o módica posible.

Ambos, Bentham y Beccaría, comparten en que el castigo debe combinar certeza y oportunidad para ser eficiente. Más aún, también comparten la tesis por la que si estas pautas se cumplen no es necesaria una magnitud mayor en el quantum de la pena.

Recordamos así que no postulan ninguno de los dos la pena más severa, sino la óptima como aquella apenas suficiente sobre la línea del provecho que da la ofensa.

Para ello, dice Beccaría, “la única y verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la Nación”²⁰ descalificando a quienes sostienen que la medida del castigo está relacionada con la intención.

Reivindica también Beccaría el sentido de la utilidad común como baremo de la justicia humana, yendo luego a considerar el fin de las penas en sí mismo.

Sostiene que el fin de las penas “no es atormentar y afligir a otro ser humano ni deshacer un delito ya cometido”²¹. Más bien, las tesis de Beccaría atienden a la prevención general proponiendo la paz social mediante el control del impulso criminal y mediante una función didáctica o ejemplificadora a través de los sentidos.

Corresponde –a nuestro criterio–continuar el análisis de la función de la pena abordando a Michel Foucault y sus trabajos.

Foucault sostiene que “No era necesario aguardar a la reforma del siglo XVIII para obtener esta función ejemplar del castigo. Que el castigo mire hacia el porvenir, y que una, cuando menos, de sus funciones mayores sea la de prevenir, fue, desde hace siglos, una de las justificaciones corrientes del derecho de castigar. Pero la diferencia está en que la prevención que se aguardaba como un efecto del castigo y de su resonancia – y por tanto de su desmesura–, tiende ahora a convertirse en el principio de su economía, y la mediada de sus justas proporciones. Hay que castigar exactamente lo bastante para impedir”.²²

También Habermas acredita importancia a la certeza y legitimidad de la sanción cuando dice: “[...] el comportamiento conforme a la ley puede describirse como una observancia de normas que vienen provistas de la amenaza de la sanción y que han sido puestas en vigor por el legislador político [...] la permisión de recurrir a la coerción jurídica debe hacerse derivar de una expectativa de legitimidad asociada a la decisión que toma el legislador”.²³

En este contexto también es dable dar por sentado que, para cumplir con su función, las penas deben consistir en hechos desagradables, o, en cualquier caso, en “males” idóneos para disuadir de la realización de otros delitos y evitar que la gente se tome la justicia por su mano.

Pareciera entonces que existe una vinculación inescindible entre la pena como retribución y la función de prevención de los delitos. Pero, si eso fuera así, desaparecería toda pretensión de contextualización de la situación de quien comete el delito, tales como las condiciones personales, las causas de justificación, el estado de necesidad, etc.

Para Carrara, el fin de la pena no consiste en hacer justicia, ni en la venganza del agraviado por el delito, ni su resarcimiento, ni la intimidación de los ciudadanos ni la purga del delito. Antes bien, plantea que estas son sus consecuencias y por tanto absolutamente variables en su presencia. El autor considera que el fin de la pena “es el restablecimiento del orden externo de la sociedad”²⁴, puesto que el delito agravia a la sociedad al violar sus leyes.

²⁰ BECCARÍA, Cesare: *de los delitos y las penas*, FCE, México D.F., México, 2000, página 229.

²¹ BECCARÍA, Cesare: *de los delitos y las penas*, FCE, México D.F., México, 2000, página 238.

²² FOUCAULT, Michel: *Vigilar y castigar: Nacimiento de la Prisión*, Siglo XXI, Buenos Aires, Argentina, 2002, página 98.

²³ HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, España, 1998, página 118.

²⁴ CARRARA, Francesco: *Programa del curso de Derecho Criminal*, Vols. I y II., Temis, Bogotá, Colombia, 1986, páginas 68 y 69.

Igualmente, en cualquiera de los casos, se compadecen todas las posiciones en que el derecho penal es la última ratio del Estado en la aplicación del monopolio de las leyes y la fuerza. Y es que el derecho funciona, al decir de Habermas, “como un transformador que es el que asegura que la red de comunicación social global sociointegradora no se rompa. Sólo en el lenguaje del derecho pueden circular a lo ancho de toda la sociedad mensajes de contenido normativo”.²⁵

Si, como hemos venido planteando, el derecho penal tiene una función preventiva, el conocimiento de las leyes implica de por sí una garantía contra el uso abusivo de las penas, de la mano de la certeza de que lo que se obra es legal. La previsibilidad del accionar del Estado, en tal sentido, es lo que también determina el efecto ejemplificador de la aplicación de una sanción. Por ello es que la información jurídica debe trascender de los límites de su propio campo formativo, y no sólo por sus consecuencias.

Dejando de lado la sentencia de pena de muerte, largamente impugnada por los convenios internacionales de derechos humanos y excluida de ser aplicable en la gran mayoría de las democracias occidentales, y desde antaño criticada -a punto tal que Beccaría ya cuestionaba que esa porción de la libertad nunca había sido cedida para la protección del bien común- diremos que las penas propias de nuestra época “moderna” son las penas patrimoniales: tanto las pecuniarias consistentes en el pago de sumas de dinero, como las privativas de derechos consistentes en la pérdida temporal o permanente de alguna capacidad de obrar y de cambiar.²⁶

Recién después de los movimientos del derecho penal liberal y codificadores, es que quedan abolidas las penas infamantes, las multas pierden cualquier función retributiva y las dos clases de penas patrimoniales – pecuniarias y privativas de derechos – serán formalizadas una como penas principales y otras como penas accesorias.

No obstante, aparece como notorio que la detención es considerada la pena por excelencia.

La relación entre pena y delito no es una relación de cambio como la que se da entre mercancía y moneda, sino una relación basada en el derecho público. No susceptible de ser negociado entre las partes, y que requiere obligatoriamente la intervención del Estado para discernir sobre su aplicación.

Hay que añadir el desarrollo inflacionario del proceso penal, que en la moderna sociedad de la comunicación de masas tiende a convertirse en sí mismo en una sanción, en ocasiones más gravosa que la misma penal tradicional. Piénsese en el uso de la incriminación como instrumento de culpabilización preventiva y de estigmatización pública, y, por otra parte, en la proliferación de millones de procesos cada año, no seguidos de pena alguna y generadores sólo de certificados penales y de status jurídico – sociales (de reincidente, o peligroso o en espera de un juicio, etc.). Una alteración de tal función del proceso, favorecida por su estructura bifásica, nos legitima para hablar de penas procesales”.²⁷

El efecto ejemplificador y consiguientemente preventivo que se exige a las penas debe contemplar que “El castigo ideal será transparente al crimen que sanciona; así, para el que lo contemple, será infaliblemente el signo del delito que castiga; y para aquel que piensa en el crimen, la sola idea del acto punible despertará el signo punitivo [...] Deducir el delito del castigo es la mejor manera de proporcionar el castigo al crimen. Si aquí reside el triunfo de la justicia, reside igualmente el triunfo de la libertad, ya que no procediendo las penas de la voluntad del legislador, sino de la naturaleza de las cosas, se deja de ver al hombre haciendo violencia al hombre”.²⁸

²⁵ HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, España, 1998, página 120.

²⁶ Nos parece ciertamente atinada la frase de Carrara cuando señala que la pena “debe ser reparable” porque es muy fácil un error judicial y fatales sus consecuencias. CARRARA, Francesco: *Programa del curso de Derecho Criminal*, Vols. I y II., Temis, Bogotá, Colombia, 1986, T II, página 90.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi; “Derecho y razón: Teoría del garantismo penal”, España, 2001, página 730 y 731.

²⁸ FOUCAULT, Michel: *Vigilar y castigar: Nacimiento de la Prisión*, Siglo XXI, Buenos Aires, Argentina, 2002, páginas 108 y 109.

Ya desde antaño, Beccaría entendía que para que una pena tuviera efecto bastaba que el mal que causaba excediera ínfimamente el bien que generaba para el particular que causara el delito, y que en caso de exceso, este sería superfluo y por tanto tiránico.²⁹

Por eso es que Foucault llama a la teoría del italiano como “regla de la cantidad mínima”. Francesco Carrara entiende que en tal caso habría un abuso de fuerza o acto de “crueldad ilegítima”.

Sin desmedro de lo expuesto, no dejamos de considerar que la función ejemplificadora, o como luego determinarán los reformadores, que la pena tiene como destino la recalificación de los individuos como sujetos de derecho y firmantes del pacto social, veremos que además se debe considerar que a los delitos también le son aplicables las llamadas penas alternativas, surgidas como respuesta al fracaso de los sistemas penales sustantivos, procesales penales y de administración del sistema penal.

Llegados a este punto, aún reconociendo la falta de perspectiva histórica, hemos de denotar la aparición de una tendencia que describe, sin asmir su defensa, la aparición de expresiones de un derecho penal no basado en el castigo de un hecho sino en la vocación sistemática de prevenir los delitos que atentan contra la seguridad colectiva desde una certeza de la irrecuperabilidad del delincuente.

Se ha comenzado a hablar de un “derecho penal del enemigo” en contraposición al derecho penal del ciudadano.

