

XV Concurso Interamericano de Derechos Humanos
Academy on Human Rights and Humanitarian Law
Washington College of Law
American University

Memorando del Caso
RADICAL RADIO VS. CHIRILAGUA ¹
(Documento Confidencial)

Preparado por:
Catalina Botero Marino
Nelson Camilo Sánchez

Marzo de 2010

¹ Advertencia inicial: la totalidad de las referencias doctrinales y jurisprudenciales que se hacen en el presente memorando, se encuentran presentes en los Informes de la Relatoría Especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de los cuales se han seleccionado los apartes relevantes y se han aplicado al caso hipotético planteado.

ÍNDICE

1. RESUMEN DEL CASO, TEMAS Y OBJETIVOS GENERALES
2. MARCO JURÍDICO GENERAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO
 - 2.1 Importancia y funciones del derecho a la libertad de expresión
 - 2.2 Formas de expresión específicamente protegidas por los instrumentos interamericanos
 - 2.3 Tipos de discurso protegidos según su contenido
 - 2.4 Limitaciones a la libertad de expresión
 - 2.5 Los periodistas y los medios de comunicación social
3. CUESTION PROCESAL PRELIMINAR CONTROVERSIA SOBRE LA TITULARIDAD DE LA ACCIÓN ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO
4. ALEGACIONES ESPECÍFICAS EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN
 - 3.1 Hechos relativos a la concesión y revocatoria de licencias de radiodifusión
 - 3.1.1 *Estándares aplicables*
 - 3.1.2 *Alegatos de los peticionarios*
 - 3.1.3 *Alegatos del Estado*
 - 3.2 Hechos relativos a la apertura de frecuencias para radios comunitarias
 - 3.2.1 *Estándares aplicables*
 - 3.2.2 *Alegatos de los peticionarios*
 - 3.2.3

- 3.5.1 *Estándares aplicables*
- 3.5.2 *Alegatos de los peticionarios*
- 3.5.3 *Alegatos del Estado*

5. ALEGACIONES RELATIVAS A OTROS DERECHOS DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

4.1 Garantías judiciales y recurso efectivo (artículos 8 y 25 de CADH)

- 4.1.1 *Estándares aplicables*
- 4.1.2 *Alegatos de los peticionarios*
- 4.1.3 *Alegatos del Estado*

4.2 Garantías judiciales, Libertad Personal, Legalidad y retroactividad (artículos 7, 8)

1. RESUMEN DEL CASO, TEMAS Y OBJETIVOS GENERALES

Los hechos del caso “Radical Radio y Otros vs la República Federativa de Chirilagua” se refieren a temas relacionados con el ejercicio de la libertad de expresar ideas a través de medios masivos de comunicación. Algunos de estos hechos se relacionan con estándares ya consolidados por la doctrina y jurisprudencia del sistema, mientras que otros tratan situaciones fácticas que si bien se pueden enmarcar dentro de las reglas generales convencionales, los órganos del sistema han tenido oportunidad

involucrados sea la retaliación por la línea editorial de la emisora y el no

Para ello incluimos tres aspectos particulares en el caso. En primer lugar, establecimos que la jurisprudencia constitucional del país señala que el recurso de amparo puede ser presentado por la persona jurídica, es decir, por el medio de comunicación. En segundo lugar, aparece que la petición original se presentó sólo por uno de los accionistas de la emisora comercial y la CIDH en su informe de admisibilidad incluyó al segundo de los accionistas. En tercer lugar, en la emisora comunitaria no es muy claro quiénes ejercerían esta autoridad, pues se trata a su vez de otra persona jurídica que es la Asociación Comunitaria.

Recapitulando, los temas principales que esperamos sean tratados en la disertación de los participantes son los siguientes:

- Papel de los medios de comunicación en el debate democrático
- Finalidad y límites de la regulación estatal en materia de radiodifusión
- Reconocimiento legal y ejercicio efectivo de la libertad de expresión a través de medios comunitarios de radiodifusión
- Pluralismo, diversidad y libertad de expresión
- Discursos protegidos y no protegidos por la libertad de expresión
- Restricciones indirectas a la libertad de expresión
- Medios de comunicación como titulares de la acción interamericana
- Reparaciones y políticas públicas sobre reservas del espectro en condiciones equitativas de acceso y uso de licencias

Para analizar estos temas, los hechos del caso se enmarcan, principalmente en las presuntas violaciones a los artículos 8, 13 y 25 de la Convención Americana, todos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 y, eventualmente, artículo 2 de la Convención Americana. Aun cuando esperamos que el debate se concentre prioritariamente en la discusión de los temas señalados dentro de este marco normativo, existen consideraciones fácticas que pueden dar lugar a alegaciones relacionadas con otros derechos establecidos en

