

EN DEFENSA DE LA RADIODIFUSION (*)

DR. CARLOS E. DELPIAZZO**

I) PRECISIONES DE BASE

Deseo comenzar esta exposición acerca del proyecto de ley de servicios de comunicación audiovisual remitido por el Poder Ejecutivo al Parlamento en el pasado mes de mayo, haciendo algunas precisiones que se imponen.

En primer lugar, quiero confesar que me considero discípulo en la materia, entre otros, de las enseñanzas de los Profesores Justino JIMENEZ DE ARECHAGA y Mariano R. BRITO, las cuales me han marcado y, por tanto, presidirán cuanto voy a decir.

El primero de los maestros mencionados advertía en una audición en "El Espectador" el 30 de noviembre de 1944 algo que se aplica a la situación que hoy vivimos en relación al proyecto de ley referido. Decía: "En los tiempos que vivimos -como quizás en ningún otro desde hace cuatro siglos- será fácil al compilador de opiniones seleccionar cuantas desee, y aún de juristas más o menos sensacionales, para intentar la justificación de medidas gubernativas o de interpretación de textos legales que redunden en limitación o desconocimiento de la libertad. Sería fácil, aunque fatigoso, demostrar cómo, mediante hábiles referencias a altas autoridades del Derecho público y sin distorsionar su verdadero pensamiento, todas las disposiciones de la Constitución de la República que consagran los derechos fundamentales del hombre pueden ser reducidas a fórmulas vacías y sin sentido. Es que al lado de la concepción liberal del Derecho público, se desarrolla una concepción autoritarista, distinguiéndose la una de la otra en la idea política que las inspira y determina sus soluciones particulares. Este planteo general resulta plenamente válido si lo referimos al problema de la radiodifusión en el Uruguay o en cualquier otro país sobre la tierra"¹.

Por su parte, enseñaba Mariano R. BRITO a propósito del decreto ley de radiodifusión N° 14.670 que la satisfacción del interés público en la materia no radica sólo en el Estado sino también en los particulares ya que están en juego libertades fundamentales como la expresión del pensamiento y de recibir información, lo que excluye la naturaleza de servicio público y también el monopolio, sea estatal o privado².

En segundo lugar, quiero ratificar aquí lo que he dicho y escrito reiteradamente antes de ahora en el sentido de que el neoconstitucionalismo que campea en nuestros días expresa una fórmula cuyo elemento medular consiste en una concepción instrumental de las instituciones al servicio de los derechos humanos, en la cual el principio de juridicidad supone el sometimiento del poder no únicamente a límites formales sino también a límites sustanciales impuestos por los principios generales y por la eminente dignidad de la persona humana, de la que derivan todos sus derechos y desde la cual deben ellos interpretarse y aplicarse: el legislador, absteniéndose de sancionar leyes que los contravengan; el juez al dirimir los litigios sometidos a su jurisdicción, y cualquier autoridad administrativa al cumplir sus cometidos³.

* Reconstrucción de la exposición realizada el 21 de agosto de 2013 en la Comisión de Industria, Energía y Minería de la Cámara de Representantes, a la que se han agregado títulos y notas al pie.

** Profesor de Derecho Administrativo (UR). Ex Director del Instituto de Derecho Administrativo (UR). Profesor de Derecho Administrativo (UM). Ex Director del Programa Master en Derecho Administrativo Económico (UM). Decano de la Facultad de Derecho (UCU).

1 Justino JIMENEZ DE ARECHAGA – "Opera Minora" (Montevideo, 2001), pág. 185.

2 Mariano R. BRITO - "Algunas reflexiones sobre la reciente ley uruguaya de radiodifusión", en Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos, Año 1978, N° 1, pág. 37.

3 Carlos E. DELPIAZZO – "Derecho Administrativo General" (A.M.F., Montevideo, 2011), volumen 1, pág. 32 y sigtes.

Según la explicación de uno de sus protagonistas, Luigi FERRAJOLI, el neoconstitucionalismo no es sólo una conquista y un legado del siglo XX sino que es, sobre todo, un programa normativo para el futuro, al menos en un doble sentido: por un lado, en el sentido de que los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones nacionales y las Cartas internacionales deben ser garantizados y concretamente satisfechos mediante la elaboración e implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad de los mismos, y por otro lado, en el sentido de que el paradigma de la democracia constitucional puede y debe ser extendido en una triple dirección, a fin de que se garanticen todos los derechos, frente a todos los poderes, y en todos los niveles, no sólo en el Derecho estatal sino también en el internacional ⁴.

Esta es la perspectiva desde la que realizaré el análisis del proyecto de ley que se me ha solicitado.

II) DIEZ CUESTIONES QUE INVALIDAN EL PROYECTO

En la medida que la iniciativa de referencia consta de 183 artículos, no es posible realizar un análisis detallado de todas sus disposiciones, por lo que he elegido los 10 aspectos de su contenido que considero más graves.