En palabras de uno de sus expositores, Jakobs, “el derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que este exterioriza un hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad y, por el otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se combate por su peligrosidad [...] Materialmente cabe pensar que se trata de una custodia de seguridad anticipada que se denomina pena”.³⁰

En este contexto, las razones del protagonismo del derecho penal como instancia de prevención en materia de radiodifusión desconocen la naturaleza propia de la actividad como soporte del ejercicio de un derecho humano fundamental y descoloca al sistema jurídico del siglo XXI descolocando desmesuradamente al Estado de Derecho.

2. LA ACTIVIDAD DE LA RADIODIFUSIÓN COMO EJERCICIO DE UN DERECHO HUMANO

Habitualmente, la radiodifusión ha sido considerada en un segundo plano respecto de la libertad de prensa y del derecho a la información, en el entendimiento erróneo de que se trata de un servicio meramente comercial, una industria cultural o que sus cuestiones son meramente técnicas.

De hecho, muy raramente quienes se ocupan del estudio del derecho constitucional se detienen a analizar la importancia de las regulaciones existentes en materia de radiodifusión. Tampoco en los cursos sobre derecho administrativo es estudiado el tema.

Como si ello no bastara, cuando los grupos empresarios expresan sus razones, no parecen defender su actividad como el ejercicio del derecho constitucional de expresar las ideas, sino como un aspecto del derecho de ejercer industria lícita o de propiedad. Muestra de ello son los argumentos para oponerse a la procedencia de la aplicación de los derechos de rectificación o respuesta.

La intención de este trabajo es darle a la radiodifusión la importancia normativa que se merece, partiendo de la base de que estamos hablando de una actividad por la que se ejerce el derecho en el art.

²⁹ BECCARÍA, Cesare: de *los delitos y las penas*, FCE, México D.F., México, 2000, página 225.

³⁰ JAKOBS, Gunther y CANCIO MELIA, Manuel: *Derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2005, páginas 41 y 42.

13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que el hecho de que se realice por un medio técnico distinto al papel, no debe resultar impedimento para reconocerlo como tal.

A esta pregunta le pueden caber, obviamente en forma interesada, varias respuestas. Algunas de ellas tendrán relación con qué tipo de servicio son los servicios de radiodifusión. Otras, quizá en forma previa, se referirán a una especie dentro del género de las radiocomunicaciones, lo cual permitirá reducir a la actividad a una de las tantas formas de "telecomunicaciones".

Esta clasificación no tendría mayor importancia, en la medida en que la ubicación en esta descripción sometería a la actividad a las mismas consideraciones de la telefonía, o el correo.

De acuerdo a nuestro entendimiento, la radiodifusión es el ejercicio de la libertad de prensa por un soporte tecnológico diferente del papel.

Así las cosas, nos mueve la convicción de que estamos ante una particular forma de ejercicio de la libertad de expresión y que debe primar - a la hora de las clasificaciones - el contenido y no el continente o los mecanismos de transmisión de información.

En otras palabras, se trata de darle a la comunicación social por medios electrónicos la jerarquía que realmente debe tener: se trata del ejercicio de la libertad de expresión y prensa por medio de un soporte tecnológico distinto que no debe servir de excusa para limitar su ejercicio sustancial.

Breve análisis del alcance del art. 13 de la Convención Americana

Sintéticamente, nuestro afán es demostrar que la radiodifusión está plenamente encuadrada en el ejercicio del derecho a la información y que toda forma de regulación para su acceso debe ser analizada a la luz de la Convención Americana.

Para ello, enfatizaremos la letra y la interpretación de la Convención Americana de modo auténtico por su texto y por expresiones de la Comisión Interamericana y de la Corte.

El inciso 1 señala que "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

Este texto nos conduce con toda claridad a la determinación explícita de dos principios de universalidad.

Uno de ellos es el que nos orienta a la universalidad de los sujetos. Cuando la Convención Americana se dice "toda persona" no hace exclusiones de ninguna naturaleza ni condiciones. De hecho, tampoco establece formas de discriminación positiva o negativas vinculadas a la forma de organización.

El otro principio de universalidad se da de acuerdo a los medios. La libertad de elección del procedimiento para el ejercicio de este derecho ratifica el principio de que "todo medio" está alcanzado o amparado por el art. 13, dada su condición de soporte tecnológico y continente de los mensajes cursados por quienes informan a quienes son informados.

El inciso 3 reza: "No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".

La Corte ha sentado el amplio alcance y carácter del derecho a la libertad de expresión amparado en este artículo: "El artículo 13 establece dos aspectos distintivos del derecho a la libertad de expresión. Este derecho incluye no sólo la libertad de expresar pensamientos e ideas, sino también el derecho y la libertad de procurarlas y recibirlas". Al garantizar simultáneamente los derechos a expresar y recibir tales expresiones, la Convención fomenta el libre intercambio de ideas necesario para un debate público efectivo en la arena política.

La Corte concluyó además que la Convención Americana es más generosa en su garantía de la libertad de expresión y menos restrictiva de este derecho que las disposiciones pertinentes de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y que el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos.

Esto es particularmente significativo si se considera que la Corte Europea ha afirmado reiteradamente que la libertad de expresión es uno de los "fundamentos esenciales de una sociedad democrática".

El consenso observado en los órganos de derechos humanos de América y de Europa pone de manifiesto que la protección de la libertad de expresión como elemento indispensable de la democracia se encuentra perfectamente fundamentada en el derecho internacional.

Al protegerse este derecho conforme lo estipula el artículo 13 de la Convención, la Corte no ha hecho más que reforzar el propósito de la Convención, que es el de crear un sistema de "libertades personales y justicia social" dentro del "marco de las instituciones democráticas". Resulta evidente que el derecho a la libertad de expresión y pensamiento garantizado por la Convención está indisolublemente vinculado a la existencia misma de una sociedad democrática. Es más, la plena y libre discusión evita que se paralice una sociedad y la prepara para las tensiones y fricciones que destruyen las civilizaciones. Una sociedad libre, hoy y mañana, es aquella que pueda mantener abiertamente un debate público y riguroso sobre sí misma.

Dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 5/85 "...en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de estos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable la pluralidad de medios y la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera fuera la forma que pretenda adoptar...".

Se ve también recogida esta tesis de universalidad de medios y sujetos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando subraya, con arreglo al art. 13 del Pacto antes transcrito, las dimensiones individuales y sociales de la libertad de expresión: "así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información que disponen otros como el derecho a difundir la propia"... y también: "La libertad de prensa no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios..." (Opinión Consultiva 5/85, Cons. 31).

Asimismo, la Corte Interamericana entiende que: "Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas "por cualquier... procedimiento", está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo de que una restricción de las probabilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente" (Opinión Consultiva OC-5/85, Cons. 31).

"Las dos dimensiones mencionadas (supra 30) de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informados verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base de derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública desde un solo punto de vista". (Opinión Consultiva OC-5/85, Punto 33).

En igual sentido se ha expresado la Comisión respecto a la importancia de los medios de radiodifusión y su inclusión en los ámbitos de la universalidad reconocida por el artículo 13 de la CADH.

Dice al respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión aprobada en su 108° Período de sesiones (octubre 2000):

12. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.

13. La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley.

En la misma inteligencia, es que planteamos con Francisco J. Bastida que “La libertad de antena es ante todo un derecho de libertad, al igual que la libertad de prensa y, como ésta, su exigibilidad es, en principio, inmediata. Solo exige una mera actitud de no injerencia por los poderes públicos”. Si bien es necesario un ordenamiento objetivo previo que haga posible su ejercicio, “ello no se debe a la naturaleza del medio sino a la reserva previa del espectro que hace el Estado (...) si esa reserva afecta directamente a una actividad que es ámbito de ejercicio de un derecho, el Estado debe devolver a los individuos el medio de propagación, organizado de tal manera que pueda ser utilizado como instrumento de la libertad de informar y de recibir información”³¹.

En aplicación de estos principios, en marzo de 2001, la CIDH elaboró un informe sobre derechos humanos en Paraguay que establece un antecedente para toda la región. En una de las tres recomendaciones planteadas al gobierno paraguayo por el actual Secretario Ejecutivo de la CIDH, en esos momentos Relator Especial, establece “la necesidad de aplicar criterios democráticos en la distribución de las licencias para las radioemisoras y canales de televisión. Dichas asignaciones no deben ser hechas basadas solamente en criterios económicos, sino también en criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidad al acceso de las mismas”.³²

En la misma inteligencia, la Relatoría de Libertad de Expresión de la OEA, sostiene que “la radiodifusión sigue siendo la fuente más importante de información para la mayoría de los pueblos del mundo” en el marco de las consideraciones por las que declara “La promoción de la diversidad debe ser el objetivo primordial de la reglamentación de la radiodifusión; la diversidad implica igualdad de género en la radiodifusión e igualdad de oportunidades para el acceso de todos los segmentos de la sociedad a las ondas de radiodifusión”.³³

³¹ Bastida, Francisco, “La libertad de antena” Ed. Ariel. España, 1990

³² Recomendaciones en el mismo sentido fueron presentadas al gobierno de Guatemala en abril del mismo año. El Informe se recomienda: “*Que se investigue a profundidad la posible existencia de un monopolio de hecho en los canales de televisión abierta, y se implementen mecanismos que permitan una mayor pluralidad en la concesión de los mismos. (...) Que se revisen las reglamentaciones sobre concesiones de televisión y radiodifusión para que se incorporen criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades en el acceso a los mismos*”.