ÁRBOL DE ARGUMENTOS Y UBICACIÓN EN ESTE MEMORANDO

Arts.	Tema	Resumen argumentos	Págs.
13, 8, y 25	Concesión y revocatoria de licencias de radiodifusión	-- Legislación es vaga e imprecisa, lo cual genera la posibilidad de que el órgano fiscaa38 91MC /P <</MCID 10/Lang (es-ES)>> BDC q 120 0 0 2D 21/LaMCID 18e	

13, 24, 8 y 25	Apertura de frecuencias para radios comunitarias	<p>-- Es prácticamente imposible fundar y operar medios comunitarios de comunicación a la negativa de la COFERETEL de otorgar licencias de funcionamiento a dichos medios</p> <p>-- En más de 30 años, únicamente 3 convocatorias para la expedición de licencias de comunitarias</p> <p>-- En las dos primeras convocatorias se otorgaron únicamente 11 licencias para radios comunitarias en toda la Federación, mientras que se adjudicaron o prorrogaron 450 l de radiodifusión comercial.</p> <p>-- La falta de reconocimiento de radio SuVersión se debe a la naturaleza de la asociación que promueve el servicio comunitario: los "Sin Tierra"</p> <p>-- Suspensión de las transmisiones e incautación de los equipos de Radios comunitarias constituyen una violación del principio de confianza</p>	25- 26 26-28 44-46
		<p>-- La concesión de licencias y la apertura de convocatorias corresponden a actos administrativos complejos que responden no solo a las solicitudes presentadas, sino a criterios de distribución política y a requisitos técnicos</p> <p>-- Dadas las obligaciones de pluralismo y equidad que</p>	25- 26 28-30 44-46

13, 7, 8, 9
y 25

-- La sanción penal es una restricción excesiva que vulnera el derecho a la libertad de expresión, pues el Estado puede hacer uso de sanciones menos restrictivas de este tipo como serían las sanciones administrativas

-- En este caso no existe un interés social imperativo que justifique la sanción penal y hace desproporcionada, lo cual constituye una restricción indirecta a la libertad de expresión

-- El tipo penal fue mal imputado pues los hechos descritos no contienen los elementos

Uso del espectro radioeléctrico y la imposición de sanciones penales

13, 24 y
25

--

Consecuencias monopólicas de las
decisiones sobre regulación del
espectro y obstrucción del debate
democrático

2. MARCO JURÍDICO GENERAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Iniciaremos este memorando con un resumen de los estándares interamericanos generales de libertad de expresión que se relacionan directamente con el debate del caso. Específicamente

manera más clara hace posible la proyección de cada persona como sujeto individual y la realización de sus planes de vida y autonomía personal

En segundo lugar, la Comisión y la Corte Interamericana han subrayado que la importancia de la libertad de expresión se deriva también de su relación estructural con la democracia.⁶ La formación de una opinión pública informada y consciente de sus derechos, el control ciudadano sobre la gestión pública y la exigencia de responsabilidad de los funcionarios estatales, no sería posible si este derecho no fuera garantizado. En este mismo sentido, la jurisprudencia ha enfatizado que la función democrática de la libertad de expresión consiste en una condición necesaria para prevenir el arraigo de sistemas autoritarios, para facilitar la autodeterminación personal y colectiva⁷ y para hacer operativos los “mecanismos de control y denuncia ciudadana”⁸.

Finalmente, la jurisprudencia interamericana ha explicado que la libertad de expresión es una herramienta clave para el ejercicio de los demás derechos fundamentales de un

constituye uno de los pilares de la libertad de expresión.¹⁰ El derecho a hablar implica necesariamente el derecho de las personas a utilizar el idioma que elijan para expresarse.¹¹

El derecho a escribir, esto es, a expresar en forma escrita o impresa los pensamientos, ideas, información u opiniones,¹² también en el idioma que quien se expresa elija para hacerlo. La Comisión y la Corte Interamericana han protegido diversas manifestaciones del derecho a escribir, por ejemplo, en casos de quienes escriben,¹³ libros

información, ideas y expresiones que puedan contar con el beneplácito personal de quienes representan la autoridad estatal en un momento dado.²⁵

Si bien todas las formas de expresión están, en principio, protegidas por el artículo 13 de la Convención, existen ciertos tipos de discursos que reciben una protección especial, por su importancia para el ejercicio de los demás derechos humanos o para la consolidación, funcionamiento y preservación de la democracia. En la jurisprudencia interamericana, tales modos de discurso especialmente protegidos son los tres siguientes: (a) el discurso político y sobre asuntos de interés público, (b) el discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos, y (c) el discurso que configura un elemento de identidad o la

limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención, y (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr.