A) **Es un proyecto de ley a contramano del progreso**

A pesar de que el mensaje del Poder Ejecutivo que acompaña al proyecto de ley señala que el mismo “consagra un marco normativo nuevo que tiene en cuenta la intensa y permanente transformación tecnológica del sector”, ello no es así en el articulado.

Ya el **art. 1º** comienza diciendo que “tiene por objeto la regulación básica de la prestación de servicios de radio, televisión y otros servicios de comunicación audiovisual” (inc. 1º) pero excluye “los servicios de comunicación que utilicen como plataforma la red de protocolo internet”, “las redes y servicios de telecomunicaciones” y “los servicios de telecomunicaciones y de comercio electrónico” (inc. 4º).

De este modo, mientras el mundo avanza hacia la convergencia tecnológica, el proyecto se dirige en sentido contrario.

Al respecto, escribía Bill GATES en 1995: “Llegará un día, no muy distante, en que seremos capaces de dirigir negocios, de estudiar, de explorar el mundo y sus culturas, de hacer surgir algún gran entretenimiento, hacer amigos, asistir a mercados locales y enseñar fotos a parientes lejanos sin abandonar nuestra mesa de trabajo o nuestro sillón. No abandonaremos nuestra conexión a la red ni nos la dejaremos en la oficina o en el aula. Esta red será algo más que un objeto que portamos o un dispositivo que comprimimos. Será nuestro pasaporte para un modo de vida nuevo y mediático (en el sentido de que será a través de medios de comunicación)” (pág. 4). Agregaba que “En algún punto no lejano del futuro, un simple cable que llegue a cada casa será capaz de transportar todos los datos digitales necesarios a la misma. El cable será de fibra, que es como se transportan las llamadas telefónicas de larga distancia hoy día, o será un cable coaxial, que es el que normalmente nos trae las señales de la televisión por cable. Cuando los bits se interpreten como llamadas telefónicas, sonará el teléfono. Cuando sean imágenes de video, se mostrarán en el aparato de televisión. Si son servicios de noticias en línea, nos llegarán como textos escritos e imágenes en una pantalla de computadora” ⁵.

Casi 20 años después, el proyecto desconoce esa realidad, pretendiendo regular a contramano de la evolución, que nos ubica ante la nueva realidad de la convergencia tecnológica, en la que tanto las redes como los dispositivos no transportan ni reciben un único servicio (voz, datos o imagen) sino todos ellos al mismo tiempo y desde cualquier lugar. Hoy, el “triple play” y más aún el “cuádruple play” se están constituyendo en el estándar de las telecomunicaciones.

⁴ Luigi FERRAJOLI - “Sobre los derechos fundamentales”, en Miguel CARBONELL (Editor) - “Teoría del neoconstitucionalismo” (Trotta, Madrid, 2007), págs. 72 y 73.

⁵ Bill GATES - “Camino al futuro” (Mc Graw Hill, Madrid, 1995), pág. 33.

B) Es un proyecto de ley parcial

Por lo expuesto anteriormente, no sólo se está ante una iniciativa vieja antes de convertirse en ley sino, además, parcial porque sólo refiere a la radio y televisión.

En tal sentido, adolece del defecto de no ser general, característica básica y fundamental de todo acto legislativo.

Es más: la parcialidad se convierte en desigualdad en varios sentidos:

- a. entre operadores actuales y futuros;
- b. entre operadores públicos y privados;
- c. entre operadores nacionales y multinacionales; y
- d. por exclusión del SODRE.

En primer lugar, no está claro el cómputo de los plazos de las licencias para quienes actualmente operan: sólo podrán hacerlo por lo que les reste? o se beneficiarán con un nuevo plazo a partir de la vigencia de la ley? O permanecerán en una situación precaria?

En segundo lugar, es evidente que el estatus jurídico de los operadores públicos es más beneficioso, beneficiándose con privilegios, monopolios y prerrogativas exorbitantes.

En tercer lugar, mientras que limita a los operadores nacionales, se excluye del régimen legal a los multinacionales que operan a través de Internet y que podrán hacerlo en todo el territorio nacional sin restricción alguna.

En cuarto lugar, invade la competencia en razón de materia del Ministerio de Educación y Cultura y desconoce la existencia y funciones del SODRE.

En quinto lugar, respecto al SODRE, no sólo se lo discrimina por ni siquiera mencionarlo, sino que se pierde la oportunidad de revertir su situación institucional resultante del período de facto.