³³ Mecanismos Internacionales Para La Promoción de la Libertad De Expresión - Declaración Conjunta Desafíos a la Libertad de Expresión en el Nuevo Siglo por el Relator Especial de Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión (ONU), el Representante de la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación (OSCE) y el Relator Especial para la Libertad De Expresión (OEA). 19 y 20/11/2001

Ha considerado lo propio sobre los alcances de la libertad de expresión y la equiparación de los soportes físicos utilizados para su transmisión la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Olmedo Bustos c/ Chile” al señalar en el párrafo 65: “Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”.

También es del caso señalar que la Comisión Interamericana ha declarado la admisibilidad del caso 11.870 Radyo Koulibwi c/ Santa Lucía - Informe 87/01 porque, al decir del peticionante, existió una violación del artículo IV de la Declaración Americana porque el Estado le informó en noviembre de 1995 que no le otorgó una licencia de radiodifusión permanente y por lo tanto sus emisiones en la frecuencia 105.1 FM eran ilegales y debían cesar de inmediato.

Debemos rescatar asimismo que en el Informe del año 2002, la Relatoría señaló :

39. Las radios llamadas comunitarias, educativas, participativas, rurales, insurgentes, interactivas, alternativas y ciudadanas son, en muchos casos, y cuando actúan en el marco de la legalidad, las que ocupan los espacios que dejan los medios masivos; se erigen como medios que canalizan la expresión donde los integrantes del sector pobre suele tener mayores oportunidades de acceso y participación en relación a las posibilidades que pudieran tener en los medios tradicionales.

40. La UNESCO define la radio comunitaria de acuerdo a la palabra "comunidad", que "designa la unidad básica de la organización social y horizontal". De esta manera, la radio comunitaria "usualmente es considerada como complemento de las operaciones de los medios tradicionales, y como un modelo participativo de administración y producción de medios"³⁴.

41. Las radios comunitarias, que deben actuar en un marco de legalidad facilitado por los Estados, responden en muchos casos a las necesidades, intereses, problemas y expectativas de sectores muchas veces relegados, discriminados y empobrecidos de la sociedad civil. La necesidad creciente de expresión de las mayorías y minorías sin acceso a medios de comunicación, y su reivindicación del derecho de comunicación, de libre expresión de ideas, de difusión de información hace imperante la necesidad de buscar bienes y servicios que les aseguren condiciones básicas de dignidad, seguridad, subsistencia y desarrollo.

42. En muchos casos, estas emisoras pueden, actuando dentro del marco de la legalidad, facilitar la circulación libre de información alentando la libertad de expresión y el diálogo dentro de las comunidades para promover la participación. “El acceso equitativo, digno e imaginativo a los medios como síntesis contemporánea de lo público, es una manera fundamental de romper la lectura “individualizada” e insular de la pobreza, a condición de superar esa visión que asume que más medios, más notas o programas sobre pobreza y pobres, más crónicas (desde fuera), constituyen realmente

³⁴ UNESCO: World Communication Report 1998, pág. 148.

el empoderamiento de los sectores marginales de cara a una comunicación democrática³⁵.

43. Dada la importancia que pueden tener estos canales, de ejercicio de la libertad de expresión, comunitarios, resulta inadmisibles el establecimiento de marcos legales discriminatorios que obstaculizan la adjudicación de frecuencias a radios comunitarias. Igualmente preocupante resultan las prácticas que, aún en los casos de funcionamiento en el marco de la legalidad, importan amenazas de cierre injustificadas, o incautación arbitraria de equipos.”

De tal modo, creemos que queda de manifiesto que nuestra tesis sobre el amparo a la radiodifusión de los términos del art. 13 de la CADH está acreditada en cuanto:

- a. Se la considera como uno de los medios de ejercicio del derecho de recibir, difundir e investigar informaciones y opiniones.
- b. No existe ninguna cláusula que admita discriminaciones en el acceso a la actividad.
- c. Antes bien, la interpretación auténtica de la Corte señala que “La libertad de prensa no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”.(OC 5/85).
- d. La Comisión Interamericana ha dicho que la administración arbitraria de las frecuencias es violatoria de la Convención y debe estar prohibida por la ley.

3. SOBRE LAS FRECUENCIAS DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO

Es particularmente importante destacar cuál es la naturaleza del objeto preciado en la actividad radiodifusora, y respecto de la facilidad o no a su acceso se debe debatir a fin de considerarlo como un indicador de efectivo respeto a los derechos humanos. Ellas son las frecuencias.

La reglamentación internacional sobre este tópico surge de los Convenios de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, cuyo articulado específico, en la Recomendación 2 de la Resolución 69 UIT (incorporada a los Acuerdos de Ginebra de diciembre 1992 en Kyoto durante 1994) se expone: "teniendo en cuenta la Declaración de Derechos Humanos de 1948, la Conferencia de Plenipotenciarios de la Unión Internacional de las Telecomunicaciones, consciente de los nobles principios de la libre difusión de la información y que el derecho a la comunicación es un derecho básico de la comunidad RECOMIENDA: a los Estados parte que faciliten la libre difusión de información por los servicios de telecomunicaciones”.

En el artículo 1 apartado 11 se establece en la Constitución de la UIT que: “la Unión efectuará la atribución de frecuencias del espectro radioeléctrico y la adjudicación de frecuencias radioeléctricas y llevará el registro de las asignaciones de las frecuencias y las posiciones orbitales asociadas en la órbita de los satélites geoestacionarios, a fin de evitar toda interferencia perjudicial entre las estaciones de radiocomunicación de los distintos países”.

En el artículo 44 inciso 1 (apartado 195) se menciona que: “Los (Estados) procurarán limitar las frecuencias y el espectro utilizado la mínimo indispensable para obtener el funcionamiento satisfactorio de los servicios necesarios. A tal fin se esforzarán por aplicar los últimos adelantos de la técnica”. En el inciso 2 (apartado 196): “En la utilización de bandas de frecuencias para las

³⁵ Reguillo Cruz, Rossana, entrevista con la periodista Maria Seoane, octubre de 2001. (Citado en el original)

radiocomunicaciones, los Miembros tendrán en cuenta que las frecuencias y la órbita de los satélites geoestacionarios son recursos naturales limitados que deben utilizarse de forma racional, eficaz y económica, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Radiocomunicaciones, para permitir el acceso equitativo a esta órbita y a esas frecuencias a los diferentes países o grupos de países, teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo y la situación geográfica de determinados países”.

Sin embargo, según las recomendaciones de la UIT incluidas en el Libro Azul de Políticas de Telecomunicaciones para las Américas: “Cuando la escasez del espectro no constituye una preocupación y cuando es posible un ingreso ilimitado y se ha de alentar un mercado de plena competencia, podrán no requerirse licencias individuales. Podría ser suficiente un mero registro o licencia de clase” (Cap. VIII, 1996).

A nuestro criterio, entonces, es indubitable que las frecuencias no pueden ser objeto dominial de los Estados, y que la administración de las mismas está sujeta desde el punto de vista técnico a los reglamentos de la UIT, y desde el punto de vista jurídico y político a las Convenciones y Declaraciones de Derechos Humanos y sus interpretaciones auténticas por los órganos institucionales de los Sistemas de Protección establecidos. Un ejemplo de ello es la existencia de frecuencias supranacionales objeto de coordinación continental. Para lo que particularmente nos ocupa, la Convención Americana, la Declaración de Principios de la CIDH y las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana.

Doctrinariamente, compartimos que: “...El debate acerca de la naturaleza jurídica de la órbita geoestacionaria y del espectro de frecuencias toca a su fin. Se halla adecuadamente regulada por el Tratado del Espacio y el Convenio Internacional de Telecomunicaciones... De las largas deliberaciones registradas en los últimos años, luce con mucho contenido jurídico el art. 33 del C. Internacional de Telecomunicaciones que con el ajuste alcanzado en Nairobi se interpreta como fórmula ajustada al principio del patrimonio común de la humanidad. Este principio, que va ganando progresivamente las nuevas expresiones del derecho internacional, lo enuncié y lo expliqué por primera vez, como doctrina y procedimiento en la Universidad de Innsbruck en 1954. En lo específico, lo extendí en 1976, en la Universidad de Hawai al espectro de radiofrecuencias³⁶... Como concepto jurídico es aceptado en el derecho energético internacional, derecho ambiental internacional y derecho informático internacional. Como principio ha sido incorporado en convenios relativos al derecho cultural internacional y al derecho internacional del mar”.³⁷

En este marco de análisis, el modo de funcionamiento de las señales satelitales de recepción directa son una muestra acabada de que los Estados Nacionales coordinan entre ellos el modo de asignar las frecuencias a los distintos servicios y canales. En el mismo sentido ocurre con las señales satelitales que transportan contenidos que luego son distribuidos a los usuarios por operadores locales.

Igualmente ocurre con los tratados bi o multipartitos de asignaciones de frecuencias por región. Si existiera dominio público sobre el espectro, las cosas estarían ocurriendo al revés. Tendrían que ceder algo que no está sobre su territorio para poder asignarse las frecuencias que habrán de utilizarse en el país.

Por último, las resoluciones de UNESCO sobre libre recepción de señales satelitales recaídas en Asamblea General en la que se plasma el reemplazo de la política de autorización previa por el del aviso previo adoptadas por la Res. UNESCO 37/92 no tendrían andamio fáctico alguno.