Las condiciones que deben cumplir las restricciones a la libertad de expresión para ser legítimas, se aplican tanto a las leyes que las establecen como tales, como a las decisiones y actos administrativos, judiciales, policivos o de cualquier otra índole que les materializan, es decir, a toda manifestación del poder estatal²⁹ que interfiera sobre el pleno ejercicio de la libertad de expresión²⁹. Los tipos de actos estatales constitutivos de limitaciones a la libertad de expresión sobre los que se ha pronunciado la jurisprudencia interamericana incluyen: decisiones de fiscales³⁰ y leyes que forman parte de la justicia penal militar adoptadas en el curso de los procesos que adelanta³⁰ decisiones impartidas por miembros de la Fuerza Pública a sus subordinados³¹ órdenes impartidas por los directores de centros de reclusión sobre el comportamiento de los internos³² decisiones de jueces penales³³ actos administrativos propios del poder ejecutivo³⁴ e incluso normas legales y constitucionales

2.5 Los periodistas y los medios de comunicación social

La Corte Interamericana ha señalado que los medios de comunicación cumplen un papel esencial en tanto vehículo o instrumento para el ejercicio de la libertad de expresión e información, en sus dimensiones individual y colectiva, en una sociedad democrática.³⁹ En efecto, a los medios de comunicación corresponde la tarea de transmitir toda clase de informaciones y opiniones sobre asuntos de interés general que el público tiene derecho a recibir y valorar de manera autónoma.⁴⁰ En tal sentido, la jurisprudencia y la doctrina regional han reiterado que la existencia de medios de comunicación libres, independientes, vigorosos, pluralistas y diversos es esencial para el adecuado funcionamiento de una sociedad democrática.⁴¹

A lo largo de su jurisprudencia, la Comisión y la Corte Interamericana han reconocido que la libertad de expresión otorga, tanto a los directivos de medios de comunicación como a los periodistas que laboran en ellos, el derecho a investigar y difundir por esa vía hechos de interés público,⁴² y que en una sociedad democrática, la prensa tiene derecho a informar libremente sobre las actividades estatales, y criticar al gobierno que la ciudadanía tiene un derecho correlativo a ser informada sobre lo que ocurre en la comunidad.⁴³ También se ha reconocido que los periodistas tienen el derecho a difundir información sobre temas de legítimo interés público que están disponibles en la prensa extranjera.⁴⁴ Igualmente se ha establecido que al restringir el derecho de los periodistas y los medios de comunicación a circular noticias, ideas y opiniones, se afecta también el derecho del público a recibir información, limitando su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática.⁴⁵ Que sancionar a un periodista por ayudar a la diseminación de las afirmaciones realizadas por otra persona o disponibles en la prensa extranjera, es una amenaza seria a la contribución de la prensa a la discusión de temas de interés público.⁴⁶

3. CUESTIÓN PROCESAL PRELIMINAR: CONTROVERSIA SOBRE LA TITULARIDAD DE LA ACCIÓN ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO

El tema que se espera discutir en este punto es la legitimidad por activa de los medios de comunicación para participar como víctimas del proceso interamericano. Así, si bien ante el sistema la posición de no admitir como presuntas víctimas a personas no naturales se ha mantenido (salvo casos muy excepcionales) como la posición mayoritaria, es también cierto que se ha flexibilizado. Ello a partir de la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte en donde se ha entendido como víctimas a los accionistas de las personas jurídicas, o se ha admitido como víctimas a colectivos (más allá de las

³⁹ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C No. 107. Párr. 117. Corte IDH. Ivcher Bronstein

personas naturales que los componen) como es el caso de sindicatos ~~de~~ pu
indígenas y otras representaciones políticas de minorías étnicas.

Por otro lado, en las jurisdicciones nacionales no es extraño hoy en día que los recursos constitucionales de protección de derechos fundamentales, estén habilitados no a los accionistas, sino a los propios medios de comunicación, y sean éstos los llamados a ejercer las acciones de defensa de sus intereses. En varios Estados del Hemisferio, por ejemplo, el recurso de amparo para determinadas personas jurídicas puede y debe ser ejercido por vulneraciones a derechos tales como la libertad de prensa y expresión. Varias razones motivan la legitimidad de estos amparos: la idea de proteger al medio y no la libertad de empresa de una persona, la idea de la doble vía de la información y su repercusión pública, etc. En estos casos se genera un dilema importante frente al litigio interamericano: ¿si el litigante a nivel interno fue el medio de comunicación, por qué en el debate internacional debe ser una persona natural? ¿Existe o no agotamiento ~~del~~ el caso fue llevado a nivel doméstico por una persona jurídica? ¿Si realmente se cree que el derecho al libre mercado de ideas y opiniones protege más allá de la persona que emite la opinión, esto no debería tener consecuencias en la legitimidad ~~de~~ activa de

Asignación y renovación de las frecuencias Este proceso debe encontrarse estrictamente regulado por la ley, caracterizarse por su transparencia⁵⁵ y estar guiado por criterios objetivos, claros, públicos y democráticos⁵⁶. En este mismo sentido, el procedimiento de adjudicación de una licencia debe estar rodeado de suficientes garantías contra la arbitrariedad, incluyendo la obligación de motivar la decisión que concede o niega la solicitud y el adecuado control judicial de dicha decisión⁵⁷.

