

SE PRESENTAN COMO AMICUS CURIAE

Excma. Cámara

Gastón Chillier, director ejecutivo y apoderado del Centro de Estudios Legales y Sociales, tal como surge de la copia del poder que se acompaña, domiciliado en la calle Piedras 547 de la ciudad de Buenos Aires; Sergio Caletti, decano de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, tal como acredita la resolución del Consejo Directivo de esa casa de estudios que se adjunta, domiciliado en la calle Marcelo T. de Alvear 2230 de la ciudad de Buenos Aires; Reynaldo Claudio Gómez, vicedecano de la Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la Universidad Nacional de La Plata, tal como acredita la resolución del Consejo Directivo de esa casa de estudios que se adjunta, domiciliado en la calle Diagonal 113 n° 291 de la ciudad de La Plata; Martín Becerra, director del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Quilmes, tal como acredita la resolución del Consejo Superior de esa casa de estudios que se adjunta, domiciliado en la calle Roque Sáenz Peña 352 de la ciudad de Bernal, provincia de Buenos Aires; Víctor Abramovich, director del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Lanús, tal como acredita la resolución del Vicerrector de esa casa de estudios que se adjunta, domiciliado en la calle 29 de septiembre 3901 de la ciudad de Lanús, provincia de Buenos Aires; Santiago Diego Aragón, decano de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, tal como acredita la resolución del Consejo Académico de esa casa de estudios que se adjunta, domiciliado en la calle Juan XXIII y Ruta provincial 4, del partido de Lomas de Zamora, provincia de Buenos Aires; Gustavo Granero, secretario general de la Federación Argentina de Trabajadores de Prensa, conforme el acta de elección certificada por los Inspectores del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación adjunta al presente, domiciliado en la calle Solís 1158 de la ciudad de Buenos Aires; Carlos Horacio Arreceygor, secretario general de la Confederación Sindical de Trabajadores de los Medios de Comunicación Social de la República Argentina y secretario general del Sindicato Argentino de la Televisión, Servicios Audiovisuales, Interactivos y de Datos, conforme las actas de elección certificada por los Inspectores del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación adjuntas al presente, domiciliado en la calle Quintino Bocayuva 50 de la ciudad de Buenos Aires; Ernesto Lamas, coordinador regional de la Asociación Mundial de Radios Comunitarias – América Latina y el Caribe, conforme copia de de estatuto y actas que se adjuntan, domiciliado en la calle Lambaré 873 de la ciudad de Buenos Aires; Juan Antonio Palacios, secretario general de la Asociación Argentina de Trabajadores de las Comunicaciones, conforme el acta de elección certificada por los Inspectores del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación adjunta al presente, domiciliado en la calle Chacabuco 140 de la ciudad de Buenos Aires; Vicente Álvarez Portas, secretario general del Sindicato Único de la Publicidad, conforme el acta de elección certificada por los Inspectores del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación adjunta al presente, domiciliado en la calle Juan Domingo Perón 2385 de la ciudad de Buenos Aires; Cecilia Córca, presidente de la Asociación Argentina de Actores, conforme el acta de elección certificada por los Inspectores del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación adjunta al presente, domiciliada en la calle Alsina 1762 de la ciudad de Buenos Aires; Sergio Zóttola, secretario general del Sindicato de la Industria Cinematográfica Argentina, conforme el acta de elección certificada por los Inspectores del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación adjunta al presente, domiciliado en la calle Juncaí 2029 de la ciudad de Buenos Aires; Miguel Ángel Paniagua, secretario general del Sindicato Único de Trabajadores del Espectáculo Público y Afines conforme el acta de elección certificada por los Inspectores del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación adjunta al presente, domiciliado en la calle Pasco 148 de la ciudad de Buenos Aires; José Enrique Pérez Nella, presidente de la Sociedad Argentina de Locutores, conforme acredita la copia del estatuto y certificado de autoridades que se adjunta, domiciliado en la calle Vidt 2011 de la ciudad de Buenos Aires; Ricardo Daniel Vernazza, secretario general del Sindicato Argentino de Músicos conforme el acta de elección certificada por los Inspectores del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación adjunta al presente, domiciliado en la calle Belgrano 3655 de la ciudad de Buenos Aires; Francisco Omar Plaini, Secretario General del Sindicato de Vendedores de Diarios y Revistas C.A.B.A y Prov. De Buenos Aires, conforme certificado de autoridades expedido por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación adjunto al presente, domiciliado en la calle Venezuela 2365 de la ciudad de Buenos Aires; Enrique Marano, Secretario general de la Federación Argentina Trabajadores de Imprentas, Diarios y Afines, conforme certificado de autoridades expedido por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación adjunto al presente, domiciliado en la calle San José 715, Ciudad de Buenos Aires; Edgardo Néstor Carmona, Secretario general del Sindicato de Prensa Rosario, conforme certificado de autoridades expedido por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación adjunto al presente con domicilio en Juan Manuel de Rosas 958 Cdad. Rosario; Néstor Busso, presidente del Foro Argentino de Radios Comunitarias, conforme acredita la copia del acta constitutiva y de las actas de asamblea de

elección de autoridades que se adjuntan, domiciliado en la calle Piedras 575 PB de la ciudad de Buenos Aires; Osvaldo Guillermo Francés, presidente de la Asociación de Radiodifusoras Bonaerenses y del Interior de la República Argentina, conforme copia del acta de asamblea general ordinaria que se adjunta, domiciliado en la calle Alvarado 2164 de la ciudad de Mar del Plata; y Jorge Cajaraville, presidente de la Asociación Civil Centro Nueva Tierra para la Promoción Social y Pastoral, conforme los estatutos y actas certificadas que se adjuntan, domiciliado en la calle Piedras 575 PB de la ciudad de Buenos Aires; todos los documentos que en copia se acompañan se proporcionan bajo juramento de ser fiel a su original, todos con el patrocinio letrado de los Dres. Damián M. Loreti (CPACF T. 31, F. 821), Andrea Pochak (CPACF T. 68, F. 394), Analía Eliades (CALP T. XLÍ, F. 323), y Víctor Abramovich (T 40 F 45 CACF.) constituyendo domicilio legal en Los Naranjos 167, barrio Tres Cerritos (C.P. 4400) de la ciudad de Salta, en los autos caratulados "CODELCO c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/ acción declarativa - medida cautelar" (Expte. N° 3-863/09), a V.E. nos presentamos y respetuosamente decimos:

I. OBJETO

Que en el carácter invocado solicitamos a V.E. por medio de esta presentación ser tenidos como *Amicus Curiae* para someter a la consideración de este alto tribunal algunos argumentos de derecho constitucional, derecho internacional de los derechos humanos y de derecho internacional público sobre la adecuación de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (Ley 26.522) a los estándares vigentes en materia de libertad de expresión y derecho a la información.