En efecto, desde su creación por la ley N° 8.557 de 18 de diciembre de 1929, la tesis de la descentralización fue postulada por Enrique SAYAGUES LASO y la más prestigiosa doctrina administrativista, por el Asesor Letrado del SODRE y por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en algún caso aislado, en base a los siguientes argumentos ⁶:

- a. la personería jurídica que implícitamente le reconocen las disposiciones legales que le asignan recursos (como el art. 6° de la ley N° 9.638 de 30 de diciembre de 1936) y le facultan a contratar préstamos con instituciones del Estado (art. 2° de la ley N° 11.549 de 11 de octubre de 1950, y ley N° 12.388 de 22 de mayo de 1957);
- b. la disposición de un patrimonio propio compuesto por sus asignaciones presupuestales, las donaciones y legados en su favor, y la disponibilidad del importe íntegro de sus proventos, para la inversión de los cuales no necesita autorización previa;
- c. la dirección colegiada propia de los entes descentralizados;
- d. la existencia de poderes propios de decisión en su órgano jerarca, al que se atribuye la "dirección y administración" del Servicio (art. 1° de la ley N° 9.638), la "adopción de las disposiciones pertinentes para la realización de sus cometidos" (art. 2°), la facultad de contratar personal (art. 3°,

⁶ Enrique SAYAGUES LASO - "Naturaleza jurídica del Contralor de Exportaciones e Importaciones y del Servicio Oficial de Difusión Radio Eléctrica", en La Justicia Uruguaya, tomo 25, sección Doctrina, pág. 33 y sigtes., y Julio César JAUREGUI - "El Servicio Oficial de Difusión Radio Eléctrica. Su posición institucional y jurídica", en SODRE - "Su organización y cometidos. Memoria de la labor realizada entre 1930 y 1962" (Montevideo, 1963), pág. 22 y sigtes.

lit. g), de invertir sus recursos (art. 7°), y de tener una cuenta especial en el Banco de la República Oriental del Uruguay (art. 9°), entre otros; y

- e. la voluntad legislativa plasmada en el mensaje que acompañó al proyecto que luego se convertiría en ley N° 9.638, en el cual se estableció “la necesidad de que el organismo actúe bajo la vigilancia directa del Poder Ejecutivo con un grado limitado de descentralización administrativa”.

Por el contrario, la postura favorable a la centralización fue defendida por el Poder Ejecutivo y posteriormente ratificada por la legislación presupuestal, que configuró al SODRE como una dependencia del Ministerio de Educación y Cultura, especialmente por la normativa presupuestal dictada durante el período de facto (que ahora se consolida, al no tocarse en una norma pretendidamente general).

C) Es un proyecto de ley técnicamente defectuoso

El proyecto adolece de una mala técnica, no sólo por su excesiva extensión sino porque se inspira en distintas fuentes que generan contradicción.

En primer lugar, el art. 2° es de mala técnica porque no corresponde que el legislador defina. Con ello congela las categorías, lo que es singularmente grave en materia tecnológica, dada su rápida evolución. Además, incurre en contradicción con otras disposiciones legales, tales como la ley de relaciones de consumo, la ley de defensa de la competencia y otras, y con las propias definiciones de la UIT, que las va actualizando.

En segundo lugar, mientras que el art. 5° establece que “los servicios de comunicación audiovisual son de interés público”, el art. 141 declara que “los medios de comunicación audiovisual públicos son servicios públicos”. Consecuentemente, más allá del claro avance estatista que trasunta el proyecto, no queda claro el alcance de las categorías y los límites del obrar estatal (a pesar del título del art. 7°).

En tercer lugar, los arts. 13 a 41 pretenden explicitar derechos que están reconocidos y garantizados por la Constitución y tratados internacionales con formulaciones diversas que resultan limitativas de la personalidad humana y la forma republicana de gobierno (según la proclamación del art. 72 de la Constitución).

En cuarto lugar, se da rango legal a muchas normas hoy vigentes en nuestro ordenamiento mediante reglamentos, congelando soluciones en una materia en rapidísima evolución, lo cual está contraindicado.

En quinto lugar, tanto en el citado art. 2° como en el art. 55, entre otros, se revela confusión entre las nociones de concesión, licencia y autorización, las cuales están claramente diferenciadas en nuestra doctrina clásica⁷.

Mientras que la autorización (y sus equivalentes, licencia o permiso) es el acto administrativo que “habilita a una persona física o jurídica, privada o pública, para ejercer un poder jurídico o un derecho preexistente”, lo propio de cualquier acto de concesión es que *crea* un derecho en cabeza de alguien que no lo disponía hasta ese momento, con lo que se diferencia radicalmente de la autorización, por lo que se define con el acto administrativo que “confiere a una persona (física o jurídica, privada o pública) un derecho o un poder que antes no tenía, mediante la transmisión de un derecho o del ejercicio de un poder propio de la Administración”. Por lo tanto, es incorrecto usar el verbo “habilitar” en todos los casos.