La Comisión Interamericana ya ha reconocido también que los Estados tienen la potestad de administrar el espectro radioeléctrico y, ~~et~~amente, de establecer previamente términos de duración de las concesiones y decidir sobre su renovación o no a la finalización de los plazos respectivos⁵⁸. En el caso en que la regulación contemple la posibilidad de renovar o prorrogar las licencias, al igual que el procedimiento de asignación, el procedimiento de renovación ~~o~~rga debería estar regulado por la ley, ser transparente, estar guiado por criterios objetivos, claros y democráticos, y asegurar el debido proceso⁵⁹.

4.1.2

el caso concreto de Radical Radio, si bien la titularidad inicial de la concesión fue otorgada a la persona jurídica Radio Cadeás, es posible argumentar que el Estado otorgó su visto bueno para la cesión de esta concesión a la nueva persona jurídica denominada Radical Radio, conforme a lo que establece la Ley de Telecomunicaciones en su artículo 92. Otro argumento relacionado es que en efecto no hubo cesión de la titularidad de la concesión, sino más bien un cambio en la representación legal de la persona jurídica beneficiaria de dicha concesión. Es decir, la señora Pereira Perocó como nueva directora y accionista asumió la representación legal de la emisora, pero no hubo mutación en la persona jurídica que accedió a la concesión, aun cuando en la práctica haya obrado un cambio de accionistas en virtud de una sucesión por muerte.

Ahora bien, esta vaguedad normativa, sumada a la falta de independencia de la entidad

La defensa del Estado radicará, principalmente en destacar la facultad de los Estados

Ahora bien, en Chirilagua, como en los demás Estados americanos, el espectro electromagnético es un bien público inajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Es, además, un bien público preciado que debe estar sujeto a regulación para garantizar objetivos fundamentales para la sociedad en su conjunto. Por tal motivo, no solo es razonable, sino prioritario que el Estado ejerza funciones de regulación del mismo. Una garantía esencial para mantener el control en la regulación de este bien público es que la concesión de las licencias sea realizada únicamente por el Estado a personas jurídicas que éste pueda fiscalizar cuestiones relevantes tales como el origen de su financiación entre otras. Es por tal motivo que en Chirilagua no puede cederse o enajenarse los derechos sobre el uso y explotación del espectro electromagnético derivados de una concesión por traslado sin responsabilidad y

Estados están obligados a “adoptar medidas positivas (legislativas, administrativas o de cualquier otra naturaleza) para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes que comprometan el goce y ejercicio efectivo del derecho a la libre expresión de ciertos grupos, en condiciones de igualdad y no discriminación”⁶². Así, por ejemplo, se deben remover los obstáculos que impiden que ciertos sectores sociales puedan acceder a los medios de comunicación; y, al mismo tiempo, promover, entre otros, la inserción de grupos desfavorecidos o actualmente marginados en los medios de comunicación.

En este sentido, la Comisión Interamericana y la Relatoría para la Libertad de Expresión han reconocido que los medios de comunicación comunitarios ~~son~~ en nuestra región una función fundamental para el ejercicio de distintos sectores de la sociedad a la libertad de expresión y al acceso a la información⁶³. En dichos pronunciamientos han establecido que resulta necesario que los Estados los reconozcan legalmente y que se contemplen reservas de espectro para este tipo de medios, así como condiciones

partir de la experiencia de Radio-Sersión, la cual ha procurado acceder a una licencia por más de 30 años.

En Chirilagua se han abierto, en más de 30 años, únicamente 3 convocatorias para la expedición de licencias de radios comunitarias entre 1976 y la fecha de los hechos del caso, y una con posterioridad a la presentación del caso en el Sistema Interamericano y que corresponde a la nueva ley de radiodifusión. En las dos primeras convocatorias se otorgaron únicamente 11 licencias para radios comunitarias en toda la Federación, mientras que se adjudicaron o prorrogaron 450 licencias de radiodifusión comercial. Esta desproporción, que salta a la vista, no sólo vulnera los estándares

“orden” que se está defendiendo no es uno autoritario o autárquico, sino el de un orden democrático entendido como la existencia de las condiciones estructurales para que todas las personas, sin discriminación, puedan ejercer sus derechos en libertad, con vigor y sin miedo a ser sancionados por ello.

En efecto, para la Corte Interamericana, en términos generales, el “orden público” no puede ser invocado para suprimir un derecho garantizado por la Convención Americana, para desnaturalizarlo o para privarlo de contenido real. Si este se invoca como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, debe ser interpretado de forma estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática, que tenga en cuenta el equilibrio entre los diferentes intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención Americana⁶⁹

Deben atenderse también las condiciones exigidas por la Corte para que una limitación a la libre expresión resulte legítima (ver supra).

