

*“Primer Debate Académico sobre Libertad de Expresión y Convergencia Comunicacional,
Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA)”
Convocado por el Gobierno Nacional (Comisión redactora de un proyecto de ley de
comunicaciones del ENaCom)*

*Presentación de Martín Becerra (Profesor Titular Universidad Nacional de Quilmes y UBA;
Investigador Independiente en Conicet; Dr. en Ciencias de la Información por la U. Autónoma
de Barcelona)
17 de mayo de 2016*



Agradecimiento a Silvana Giúdice y Andrés Gil Domínguez por la invitación y saludos a los presentes.

Dos observaciones iniciales:

Primera observación: dado el eje de convocatoria de esta actividad por parte del gobierno nacional y el tiempo previsto para la exposición, me centraré en la proyección de ejes para una nueva ley de comunicaciones y por lo tanto no realizaré a continuación un análisis de la regulación vigente en materia audiovisual (la ley 26522/09 y sus recientes modificaciones parciales, pero fundamentales, vía decretos de necesidad y urgencia por parte del presidente Mauricio Macri) y de telecomunicaciones (las leyes y decretos previos a la ley “Argentina Digital” 270978/14, algunos de cuyos aspectos continúan también vigentes, y que fueron, asimismo, parcialmente modificados por los DNU de Macri). Si hay interés en ese análisis, además de la presentación de varias organizaciones de la sociedad civil ante la Comisión Interamericana de DDHH (ver <https://martinbecerra.wordpress.com/2016/04/08/audiencia-en-la-cidh-sobre-los-dnus-de-macri/>), también he realizado varios artículos y algunos libros

sobre estas cuestiones. Parte de ese material puede consultarse públicamente en mi blog <http://martinbecerra.wordpress.com/> (en particular ver: “Recalculando, seis años de la ley audiovisual” <https://martinbecerra.wordpress.com/2015/10/09/recalculando-seis-anos-de-la-ley-audiovisual/>; “Restauración” <https://martinbecerra.wordpress.com/2016/01/14/restauracion/>; y “La pauta que los parió” <https://martinbecerra.wordpress.com/2016/03/02/la-pauta-que-los-pario/>)

Segunda observación que no sólo es de método sino de contenido del proceso de elaboración de políticas públicas. Dada la centralidad que las actividades de información y comunicación tienen para el funcionamiento democrático y la directa vinculación con los derechos a la libertad de expresión en su doble faceta individual y social, al acceso a expresiones culturales diversas y a la libertad de comercio, entre otros, es fundamental que una regulación en estas materias asegure un proceso participativo, inclusivo y sin discriminación por motivos políticos, sociales, culturales, ideológicos o geográficos.

Hasta ahora el gobierno no cuenta con un boceto de proyecto de ley convergente o al menos no lo ha puesto a la consideración pública y por ello las reuniones que organiza, de carácter consultivo, con organizaciones sociales y empresariales, así como con especialistas, carece de “guión” organizador. Será importante, en consecuencia, que una vez que el gobierno componga su boceto de proyecto realice una nueva ronda de consultas para recoger las opiniones, propuestas y alternativas a dicho boceto con los actores citados en esta ronda inicial.

Bien: en función de mi campo de investigaciones en políticas de comunicación y del carácter preliminar del debate, con la idea de ir de mayor a menor, de lo general a lo particular, organizaré la exposición en torno de estos cuatro ejes que entiendo son medulares para la construcción de políticas normativas sobre la convergencia:

1. Qué se regula y para qué: objetivos y definición de convergencia.
2. Qué sucede con el interés público en la regulación de la convergencia.
3. Qué desafíos plantean la concentración de mercados convergentes y los problemas de competencia.
4. Quién aplica la regulación y quién controla al regulador.

Primer punto: Qué se regula y para qué: objetivos y definición de convergencia

Para que esté guiada por el principio de progresividad (o no regresividad) en materia de derechos sociales, culturales y económicos, una futura ley debe reconocer las consecuencias de una comprensión amplia y social de la libertad de expresión que comprende tanto la libertad para emitir por distintos medios y soportes como para buscar y acceder a una diversa gama de contenidos y perspectivas, tal como fundaron Declaración Universal de DDHH, la Convención Interamericana de DDHH y los pactos en la materia suscriptos y reconocidos en el país.