Además, si los tratados adjudican derechos de administración, quién le permite adueñarse a los Estados de algo que le prestan para que administre en forma coordinada por regiones. Nada indica, entonces, que los Estados tengan el derecho de administrar el espectro de frecuencias como si fuera de su propiedad.

En este sentido, la Relatoría de Libertad de Expresión de la OEA pone de manifiesto que:

³⁶ Cocca, Aldo. The Radio spectrum resource as a common heritage of mankind. University of Hawai 1976.

³⁷ La condición humana en las comunicaciones. Aldo Cocca, Revista el Derecho, T. 126, pág. 785, Buenos Aires, Argentina

44. (...) hay un aspecto tecnológico que no debe ser dejado de lado: para un mejor uso de las ondas de radio y televisión del espectro radioeléctrico, la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), distribuye grupos de frecuencias a los países, para que se encarguen de su administración en su territorio, de forma que, entre otras cosas, se eviten las interferencias entre servicios de telecomunicaciones.

45. Por lo expresado, la Relatoría entiende que los Estados en su función de administradores de las ondas del espectro radioeléctrico deben asignarlas de acuerdo a criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades a todos los individuos en el acceso a los mismos. Esto precisamente es lo que establece el Principio 12 de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión.

Por tanto, queda claramente expuesta nuestra tesis. Los Estados deben poner la mejor economía del recurso radioeléctrico a disposición de la comunidad, para su aprovechamiento integral como soporte del ejercicio del derecho a la información –recibir, difundir e investigar informaciones y opiniones - a través de los medios electrónicos.

4. FUNDAMENTOS CENTRALES QUE EXPLICAN POR QUÉ LA RADIODIFUSIÓN SIN AUTORIZACIÓN NO DEBE SER ENCUADRADA COMO DELITO. LOS LÍMITES EN LA APLICACIÓN DE RESPONSABILIDADES POR EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Siendo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado de modo prevalente el ejercicio del derecho a difundir, recibir e investigar informaciones y opiniones por cualquier medio, la procedencia de la tipificación penal de la actividad radiodifusora sin autorización no debe ser tipificada como delito en la legislación penal.

Los fundamentos de las razones históricas y sociales de la sanción penal que hemos desarrollado con anterioridad indican que el temperamento indicado es el adecuado.

Estando frente al ejercicio de un derecho humano fundamental, nada permite sostener que la última ratio del Estado debe estar encaminada al acallamiento de las voces.

Si el pluralismo es una de las fuentes del Estado de Derecho, cuando los Estados no administran debidamente las frecuencias radioeléctricas, ya fuera por las condiciones de acceso a las mismas en un modo incompatible con los principios 12 y 13 de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya por las condiciones de administración del espectro radioeléctrico violatorias del artículo 13.3 de la Convención Americana, generando en cualquiera de ambos casos instancias de obstaculización de la libre circulación de opiniones e informaciones, tenemos de modo prístino que la aplicación de una sanción penal es absolutamente incompatible con la Convención Americana.

Esta Carta -a la cual deben respeto la totalidad de los países del Hemisferio- establece en el inciso 2 del artículo 13 cuáles son los requisitos que debe cumplir la aplicación de responsabilidades ulteriores.

Como ya sabemos, la Convención Americana no permite la censura previa, ni tampoco contiene previsiones –que sí posee la Convención Europea- referidas a la injerencia previa del Estado o a la necesaria autorización previa de las empresas de cinematografía o radiodifusión (conf. Art. 10 2º párrafo). Existiendo desde 1950 la Convención Europea, no podemos de ningún modo asumir que los redactores del Pacto de San José de Costa Rica omitieron erróneamente una previsión de esta

naturaleza. Antes bien, estamos convencidos que se trata de una decisión estratégica, del mismo modo que se decidió impedir la censura que sí admite el marco europeo.

Veamos entonces cuáles son estos requisitos: el inciso 2 del art. 13 de la Convención señala que tales responsabilidades, vinculadas al ejercicio de difundir, recibir e investigar informaciones y opiniones, deben cumplir con los principios de legalidad, necesidad y fin legítimo.

El primero de estos principios se traduce en que las responsabilidades deben estar previamente establecidas en la ley, entendiendo indubitablemente que por “ley”, la Convención Americana hace referencia a leyes consagradas por los procedimientos constitucionales propios del Estado de Derecho.

En tal sentido, la Comisión Interamericana ha indicado que: “(...) la Convención Americana de DDHH señala que el ejercicio de la libertad de expresión no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores que deben estar fijadas previamente por la ley. Asimismo, el artículo 30 de la Convención contiene una disposición de alcance general, aplicable también a la norma específica sobre libertad de expresión, en la cual se establece que las restricciones permitidas por la Convención a los derechos y libertades reconocidos 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”.

Al interpretar los alcances del art. 30 de la CADH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado: “La expresión leyes utilizada por el artículo 30 de la CADH 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. (Corte Interamericana de Derechos Humanos OC 6/86 del 9 de mayo de 1986, Párrs. 26,27, 35, 36 y 38).³⁸”

De lo expuesto, surge con claridad que para la imposición de responsabilidades no puede soslayarse la vigencia – en primer lugar – del principio de legalidad previa³⁹, y que ella debe cumplir los extremos de “ley formal” que reclama la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Además, la ley debe ser precisa, ya que de lo contrario tampoco sería compatible con el respeto a la libertad de expresión.⁴⁰

La segunda de las condiciones que deben cumplir las normas que fijan las responsabilidades ulteriores son aquellas que se corresponden con un fin legítimo, es decir, que para su adopción se haya tenido en miras satisfacer sólo aquellos derechos o bienes jurídicos que la Convención ha establecido en el inciso 2 del art. 13 como objeto de amparo.

Ellos son: la honra y la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral públicas.

Entonces, las responsabilidades ulteriores deben estar previstas en una ley formal previa al hecho que quiera juzgarse, y la adopción de estas responsabilidades sólo será legítimamente prevista si tiene en miras la protección de los bienes jurídicos expresados.

Pero deben las responsabilidades ulteriores cumplir con una tercera condición: deben ser “necesarias”.

¿Cuál es la importancia de esa condición de necesidad? ¿Cuál es la interpretación de este término?

³⁸ Luis Alberto Huerta Guerrero “Libertad de expresión y acceso a la información pública” ed. Comisión Andina de Juristas, Lima 2003, pág. 46

³⁹ “El principio nulla poena sine lege constituye la base indispensable de las normas de Derecho Penal sustantivo y fundamento también de la potestad represiva del Estado, por cuanto suministra la base irrefragable del ordenamiento jurídico penal”. Derecho Procesal Penal. T.1, pág. 3, Raúl W. Abalos. Ed. Jurídica Cuyo.

⁴⁰ Este efecto lo advirtió la Comisión Europea de Derechos Humanos, cuando en un caso concluyó que “el editor de un periódico puede reclamar ser víctima del art. 10, aun cuando no se le hubiera iniciado ninguna acción por difamación contra sus publicaciones, cuando la ley es demasiado vaga y por ello permite el riesgo de una persecución” (“Times Newspaper LTD. vs. United Kingdom”, 5/3/90).

Para el Sistema Interamericano de derechos humanos y sus órganos, la correcta interpretación del valor de la “necesidad” es la de la necesidad social imperiosa en el caso concreto ⁴¹ según los términos de la Comisión Interamericana.

Y es por ello que define: “El término “necesario”, en el contexto del artículo 13.2 debe considerarse como algo más que “útil”, “razonable”, o “conveniente”. Para que una limitación sea “necesaria”, debe demostrarse que el fin legítimo que se persigue no puede alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de la libertad de expresión”⁴².

Estos estándares interpretativos también se encuentran asentados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana cuando afirma “El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aún en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber:

- a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas,
- b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley,
- c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y
- d) Que esas causales de responsabilidad sean "necesarias para asegurar" los mencionados fines. ⁴³

Nuestra Corte Interamericana en el caso “Palamara Iribarne vs. Chile” ⁴⁴ señala

71. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención, los Estados no pueden impedir ni restringir, más allá de lo legítimamente permitido, el derecho de las personas a “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, [...] ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección”. Además, dicha norma establece los supuestos en los que se pueden realizar restricciones a esos derechos, así como regula lo relativo a la censura previa. En varias oportunidades el Tribunal se ha pronunciado sobre los medios a través de los cuales pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión, y sobre lo dispuesto en el artículo 13 en materia de censura previa⁴⁵.

72. Tal como ha establecido la Corte, “la expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles”⁴⁶, por lo que para garantizar efectivamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión el Estado no puede limitar indebidamente el derecho a difundir las ideas y opiniones”...

⁴¹ Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Informe 1994. Capítulo V. “En efecto, si se consideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibitorio que tienen para la libertad de expresión, la penalización de cualquier tipo de expresión sólo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica”

⁴² Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Informe 1994 Capítulo V

⁴³ Corte IDH. Opinión Consultiva 5/85, parág.39

⁴⁴ Corte IDH “Palamara Iribarne Vs. Chile” Sentencia De 22 De Noviembre De 2005

⁴⁵ Cfr. *Caso Ricardo Canese*, supra nota 172, párr. 95; *Caso Herrera Ulloa*, supra nota 174, párrs. 108-111; *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)*, supra nota 174, párr. 70; y *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinión Consultiva OC-5/85, supra nota 172, párrs. 36-38.