En síntesis, y conforme se detalla en el presente memorial, se fundamenta la constitucionalidad de la ley 26.522 en relación a la facultad de Estado de regular en materia de radiodifusión, siendo por ende una norma de competencia federal. Asimismo, se proporcionan consideraciones acordes a los más altos estándares protectorios de la libertad de expresión y el derecho a la información sobre la necesidad legal de establecer un régimen de multiplicidad de licencias —incluyendo límites a la concentración de la propiedad de los medios de comunicación y a la conformación de redes permanentes de programación— y pisos mínimos de producción local e independiente, todo ello con la finalidad de garantizar la pluralidad y diversidad informativa. Por último se aportan elementos para evaluar la constitucionalidad de las disposiciones relativas al procedimiento, el plazo y las consecuencias, para ajustarse a la nueva normativa.

II. LA INSTITUCIÓN DEL AMICUS CURIAE

El memorial en derecho que presentamos se inscribe en la tradición jurídica que tanto en el derecho comparado como nacional se conoce con el nombre de *amicus curiae*. El objeto de presentaciones de este tipo consiste en que terceros ajenos a una disputa judicial —pero con un justificado interés en la resolución final del litigio—, puedan expresar sus opiniones en torno a la materia, a través de aportes de trascendencia para la sustentación del proceso judicial.

En nuestro país la presentación de dictámenes en carácter de *amicus curiae* no sólo ha sido receptada por numerosos antecedentes jurisprudenciales, sino que ha tenido consagración nacional a través del Reglamento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Acordada 28/04, dictada el 14 de julio del 2004.

En dicha regulación, la Corte reivindica este instituto como un importante instrumento de participación democrática en el poder judicial, manifestando que la figura del amigo del tribunal es "un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia"¹. Esta bienvenida innovación por parte del máximo Tribunal de la Nación demuestra que la tendencia en favor de la aceptación de los *amici curiae* es firme e inequívoca.

Cabe destacar que la presentación de los *amici curiae* de ninguna manera constituye un perjuicio para alguna de las partes del litigio. Por el contrario, su finalidad es colaborar en la sustanciación del proceso, aportando conocimiento, argumentos, experiencia y opiniones que puedan servir como elementos de juicio a tener en cuenta a la hora de resolverse la disputa.

Asimismo, la presentación de memoriales en derecho garantiza la participación de la sociedad civil y terceros interesados en ciertas cuestiones de trascendencia pública que se debaten ante los tribunales. Esta participación —que el *amicus curiae* vehiculiza— hace al principio republicano de gobierno consagrado en la Constitución Nacional. La transparencia del debate público y el acercamiento del poder judicial a los ciudadanos contribuyen al fortalecimiento de las instituciones republicanas y a la calidad del sistema democrático.

¹CSJN, Acordada 28/04, "Autorízase la intervención de Amigos del Tribunal en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general. Reglamento", de fecha 20 de julio de 2004.

La figura del *amicus curiae* se ha extendido en forma notoria. En un primer momento, la institución pasó a ser moneda corriente en las más diversas instancias internacionales: es hoy casi un lugar común que presentaciones de este tipo se hagan ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como ante sus similares en Europa o África. El motivo de esta difusión es tan simple como la especial naturaleza del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el interés generalizado que rodea cualquier causa en la que esté en juego el ejercicio de un derecho fundamental.

Bueno es aclarar que, de la mano del Derecho Internacional, esta institución ha dado recientemente su último gran paso al convertirse también en una costumbre incipiente en países que antes no la acogían.

Por lo demás, los propios órganos del sistema interamericano de derechos humanos han reconocido expresamente la aptitud de los firmantes para ser amigos del tribunal en este tipo de asuntos. En efecto, en cada oportunidad en la que se analizó el alcance del derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se han admitido los memoriales en derecho tanto de organizaciones civiles, como de entidades que asocian empresas, que nuclean profesionales de los medios de comunicación y también de entidades sindicales como las firmantes.

De lo dicho, y de la amplísima jurisprudencia en la materia, se desprende la viabilidad de la presentación denominada *amicus curiae*, en cualquier instancia de un proceso aún abierto, y sin que exista una limitación en función del fuero que se trate. Así, por su propia naturaleza, este instituto procede sin que existan al respecto restricciones formales que puedan oponérsele.

En virtud de lo expuesto, nos presentamos ante V.E. con el objeto de que se nos permita exponer nuestros argumentos jurídicos a los efectos de colaborar con la resolución del caso sometido a estudio.

III. INTERÉS DEL AMICUS CURIAE

En el presente memorial en derecho se presentan cuatro tipos de entidades:

En primer lugar, facultades o departamentos de Universidades Nacionales Públicas, tanto de Ciencias Sociales como de Periodismo.

La legitimación para actuar en este legajo-como amigos del tribunal resulta tanto de las disciplinas que enseñan, investigan, o sobre las que hacen extensión tales ámbitos educativos, en general, como del interés que resulta de las explícitas previsiones que la ley 26.522 realiza respecto de las aptitudes y reconocimientos de las carreras de ciencias de la comunicación, ciencias de la información, periodismo y similares de universidades públicas.

En efecto, estas entidades educativas no sólo han participado activamente del debate previo a la discusión parlamentaria de la ley, sino que han sido sedes constitutivas de los foros locales en los que se trató la propuesta de proyecto, tal como fue publicado oportunamente por múltiples medios de comunicación gráficos, electrónicos, televisivos y radiales, y tal como se acredita de la propia página web de la autoridad de aplicación (www.afsca.gov.ar).

Asimismo, el interés de estas instituciones académicas surge de la propia letra de la ley toda vez que:

- a) Son las que designan, a través del Consejo Federal, uno de los siete directores de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual;
- b) Son las que designan, a través del Consejo Honorario, uno de los directores de
- c) Radio y Televisión Argentina;
- d) Son miembros plenos del Consejo Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual;
- e) Son miembros plenos del Consejo Honorario de Fortalecimiento de los Medios Públicos;
- f) Son reconocidos explícitamente como prestadores públicos habilitados para la actividad de los servicios de comunicación audiovisual, con calificaciones específicas sobre la programación a emitir².