En el caso, es claro que la Administración está obligada como comportamiento debido -pero ello se omite- a autorizar a todo interesado en prestar servicios de comunicación audiovisual que se ajuste al marco normativo aplicable en virtud del *derecho preexistente* a hacerlo, y que sólo requerirán de un acto de concesión quienes necesiten acceder al espectro radioeléctrico (en virtud de tratarse de un bien dominial y escaso, a cuyo uso *no se tiene un derecho previo* sino que el mismo habrá de nacer a partir de dicho acto de concesión)⁸.

7 Enrique SAYAGUES LASO – “Tratado de Derecho Administrativo” (Montevideo, 1963), tomo I, pág. 421 y sigtes.

8 Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho de las Telecomunicaciones” (U.M., Montevideo, 2005), pág. 52.

Lamentablemente, sin perjuicio de lo establecido en los **arts. 91, 111 y 122**, esta cuestión esencial no se refleja en el proyecto, en el cual no se consigna el deber estatal de autorizar ni se fijan los límites a la discrecionalidad para conceder.

D) Es un proyecto de ley estatista e intervencionista

El más grande comentarista de nuestra Constitución, Justino JIMENEZ DE ARECHAGA, definió a la radiodifusión como una actividad privada libre ⁹.

Esa ha sido la interpretación tradicional de toda la doctrina al respecto habida cuenta de los derechos y valores en juego, desde la ley N° 8.390 de 13 de noviembre de 1928 (y no desde la dictadura, como a veces se sostiene erróneamente). No obstante, nada se dice a lo largo de 183 artículos al respecto.

Por el contrario, es evidente el avance intervencionista del Estado en aspectos tales como:

- a. **art. 80** – la imposición de exclusividad para el uso concedido, vedando así las posibilidades complementarias que ofrezcan las nuevas tecnologías;
- b. **art. 87** – la imposición de contraprestaciones onerosas a título gratuito; y
- c. la imposición de múltiples limitaciones que se detallan a continuación.

Lo más doloroso es constatar el apartamiento manifiesto del art. 29 de la Constitución -cuando dice “Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos” por cualquier forma de divulgación.

Tal apartamiento lo es asimismo de los tratados de derechos humanos que obligan a la república.

E) Es un proyecto de ley limitativo de la actividad privada

La tónica dominante del proyecto es el conjunto de limitaciones que establece a los particulares no sólo para acceder a los medios sino para gestionarlos, con grave afectaciones de sus libertades constitucionales.

En primer lugar, la ley no sólo avasalla derechos legítimamente adquiridos sino que agrede o veda derechos futuros.

En segundo lugar, a sólo título enunciativo, cabe señalar las siguientes limitaciones a la libertad:

- a. **art. 44** – limitaciones a la titularidad de servicios de radio y televisión abierta;
- b. **art. 45** – limitaciones a la titularidad de servicios de televisión para abonados;
- c. **art. 46** – limitaciones a la cantidad de suscriptores de servicios de televisión para abonados;
- d. **art. 48** – limitaciones a las posibilidades de contratar;
- e. **art. 50** – limitaciones a las retrasimisiones;
- f. **art. 51** – limitaciones de contenidos en televisión;
- g. **art. 52** – limitaciones de contenidos en radio;
- h. **art. 93** – limitaciones a venta o cesión de espacios; y
- i. **art. 101** – limitaciones a los negocios de transferencia.

En tercer lugar, también se prevén incompatibilidades, tales como la contemplada en el **art. 47** con relación a la propiedad de servicios de comunicación audiovisual, y prohibiciones, tales como la prevista en el **art. 104** para el arrendamiento de servicio.

⁹ Justino JIMENEZ DE ARECHAGA - “La Constitución Nacional” (Medina, Montevideo, s/f), tomo II, pág. 61.

En cuarto lugar, no sólo se incorporan limitaciones, prohibiciones e incompatibilidades sino que, lo que es más grave, el **art. 53** faculta al Poder Ejecutivo a incrementarlas “en forma progresiva y diferenciada por lugar geográfico o tipo de servicio” con una discrecionalidad tal que, por carecer de límites, configura un claro supuesto facilitador de la arbitrariedad.

F) Es un proyecto de ley autoritario

El carácter marcadamente autoritario de la iniciativa se advierte no sólo en el intervencionismo estatal sino también en el cúmulo de prerrogativas que caracterizan el diseño institucional.

En primer lugar, la organización estatal que se proyecta, sumada a la existente, traduce un notorio “abuso de controles oficiales” según la clara expresión del art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica, cuyo párrafo 3 dice: “No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales”.

En segundo lugar, los **arts. 55 a 61** evidencian, junto a una marcada limitación de la competencia de la URSEC, la atribución de muchas e intensas prerrogativas al Poder Ejecutivo y sus dependencias: la DINATEL y el Consejo de Comunicación Audiovisual, en este último caso sin el control del Poder Legislativo.