⁴⁶ Cfr. *Caso Ricardo Canese*, supra nota 172, párr. 78; *Caso Herrera Ulloa*, supra nota 174, párr. 109; y *La colegiación obligatoria de periodistas*. Opinión Consultiva OC-5/85, supra nota 172, párr. 36.

85“El Tribunal ha señalado que la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 de la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión⁴⁷.”

En casos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos humanos, la exigencia de la necesidad es un requisito sometido a revisión en cada una de las sentencias en la que se estudian posibles infracciones al artículo 10 de la Convención. De tal modo, encontraremos diversos fallos de ese tribunal en los que se han revocado condenas aplicadas por los jueces y cortes nacionales porque esas sentencias implican interferencias de las autoridades públicas al ejercicio de la libertad de difundir informaciones u opiniones que no son necesarias para resguardar los legítimos fines que dicen proteger, entre ellos los derechos a la honra y reputación de los demás. En todos los casos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos analiza: 1.- Si la medida se encuentra prevista en la ley nacional; 2.- Determina si dicha medida cumple un fin lícito de los que son enunciados en el Artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (protección de la moral pública, la autoridad y la imparcialidad del poder judicial y la reputación de las personas); y 3.- Enjuicia la necesidad y la proporcionalidad de dicha medida para el logro del interés previsto según los parámetros de una sociedad democrática.

En este plano, veremos si el ejercicio de la radiodifusión sin autorización viola alguno de los fines legítimos tenidos en mira por el artículo 13.2. de la Convención Americana.

Es ostensible, a menos que exista interferencia dolosa contra una emisión⁴⁸ que no afecta el derecho de terceros. Por tal motivo, no sería éste un fin legítimo. Por cierto, si los afectara en virtud de los contenidos, la solución legal correcta no hace a la condición de autorizada o no de la emisora, sino a aquellos.

Es también ostensible que su existencia no afecta la honra y la reputación de los demás.

Aparecería sí más controvertible que afectara el orden público. Pero está claro que no nos estamos refiriendo al contenido de las expresiones sino al continente o soporte, por lo cual los dichos son inoocuos a efectos de nuestro análisis.

Entonces, ¿de qué modo podría afectarse el orden público? Por interferencias dolosas a otros sistemas de comunicaciones por funcionar con equipos no autorizados.

En tal caso, si se admitiera que existe tal necesidad social imperiosa y se considerara como fin legítimo preservar al espectro radioeléctrico de toda emisión emergente de estaciones o equipamiento no autorizados, de lo que se trata es de poner en cuestión a la casi totalidad de las emisoras del

⁴⁷ Cfr. *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 172, párr. 96; *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 174, párrs. 121 y 123; y *La colegiación obligatoria de periodistas*. Opinión Consultiva OC-5/85, *supra* nota 172, párr. 46.

⁴⁸ Con lo que el objeto o fin legítimo a proteger no es el espectro ni el derecho de propiedad, sino la libertad de expresión de quien se encuentra operando ya otra emisora

continente para verificar si el equipamiento, potencia, localización, filtrado de emisiones, y barrido de las emisiones cumple con la totalidad de los estándares técnicos exigibles.

Si efectivamente se realizara este análisis de modo neutral (entendiendo por neutral la revisión técnica independientemente de la naturaleza jurídica y condiciones en las que se operan los equipos) la disputa de la tipificación penal no pasaría por la autorización o no para emitir, sino en la protección de la indemnidad del espectro radioeléctrico para que nadie realice emisiones fuera de normas, reglamentos, concesiones o licencias.

En este sentido, debemos alertar que no cuentan con autorización no sólo quienes no la han tramitado y obtenido, sino también quienes explotan una emisora en condiciones distintas a las que se le han otorgado en su concesión, licencia o usufructo (según el régimen al que nos refiramos). Pero nadie reclama la solución de la sanción penal para quienes desnaturalizan un título legal haciendo algo distinto para los que el Estado los autoriza.

Y, en este caso, debemos distinguir claramente la interferencia de los medios de comunicación electrónicos de la protección a la inviolabilidad de las telecomunicaciones. La distinción que pretendemos no es para nada ociosa, toda vez que no sólo están diferenciados los servicios por las definiciones internacionales de la U.I.T, sino que –además y fundamentalmente– unos están previstos como soportes del ejercicio de la libertad de expresión por estar orientados al público en general, y los otros están previstos como servicios objeto de liberación de mercados por los acuerdos de la OMC, y se trata de enlaces que establecen comunicaciones punto – punto, y amparados por el secreto de las telecomunicaciones.

Secreto que está basado en circunstancias de confidencialidad, perspectiva de invulnerabilidad y bilateralidad del enlace, condiciones todas ellas que no tiene la radiodifusión y que mucho menos nos ofrece la presencia del requisito de la necesidad social imperiosa.

Si de lo que se trata en materia de protección al orden público es la seguridad de la navegación aérea, no es necesaria ninguna tipificación. Ese bien jurídico suele – casi diríamos por definición – estar incluido específicamente dentro de la legislación penal, y quien lo afectara, independientemente de con qué tipo de emisión lo realice, cuenta con previsiones específicas.

Si de lo que se trata es de caracterizar a la radiodifusión sin autorización como una afectación al derecho de propiedad sobre el espectro radioeléctrico, además de remitirnos a las consideraciones ya vertidas sobre la naturaleza de las frecuencias, habremos de abundar en lo siguiente:

a) Las emisiones radioeléctricas de por sí no reconocen derecho de propiedad. En la medida en que se trata de impulsos radioeléctricos y nadie las acapara o se apropia de ellas de modo material, la definición del delito de “hurto de energía” es inaplicable para su asimilación.

Independientemente de la imposibilidad de la aplicación de principios analógicos para la interpretación de las leyes penales, enfáticamente no hay apropiación posible en beneficio propio o de terceros de esas emisiones inteligibles. La sola definición de “emisiones” que propone la Unión Internacional de Telecomunicaciones hace inviable esta posibilidad jurídica.

Veamos que dicen los glosarios de la UIT:

- Término: emisiones radiadas. Definición: Fenómeno que consiste en la emanación de energía en forma de ondas electromagnéticas de una fuente hacia el espacio (energía transferida a través del espacio en forma de ondas electromagnéticas).

La circunstancia de que se trate de una expresión de energía transferida al espacio importa la impropiedad de considerarla un bien susceptible de apropiación.

Distinto es el caso por una eventual retransmisión no autorizada de señal de terceros es un supuesto distinto y violaría principios de propiedad intelectual por re-explotación no autorizada de contenidos. Es un supuesto absolutamente diferente y estaría comprendido en los alcances de protección de contenidos de los Acuerdos de Roma sobre protección de los contenidos de los

organismos de radiodifusión y basados en principios de propiedad intelectual y derechos de exhibición o radiodifusión al público.

b) La Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones prevé en su texto –en el artículo 44, referido a la Utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas y de la órbita de los satélites geoestacionarios y otras órbitas, que “En la utilización de bandas de frecuencias para los servicios de radiocomunicaciones, los Estados Miembros tendrán en cuenta que las frecuencias y las órbitas asociadas, incluida la órbita de los satélites geoestacionarios, son recursos naturales limitados que deben utilizarse de forma racional, eficaz y económica, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Radiocomunicaciones, para permitir el acceso equitativo a esas órbitas y a esas frecuencias a los diferentes países o grupos de países, teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo y la situación geográfica de determinados países.” 196 PP-98

Por lo tanto, vemos que en ningún apartado se prevé que las emisiones o las frecuencias puedan ser objeto de dominio por particulares y ni siquiera del Estado como bien mueble, hipótesis imprescindible para que pueda existir el delito de hurto.

En idéntica inteligencia, una frecuencia asignada (ancho de banda) tampoco es susceptible de ser defendida en términos de bien mueble o derecho de propiedad. La UIT define:

–”Banda de frecuencia asignada: UIT-R Rec. V.573 - Banda de frecuencias en el interior de la cual se autoriza la emisión de una estación determinada; la anchura de esta banda es igual a la anchura de banda necesaria más el doble del valor absoluto de la tolerancia de frecuencia. Cuando se trata de estaciones espaciales, la banda de frecuencias asignada incluye el doble del desplazamiento máximo debido al efecto Doppler que puede ocurrir con relación a un punto cualquiera de la superficie de la Tierra. Nota 1 - Para ciertos servicios, es equivalente el término "canal asignado". Nota 2- Para la definición de "tolerancia de frecuencia", véase la sección D (término D02). **Procedencia** : RR 1.147,”

Por lo cual, es un registro inmaterial que admite el tránsito de emisiones. No puede ser objeto de dominio ni cuando las emisiones son emitidas.

La misma hipótesis se verifica si tratásemos de proteger penalmente a un canal:

- Término : canal (de frecuencias) Definición : Parte del espectro de frecuencias que se destina a ser utilizado para la transmisión de señales y que puede determinarse por dos límites especificados o por su frecuencia central y la anchura de banda asociada o por cualquier otra indicación equivalente. Nota 1 - Un canal de frecuencias puede estar compartido en el tiempo para efectuar una comunicación en los dos sentidos mediante explotación símplex. ^Nota 2 - Se desaconseja el empleo del término "canal" por "circuito de telecomunicación". ^Nota 3 - La Recomendación UIT-R V.573 define el término "radiocanal (canal radioeléctrico)" utilizado en radiocomunicaciones –.