De manera que la libertad de expresión en su doble faceta y a todos los medios; la diversidad cultural, el acceso a contenidos, medios y tecnologías diversos y sin discriminación conforman el trípede de objetivos estratégicos de una política normativa para la convergencia si ésta es orientada por una perspectiva inclusiva y democrática.

Ahora bien, esos objetivos estratégicos aparecen tensionados por un escenario que lejos de presentarse estable, es un proceso en curso que incorpora dimensiones políticas, sociales,

económicas y tecnológicas (todo esto es nombrado cuando se nombra la convergencia), lo cual impacta en la permanente movilidad de intereses de actores que no son necesariamente conciliables. Dos desafíos principales se deducen de ello: en primer lugar, la definición de la convergencia, su contenido y su contorno; en segundo lugar, la definición de distinción en la cadena productiva de las actividades convergentes, lo que remite a los intereses en conflicto recién mencionados.

En relación al primer desafío: quienes estudiamos la convergencia desde la emergencia del salto tecnológico que provocó la digitalización del circuito productivo en información y comunicación podemos citar una variada gama de definiciones de convergencia. Esta no es unívoca y he aquí una parte fundamental del desafío que tiene la construcción de una regulación legal sobre este proceso.

Se alude con el término convergencia a la cualidad de que un mismo servicio funcione a través de distintas plataformas (algunos de estos servicios pueden ser sustitutos disruptivos, como WhatsApp); a la situación en la que diferentes tipos de redes que adoptan una misma plataforma (el hogar como centro de reunión de dispositivos diferentes conectados a banda ancha y WiFi); o a la posibilidad de que diferentes servicios/plataformas se integren dentro del mismo paquete (triple-play; n-play). También a la unificación de soportes de producción o distribución (que no son análogos). Estas diferentes definiciones de convergencia operan como perceptoras de distintos posicionamientos legales y regulatorios, además de comerciales y productivos. No es, pues, nada secundario destinar tiempo a acordar qué tipo o tipos de convergencia se quiere regular con la política pública.

En relación al segundo desafío: si la perspectiva sobre la convergencia más extendida entre actores políticos e industriales se resume en la fórmula (que se dice fácil pero insinúa una complejidad inmensa) de que “todos pueden hacer todo”, es decir que los operadores del sector audiovisual pueden prestar servicios de telecomunicaciones e Internet, y así con cada uno del resto de los sectores, entonces procede realizar dos distinciones básicas, de las que la futura política será, quiéralo o no, tributaria:

- a. La distinción entre distintos actores en función de su inserción social y su proyecto, que el actual gobierno prometió conservar, es decir, entre de derechos y obligaciones para: actores con fines de lucro; sin fines de lucro; estatales.
- b. La distinción entre los eslabones de la cadena productiva y sus obligaciones diferentes: licenciatarios con uso de espectro; prestadores de servicio público de telecomunicaciones con explotación de facilidades esenciales; servicios con inversión en redes propias; servicios y aplicaciones over the top (por ello no puede aplicarse a todos las mismas reglas, como por ejemplo el principio de neutralidad, que es inherente a las telecomunicaciones, no puede aplicarse automáticamente al audiovisual abierto (espectro) ni a la tv paga, servicios que, por definición, “discriminan”).

A su vez, estas dos distinciones contienen enormes asimetrías: los actores con fines de lucro han predominado en el desarrollo del sistema de medios audiovisuales, dado que durante décadas se proscribió la existencia misma de otro tipo de lógica, en tanto que los medios estatales funcionaron históricamente como dispositivos de gobierno; en relación a la cadena productiva también hay asimetrías enormes que conduce a algunos de los actores industriales a reclamar reglas de juego parejas en un sistema que, por lo menos en el presente, define la asimetría desde el momento mismo en que algunos reciben concesiones y licencias con explotación dilatada en el tiempo del recurso público del espectro radioeléctrico o de redes físicas esenciales para el bienestar que la legislación define como servicio básico.