4.3.2 Alegatos de los peticionarios

El argumento de los peticionarios intentará demostrar (i) que las sanciones penales constituyen una vulneración de la libertad de expresión, pues a través de ellas se está sancionando un discurso protegido por la Convención Americana; (ii) que no puede imputar ni los actos ni las opiniones de otros a quienes informan a través de medios de comunicación; y (iii) que la misma formulación de los tipos penales constituye una vulneración de la libertad de expresión en la medida en que se constituye como una restricción ilegítima al derecho a expresarse.

Según los hechos del caso, el Estado ejerció acción penal respecto de tres personas: dos directores de dos medios de comunicación, y un periodista, distando la comisión de tres tipos penales: instigación a delinquir, difamación y homicidio. Sin embargo, todos los hechos que podrían llegar a constituir elementos del tipo penal se tratan de situaciones en las que se ejerció de manera legítima la libertad de expresión.

Presuntamente, el delito de difamación fue imputado por la emisión del programa radial conducido por el periodista William Garrón en el cual se hace una parodia del Presidente de la República. En este sentido, el Estado de Chiriquí está penalizando el ejercicio de uno de los discursos “especialmente protegidos” por el artículo 13 de la Convención Americana. En este caso, al aplicar las reglas interamericanas sobre la resolución de conflictos entre honra de funcionarios públicos y el derecho a la libertad de expresión, el Estado de Chiriquí vulnera la jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana sobre la prelación de la libertad de expresión, como de la excepcionalidad de la acción penal como mecanismo de responsabilidad última de quien se expresa.

En segundo lugar, en cuanto al tema de los delitos de instigación a delinquir y homicidio, el Estado está imponiendo sanciones a comunicadores por su opinión y no por su participación en hechos delictivos. De un lado, en ningún momento la opinión o información transmitida por los medios usó lenguaje que llama a alguien a cometer delitos. Por el contrario, las declaraciones de Garrón llamaban a la protección de derechos y del régimen democrático. De allí no puede extenderse responsabilidad por

⁶⁹ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, p. 67.

hechos de violencia, pues no existe elemento de causalidad. Por otro lado, la cadena de imputación de responsabilidad por los hechos ocurridos en las calles de San Pedro se extiende incluso a los directores de los medios, pero no existe prueba actual y contundente de que estos hubieran o no consentido tales hechos de violencia.

En tercer lugar, la forma en la que están redactados los tipos penales de instigación a delinquir y difamación vulneran los estándares interamericanos. Ello pues, la Corte Interamericana ha establecido que debe existir una previsión legal clara y precisa de las responsabilidades ulteriores, que deben haber sido establecidas en leyes redactadas en términos unívocos, que delimiten claramente las conductas ilícitas, fijen sus elementos con precisión y permitan distinguirlos de comportamientos no ilícitos. Según la Corte, las normas que limitan la libertad de expresión deben estar redactadas con tal claridad que resulte innecesario cualquier esfuerzo de interpretación, lo cual no sucede en el caso concreto.

4.3.3 Alegatos del Estado

La estrategia del Estado en este punto busca centrarse en los hechos de violencia efectivamente acaecidos especialmente las muertes y su relación tanto con las emisiones del día de la marcha y de las elecciones, como de las emisiones previa 443.98

Por otra parte, la jurisprudencia interamericana ha establecido que con el objeto de no inhibir la expresión, se debe probar la absoluta necesidad de la imposición de responsabilidades; y, en todo caso, el Estado debe escoger para reparar el daño los medios menos costosos para la libertad de expresión. Sólo en caso de que ello sea insuficiente para reparar el daño que se ha causado, podrá apelarse a la imposición de responsabilidades jurídicas más costosas para quien hizo uso abusivo de su derecho a la libertad de expresión y con ello generó un daño cierto y grave sobre derechos de otras personas o bienes jurídicos especialmente tutelados por la Convención.

Al respecto, la Comisión Interamericana ha sostenido que 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

En segundo lugar la sanción penal de que fueran objeto la señora Pereira Peroni y el señor Hoffman vulnera el derecho a la libertad de expresión constituirse en una restricción ilegítima a su ejercicio. Para que dicha restricción pudiera ser admitida, el tipo penal debe satisfacer el principio de estricta legalidad. Sin embargo, en este caso la conducta juzgada no tiene coincidencia con el delito aplicado (hurto). Ello pues la interferencia que se produce al espectro radioeléctrico con su uso legal, no contiene los elementos objetivos de *provechamiento y desplazamiento de un bien mueble*, tal como lo ha definido la doctrina penal autorizada.

4.4.3 Alegatos del Estado

El espectro electromagnético es un recurso natural, constituido de una franja de espacio alrededor de la tierra y que la humanidad, a partir del desarrollo de la tecnología, descubrió que podía utilizar para enviar y recibir mensajes a través de ondas radioeléctricas que se desplazan por él y que portan mensajes sonoros o visuales, a corta y larga distancia.

Por ello, en Chirilagua, como en el resto de países de la región, el espectro electromagnético es un bien público inajenable e imprescriptible, que se caracteriza adicionalmente por tener un carácter limitado. Por esta razón, los medios de comunicación que -como la radiodifusión sonora y la televisión- utilizan, se encuentran sometidos a un régimen jurídico especial.