Además, dichas prerrogativas están asociadas a expresiones genéricas o conceptos jurídicos indeterminados -tales como “lo más eficiente posible” o “nivel aceptable”- que amplían la discrecionalidad de la Administración sin limitaciones ni control. Ello es evidente, por ejemplo, en la amplitud de los criterios de evaluación establecidos en los **arts. 116 y 124**.

En tercer lugar, es grave que el **art. 141** defina a los medios de comunicación audiovisual como servicios públicos.

Históricamente, la unanimidad de la doctrina nacional entendió que aquellos servicios en cuya prestación están en juego libertades como la comunicación del pensamiento, no pueden ser servicios públicos porque ello implica convertirlos en instrumentos del Estado para la conformación de la opinión pública a partir de la “publicatio” que se impone para la calificación de cualquier servicio público (que lo extrae del campo de la libertad).

Ello es así porque, por su propia índole, el servicio público alcanza a aquellas actividades desarrolladas por entidades estatales para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de Derecho público, asociado en el caso a la noción de exclusividad ¹⁰.

En cuarto lugar, más allá de que en el caso no se configuran los supuestos de la categoría, esta caracterización como servicio público de las actividades a que refiere la ley proyecta consecuencias sobre los operadores privados, a los que se considera como concesionarios (de servicio público), mutando así la esencial característica de actividad libre de la comunicación audiovisual, perforando la esfera de libertad a través de los distintos instrumentos de intervención y limitación señalados.

En quinto lugar, la creación del Sistema Nacional de Radio y Televisión Público del Uruguay (SNRTVP) como persona pública no estatal por los **arts. 142 a 147** es manifiestamente inapropiada desde el punto de vista jurídico, al menos por un doble orden de fundamentos:

- a. extrae del ámbito estatal algo que le es propio (contradiendo incluso la calificación como servicio público); y
- b. no deslinda la separación de competencia con el SODRE, otra vez postergado (u olvidado).

¹⁰ Carlos E. DEL PIAZZO – “Derecho Administrativo Especial” (A.M.F., Montevideo, 2009), volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 487 y sigtes.

En sexto lugar, es de ver que los **arts. 161 a 171** consagran un régimen de infracciones y sanciones sumamente gravoso, que confirma tanto el avance del sector público sobre el privado (intervencionismo) como la pretensión de ajustar la realidad que es a la que se pretende (autoritarismo).

Adicionalmente, en la medida que no se dice lo contrario, parecería que el elenco de sanciones y el ejercicio de la potestad punitiva se agregan a los existentes, a cargo del Poder Ejecutivo y de la URSEC. Por lo tanto, se multiplican las manifestaciones de la potestad punitiva, consecuyente al abuso de controles oficiales.

En séptimo lugar, el proyecto desconoce y en algunos casos contraría disposiciones vigentes, tales como la ley de defensa de la competencia y la ley de relaciones de consumo, fundadas ambas en principios constitucionales.

En octavo lugar, desde el punto de vista constitucional, bajo el ropaje de una simple ley ordinaria, el proyecto encubre disposiciones requeridas de *mayorías parlamentarias especiales*:

- a. en la medida que el **art. 81** crea un monopolio a favor de ANTEL y, en su caso, del SNRTVP, para “brindar acceso a infraestructura de transmisión de radiodifusión”, es de aplicación a su respecto lo previsto en el art. 85, num. 17 de la Constitución, a cuyo tenor compete a la Asamblea General “conceder monopolios, requiriéndose para ello dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara. Para instituirlos en favor del Estado o de los Gobiernos Departamentales, se requerirá la mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara”;
- b. los **arts. 134 a 137**, que regulan la publicidad electoral, están alcanzados por el mandato del art. 77, num. 7 de la Carta en cuanto exige dos tercios del total de componente de cada Cámara para legislar en materia electoral, salvo las excepciones que contempla, entre las cuales no se encuentra la publicidad correspondiente a las campañas electorales de los partidos políticos; y
- c. la calificación como tributos contenida en el **art. 182** respecto a las prestaciones defectuosamente reguladas en los **arts. 172 y 173**, encuadra dichas disposiciones en la exigencia prevista en el art. 87 de la Constitución, conforme al cual “Para sancionar impuestos se necesitará el voto conforme de la mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara”.

G) Es un proyecto de ley discriminatorio

En primer lugar, en virtud del **art. 81** se crea un monopolio a favor de ANTEL y, en su caso, a favor del SNRTVP, para “brindar acceso a infraestructura de transmisión de radiodifusión”.

Esa exclusión de los operadores privados está acompañada de la imposición de un conjunto de obligaciones que no gravan a los operadores públicos, lo cual es además contradictorio ya que se pretende limitar la competencia privada mientras que se consagra un monopolio público.