A mayor abundamiento, es menester señalar que para que pueda afectarse el derecho de propiedad sobre un bien, este debe ser objeto de apoderamiento. Para que se cumpla este requisito – a su vez – es también necesario que ese determinado bien esté en el comercio. Pues bien, las frecuencias o las emisiones radioeléctricas de la radiodifusión no están en el comercio y los estados no ceden las frecuencias en a título de dominio. De tal modo, mal puede sugerirse su condición de bien jurídico protegido por delitos tipificados como hurto o hurto agravado.

c) Del mismo modo, corrobora nuestro aserto el hecho de que se imponen obligaciones concretas a los Estados para facilitar el uso extensivo y con fines sociales y satisfactorio de los servicios, bajo la sanción de la Recomendación ya citada No.2 de la Conferencia de Plenipotenciarios de Kyoto (1994) que señala: “Libre difusión de las informaciones y derecho a la comunicación:

- vistos

a) la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948;

b) el Preámbulo y los artículos 1, 33, 34 y 35 de la Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Ginebra, 1992);

c) la disposición de la Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) relativa a la libre difusión de las ideas mediante palabras e imágenes y la declaración de principios fundamentales, adoptada por el XX periodo de sesiones de la Conferencia General de la UNESCO relativos a la contribución de los medios de comunicación social al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacional, a la promoción de los derechos humanos y la lucha contra el racismo, la segregación racial y la incitación a la guerra y las resoluciones pertinentes del XXI periodo de sesiones de la Conferencia General de la UNESCO;

d) las recomendaciones de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos adoptadas en Viena, en 1993, en las que se establece que la promoción y la protección de los derechos humanos son cuestiones prioritarias para la comunidad internacional,

Consciente

De los nobles principios de la libre difusión de información y de que el derecho a la comunicación es un derecho básico de la humanidad,

Consciente también

De que es importante que estos nobles principios promuevan la difusión de información, con objeto de fortalecer la paz, la cooperación, la comprensión mutua entre los pueblos y el enriquecimiento espiritual de la personalidad humana, así como la difusión de la cultura y de la educación entre todos los individuos, cualesquiera que sean su raza, sexo, idioma o religión,

Recomienda

A los Miembros de la Unión que faciliten la libre difusión de información por los servicios de telecomunicación.”

Por lo tanto, en este esquema de interpretación de normas internacionales a los que los países deben sujetarse, aparece seriamente contradictorio con los mandatos supranacionales que sea tolerable asumir como fin legítimo el derecho de propiedad como bien jurídico protegido que permita la aplicación de responsabilidades ulteriores en esta temática.

Finalmente, en cuanto a la presencia de la necesidad social imperiosa que reclama la Convención y la jurisprudencia debemos detallar tres cuestiones:

- La primera es que siendo la Carta Europea de Derechos Humanos explícitamente distinta y mucho más estrecha y menos generosa en materia de libertad de expresión, restricciones indirectas y autorizaciones para soportes radioeléctricos, además del hecho de prever injerencias previas estatales de modo preciso, la jurisprudencia emergente del TEDH no es de aplicación inmediata en nuestro sistema como precedente a seguir,

- La segunda es que la propia Corte IDH ha señalado que el art. 13 CADH es el más generoso en materia de reconocimiento de los derechos y facultades emanados de la libertad de expresión.

De tal modo, nunca podría configurar una acción ilegal que merezca reproche penal el ejercicio de un derecho humano que el propio sistema interamericano reconoce como postergado.

En este sentido, aunque con referencia explícita al uso del espacio público para el ejercicio de la libertad de expresión y la protesta, el destacado constitucionalista argentino Roberto Gargarella señala:

“(…) el juez no puede cerrar los ojos al contexto que organiza la expresión pública en la sociedad. En países como la Argentina, dicho contexto resulta muy problemático por la fuerte correlación que existe entre expresión y dinero, y por el modo extraordinariamente desigual que se encuentra distribuido ese dinero (...) el acceso a los medios depende de lo que uno se encuentra dispuesto para acceder a ellos, o de la capacidad que uno tiene para seducir a los que puedan pagar, dentro de un marco en el cual no son muchos los que pueden pagar ese precio... Sí diría que uno debe estar alerta de modo tal de evitar una confusión bastante común, que es la de pensar que uno garantiza la libertad de expresión respetando un statu quo donde algunas voces resultan sistemáticamente silenciadas y otras se encuentran sobre representadas en la esfera política. Respetar la libertad de expresión exige de acciones públicas destinadas a que se escuchen voces diferentes, de acciones que faciliten el acceso a

la escena pública de puntos de vista opuestos, de acciones que rompan una inercia que castiga a quienes están peor porrazotes completamente ajenas a su responsabilidad.”⁴⁹

- La tercera es que de acuerdo a las interpretaciones sobre el principio de necesidad y de los fundamentos del derecho penal, existen medidas alternativas y menos restrictivas de la libertad de expresión que la previsión y tipificación penal de la realización de emisiones sin autorización que merecen ser consideradas por los sistemas jurídicos nacionales. Ello toma particular relevancia cuando nuestro continente registra graves vicios en materia de administración de espectro radioeléctrico y acceso a las licencias que no sólo no responden a los Principios de libertad de expresión de la Declaración de la CIDH de Octubre de 2000, sino que incluso han sido cuestionados en más de una oportunidad en los Informes Anuales y particulares por país de ese mismo organismo.

5) TIPIFICACIONES Y BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS EN EL DERECHO COMPARADO RESPECTO DE RADIODIFUSORAS SIN AUTORIZACIÓN.

Intentaremos recoger algunos criterios existentes en el derecho comparado que nos permita dilucidar qué soluciones jurídicas pueden aportarse y que sean consistentes con los principios mencionados previamente.

En Australia, el artículo 134 de la Australian Broadcasting Act prescribe que “una persona no debe proveer un servicio de televisión comunitario con el uso de servicios de bandas de frecuencias de radiodifusión, salvo que tenga una licencia para proveer tal servicio”. La pena es una multa de cincuenta mil dólares canadienses.

La sección 135 de la misma ley otorga una pena de cinco mil dólares canadienses cuando lo operado sin autorización sea una emisora de radio.⁵⁰

⁴⁹ Gargarella, Roberto “Carta abierta sobre la intolerancia” Ed. Siglo XXI. Buenos Aires, 2005, pags. 29-30

⁵⁰ Australia: **Prohibition on providing a community television broadcasting service without a licence**
134. A person must not provide a community television broadcasting service with the use of the broadcasting services bands unless the person has a licence to provide that service. Penalty: \$50,000

Prohibition on providing a community radio broadcasting service without prejudice.

135. A person must not provide a community radio broadcasting service with the use of the broadcasting services bands unless the person has a licence to provide that service. Penalty: \$5,000

Continuing Offences

136. A person who breaches a provision of this Division is guilty of a separate offence in respect of each day (including a day of a conviction under this section or any subsequent day) during which the breach continues.

Notices for providing broadcasting services without appropriate authority

137. If the ABA is satisfied that:

- (b) a person is providing a community broadcasting service without a licence to provide that service; the ABA may, by notice in writing given to the person, direct the person to cease to provide that service

Breach of notice under section 137 to constitute an offence

En Argentina rige el artículo 28 de la ley 22.285 que califica como clandestinos a los servicios que operan sin autorización o en condiciones distintas a las autorizadas y sólo están sujetos a decomiso previa orden de juez federal.

En el Brasil de acuerdo a la ley 9472, se lo califica como hurto de propiedad de dominio público. También hay previsiones para el caso de afectar el tráfico aéreo, que, como ya hemos dicho, califica un bien jurídico distinto, independientemente del medio de comunicación y su uso.

En el CAPÍTULO II de dicha norma se prevé (art. 183) que desenvolver clandestinamente actividades de telecomunicación tiene una pena de dos a cuatro años de prisión, agravado en caso de daños a terceros más una multa de diez mil reales.

El artículo 184 considera clandestina la actividad desarrollada sin la concesión, permiso o autorización competente de usos de radiofrecuencias.⁵¹

138.

- (1) A person who fails to comply with a notice under section 137 is guilty of an offence. Penalty: if the notice was given under paragraph 137 - \$5,000.
- (2) A person who breaches subsection (1) is guilty of a separate offence in respect of each day (including a day of a conviction under this subsection or any subsequent day) during which the failure to comply with the notice continues.

Offence for breach of conditions of licences and class licences

139. (4) A community broadcasting licensee who breaches a condition of the licence set out in subclause 9 (1) of Schedule 2 is guilty of an offence. Penalty: \$5,000

Continuing offences

140. A person who breaches section 139 is guilty of a separate offence in respect of each day (including a day of a conviction under this section or any subsequent day) during which the breach continues.

Suspension and cancellation

143.

(1) If a commercial television broadcasting licensee, a commercial radio broadcasting licensee, a subscription television broadcasting licensee or a community broadcasting licensee:

(a) fails to comply with a notice under section 141; or (b) breaches a condition of the licence; the ABA may, by notice in writing given to the person: (c) suspend the licence for such period, not exceeding 3 months, as is specified in the notice; or (d) cancel the licence.