² ARTICULO 16. — Integración del Consejo Federal de Comunicación Audiovisual. "Los integrantes del Consejo Federal de Comunicación Audiovisual serán designados por el Poder Ejecutivo nacional, a propuesta de los sectores y jurisdicciones en el número que a continuación se detallan: a) Un (1) representante de cada una de las provincias y del gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Dicha representación se corresponderá con la máxima autoridad política provincial en la materia; b) Tres (3) representantes por las entidades que agrupen a los prestadores privados de carácter comercial; c) Tres (3) representantes por las entidades que agrupen a los prestadores sin fines de lucro; d) Un (1) representante de las emisoras de

En segundo lugar se presentan varios sindicatos de trabajadores de los medios de comunicación social. La justicia ya ha reconocido en actuaciones anteriores aptitudes suficientes de las instituciones sindicales para ser "amigo del tribunal". Así, por ejemplo, en la causa que tramitó ante el Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 11, Secretaría N° 22 de la Capital Federal identificada como n° 19.480 y n° 14.829/2002 del registro de la Excm. Cámara. Lo propio ocurrió en el incidente sobre aplicación de la ley 12.908 en el expediente "Ed. Perfil s/ concurso preventivo" tramitado por ante la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

En el caso de los sindicatos de los trabajadores de los medios de comunicación social, su interés recae sobre la condición de asociaciones sindicales con personería gremial y derechos para actuar, a tenor del artículo 31 de la ley 23.551 para "Defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores". En estas actuaciones, los sindicatos representan a los trabajadores en función de reclamos históricamente planteados en materia de protección a la pluralidad, a la ampliación de las fuentes de difusión de distintas posiciones informativas, estéticas, artísticas y culturales en general, por vía de la preservación y promoción de contenidos nacionales y locales.

Pero además, habremos de señalar que la ley de servicios de comunicación audiovisual recoge también legitimaciones propias para las organizaciones de los trabajadores. En particular, los sindicatos son reconocidos como miembros plenos en los Consejos Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, y del Consejo Honorario para los Medios Públicos.

En el mismo sentido, tras las postergaciones y discriminaciones sufridas por la vigencia del anterior artículo 45 de la ley 22.285, estas instituciones ahora tienen pleno reconocimiento para ser titulares de medios de comunicación, tanto por vía de registro, cuanto de licencias.

En tercer lugar se presentan asociaciones que nuclean emisoras con o sin fines de lucro.

Tal como las anteriormente citadas, la ley reconoce en ese mismo artículo 16 la posibilidad de que las entidades que asocian a las emisoras sin fines de lucro, o con él, un asiento distinto en el Consejo Federal.

Además, las aquí presentantes somos entidades reconocidas en la defensa de los principios del pluralismo y la diversidad, siendo dos de las firmantes entidades que asocian emisoras comunitarias sin fines de lucro y, una de ellas, la entidad que asocia a las emisoras con fines comerciales independientes de las cadenas y señales que anulan las posibilidades de la multiplicidad de voces. Por último, se presentan asociaciones civiles de la sociedad, entre las cuales se encuentran organizaciones de derechos humanos, las que demuestran su legítimo interés en participar toda vez que su objeto social y actividad histórica reconoce tradiciones de luchas en defensa de los derechos humanos de los habitantes de nuestro país.

En el caso del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), se trata de una organización no gubernamental dedicada a la promoción y protección de los derechos humanos y el fortalecimiento del sistema democrático y el Estado de derecho en Argentina. Con este fin, el CELS ha desarrollado una variada y cuantiosa labor desde su fundación en 1979. Entre los mandatos específicos del CELS, se encuentra el de contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, a través de la utilización de instrumentos judiciales y cuasi judiciales de derecho interno e internacional. En este sentido, el CELS ha llevado adelante numerosos casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, denunciando la violación de los derechos fundamentales amparados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte del Estado argentino.

Entre sus prioridades, se encuentra el fortalecimiento y desarrollo de la libertad de expresión y el acceso a la información. Por ello, ha llevado adelante acciones judiciales ya sea a nivel nacional como a nivel internacional, con la fuerte convicción que tanto la libertad de recibir, como la de acceder, difundir y buscar información constituyen un requisito indispensable para el reconocimiento mismo de un Estado de derecho. Asimismo, el CELS ha elaborado y publicado diversos documentos sobre la importancia del

las universidades nacionales; e) Un (1) representante de las universidades nacionales que tengan facultades o carreras de comunicación; f) Un (1) representante de los medios públicos de todos los ámbitos y jurisdicciones; g) Tres (3) representantes de las entidades sindicales de los trabajadores de los medios de comunicación; h) Un (1) representante de las sociedades gestoras de derechos; i) Un (1) representante por los Pueblos Originarios reconocidos ante el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI)". Ver también el ARTICULO 65 b. "Las emisoras de titularidad de Estados provinciales, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, municipios y universidades nacionales: i. Deberán emitir un mínimo del sesenta por ciento (60%) de producción local y propia, que incluya noticieros o informativos locales. ii. Deberán emitir un mínimo del veinte por ciento (20%) del total de la programación para difusión de contenidos educativos, culturales y de bien público".

acceso a la información, ya sea por medio de su publicación anual⁴, o en su publicación "La información como herramienta para la protección de los derechos humanos"⁵, o el documento elaborado junto a otras organizaciones no gubernamentales titulado "Una radiodifusión pública para la Democracia"⁶.

Por su parte, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (CDHUNLa) tiene como misión la investigación, la enseñanza y la promoción de los derechos humanos como componente de las políticas públicas y el sistema democrático. El CDHUNLa coordina las actividades de docencia de grado en derechos humanos de la Universidad Nacional de Lanús. Su principal actividad académica es la Maestría en Derechos Humanos, que tiene como objetivo general la formación en derechos humanos con especial consideración en las políticas públicas. Además, realiza actividades de transferencia, capacitación y/o debate sobre temas de actualidad para la comunidad en general.

Asimismo, la Asociación Mundial de Radios Comunitarias (AMARC) es el referente organizacional, político y comunicacional de un movimiento internacional constituido en torno a las radios comunitarias, ciudadanas y populares. AMARC está reconocida como organismo no gubernamental internacional (ONGI), de carácter laico y sin fines de lucro. La misión de AMARC es promover la democratización de las comunicaciones para favorecer la libertad de expresión y contribuir al desarrollo equitativo y sostenible de los pueblos. En América Latina y el Caribe, la asociación fue fundada en 1990. Cuenta también con un capítulo nacional.