Resulta evidente para los presentes que estas distinciones y la consideración de asimetrías tienen efectos directos sobre el ecosistema de medios y actividades convergentes. Por ello, lo cito a título de ejemplo, el gobierno con el DNU 267 sigue privando a los operadores del servicio básico de telecomunicaciones de brindar televisión por cable, por eso tuvo que enmendar inconsistencias manifiestas que surgen al ubicar sumariamente y sin un estudio serio a la tv por cable como servicio de telecomunicaciones (cuando su contenido es manifiestamente audiovisual y mayoritariamente audiovisual lineal), por eso sostiene la barrera artificial para que los operadores satelitales (el operador satelital) no pueda prestar ningún otro servicio. Porque si la deriva tecnológica orientara todo el proceso normativo, ¿cuál sería el motivo de estas limitaciones? ¿Por qué sostener unas limitaciones y no otras? He aquí la gran cuestión de las políticas en el sector, que nos conduce a los dos siguientes ejes de mi intervención:

Segundo y tercer puntos:

Qué sucede con el interés público en la regulación de la convergencia; y

Qué desafíos plantean la concentración de mercados convergentes y los problemas de competencia.

Abordaré ambos ejes en conjunto por razones de tiempo.

La política de la convergencia no se resuelve con la franquicia para que operadores de sectores antes divergentes crucen fronteras tecnológicas. Eso ya lo resolvió la tecnología. El asunto es cómo armonizar el interés público, los usos y necesidades sociales, los derechos ciudadanos, las lógicas económicas y las potencialidades tecnológicas en un país con las fracturas sociales, económicas y geográficas como la Argentina.

La Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, la legislación comparada (en particular los principios reguladores de la Unión Europea y de países como Francia, Alemania, Gran Bretaña en ella; los de EEUU, México o Uruguay), los estándares del sistema interamericano de DDHH y la La Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de la UNESCO abundan en la consideración del interés público como principio organizador de la regulación de estas actividades. Hay, además, una valiosa pieza doctrinaria al respecto en el fallo de la Corte Suprema de Justicia argentina en 2013, cuando seis sobre siete de sus integrantes coincidieron en validar la constitucionalidad de la ley audiovisual y subrayaron el deber del Estado de promover políticas activas –que no pueden limitarse a las reglas del mercado- para corregir las inequidades que produce el desigual acceso de distintos actores de la sociedad al sector de medios y –agrego yo- tecnologías de la información necesarias para poner en circulación información y opinión.

Cuando hablamos de interés público hablamos de cómo la ciudadanía, sea como usuaria de servicios audiovisuales, de telecomunicaciones o Internet, es sujeto de derechos por los que el Estado debe velar y los actores industriales, comunitarios y estatales observar.

El interés público reclama pues del Estado la promoción de políticas públicas que estimulen diversidad de actores, diversidad de perspectivas y puntos de vista, diversidad cultural, diversidad geográfica, diversidad de servicios y aplicaciones.

Cuando la política pública no promueve la diversidad, la lógica comercial se desentiende de las necesidades de los sectores más vulnerables (acceso y contenidos).

Entre paréntesis una digresión (como por razones de tiempo no desarrollaré el tema de medios estatales, me permito introducir brevemente esta mención a que la obligación de políticas de estímulo a la diversidad en un país donde predomina la lógica comercial de funcionamiento ubica a la carencia de medios auténticamente públicos, ya que históricamente fueron y son gubernamentales y gubernamentalizados (con diferencias en el nivel de gubernamentalización según el gobierno, obviamente) como uno de los problemas endémicos de la configuración del ecosistema de medios audiovisuales en la Argentina. Ello demandaría un seminario específico sobre esta cuestión problemática que, en función de los estudios que hemos realizado, es transversal a distintas formaciones políticas en el país).