En desarrollo de este principio, la operación de una estación radiodifusora requiere de una licencia, que es la facultad que otorga el Estado a personas jurídicas para operar una estación de radiodifusión autorizada. A su vez, la instalación de equipos a ser utilizados por una estación radiodifusora se requiere de un permiso. El permiso es la facultad que otorga el Estado a personas naturales o jurídicas para instalar en un lugar determinado, equipos de radiodifusión.

En tales circunstancias, cuando se realizan transmisiones no autorizadas a través de equipos activados furtivamente se presenta un apoderamiento de un bien inmaterial denominado espectro electromagnético, el cual no es posible restituirlo. En este sentido, en Chirilagua, como en otras legislaciones, se equipara a la cosa mueble la energía eléctrica, el espectro radioeléctrico y las demás clases de ondas que se utilizan en los sistemas telefónicos, televisivos, facsimilares de computación o cualquier otro que tenga valor económico. (Código de Procedimiento Civil, artículo 1555)

operadores clandestinos de radiodifusión pueden causar interferencias en las bandas de las frecuencias contiguas en las cuales operan los sistemas de radionavegación aérea, afectando el adecuado funcionamiento de dichos sistemas, con grave riesgo a la integridad y a la vida. Ello pues justifica que el Estado haya escogido la sanción penal como una medida necesaria para la prevención de conductas que pueden afectar gravemente a otros, o a la sociedad en su conjunto.

4.5 Consecuencias monopólicas de las decisiones sobre regulación del espectro y obstrucción del debate democrático

4.5.1 Estándares aplicables

Los monopolios u oligopolios en los medios de comunicación atentan contra la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana, por cuanto impiden la diversidad y pluralidad de voces necesarias para una sociedad democrática. Es por ello que tanto la Comisión como la Corte Interamericana han sostenido la importancia de la intervención estatal para garantizar competencia y promover pluralismo y diversidad. Entre las medidas efectivas que los Estados deben adoptar se encuentran las leyes antimonopólicas que limiten la concentración en la propiedad y en el control de los medios de radiodifusión.

La concentración de la propiedad de los medios de comunicación conduce a la uniformidad de contenidos que éstos producen o difunden. Por ello, ya más de 20 años, la Corte Interamericana señaló que se encuentra prohibida la existencia de todo monopolio en la propiedad o la administración de los medios de comunicación, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar. También reconoció que los Estados deben intervenir activamente para evitar la existencia de monopolios en el sector de medios de comunicación. El máximo tribunal de justicia de la región sostiene también

total de emisoras legales (lo cual no queda claro de los hechos del caso, pues con anterioridad a estas dos convocatorias se habrían licenciado otras emisoras como es el caso de Radical Radioantes Radio Cadena Nacional), la proporción de emisoras de la Alianza Frea sería cercana al 10% del total. En tercer lugar esta situación no varió sustancialmente con las medidas adoptadas a partir del 5 de marzo de 2008. Según los datos del caso, en virtud de las medidas administrativas adoptadas, 40 concesiones de radio (nose especifica si fueron todas comerciales o si incluye emisoras comunitarias) fueron revocadas.

Por otro lado el Estado argumentará que no es cierto que estas medidas hayan impedido el debate democrático y electoral, y que esto se haya hecho para beneficiar al partido de gobierno. De los hechos del caso se desprende que las medidas administrativas tomadas resultaron en la revocatoria de las licencias el día 6 de abril de

5. ALEGACIONES RELACIONADAS CON OTROS DERECHOS DE LA
CONVENCIÓN AMERICANA

En el caso de De La Cruz Flores la Corte Interamericana encontró que a la víctima le “fue impuesta en violación del principio de legalidad en consecuencia consideró que “ninguno de los actos realizados dentro del procedimiento que condujo a emitir dicha condena penal pueden ser considerados compatibles con las disposiciones de la Convención Americana, y entrañan, por lo tanto, en el presente caso, la violación de otras normas del mismo tratado internacional. Así las cosas la violación del artículo 9 condujo, así mismo, a una inevitable vulneración de las garantías judiciales contenidas en el artículo 8 de la Convención.

En la misma línea la Corte encontró que la detención de la señora María Teresa De La Cruz Flores, originada por un proceso que culminó en una condena violatoria del principio de legalidad, fue ilegal y arbitraria, y el proceso respectivo fue contrario al derecho a las garantías judiciales por ello, la Corte consideró que el Estado violó los derechos a la libertad personal y a las garantías judiciales consagrados en los artículos 7 y 8, respectivamente, de la Convención Americana, en relación con los artículos 9 y 1.1 de la misma.