El Foro Argentino de Radios Comunitarias es una entidad reconocida en el país que nuclea emisoras sin fines de lucro y ha promovido desde hace décadas la comunicación comunitaria a lo largo y ancho del territorio nacional.

La Asociación Civil Centro Nueva Tierra para la Promoción Social y Pastoral, se incorpora de conformidad con su objetivo central como organización, que es el de realizar cursos de formación y capacitación en temas referidos a la realidad social del país; favorecer la comunicación, vinculación y articulación de experiencias sociales y pastorales; promover mesas redondas, debates y publicaciones en torno a la realidad del país y asesorar en el diseño y elaboración de proyectos de promoción social en sectores poblacionales carenciados.

Los firmantes forman parte de la Coalición por una Radiodifusión Democrática que desde el año 2004 brega por la regulación de los Servicios de Comunicación Audiovisual a través de una legislación democrática que garantice el pluralismo y la diversidad de voces.

IV. SOBRE LA FACULTAD DEL CONGRESO DE LA NACIÓN DE REGULAR EN MATERIA DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

En primer lugar, creemos conveniente tener en cuenta que, conforme los estándares sostenidos por los organismos internacionales de derechos humanos⁷, para garantizar la libertad de expresión, los Estados *no sólo pueden, sino que deben regular la actividad de los medios de comunicación*

Así, de acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en adelante también CIDH— y la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante también, Corte IDH—, *los medios de comunicación representan una de las vías a través de las cuales las personas pueden hacer efectivo el*

casos Fontevecchia y D'Amico (caso N° 12.524), Verbitsky, Sanz y Acher (caso N° 12.128) y D'Andrea Mohr (Petición nro P-322-08), todos ellos ante la CIDH, también constituyen un ejemplo de nuestro trabajo. Todos ellos abordan la problemática de la utilización de las figuras legales para acallar la crítica pública.

⁴ Publicación anual titulada *Informe anual sobre la situación de los Derechos Humanos en la Argentina*, que el CELS publica desde el año 1994 hasta la actualidad (Disponible en www.cels.org.ar).

⁵ *La información como herramienta para la protección de los derechos humanos*, publicada en el marco de la colección "Experiencias", Editorial Siglo XXI, 2004.

⁶ *Una radiodifusión pública para la Democracia*, elaborado por el CELS, ADC, FARN, Poder Ciudadano, CIPPEC, Asociación Periodistas, FOPEA, Article XIX; Octubre 2003. (Disponible en www.cels.org.ar).

⁷ De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la hora de interpretar las disposiciones de los pactos internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia de sus órganos de control debe necesariamente servir de guía: "Que la recordada 'jerarquía constitucional' de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente 'en las condiciones de su vigencia' (art. 75 inc. 22, 2 párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación (...) De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana" (cf. CSJN, Caso "Giroldi, Horacio D. y otro", sentencia de 7 de abril de 1995 (fallos: 318:514). Ver en este mismo sentido, Caso "Ekmekdjian contra Sofovich", sentencia del 7 de julio de 1992 (fallos: 315:1492), y fallos 310:1476; 312:2490).

derecho a la libertad de expresión y la forma por excelencia mediante la cual las sociedades contemporáneas ven satisfecho su derecho a ser informadas⁸, tanto sobre informaciones u opiniones relevantes para la deliberación pública colectiva como incluso sobre aquéllas que cada persona requiere para adoptar libremente su propio plan de vida⁹.

Por ello, y en tanto el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, pues admite restricciones y reglamentaciones —así, por ejemplo, el propio artículo 14 de la Constitución Nacional establece que todos los habitantes de la Nación tienen derecho de publicar sus ideas por la prensa “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”—, la CIDH y la Corte IDH señalaron que *la actividad de los medios de comunicación no sólo puede, sino que debe ser regulada por el Estado*¹⁰.

Además, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que la potestad que tienen los Estados para regular esta actividad abarca tanto la posibilidad de definir la forma en que se realizan las concesiones, renovaciones o revocaciones de las licencias, como de planificar e implementar políticas públicas sobre dicha actividad, siempre y cuando se respeten las pautas que impone el derecho a la libertad de expresión¹¹.

En segundo lugar, debemos recalcar que conforme a la jurisprudencia sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de manera consistente en los últimos años, *se trata de una facultad que le corresponde al Estado federal*, y no a las provincias, lo que nos lleva a concluir que el Congreso de la Nación no sólo estaba facultado sino hasta obligado por los instrumentos internacionales de derechos humanos a sancionar una nueva normativa que regulara la actividad de los medios de comunicación.

En efecto, es por todos conocida la profusa jurisprudencia de la Corte Suprema en la que determina el alcance del artículo 32 de la Constitución Nacional. Se trata de una norma introducida en la carta magna, con la incorporación de Buenos Aires en 1860, que consagra desde entonces el derecho a la libertad de expresión en Argentina, y que reza:

“El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”.

Ahora bien, en cada oportunidad en la que el máximo tribunal de justicia de nuestro país debió analizar la particular dimensión del espectro radioeléctrico y de los servicios de comunicación audiovisual, y concretamente decidir sobre la cuestión de las facultades provinciales en esta materia, negó la posibilidad de que las provincias puedan regular la actividad de radiodifusión, al considerar que el espectro radioeléctrico debe estar sometido al control del Estado federal.

Así, sostuvo la Corte Suprema que las atribuciones del Estado federal derivan de la incorporación de Argentina al régimen internacional de las telecomunicaciones. Este marco jurídico internacional requiere que las autoridades federales sean las que intervengan para que la adjudicación de frecuencias no provoque interferencias hacia y desde estaciones de otros países.

En este sentido, en el caso “Comité Federal de Radiodifusión c. Provincia de Río Negro” (CS, febrero 18-988¹²) la Corte expresó que

“si bien por vía de principio no procede la impugnación ante la Corte Suprema de actos administrativos o legislativos provinciales, habida cuenta de la presunción de validez que ostenta, tal doctrina debe ceder cuando se lo impugna sobre bases “prima facie” verosímiles, como contrarios a disposiciones emanadas de la autoridad y jurisdicción nacionales, como es el caso de la ley 22.285. Y ello con mayor razón cuando, la impugnación que se formula a los actos administrativos provinciales no constituye un planteo abstracto, sino que se dirige contra concesiones de ondas de radiodifusión otorgadas a particulares y organismos oficiales que la citada ley reserva al gobierno nacional”.