En la consideración del interés público es que la distinción ente actores con fines de lucro, sin fines de lucro y estatal no-gubernamental resulta primordial, toda vez que no puede sostenerse la defensa del interés público sólo bajo una concepción comercial de explotación de estas actividades, lo que supondría empobrecer la comprensión de la dimensión social y cultural de estas actividades (negando el derecho de la mayoría de los ciudadanos) por un lado, y reducir la dimensión económica a una lógica de lucro (suprimiendo por ejemplo al sector de la economía solidaria expresado por el movimiento cooperativo).

Es en función del interés público de las actividades de información y comunicación que éstas tienen salvaguardas constitucionales específicas y que tienen, también, obligaciones y contraprestaciones que les son características, entre las cuales podemos mencionar: límites a la concentración de la propiedad; obligaciones de producción y/o financiamiento y/o distribución y/o programación de contenido local/nacional/independiente en función de la talla y del lugar geográfico; reglas de must offer y must carry; exigencias de producción/emisión de informativos; criterios relativos a la tarifa social; políticas tarifarias y de arquitectura de redes relativas a la interconexión y a la administración de redes e infraestructuras en el caso de los servicios públicos; compromisos de cobertura; conformación del fondo de servicio universal.

Las políticas de defensa de la competencia deben compadecerse con la comprensión de la importancia de la regulación de las actividades de información y comunicación en defensa del interés público. En este sentido, al tratarse de sectores con tendencia inherente a la concentración, por sus economías de escala, de gama y, ahora, de red, por sus costos fijos y por la escasez de recursos que usa como plataformas de distribución de contenidos, resulta fundamental atender a la especificidad de los derechos en juego.

Las respuestas normativas y políticas buscan atenuar los efectos de la concentración en el megasector de las comunicaciones atendiendo a su especificidad y a los derechos sociales y culturales involucrados. No se trata sólo de política industrial. Atención que he dicho "sólo", es decir, se comprende que se trata de un sector con lógica industrial de producción, pero allí no se agota el tema. El Sistema Interamericano ha sido claro al respecto. Por eso antes y ahora otros Estados, en particular los que suelen citarse como modelos normativos estables y democráticos, cultivan regulaciones que facultan a los organismos estatales a limitar la concentración de la propiedad de los medios y actividades de comunicación. La singularidad del recurso de la información hace que esas respuestas normativas no se vean satisfechas con la mera intervención de las áreas de defensa de la competencia.

En comunicación el abuso de posición dominante que se manifiestan con claridad en el sector audiovisual (en particular en el de pago) y las estrategias y prácticas de cartelización, que son evidentes para los usuarios de telefonía móvil o de banda ancha en algunas localidades,

erosionan el ejercicio de derechos a la cultura y a la información y debilitan la construcción del espacio público democrático.

Como sostiene el informe de la OCDE sobre competencia audiovisual (2013), “en muchas industrias las fallas del mercado y los comportamientos anticompetitivos producen suba de precios. Sin embargo, en mercados de medios de información, donde los actores corporativos proveen los llamados “bienes de confianza” (*credence goods*) la alta concentración y la menor competencia pueden disminuir la calidad de las noticias”. Por consiguiente, continúa el documento de la OCDE, “mientras las leyes de competencia pueden atender las cuestiones de concentración y elección, no pueden garantizar que la propiedad sea plural y que se garantice el ingreso de nuevos actores. Dado que las leyes de competencia y las políticas persiguen en general objetivos económicos como la eficiencia y el bienestar de los consumidores, no pueden proveer adecuada protección para la diversidad y pluralismo en los medios”. Por esta razón es que muchos Estados y jurisdicciones alrededor del mundo “adoptan reglas especiales relativas al máximo nivel de concentración de la propiedad dentro de una misma plataforma de medios o bien entre distintas plataformas de medios (*cross-ownership limits*)”.

Es por ello que en México el Instituto Federal de las Telecomunicaciones; en Gran Bretaña la OfCom o en EEUU la Federal Communications Commission tienen competencias específicas como autoridades regulatorias en materia de concentración audiovisual y de telecomunicaciones, con independencia de lo que tramite por su parte el área de defensa de la competencia.