Así, el **art. 83** reitera una disposición ya vigente por vía reglamentaria que el Poder Ejecutivo ha violado sistemáticamente, cambiando, modificando o suprimiendo sin brindar acceso a un nuevo canal, lo que determina a establecer garantías o cautelas para evitar que siga ocurriendo lo que la práctica exhibe como la regla.

Además, a los operadores privados se les imponen cargas (**art. 86**) y contraprestaciones (**art. 87**) que no gravan igualmente a los operadores públicos.

En segundo lugar, otra discriminación destacable es la que se realiza entre la televisión abierta y la televisión para abonados: mientras que el **art. 107** establece que los titulares de televisión abierta “podrán” ofrecer sus señales, el **art. 108** dispone que los titulares de televisión para abonados “deberán” incluir en su grilla al menos una señal de producción local y el **art. 109** les agrega la obligación de incluir las señales del Sistema Nacional de Radio y Televisión.

En tercer lugar, contradiciendo el propósito modernizador aludido en el mensaje, la exclusión por el art. 1° de los servicios de comunicación que utilicen como plataforma internet, actúa en beneficio de las empresas multinacionales en detrimento de las empresas nacionales de radio y televisión (tanto abierta como para abonados).

H) Es un proyecto de ley generador de responsabilidad estatal

Como bien se ha destacado, quien dice Derecho, dice responsabilidad ya que “el Derecho supone sujetos responsables, sin los cuales no cabría ni siquiera imaginar el mismísimo Derecho: es decir, que responden (dan cuenta) de sus actos, de sus conductas”¹¹.

Dicha responsabilidad puede derivar tanto del ejercicio de la función administrativa como de la función jurisdiccional y de la función legislativa, que es la que aquí importa destacar en línea con la doctrina sobre la materia¹².

En primer lugar, el proyecto de ley en vista, más allá de las inconstitucionalidades que contiene, configura varios supuestos de responsabilidad por acto legislativo que podrán obligar al Estado a erogar abultadas sumas por concepto de daños y perjuicios si se aprueban todas las disposiciones de talante limitativo y autoritario señaladas, las cuales -obvio es decirlo- cambian las condiciones de actuales operadores haciéndolas más gravosas en unos casos, inviables en otros o lesivas de derechos legítimamente adquiridos en otros.

En segundo lugar, según ha dicho reiteradamente la Suprema Corte de Justicia, “El daño del actor, cuando es el fundamento económico de la demanda, presenta a su vez no menos de dos aspectos. En cuanto resultado de una inconstitucionalidad, sólo corresponde después de decretada ésta, que no lo será por ese daño sino por otras razones. De otra manera, el daño es consecuencia y no causa de la inconstitucionalidad. Pero, en cuanto ese daño supondría responsabilidad patrimonial del Estado, no es tema de la cuestión constitucional ni está sometido a decisión de la Corte, que no es competente al respecto. Las acciones reparatorias de que se crea asistida la actora, deberán ser formuladas por separado. Ellas podrán ser compatibles con una ley arreglada a la Constitución, como con otra que la desconozca. Lo que demuestra que son temas separables, y que el perjuicio por norma legal es ajeno a la cuestión constitucional” (así: sentencias N° 176 de 1972, 39 de 1976, 10, 58 y 59 de 1989).

I) Es un proyecto de ley mayoritariamente inconstitucional

La iniciativa adolece de inconstitucionalidad, tanto en su consideración general (por responder a un enfoque estatista contrario a la Constitución según el enfoque de Justino JIMENEZ DE ARECHAGA citado al principio) como específica de muchas de sus disposiciones.

Como bien se ha destacado, “un acto legislativo formal es inconstitucional cuando es incompatible con la Constitución”, de modo que “será constitucional el acto legislativo compatible con la Constitución y será inconstitucional el incompatible con ella. Compatibilidad - incompatibilidad son los contrarios que, en el idioma español, mejor traducen la idea que trata de expresarse”¹³.

En la especie, **existe incompatibilidad del proyecto de ley con lo previsto en los arts. 7°, 8°, 10, 29, 32, 36, 72 de la Constitución**, explicitados en cuanto a los derechos que reconocen y garantizan en el Pacto de San José de Costa Rica, entre otros tratados internacionales que obligan a la República, haciendo parte del denominado “bloque de constitucionalidad”, tal como ya lo ha reconocido explícitamente la Suprema Corte de Justicia en su sentencia de 19 de octubre de 2009¹⁴.

11 Eduardo SOTO KLOSS – “Derecho Administrativo” (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996), tomo II, pág. 285 y sigtes.