5.2.2 Alegatos de los peticionarios

Los peticionarios argumentarán la violación del principio de legalidad de tres tipos penales: (i) difamación, (ii) instigación a la violencia, y (iii) hurto de bienes de Estado. Además, se alegará la falta de adecuación típica en la imputación del delito de homicidio del que fue acusado el periodista William Garra.

En primer lugar, los peticionarios podrán atacar el delito de difamación con base en el test establecido por la Corte Interamericana para la determinación de imposición de responsabilidades ulteriores orientadas a proteger los derechos ajenos a la honra, buen

En cuanto al delito de instigación a delinquir, los peticionarios argumentarán que no hubo claridad ni certeza sobre el alcance delictivo de la conducta, pues en últimas lo que se está imputando es una conducta profesional como el periodismo. Tal circunstancia vulnera y desconoce el artículo 9 de la Convención Americana, ya que el Estado penalizó un hecho lícito, la actividad periodística desarrollada por las víctimas. Esto se sumaría a la amplitud con la que fue creado el tipo penal de instigación a delinquir, el cual permite la posibilidad de realizar una interpretación arbitraria que permite la penalización de la actividad periodística. Así, se vulnera el artículo 9 de la Convención porque los hechos constitutivos del delito fueron concebidos de una manera abstracta e imprecisa, que impide conocer con exactitud la conducta específica que confía. Así, se una

5.3 Igualdad ante la ley (artículo 24 de CADH)

5.3.1 Estándares aplicables

La Comisión Interamericana ha indicado que el principio de no discriminación es uno de los pilares de cualquier sistema democrático y una base fundamental del sistema de protección de los derechos humanos instaurado por la OEA.⁸⁵ La Corte Interamericana ha sostenido que: “La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos.⁸⁷” ha agregado que “posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos”.⁸⁸

Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

Ahora bien, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, es importante hacer referencia a lo señalado por la Corte Interamericana en el sentido de que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”.⁸⁹ En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en “los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos”, advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”.⁹⁰ Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran.⁹¹

⁸⁵ CIDH, Caso 11.625, Informe Nº 4/01 *María Eugenia Morales de Sierra*, Guatemala, 19 de Enero de 2001, publicado en OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 Rev., 16 abril de 2001, párr. 36.

⁸⁶ CIDH, *Consideraciones sobre la Compatibilidad de las Medidas de Acción Afirmativa Concebidas para Promover la Participación Política de la Mujer con los Principios de Igualdad y No Discriminación*, Sección A, Informe Anual 1999, Capítulo VI, publicado en OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 3, 13 abril 2000.

⁸⁷ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OEA/Ser.L/V/II.03/17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 83.

⁸⁸ *Ibid.*, párr. 88.

⁸⁹ *Condición jurídica*

5.3.2 Alegatos de los peticionarios

Los peticionarios pueden alegar la vulneración de este derecho con base en dos líneas argumentativas. De un lado, pueden alegar que la imposibilidad de fundar medios de comunicación a las comunidades sin tierra de San Pedro de los Aguados constituye un hecho que resulta discriminatorio y que el Estado no ha adoptado medidas para garantizar la igualdad real. Por otro lado, los peticionarios podrían argumentar que el hecho de que se hubiera negado abrir licitaciones en San Pedro de los Aguados en las convocatorias abiertas por el Estado para la concesión de radios comunitarias genera una disparidad inaceptable de los operadores de radio entre los potenciales usuarios frente a los habitantes de otras regiones.

En primer lugar, los peticionarios harán referencia a que la jurisprudencia interamericana ha destacado que los Estados no sólo deben abstenerse de “realizar acciones o favorecer prácticas que de cualquier manera se encuentren dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones *de jure* o *de facto*, discriminen o excluyan arbitrariamente a ciertos grupos o personas en [su] goce o ejercicio”, sino que además están obligados a “adoptar medidas positivas (legislativas, administrativas o de cualquier otra naturaleza) para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes que comprometan el goce y ejercicio efectivo del derecho a la libertad de expresión de ciertos grupos, en condiciones de igualdad y no discriminación”.

En ese sentido, para promover la igualdad de oportunidades en el acceso a los medios de comunicación, los Estados deben preverse medidas positivas para que los tres sectores de la radiodifusión puedan acceder a las licencias en condiciones equitativas; deben contemplarse criterios democráticos y procedimientos transparentes para la asignación

En conclusión, es preciso concluir que la desigualdad de trato arriba descrita no encuentra ninguna justificación adecuada, suficiente, ni proporcionada y, por consiguiente, vulnera el derecho de los accionantes a la igualdad de trato.

5.3.3 Alegatos del Estado

Las normas internacionales establecen que no toda disparidad de trato es discriminación. En efecto, para que el trato pueda reputarse como discriminatorio debe probarse que existe una situación fáctica similar a aquella de la que se alega ha accedido a un beneficio o ha sido exceptuada de una carga pública. Así, cuando existen claras diferencias entre un supuesto y otro no existe un imperativo estatal de dar un tratamiento igual a una situación y a otra. Ello implica que para construir un cargo por violación del principio de igualdad es preciso establecer que, en cada caso concreto, la situación de uno y otro tipo de población o persona es asimilable, como presupuesto para entrar a determinar si la diferencia de trato resulta discriminatoria.