- (2) If the ABA proposes to take action under subsection (1), the ABA must give to the person:
 - (a) written notice of its intention; and
 - (b) a reasonable opportunity to make representations to the ABA in relation to the proposed action.

⁵¹ **Das Sanções Penais**

Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:

Pena - detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

En el caso de Bolivia hay una remisión indeterminada al Código Penal en la ley de telecomunicaciones 1632, cuyo artículo 26° dice: *.- SANCIONES. Sin perjuicio de las sanciones establecidas por el Código Penal, el Superintendente de Telecomunicaciones aplicará a los infractores, las sanciones de apercibimiento, secuestro o embargo de equipos y material, multas e inhabilitación temporal para ejercer las actividades de su giro por un plazo máximo de un año. La graduación de las sanciones se establecerá en el reglamento y los montos y forma de pago en los respectivos contratos de concesión. El monto proveniente del pago de estas multas se depositará en la cuenta bancaria del Fondo Nacional de Desarrollo Regional para los propósitos establecidos en el Art. 28° de la presente ley.*

En el Código Penal no hay normas específicas sino aquellas genéricas que protegen de daño o interrupciones a los servicios de comunicaciones o radiales o a dañar sus conductos. Vale decir, el bien jurídico protegido no está dirigido a desalentar el ejercicio de la radiodifusión en sí.

Idéntica previsión aparece en la ley de radiodifusión de Colombia, siendo que el artículo 10 de la ley 72 de 1989 señala: *“Cualquier servicio de telecomunicaciones que opere sin previa autorización del Gobierno es considerado clandestino y el Ministerio de Comunicaciones y las autoridades militares y de policía procederán a suspenderlo y a decomisar los equipos, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones de orden administrativo o penal a que hubiere lugar conforme a las normas legales y reglamentarias vigentes.”*

Lo particular del caso es que las comunicaciones sólo aparecen vinculadas como bien jurídico protegido en los delitos de defraudación por vía del apropiamiento realizado por mecanismos clandestinos o alterando sistemas de control.

El artículo 256 del Código Penal de Colombia dice: *“Defraudación de fluidos. El que mediante cualquier mecanismo clandestino o alterando los sistemas de control o aparatos contadores, se apropie de energía eléctrica, agua, gas natural, o señal de telecomunicaciones, en perjuicio ajeno, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y en multa de uno (1) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”*

Tampoco representa tipificación acorde a la radiodifusión no autorizada (ésta como medio de ejercicio de la libertad de expresión) el artículo 257 que sanciona: *“ Del acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones. El que acceda o use el servicio de telefonía móvil celular u otro servicio de comunicaciones mediante la copia o reproducción no autorizada por la autoridad competente de señales de identificación de equipos terminales de éstos servicios, derivaciones, o uso de líneas de telefonía pública básica conmutada local, local extendida o de larga distancia no autorizadas, o preste servicios o actividades de telecomunicaciones con ánimo de lucro no autorizados, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime.

Art. 184. São efeitos da condenação penal transitada em julgado:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda, em favor da Agência, ressalvado o direito do lesado ou de terceiros de boa-fé, dos bens empregados na atividade clandestina, sem prejuízo de sua apreensão cautelar.

Parágrafo único. Considera-se clandestina a atividade desenvolvida sem competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e de exploração de satélite.

Art. 185. O crime definido nesta Lei é de ação penal pública, incondicionada, cabendo ao Ministério Público promovê-la.

I - a Lei no 4.117, de 27 de agosto de 1962, salvo quanto a matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão;

La pena anterior se aumentará de una tercera parte a la mitad, para quien hubiese explotado comercialmente por sí o por interpuesta persona, dicho acceso, uso o prestación de servicios de telecomunicaciones no autorizados.

Igual aumento de pena sufrirá quien facilite a terceras personas el acceso, uso ilegítimo o prestación no autorizada del servicio de que trata este Artículo.”

Y decimos no corresponde porque una emisora de radiodifusión no cabe en ninguna de las hipótesis contempladas.

Más ajustado a lo que queremos controvertir es el caso de la Ley de telecomunicaciones de Chile:

Su Artículo 36° B. establece: “Comete delito de acción pública:
a) *El que opere o explote servicios o instalaciones de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión sin autorización de la autoridad correspondiente, y el que permita que en su domicilio, residencia, morada o medio de transporte, operen tales servicios o instalaciones. La pena será la de presidio menor en sus grados mínimo a medio, multa de cinco a trescientos unidades tributarias mensuales y comiso de los equipos e instalaciones,*

b) El que maliciosamente interfiera, intercepte o interrumpa un servicio de telecomunicaciones, sufrirá la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y el comiso de los equipos e instalaciones.

c) El que intercepte o capte maliciosamente o graba sin la debida autorización, cualquier tipo de señal que se emita a través de un servicio público de telecomunicaciones, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de 50 a 5.000 UTM.

d) La difusión pública o privada de cualquier comunicación obtenida con infracción a lo establecido en la letra precedente, será sancionada con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de 100 a 5.000 UTM.

El inciso a) va directamente al punto. La operación no autorizada de emisoras de radiodifusión es objeto de castigo con prisión, multa y decomiso.

Ahora bien: ¿cuál es bien jurídico protegido de acuerdo a este texto?. Aparentemente la autoridad de la administración, en la medida en que el encabezamiento del artículo 36 indica: **DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES**

Artículo 36.- Las infracciones a las normas de la presente ley, a sus reglamentos, planes técnicos fundamentales y normas técnicas, serán sancionadas por el Ministro en conformidad a las disposiciones de esta ley. Las sanciones sólo de materializarán una vez ejecutoriada la resolución que las imponga. A falta de sanción expresa y según la gravedad de la infracción, se aplicará alguna de las siguientes sanciones:”

Habitualmente la previsión del bien jurídico protegido aparece explicitada en la denominación del artículo, capítulo o sección de la ley. Aquí solo hallamos “De las infracciones y sanciones”. La única referencia ya ha sido citada.

A la hora de contraponer esta previsión con los requerimientos del art. 13 inciso 2 de la Convención Americana, entenderemos que la sanción penal en este caso difícilmente sea proporcionada a las necesidades del estado de derecho por la capacidad inhibitoria del artículo que no protege más que el acatamiento formal a la necesidad de un permiso. En la medida en que el derecho comparado ofrece soluciones mucho más flexibles y respetuosas de la libertad de expresión para tal circunstancia, nuestra hipótesis parecería nuevamente verificada.

En Ecuador rige un artículo sin número, obrante en el capítulo Disposiciones generales de la **Ley de Radiodifusión y Televisión**. Decreto Supremo No. 256-A Registro Oficial No. 785 del 18 de abril de 1975, ref. L s/n. Registro Oficial No. 691 / 9 de mayo de 1995)

...Las estaciones de radiodifusión y televisión que operaren clandestinamente; esto es, sin autorización otorgada de conformidad con la presente Ley, serán clausuradas y requisados sus equipos, en forma inmediata, por el Superintendente de Telecomunicaciones; quien, además, denunciará tal hecho ante uno de los jueces de lo penal de la respectiva jurisdicción. Comprobada la infracción, los responsables serán sancionados con una pena de dos a cuatro años de prisión, con arreglo a las disposiciones de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal.

Ahora bien, las referencias más cercanas que podemos hallar en el Código Penal tienen como bien jurídico protegido a los medios de transporte y de comunicación por vía del artículo 422 que señala “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que interrumpiere la comunicación postal, telegráfica, telefónica, radiofónica o de otro sistema, o resistiere violentamente al restablecimiento de la comunicación interrumpida.

Si el acto se realizare en reunión o en pandilla, o la interrupción fuere por medios violentos, vías de hecho o amenazas, la pena será de prisión de tres a cinco años.

Quienes ofrezcan, presten o comercialicen servicios de telecomunicaciones, sin estar legalmente facultados, mediante concesión, autorización, licencia, permiso, convenios o cualquier otra forma de la contratación administrativa, salvo la utilización de servicios de internet, serán reprimidos con prisión de dos a cinco años.

Estarán comprendidos en esta disposición, quienes se encuentren en posesión clandestina de instalaciones que, por su configuración y demás datos técnicos, hagan presumir que entre sus finalidades está la de destinarlos a ofrecer los servicios señalados en el inciso anterior, aún cuando no estén siendo utilizados. Las sanciones indicadas en este artículo, se aplicarán sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y civiles previstas en la Ley Especial de Telecomunicaciones y sus Reglamentos. “

A poco de analizar la consistencia de las previsiones encontramos que en la ley de telecomunicaciones no hay bien jurídico protegido y que cuando deriva a la previsión penal del Código de Fondo, las penas – que por cierto son menores – se aplican a quienes afectan o interfieren (lo cual es una instancia de por sí distinta al funcionamiento, tal como lo hemos dicho antes) y respecto del funcionamiento no autorizado sólo se refiere a telecomunicaciones punto a punto, puesto que de lo contrario no tendría sentido la exclusión de Internet.