⁸ *Opinión Consultiva OC-5/85*, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, del 13 de noviembre de 1985, párrafos 31 a 34.

⁹ Cf. Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1997.

¹⁰ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-5/85*, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, del 13 de noviembre de 1985.

¹¹ “La Comisión reconoce que el Estado tiene la potestad de administrar el espectro radioeléctrico, de establecer previamente términos de duración de las concesiones y de decidir sobre su renovación a la finalización de los plazos respectivos” (CIDH, Comunicado de Prensa N° 29/07, “Preocupa a la CIDH la libertad de expresión en Venezuela”. 25 de mayo de 2007).

¹² Cuaderno de Fallos, Universidad Austral, Master en Derecho Administrativo. Master en Derecho de la Empresa. Págs. 417/418. La Ley, Buenos Aires, 1997.

Con tales fundamentos, el máximo tribunal constitucional hizo lugar a la medida cautelar solicitada por el COMFER y ordenó a la Provincia de Río Negro

"se abstenga en forma inmediata y continua, tanto de aplicar la ley provincial 2185, y las demás disposiciones dictadas en su consecuencia, como también de concretar cualquier acto vinculado con la radiodifusión que requiera la conformidad de la autoridad nacional, y no cuente con ella"¹³.

Más recientemente, en otro caso de la Provincia de Río Negro (Corte Sup., 23/12/2004 - Provincia de Río Negro v. Estado Nacional, Fallos 327:6011), el máximo tribunal de justicia de nuestro país reafirmó:

"Es competencia del Estado Nacional la regulación de las telecomunicaciones, pues las facultades reservadas por las provincias y su autonomía dentro del sistema político federal no obstan a que el gobierno nacional pueda legislar sobre aspectos internos de las actividades provinciales susceptibles de menoscabar el comercio interjurisdiccional y exterior".

Asimismo, en el caso "Comité Federal de Radiodifusión v. Provincia del Neuquén", (Fallos 319:998, Corte Sup., 20/6/1996), la Corte Suprema sostuvo:

"La regulación de las telecomunicaciones como facultad de la autoridad federal resulta compatible con la representación que la Nación ejerce en el ámbito de las relaciones exteriores, y para acordar los diversos aspectos que su naturaleza propia impone a la comunidad jurídica internacional disciplinar por medio de un organismo específico, la Unión Internacional de las Telecomunicaciones, de la que la República Argentina forma parte (ley 15.931)".

A su vez, la Corte ratificó esta jurisprudencia en el caso del COMFER contra la Provincia de Buenos Aires¹⁴, a raíz de la sanción de la ley provincial 12.338 de 1999¹⁵. Mediante dicha norma, la provincia preveía, entre otras cuestiones, la creación de la "Autoridad Provincial de Radiodifusión en Modulación de Frecuencia" que funcionaría como organismo de planificación, diseño y desarrollo de políticas provinciales en la materia, previniendo conductas anticompetitivas, monopólicas o indebidamente discriminatorias (art. 1).

En ese caso, teniendo en cuenta los antecedentes mencionados, la Corte expresó:

"Que la cuestión debatida resulta sustancialmente análoga a la resuelta en Fallos: 319:998¹⁶, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad. En efecto, tal como acontece en el presente, en aquel caso se impugnaba la constitucionalidad de una ley local por contrariar las disposiciones de la Ley N° 22.285 y las restantes normas de carácter federal que regulan los servicios de radiodifusión. Allí el Tribunal, sobre la base de su jurisprudencia acerca de la "cláusula comercial" del Artículo 75 inciso 13 de la Constitución Nacional —que incluye a la actividad radiofónica—, como en atención a las distintas normas que a lo largo del tiempo han sometido a la jurisdicción nacional la materia en conflicto, concluyó que la ley provincial era inconstitucional (...)"

La Corte Suprema de Justicia de la Nación entonces determinó la inconstitucionalidad de la ley bonaerense 12.338 tomando en consideración tales antecedentes, como también la influencia que la norma local podría generar en el ámbito de las relaciones internacionales, con la consiguiente responsabilidad internacional para el Estado argentino. Cabe recordar que igual solución se adoptó al resolver la causa C. 671.XXVI, "Comité Federal de Radiodifusión c/ Corrientes, Provincia de s/ inconstitucionalidad" (sentencia del 2 de abril de 1998)".

Ante la situación fáctica imperante, durante los últimos años, algunas de las provincias procuraron sancionar sus propias leyes de radiodifusión —entre las que se cuentan la de Río Negro (ley 2185), Neuquén (1646), Corrientes (4717), Buenos Aires (ley 12.338), Tierra del Fuego (decreto provincial 3217/1994¹⁷) y Misiones (leyes 4090 y 4134¹⁸)—, y en todos estos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue conteste en rechazar sus facultades regulatorias en la materia.

¹³ En el mismo sentido, cabe mencionar los precedentes tenidos en cuenta por la Corte para la resolución del mencionado caso: A. 492. XX "Comité Federal de Radiodifusión c/ Provincia del Neuquén s/ Inconstitucionalidad", resolución del 17 de enero de 1986; y C. 706. XXI "Comité Federal de Radiodifusión c/ Provincia de Formosa s/ nulidad", resolución del 7 de julio de 1987. Ver Revista La Ley, T. 1987-E, p. 476. Fallo 37.805-S.

¹⁴ Corte Suprema Justicia de la Nación, CSJN. C. 1082. XXXV. Originario: "Comité Federal de Radiodifusión c/Buenos Aires, Provincia de s/ inconstitucionalidad". Sentencia 29/04/2004 (publicada en RAP Provincia de Buenos Aires, N° 14, Mayo 2004 – Año II, págs. 99 a 102).

¹⁵ Ley 12.338. Provincia de Buenos Aires. Fecha de sanción: 02/09/1999; Promulgada: 01/10/1999 y publicada en el Boletín Oficial: 15/10/1999.

¹⁶ Así se alude a la causa del COMFER contra la Provincia de Neuquén.

¹⁷ CSJN. C. 632 XXI. Originario "COMFER c/ Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/ ordinario". 10/05/1999.

¹⁸ CSJN C. 1553.XLI. Originario. "COMFER c/ Misiones, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad". 21/03/2006.