Los peticionarios en el caso no han demostrado tal identidad en la situación que alegan como discriminatoria. El simple hecho de que la administración haya otorgado licencias de radio a otras personas jurídicas o en otras zonas del país no demuestra en sí misma que exista una discriminación de trato por parte de la entidad de radiodifusión. Como se explicó anteriormente, la decisión estatal en cuanto a la concesión y renovación de licencias de radio compleja por cuanto intervienen distintos criterios de distintos tipos.

El Estado tampoco encuentra asidero en cuanto a la presunta vulneración del derecho a la igualdad por la exclusión del acceso a medios de comunicación de la comunidad que dice representar la Radio Sersión. Los peticionarios, como todos los ciudadanos de Chirilagua, cuentan con una legislación interna que reserva una franja del espectro radioeléctrico para la concesión de licencias de explotación de radios comunitarias. Esta política de regulación del espectro radioeléctrico de Chirilagua se ha hecho precisamente para propender por la igualdad real en el debate democrático y garantizar la pluralidad de medios y opiniones.

Asimismo, los requisitos para acceder a dichas licencias tienen requisitos técnicos y financieros distintos a los exigidos para los radios comerciales, atendiendo a las especificidades de los medios comunitarios. Así las cosas, se demuestra que el Estado adopta medidas internas dirigidas directamente a dar mayor participación a comunidades y poblaciones que pudieran haber sido víctimas de discriminación o exclusión histórica. En este sentido, los órganos del sistema interamericano pueden evaluar la razonabilidad de la política pública, la cual no puede ser tachada de irrazonable solamente porque una determinada población no ha accedido a un bien público. No parece razonable exigir al Estado que solucione simultáneamente todas las injusticias o carencias de protección, máxime tratándose de aquéllas que implican prestaciones y que requieren de planificación en casi todos los eventos de responsabilidad presupuestal.

6. MEDIDAS DE REPARACIÓN

Tanto en el memorial escrito como en su presentación oral los participantes deben presentar sus argumentos y posición sobre las reparaciones. Para no adelantar la discusión, en el caso hipotético solamente se mencionó de forma genérica que la CIDH había formulado recomendaciones al Estado. Así las cosas, corresponde a los peticionarios que formulen sus alegaciones en cuanto a sus pretensiones en materia de reparación integral. Para ello deberán tener en cuenta los componentes de esta reparación y qué consideran que sería un remedio judicial efectivo en el caso concreto.

Los concursantes podrán entonces hacer alegaciones en materia de los contenidos de lo que la Corte ha denominado como reparación integral, que incluyen: la restitución⁹² la indemnización o compensación⁹³ la rehabilitación⁹⁴, las medidas de satisfacción⁹⁵ y las garantías de no repetición.⁹⁶ Para el caso concreto nos interesa que se aborden las medidas de restitución de los derechos conculcados, especialmente del derecho a libertad de expresión y cuáles serían las medidas administrativas o legislativas que buscarían la no repetición de hechos similares.

Los hechos del caso establecen que durante el trámite del caso ante el sistema interamericano el Estado reformó su legislación sobre medios de comunicación. El modelo adoptado por el Estado parece estar acorde con los estándares interamericanos en materia de sistema tripartito de distribución de frecuencias, con requisitos financieros y técnicos diferenciados para emisoras comerciales y comunitarias. Además, a partir de dicha reforma, el Estado abrió una convocatoria para nuevas licencias de radio. Dicha convocatoria se encuentra en trámite de adjudicación, pero las emisoras relacionadas en el caso ante la Corte Interamericana no participaron de ella.

Es probable que concursantes con el rol de Estado presenten estos hechos como argumento para desvirtuar presuntas violaciones. Por su parte, los concursantes con el rol de peticionarios podrán alegar la doctrina de la consumación del hecho ilícito internacional sentada por la Corte Interamericana en *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury contra Perú*. Más allá de esta discusión, este cambio en la realidad del país levanta dudas sobre las medidas de reparación que se pueden exigir y que a su vez la Corte podrá decretar.

⁹² La restitución completa (o *restitutio in integrum*) de los derechos afectados, consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación, por medio de medidas que permitan el restablecimiento de los derechos de la víctima, entre otros la ciudadanía, la libertad, la identidad, la restitución de bienes y propiedades, el retorno al lugar de origen y la reintegración a su empleo.

⁹³ La indemnización o compensación

Entre las preguntas que esperamos que se discutan a partir de estos hechos están las siguientes: ¿La reforma al sistema de radiodifusión es una medida suficiente de reparación? ¿Podría- y debería- la Corte Interamericana ordenar la nulidad de la revocatoria de la radio comercial y ordenar que se permita su funcionamiento en la