La pregunta medular de la futura regulación, como lo fue en la pasada, es ¿cómo asumir y tramitar asimetrías? Por ejemplo, ¿es consistente con la defensa del interés público licuar límites para el ejercicio de posición dominante a nivel nacional de los hasta ahora principales medios de distribución de contenidos lineales masivos o, por el contrario y como ocurre en los países que se mencionan como ejemplos de regulaciones democráticas, es preciso establecer límites? ¿estos límites deben priorizar porcentaje de mercado como límites o cantidad de licencias o concesiones? si esos límites son superados por algún actor, ¿qué política se definirá al respecto (en México se obliga a disminuir la posición predominante antes de autorizar inversiones en otros servicios)? ¿cuáles son las condiciones que permitirían –en caso de que se habilite ese permiso- para que operadores de servicios públicos y redes esenciales puedan prestar otros servicios? ¿habrá condiciones similares para operadores de servicios con “pisada” nacional como la tv satelital? ¿qué sucede si uno de los operadores de servicio básico telefónico compra la filial internacional del operador satelital, se le obligará a desinvertir? ¿se prevé establecer zonas de exclusión para proteger la actividad, las fuentes de trabajo y el contenido local de actores medianos y pequeños y de los que funcionan sin lógica de lucro? ¿las cargas impositivas serán diferenciales para permitir atenuar, si no corregir, las manifiestas asimetrías existentes? La resolución de estas preguntas traduce intereses de los principales protagonistas de estas actividades que, en estos asuntos, no son siempre conciliables.

Cuarto punto: Quién aplica la regulación y quién controla al regulador.

El DNU267 no sólo restauró los valores de concentración vigentes en Argentina hasta 2009, sino también la dependencia orgánica, política y funcional de la autoridad de aplicación al presidente de la Nación. El gobierno afirma que esta situación es transitoria y manifestó su intención de corregirla para comenzar a respetar los estándares que refieren a la autonomía relativa de quien aplica la norma respecto de injerencias políticas y económicas, como postulan los estándares en la materia. Lo fundamental es que el regulador no sea cooptado

por el regulado al mismo tiempo que no sea objeto de presiones políticas que puedan afectar los derechos consagrados en la norma.

Bien: creo que ese órgano debe contar con un Directorio que asegure representación política y geográfica diversa y competencias y conocimientos específicos de los directivos. La pregunta aquí es ¿cómo garantizar representatividad política y social junto con competencia y conocimientos expertos para una política pública de la convergencia?

Por ello creo que, además de que su integración sea propuesta por el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y por un espacio con representación de las provincias argentinas y de la sociedad civil, sus directivos deban contar con la aprobación de una mayoría especial del Senado para garantizar que cuenten con un acuerdo fuerte y estable, a la vez que cumplan con los estándares de no remoción discrecional (algo que contraviene de modo explícito el DNU 267/15) y de no coincidencia temporal con el mandato del Poder Ejecutivo.

También creo que será importante garantizar un espacio consultivo en el que se puedan proponer modificaciones periódicas conforme el cambio tecnológico justifique realizar adecuaciones de tipo reglamentario, para que la regulación no refleje sólo una foto sino que de cuentas de un proceso dinámico, avasallador y en consecuencia cambiante.

A modo de cierre

Estamos atravesando un momento histórico apasionante de cambios tecnológicos veloces. Vivimos sobre una cornisa donde los viejos medios, a los que la regulación debe atender debido a que tienen aún amplia significación social, compiten por la atención y el uso social –y por su traducción económica- con nuevos medios con otras características pero que disputan masividad y renta.

Un problema de quienes desde otras disciplinas sólo ven aquí una disputa tecnológica, artefactual o incluso económica, es que los medios (y las tecnés) son vínculos sociales y su regulación combina, afecta y troquea ese vínculo.

Mi compromiso y el del equipo de investigadores que represento, que hemos tenido una perspectiva analítica crítica al tiempo que propositiva cuando los tres poderes del Estado así nos lo solicitaron, es contribuir modestamente a que esa regulación siembre la senda de la inclusión.