También corresponde traer a colación antecedentes similares en los que la Corte Suprema analizó la validez de la competencia del Estado federal en esta temática, consagrada por la ley anterior (22.285). Veamos:

"La ley 22.285 sostiene la competencia del Poder Ejecutivo Nacional para administrar las frecuencias, como así también para orientar, promover y controlar los servicios de radiodifusión (art. 3 (nota)). Se trata de una actividad declarada de interés público (art. 4 (nota)), cuyo ejercicio se encuentra reglado y requiere licencia de la autoridad" (Corte Sup., 16/11/2004 - Ferrer, Horario v. Comité Federal de Radiodifusión, Fallos 327:4969).

Y en el caso "Servini de Cubría, María Romilda" (Fallos 315:1943. Corte Sup., 8/9/1992), la Corte manifestó que:

"El control del servicio de televisión es de competencia exclusiva del Poder Ejecutivo Nacional" (del voto del Dr. Fayt).

Por lo demás, no se pueden soslayar las características propias de las tecnologías que en este caso también sustentan la jurisdicción federal. Esta cuestión ha sido reiteradamente tenida en cuenta por la Corte Nacional la que, entre otros pronunciamientos, sostuvo lo siguiente:

"Entre la radiodifusión y la prensa escrita existe una diferencia técnica fundamental, lo que determina que el derecho a la utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas como medio de expresión o comunicación admita mayor reglamentación, y que ese derecho deba ser ejercido dentro de los límites que imponen la naturaleza reducida del medio utilizado, los derechos de terceros y el interés público" (Corte Sup., 1/9/2003 - Asociación Mutual Carlos Mujica v. Estado Nacional [Poder Ejecutivo Nacional - COMFER], Fallos 326:3142).

En conclusión, la ley 26.522, al establecer la jurisdicción federal para los servicios de comunicación audiovisual, resulta plenamente constitucional, conteste con la asentada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y respetuosa de los compromisos asumidos por el Estado argentino en los tratados internacionales de derechos humanos y de telecomunicaciones, entre otros y especialmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los Convenios de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT)¹⁹.

Asimismo, como veremos en los próximos apartados respecto de algunas temáticas específicas sometidas a debate en este caso concreto, la ley 26.522 no contiene artículo alguno que limite o restrinja la libertad de expresión, sino todo lo contrario, la afianza y la protege. La ley 26.522 garantiza el derecho a la libertad de expresión y de información mediante los soportes audiovisuales adecuadamente regulados, y conforme los estándares internacionales en la materia tal como se expone a continuación.

V. SOBRE LA COMPATIBILIDAD DE LAS LIMITACIONES A LA CONCENTRACIÓN ESTABLECIDAS POR LA LEY 26.522 CON EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

A continuación se aportan argumentos de derecho constitucional, internacional y de derecho comparado que entendemos de suma utilidad para analizar la adecuación de la ley 26.522 con los estándares sobre libertad de expresión. En primer lugar, explicaremos que, conforme lo establecido por los órganos internacionales de protección de derechos humanos, toda regulación en materia de comunicación audiovisual debe tener como finalidad garantizar la pluralidad y diversidad de voces. Para ello, además, mencionaremos estándares de derecho comparado sobre pluralidad y diversidad de voces. En segundo lugar, argumentaremos por qué son legítimos los límites a la multiplicidad de licencias a fin de garantizar la diversidad de la propiedad de los medios de comunicación audiovisual y nuevamente daremos como ejemplos algunas regulaciones vigentes en otros países. En tercer lugar, fundamentaremos la legitimidad de las disposiciones que establecen ciertos límites al contenido de la actividad de comunicación audiovisual a fin de asegurar la pluralidad informativa y la diversidad cultural. A tal efecto, no sólo se repasan ejemplos de derecho comparado sino que se describe la realidad de los medios de nuestro país y se explica la pertinencia de este tipo de previsiones para garantizar una verdadera pluralidad de voces. Finalmente, aportaremos algunos elementos a tener en cuenta al momento de analizar la disposición consagrada en el artículo 161 de la nueva ley, que establece la necesidad de que los actuales titulares de las licencias se adecuen al nuevo sistema.

¹⁹ En la Recomendación 2 de la Resolución N° 69 de la UIT, incorporada a los Acuerdos de Ginebra de diciembre de 1992 en Kyoto, durante 1994 se expone: "(...) teniendo en cuenta la Declaración de Derechos Humanos de 1948, la Conferencia de Plenipotenciarios de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, consciente de los nobles principios de la libre difusión de la información y que el derecho a la comunicación es un derecho básico de la comunidad recomienda: a los Estados parte que faciliten la libre difusión de información por los servicios de telecomunicaciones".

V.1. TODA REGULACIÓN EN MATERIA DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL DEBE TENER COMO FINALIDAD GARANTIZAR LA PLURALIDAD Y DIVERSIDAD DE VOCES

a) Estándares del derecho internacional de los derechos humanos

Han dicho la Corte IDH y la CIDH que “uno de los requisitos fundamentales del derecho a la libertad de expresión es la necesidad de que exista una amplia **pluralidad y diversidad** en la información”²⁰. Teniendo en cuenta la función que desempeñan los medios de comunicación, entre ellos los audiovisuales para el ejercicio de la libertad de expresión de todas las personas, se advierte con nitidez la importancia de regular la actividad de radiodifusión con el objetivo de asegurar la pluralidad de personas y sectores con acceso a estos medios, para que representen la diversidad existente en una sociedad.

Así, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA sostuvo:

“Si estos medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por sólo uno, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas, o sólo una, ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia. *La democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático*”²¹.

En el año 2004 esta misma Relatoría Especial dedicó al tema un capítulo específico de su *Informe Anual*, donde indica como una de sus hipótesis:

“Desde hace algunos años se viene señalando que la concentración en la propiedad de los medios de comunicación masiva es una de las mayores amenazas para el pluralismo y la diversidad en la información. Aunque a veces difícilmente percibida por su carácter sutil, la libertad de expresión tiene un cercano vínculo con la problemática de la concentración. Este vínculo se traduce en lo que conocemos como “pluralidad” o “diversidad” en la información”²².

Asimismo, la CIDH remarcó que

“La libre circulación de ideas y noticias no es concebible sino dentro de una pluralidad de fuentes de información y del respeto a los medios de comunicación”²³.

Ya en su Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de octubre de 2000 había aclarado que:

“12. Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos (...). Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos”.