12 Felipe ROTONDO TORNARIA – “Responsabilidad del Estado por actividad legislativa”, en Estudios de Derecho Administrativo (La Ley Uruguay, Montevideo, 2011), N° 4, pág. 101 y sigtes.; Zolá DÍAZ PELUFFO - “El problema de la responsabilidad del Estado por acto legislativo”, en Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración, tomo 52, pág. 274 y sigtes.; Rodolfo SAYAGUES LASO - “La responsabilidad del Estado por actos legislativos”, en Rev. de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo, 1914), tomo I, pág. 514 y sigtes.; Horacio CASSINELLI MUÑOZ – “Informe sobre la responsabilidad del Estado por acto legislativo”, en La Justicia Uruguaya, tomo 105, sección Jurisprudencia, pág. 321 y sigtes., y en Horacio CASSINELLI MUÑOZ – “Derecho Constitucional y Administrativo” (La Ley Uruguay, Montevideo, 2010), pág. 690 y sigtes.; José Aníbal CAGNONI - “Responsabilidad por acto legislativo”, en Primer Coloquio sobre Contencioso de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción (Edit. Universidad, Montevideo, 1993), pág. 61 y sigtes.; y Graciela BERRO – “Responsabilidad por acto legislativo”, en La Justicia Uruguaya, tomo 107, sección Doctrina, pág. 54 y sigtes.

13 Eduardo ESTEVA GALLICCHIO - “Declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos”, en A.A.V.V. - “El Poder y su Control” (UCUDAL, Montevideo, 1989), págs. 105 y 106.

14 Augusto FORMENTO y José Miguel DELPIAZZO – “Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque de constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas”, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año IX, 2010, N° 18, pág. 101 y sigtes.

En primer lugar, desde el punto de vista general, no surge de ninguna disposición la acreditación del interés general que debe presidir cualquier limitación de derechos constitucionalmente reconocidos y garantizados.

En efecto, como bien se ha enseñado, la noción de interés general está claramente vinculada con el concepto de razonabilidad, por lo que la verificación de las razones de interés general que justifican o motivan la restricción de derechos es inexcusable en garantía de los mismos ¹⁵.

En segundo lugar, se vulneran los arts. 7º y 10 en cuanto se agreden libertades y derechos adquiridos.

La noción de derecho adquirido es muy fácil de captar desde la realidad, a partir de la observación de la cual puede afirmarse que se ha adquirido un derecho cuando ha ingresado al patrimonio de un sujeto.

Por eso, el derecho adquirido se traduce en una situación jurídica más favorable que la situación precedente y una vez que ha entrado en el dominio de alguien forma parte de él y no puede serle arrebatado por aquel de quien lo tiene. Siendo así, no puede volverse sobre lo ya incorporado y obtenido para suprimirlo sin consecuencias por cuanto, si ello ocurre, queda inevitablemente comprometida la legitimidad del acto de desconocimiento o supresión ¹⁶.

En tercer lugar, se vulnera el art. 7º por desconocimiento del derecho a ser protegido en el goce de la seguridad.

Más allá de que la seguridad fundamenta la garantía de los derechos adquiridos, ella se traduce “como la certidumbre del individuo de que su persona, bienes y derechos están a salvo de ataques violentos e indebidos y, en el peor de los casos, de efectuarse, se harán cesar con premura y los daños le serán resarcidos; la seguridad es, por tanto, punto de partida del Estado y puerto de arribo del derecho” ¹⁷.

Dentro de tal concepto genérico de seguridad, la seguridad jurídica contiene un *componente objetivo* que alude a la certeza, el orden, la firmeza y la confianza en el ordenamiento ¹⁸.

Pero la seguridad jurídica no se agota en dicho componente objetivo fincado en la certeza de la positividad del Derecho y su observancia, sino que tiene también un *componente subjetivo* que apunta a la confianza puesta en el comportamiento correcto de quienes deben aplicarlo. En tal sentido, “La protección de la confianza legítima es el instituto de Derecho público, derivado de los postulados del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y de la equidad, que ampara a quienes de buena fe creyeron en la validez de los actos (de alcance particular o general, sean administrativos o legislativos), comportamientos, promesas, declaraciones o informes de las autoridades públicas, que sean jurídicamente relevantes y eficaces para configurarla, cuya anulación, revocación o derogación provoca un daño antijurídico en los afectados, erigiéndose, bajo la observancia de esos componentes, en un derecho subjetivo que puede invocar el administrado” ¹⁹.

En cuarto lugar, la violación del principio de igualdad explicitado en el art. 8º de la Constitución ya ha sido objeto de referencia al fundar su carácter discriminatorio en multiplicidad de sentidos.

En quinto lugar, la violación del art. 29 de la Carta resulta de varios aspectos contenidos en el proyecto, entre los que cabe destacar que:

- a. el control de contenidos es una forma de censura; y
- b. el abuso del control que resulta del peso del agrandado (en tamaño y potestades) diseño institucional, en los términos del art. 13 del Pacto de San José.