En este caso tendríamos serias dudas en afirmar que se cumple con el requisito de legalidad y seguramente no cumple el de necesidad en una sociedad democrática. Y no sabemos tampoco cuál es el fin legítimo que la autorizaría en relación a las emisoras de radiodifusión. Tanto es así, que en las consideraciones del Congreso Nacional para arribar a la actual redacción del artículo 422 encontraremos: (...) “*Que en el mercado han proliferado empresas que, apartándose del ordenamiento jurídico vigente y de las normas legales que existen para el efecto, ofrecen públicamente y prestan servicios de llamadas internacionales ilícitas, infringiendo los principios de la Ley Especial de Telecomunicaciones; Que esta práctica ilícita, perjudica de manera considerable, tanto a las operadoras legalmente constituidas, como al fisco, por la evasión de tributos que estas operaciones generan, beneficiándose económicamente las personas naturales y jurídicas que actúan al margen de la Ley; Que sin perjuicio de las normas existentes en el Código Penal, y la Ley Especial de Telecomunicaciones, es necesario incorporar nuevos tipos que repriman las telecomunicaciones ilícitas y la simple tenencia de equipos destinados al cometimiento de estos ilícitos”*

Por lo tanto, ninguna mención autoriza a someter al código penal a las emisoras en las condiciones en que ilegítimamente lo hace la ley de telecomunicaciones, que – además – es ley anterior a esta reforma del art. 422.

En Francia, aún cuando el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos es ciertamente más riguroso que el artículo 13 de la Convención, el artículo 78 de la ley de radiodifusión de 1986 establece *"se castigará con 75.000 euros de multa el dirigente de derecho o hecho de un servicio de comunicación audiovisual que haya emitido o haya hecho emitir:" - 1º sin autorización del Consejo Superior del Audiovisual o en violación de una decisión de suspensión, o de retirada, pronunciada, o sobre una frecuencia distinta de aquélla que se le asignó; - 2º en violación de las disposiciones relativas a la potencia o el lugar de implantación de la emisora; - 3º sin haber concluido con el Consejo Superior del Audiovisual un convenio [...]"*.

Se añade que "en repetición o cuando la emisión irregular haya perturbado las emisiones o conexiones hertzianas de un servicio público, de una sociedad nacional de programación o de un servicio autorizado, el autor de la infracción podrá ser castigado con una multa de 150.000 euros y con un encarcelamiento de una duración máxima de seis meses [...]."

Entonces encontramos que la legislación no aplica un castigo corporal a quien viola disposiciones administrativas y sí a quien genera perjuicios a terceros.

La lectura de estas disposiciones demuestra que la represión penal no es necesaria, salvo que su ideología esté destinada a garantizar el mantenimiento y agudización de los procesos de concentración de los medios de comunicación radioeléctricos.

Un caso notable ofrece Perú, cuyo código penal ha tenido una reforma reciente supuestamente destinada a actuar contra la radiodifusión sin autorización. Para ello incorpora una previsión dentro de la figura del hurto agravado.

De acuerdo al dictamen previo a su sanción, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos propone incorporar un inciso al Art. 186 del Código Penal, para sancionar la transmisión de señales ilegales de telecomunicación.

Su texto incorpora a la segunda parte del artículo 186 del Código Penal, el inciso 6, quedando redactado en su integridad en los siguientes términos:

Artículo 186.- El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si el hurto es cometido:

1 En casa habitación.

2 Durante la noche.

3 Mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos.

4 Con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado.

5 Sobre los bienes muebles que forma el equipaje del viajero.

6 Mediante el concurso de dos o más personas.

La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años si el hurto es cometido:

1 Por un agente que actúa en calidad e integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos.

2 Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la nación.

3 Mediante la utilización de sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general, o la violación del empleo de claves secretas.

4 Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica."

5 Con empleo de materiales o artefactos explosivos para la rotura de obstáculos.

6 Utilizando el espectro radioeléctrico para la transmisión de señales de telecomunicación ilegales.

La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización destinada a perpetrar estos delitos."

Lo complejo del tema, y que en concreto haría a la falta de previsión previa y precisa de la ley que reprimiera la utilización de esta vía de ejercicio de la libertad de expresión, es que su texto indica que el bien jurídico protegido es la propiedad, pero no de la frecuencia, sino de otro objeto, para cuya afectación se utiliza el espectro de señales.

Lo dicho por dos razones: La primera es que casi todo el artículo y cada uno de sus incisos hacen referencias a circunstancias de comisión que importan el agravamiento del hurto. La segunda es que cuando el agravamiento se establece por la calidad del bien jurídico a proteger, lo que indica la técnica del propio artículo (y del Código en sí) es que se señala la objeto del delito diciendo que recae "sobre" él. En el caso, el inciso 5 de la primera parte, y el inciso 2 de la segunda.

Por lo tanto, el cuestionable (por las razones ya expuestas) apoderamiento de una frecuencia no tiene tipificación en el código peruano.

En el caso de la legislación mejicana, la ley federal de radio y televisión contempla un capítulo de infracciones que definen los supuestos de modo específico.

EN lo que vemos, no hay previsión de prisión corporal, sino de una multa que importa un castigo a una contravención administrativa, hipótesis a la que se suma el decomiso del equipamiento. Ambos por imperio del artículo 102 y 104 bis.

Si atendemos puntualmente al texto, el artículo 101 inc. xxiii define la infracción, el 102 la multa y el 104 bis el decomiso.

Artículo 101.- constituyen infracciones a la presente ley:

i.- las transmisiones contrarias a la seguridad del estado, a la integridad nacional, a la paz y al orden públicos;

ii.- no prestar los servicios de interés nacional previstos en esta ley, por parte de los concesionarios o permisionarios;

iii.- la operación de una emisora con una potencia distinta a la asignada, sin autorización de la secretaria de comunicaciones y transportes;

iv.- la alteración sustancial por los locutores de los textos de boletines o informaciones proporcionados por el gobierno, con carácter oficial para su transmisión; asimismo, la emisión no autorizada de los textos de anuncios o propaganda comerciales que requieran previamente la aprobación oficial;

v.- utilizar los servicios de locutores, cronistas o comentaristas que carezcan de certificado de aptitud;

vi.- iniciar las transmisiones sin la previa inspección técnica de las instalaciones;

vii.- no suprimir las perturbaciones o interferencias que causen a las emisiones de otra difusora en el plazo que al efecto les haya fijado la secretaria de comunicaciones y transportes;

viii.- modificar las instalaciones sin la previa aprobación de la secretaria de comunicaciones y transportes;

ix.- la violación a lo dispuesto en el artículo 46;

x.- no cumplir con la obligación que les impone el artículo 59 de esta ley;

xi.- la falta de cumplimiento a cualesquiera de las obligaciones contenidas en el artículo 60 de esta ley;

xii.- no encadenar una emisora cuando se trate de transmitir las informaciones a que se refiere el artículo 62;

xiii.- la desobediencia a cualquiera de las prohibiciones que para la correcta programación prevé el artículo 63 de esta ley;

xiv.- la violación a lo dispuesto por el artículo 64 de esta ley;

xv.- contravenir lo dispuesto por cualesquiera de las tres fracciones del artículo 67 de esta ley;

xvi.- contravenir las disposiciones que, en defensa de la salud pública, establece el artículo 68 de la presente ley;

xvii.- realizar propaganda o anuncios en contravención al artículo 70;

xviii.- faltar a lo que dispone el artículo 75 en relación con el uso del idioma nacional;

xix.- la violación a lo dispuesto en el artículo 78;

xx.- no acatar las observaciones que haga la secretaria de gobernación en los términos del artículo 97;

xxi.- no acatar las ordenes o no respetar las características de las autorizaciones que sobre transmisiones formule la secretaria de gobernación;

xxii.- no transmitir los programas que el estado ordene en el tiempo cuyo uso le corresponde en los términos de esta ley u otros **ordenamientos**.

xxiii.- operar o explotar estaciones de radiodifusión, sin contar con la previa concesión o permiso del ejecutivo federal; y

xxiv.- las demás infracciones que se originen del incumplimiento de esta ley.

Artículo 102.- quienes dañen, perjudiquen o destruyan cualquier bien inmueble o mueble usado en la instalación u operación de una estación de radio o televisión, interrumpiendo sus servicios, serán castigados con tres días a cuatro años de prisión y multa de \$1,000.00 a \$50,000.00. Si el daño se causa empleando explosivos o materias incendiarias, la prisión será en ese caso de 5 a 10 años.

Artículo 103.- se impondrá multa de cinco mil a cincuenta mil pesos en los casos de las fracciones i, ii, iii, viii, xiii, xxi, xxii y xxiii del artículo 101 de esta ley.

artículo 104.- se impondrá multa de quinientos a cinco mil pesos en los casos de las fracciones iv, v, vi, vii, ix, x, xi, xii, xiv, xv, xvi, xvii, xviii, xix, xx y xxiv del mismo artículo 101.

artículo 104 bis.- el que sin concesión o permiso del ejecutivo federal opere o explote estaciones de radiodifusión, sin perjuicio de la multa prevista en el artículo 103, perderá en beneficio de la nación

todos los bienes muebles e inmuebles dedicados a la operación o explotación de la estación de que se trate.

Cuando la secretaria de comunicaciones y transportes tenga conocimiento de alguno de esos hechos procederá al aseguramiento de las construcciones, instalaciones y de todos los demás bienes destinados a la operación o explotación de la estación de que se trate, poniéndolos bajo la custodia del depositario interventor que esta designe. en el momento de la diligencia se notificara al presunto infractor que dispone un termino de diez días para que presente las pruebas y defensas pertinentes. transcurrido este, la secretaria de comunicaciones y transportes dictara la resolución que corresponda.