También se pronunciaron al respecto los Relatores de Libertad de Expresión de la ONU, la OEA y la OSCE, al destacar

“la importancia fundamental de la diversidad en los medios de comunicación para el libre intercambio de información e ideas en la sociedad, en términos de dar voz y satisfacer tanto las necesidades de información como otros intereses de todos y todas, de conformidad con la protección que brindan las garantías internacionales del derecho a la libertad de expresión”²⁴

En el mismo contexto, la Corte IDH en un caso resuelto el 3 de marzo de 2009 (“Ríos vs. Venezuela”) expresó:

“Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la responsabilidad que entraña para los medios de comunicación social y para quienes ejercen

²⁰ CIDH, *Informe Anual 2003*, Volumen III: “Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión” (Capítulo VII: La situación de la libertad de expresión en Guatemala), párr. 419. Disponible en www.cidh.org/relatoria. En esta cita, el término “información” está considerado en su acepción amplia, en tanto incluye opiniones, ideas, expresiones artísticas, culturales, etcétera.

²¹ CIDH, *Informe Anual 2003*, Volumen III: “Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión” (Capítulo VII: La situación de la libertad de expresión en Guatemala), párr. 419. Destacado agregado. Disponible en www.cidh.org/relatoria

²² CIDH, *Informe Anual 2004*, Volumen III: “Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión” (Capítulo V, “Violaciones indirectas a la libertad de expresión”). Disponible en www.cidh.org/relatoria

²³ Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, Caso 11.762, pág. 27.

²⁴ Relatores de Libertad de Expresión de ONU, OEA y OSCE, *Declaración sobre Desafíos a la Libertad de Expresión en el Nuevo Siglo*, 20 de noviembre de 2001.

profesionalmente estas labores, el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En estos términos se puede explicar la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios, que deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan, y el esfuerzo por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas²⁵.

Es más. Los Relatores de Libertad de Expresión elaboraron en el año 2001 una declaración conjunta específica sobre la diversidad en la radiodifusión, como un mensaje claro destinado a resaltar la necesidad de garantizar una igualdad de oportunidades a todos los individuos en el acceso a los medios de comunicación. Allí señalaron que

"la radiodifusión sigue siendo la fuente más importante de información para la mayoría de los pueblos del mundo (...). (L)a La promoción de la diversidad debe ser el objetivo primordial de la reglamentación de la radiodifusión; la diversidad implica igualdad de género en la radiodifusión e igualdad de oportunidades para el acceso de todos los segmentos de la sociedad a las ondas de radiodifusión"²⁶.

Y agregaron en la misma línea que:

"Siguiendo esta tendencia, en los últimos años se ha venido interpretando que uno de los requisitos fundamentales de la libertad de expresión es la necesidad de que exista una amplia pluralidad en la información y opiniones disponibles al público. Y es por ello que el control de los medios de comunicación en forma monopólica u oligopólica, puede afectar seriamente el requisito de la pluralidad en la información. Cuando las fuentes de información están seriamente reducidas en su cantidad, como es el caso de los oligopolios, o bien existe una única fuente, como los monopolios, se limita la posibilidad de que la información que se difunda cuente con los beneficios de ser confrontada con información procedente de otros sectores, limitando de hecho, el derecho de información de toda la sociedad. La existencia de monopolios u oligopolios públicos o privados constituye de esta forma un serio obstáculo para la difusión del pensamiento propio, así como para la recepción de opiniones diferentes"²⁷.

Profundizando sobre el tópico, en el año 2007, en su Declaración Conjunta sobre Diversidad en la Radiodifusión denominada "Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión"²⁸ los Relatores señalaron entre otros puntos:

"(...) la importancia fundamental de la diversidad en los medios comunicación para el libre intercambio de información e ideas en la sociedad, en términos de dar voz y satisfacer tanto las necesidades de información como otros intereses de todos y todas, de conformidad con la protección que brindan las garantías internacionales del derecho a la libertad de expresión;

"(...) la naturaleza compleja de la diversidad, que incluye la diversidad de medios de comunicación (tipos de medios) y de fuentes (propiedad de los medios), así como la diversidad de contenido (producto de los medios);

"(...) los variados aportes que efectúan a la diversidad los diferentes tipos de medios de comunicación —comerciales, de servicio público y comunitarios— así como los que tienen diferente alcance —local, nacional, regional e internacional—;

"(...) que la concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación, directa o indirecta, así como el control gubernamental sobre los mismos constituyen una amenaza a la diversidad de los medios, a la vez que generan otros riesgos, tales como la concentración del poder político en manos de los propietarios o de elites gobernantes".

Es claro entonces que, de acuerdo con estos parámetros, los Estados deben adoptar una serie de medidas para promover una mayor pluralidad de voces: dictar leyes antimonopólicas, prever procedimientos que permitan el acceso a las licencias de nuevos titulares, reducir o eliminar las prácticas de renovación automática de las concesiones en aquellos lugares en donde existe concentración en la propiedad de los medios, promover la división del espectro disponible entre diferentes sectores (privados comerciales, privados no comerciales y públicos), entre otros ejemplos.

Concretamente, respecto de la diversidad de las fuentes, los Relatores en su Declaración Conjunta de 2007 agregaron:

²⁵ Caso *Ríos y otros Vs. Venezuela*, sentencia del 28 de enero de 2009, párr. 106. El destacado nos pertenece.

²⁶ Relatores de Libertad de Expresión de ONU, OEA y OSCE, *Declaración sobre Desafíos a la Libertad de Expresión en el Nuevo Siglo*, 20 de noviembre de 2001. Destacado agregado.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Relatores de Libertad de Expresión de ONU, OEA, OSCE y CADHP, *Declaración Internacional sobre Diversidad en la Radiodifusión*, 12 de diciembre de 2007.

"En reconocimiento de la particular importancia que la diversidad de los medios de comunicación tiene para la democracia, para prevenir la concentración indebida de medios de comunicación o la propiedad cruzada de los mismos, ya sea horizontal o vertical, se deben adoptar medidas especiales, incluyendo leyes anti-monopólicas. Tales medidas deben implicar el cumplimiento de estrictos requisitos de transparencia sobre la propiedad de los medios de comunicación a todos los niveles. Además deben involucrar un monitoreo activo, el tomar en cuenta la concentración de la propiedad, en caso que sea aplicable, en el proceso de concesión de licencias, el reporte con antelación sobre grandes combinaciones propuestas, y la concesión de autoridad para evitar que tales combinaciones entren en vigor. Se debe proveer apoyo a aquellos que deseen establecer nuevos tipos de medios de comunicación, con base en criterios equitativos y objetivos aplicados en forma no discriminatoria"²⁹.