Como bien lo destacó el mayor comentarista de nuestra Constitución, “La censura puede adoptar distintas formas, ya sea incidiendo sobre las personas que pretenden ejercer este derecho, sistema que se aplica especialmente en cuanto para emitir el pensamiento deba hacerse uso de la prensa, de la radio, del teatro o

¹⁵ Martín RISSO FERRAND – “Algunas garantías básicas de los derechos humanos” (F.C.U., Montevideo, 2008), pág. 103 y sigtes.

¹⁶ Mariano R. BRITO - “Los derechos adquiridos en la reciente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia”, en Anales del Foro, N° 88-89, pág. 52.

¹⁷ Jorge FERNANDEZ RUIZ - “Apuntes para una teoría jurídica de la seguridad”, en Anuario de Derecho Administrativo, tomo X, pág. 39.

¹⁸ Federico A. CASTILLO BLANCO - “El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho”, en Documentación Administrativa (INAP, Madrid, 2002), N° 263-264, pág. 33.

¹⁹ Pedro José Jorge COVIELLO - “La protección de la confianza del administrado” (Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004), pág. 462.

del cine, y también incidiendo sobre el contenido mismo de las publicaciones o emisiones que se pretende hacer llegar al público”²⁰.

No debe olvidarse que el citado art. 29 de la Carta dice que “Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación”. Las expresiones “*enteramente*”, “*en toda materia*” y “*por cualquier forma de divulgación*” aluden a totalidad de supuestos y excluyen la intromisión estatal en contenidos, gestión, retrasmisiones, etc.

En sexto lugar, se vulnera el derecho de propiedad garantizado por el art. 32 de la Constitución, en íntima vinculación con la violación de los derechos legítimamente adquiridos por los actuales operadores, cuando se permite a la autoridad pública apreciar la conveniencia y oportunidad de un cambio de programación, de una retrasmisión, de un determinado contenido y, en general, de la limitación de la publicidad e imposición de contrapartidas económicas gravosas que alteran la ecuación económico financiera de los prestadores de servicios comprendidos.

En séptimo lugar, el art. 72, en tanto reconoce y tutela todos los derechos inherentes a la personalidad humana y los que se derivan de la forma republicana de gobierno, resulta violado por la categorización de los servicios audiovisuales como servicio público y por la desproporción de los poderes sancionatorios asociados a la verificación de los límites impuestos a los radiodifusores.

J) Es un proyecto de ley peligroso

Nuestro país ha transitado una evolución normativa en materia de telecomunicaciones signada por el respeto a las libertades en juego y minimalista²¹.

Dicha tradición se quiebra con la iniciativa bajo examen, la cual se aparta de dicha postura minimalista (como lo acredita su extensión) y está presidida por un talante claramente autoritario e intervencionista como nunca antes se conoció en el país. En tal sentido, establece todas las condiciones para romper el equilibrio que debe existir entre prerrogativas y garantías, y entre autoridad y libertad.

Confirmando lo antedicho, es interesante advertir como, bajo el título neutro de “autorregulación ética”, se impone el deber ajustarse a códigos públicos de normas éticas ajustados a “los principios y derechos que reconoce y promueve la presente ley” (art. 138), siendo que la ética no se impone jurídicamente y menos se controla conforme a los parámetros de una ley autoritaria.

La peligrosidad resulta además de los poderes atribuidos a las distintas reparticiones estatales en la materia, los cuales son definidos con conceptos de gran amplitud e imprecisión, lo que puede aparejar en el futuro un sinnúmero de aplicaciones desviadas.

Al hacer estas afirmaciones, prescindo de considerar a las autoridades actuales, cuya honorabilidad y rectitud no se cuestiona. Pero es imprescindible tener en cuenta que cuando se legisla, se lo hace para el futuro y por largo tiempo y en su transcurso puede ocurrir que accedan a su aplicación personas inescrupulosas o soberbias que se valgan del incommensurable poder sobre los medios de comunicación que edicta el proyecto de ley bajo examen.

III) COLOFON

Para terminar, es preciso volver al principio para destacar las bases constitucionales y doctrinarias que sustentan nuestro Estado de Derecho.

El mismo se socaba o pierde calidad, con los consiguientes perjuicios para los derechos humanos de todos los habitantes, cuando se pretende que las autoridades se inmiscuyan en el campo de las libertades, no para garantizarlas sino para limitarlas y orientarlas políticamente según parámetros que la ley no define con precisión.

En consecuencia, el riesgo es inmenso y de ahí deriva la peligrosidad de un instrumento como el propuesto, que no contribuye a la edificación del sistema democrático.

20 Justino JIMENEZ DE ARECHAGA – “La Constitución Nacional” cit., tomo II, pág. 51.

21 Carlos E. DELPIAZZO – “Marco regulador de las telecomunicaciones”, en Curso de Graduados en homenaje al Prof. Héctor Barbé Pérez (Montevideo, 2002), pág. 133 y sigtes.