Y en cuanto a las medidas concretas destinadas a garantizar la diversidad de tipos de medios de comunicación, la Declaración de los Relatores es unívoca:

"Se debe asignar suficiente 'espacio' para la transmisión de las diferentes plataformas de comunicación para asegurar que el público, como un todo, pueda recibir un espectro variado de servicios de medios de comunicación. En términos de difusión terrestre, ya sea análoga o digital, esto implica una asignación apropiada de las frecuencias para usos de radiodifusión.

Para promover la diversidad se debe utilizar el sistema menos invasivo para la administración del espacio radioeléctrico, tomando en cuenta reducciones en la regulación si disminuye el problema de escasez"³⁰.

Al margen de los categóricos antecedentes interamericanos, a continuación repasaremos otras normas y declaraciones internacionales y de derecho comparado que mantienen la misma orientación, en cuanto a la importancia de que los Estados garanticen la pluralidad y diversidad de los medios de comunicación.

En primer lugar, resulta relevante citar la Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, del año 2005 —ratificada por la Argentina mediante la ley 26.305 (B.O. 19/12/2007)—, que brega por el respeto por las identidades culturales, la diversidad lingüística, las religiones y los usos y costumbres de los distintos sectores sociales y, en particular, de los grupos minoritarios. Al respecto, esta Convención establece que

"la diversidad cultural se manifiesta no sólo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados"³¹. En su preámbulo se aclara que "las actividades, los bienes y los servicios culturales son de índole a la vez económica y cultural, porque son portadores de identidades, valores y significados, y por consiguiente no deben tratarse como si sólo tuviesen un valor comercial".

En este sentido, el rol de los Estados debe orientarse a fomentar un intercambio equilibrado y no discriminatorio de los bienes vinculados con la información, la comunicación y la cultura. Por lo tanto, las políticas públicas en materia de radiodifusión no deberán estar guiadas por la lógica de la rentabilidad económica como criterio fundamental, sino que, tal como lo establece la Convención, los Estados tienen la obligación de "adoptar medidas destinadas a promover la diversidad en los medios de comunicación social, comprendida la promoción del servicio público de radiodifusión"³².

Por su parte, la UNESCO proclamó en 2008 la Declaración de Maputo, destinada a promover la libertad de expresión, el acceso a la información y la emancipación de las personas. Allí plantea:

"Destacando la contribución específica a la diversidad de los medios de comunicación que aporta cada categoría de emisoras de radio-televisión —de servicio público, comerciales y comunitarias— y, en particular, la función de las emisoras comunitarias que fomentan el acceso a la información de los grupos de población insuficientemente representados o marginados, *la expresión de sus ideas y la participación en la adopción de decisiones (...). Pedimos a los Estados Miembros que: creen un entorno que promueva el desarrollo de las tres categorías de*

²⁹ Relatores de Libertad de Expresión de ONU, OEA, OSCE y CADHP, *Declaración Internacional sobre Diversidad en la Radiodifusión*, 12 de diciembre de 2007.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ UNESCO, Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, París, 20 de octubre de 2005. Disponible en www.unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919s.pdf, artículo 4.1.

³² UNESCO, Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, París, 20 de octubre de 2005. Disponible en www.unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919s.pdf.

*emisoras de radiotelevisión y, en particular, mejoren las condiciones para el desarrollo de los medios de comunicación comunitarios y la participación de las mujeres en dichos medios*³³.

También es preciso tener en cuenta la "Declaración de Bávaro sobre la Sociedad de la Información"³⁴. Se trata de un documento suscripto por los países representados en la Conferencia Ministerial Regional preparatoria de América Latina y el Caribe para la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información —realizada con la colaboración de la CEPAL—, en la que participó la República Argentina. Esta declaración fue firmada el 14 de febrero de 2003, en Bávaro, República Dominicana, y entre sus principios rectores establece que

"la sociedad de la información debe estar orientada a eliminar las diferencias socioeconómicas existentes en nuestras sociedades y evitar la aparición de nuevas formas de exclusión y transformarse en una fuerza positiva para todos los pueblos del mundo, reduciendo la disparidad entre los países en desarrollo y los desarrollados, así como en el interior de los países" (1.b).

Por lo que agrega que

"La existencia de medios de comunicación independientes y libres, de conformidad con el ordenamiento jurídico de cada país, es un requisito esencial de la libertad de expresión y garantía de la pluralidad de información. El libre acceso de los individuos y de los medios de comunicación a las fuentes de información debe ser asegurado y fortalecido para promover la existencia de una opinión pública vigorosa como sustento de la responsabilidad ciudadana, de acuerdo con el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y otros instrumentos internacionales y regionales sobre derechos humanos" (1.k).

Asimismo, la Declaración de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (CMSI), celebrada en Ginebra en 2003 estableció un Plan de Acción que prevé entre otros aspectos:

"Apartado 8. Diversidad e identidades culturales, diversidad lingüística y contenido local.

23. La diversidad cultural y lingüística, al promover el respeto de la identidad cultural, las tradiciones y las religiones, es fundamental para el desarrollo de una sociedad de la información basada en el diálogo entre culturas y en una cooperación regional e internacional. Es un factor importante del desarrollo sostenible.

a) Definir políticas que alienten el respeto, la conservación, la promoción y el desarrollo de la diversidad cultural y lingüística y del acervo cultural en la sociedad de la información, como queda recogido en los documentos pertinentes adoptados por las Naciones Unidas, incluida la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural. Esto incluye, entre otras cosas, alentar a los gobiernos a definir políticas culturales que estimulen la producción de contenido cultural, educativo y científico y la creación de un entorno cultural local adaptado al contexto lingüístico y cultural de los usuarios (...)

d) Definir y aplicar políticas que preserven, afirmen, respeten y promuevan la diversidad de la expresión cultural, los conocimientos y las tradiciones indígenas mediante la creación de contenido de información variado y la utilización de diferentes métodos, entre otros, la digitalización del legado educativo, científico y cultural.³⁵

b) Estándares de derecho comparado sobre diversidad y pluralismo en los medios de comunicación

En esta misma línea de entendimiento, señala la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en su "Declaración de principios sobre libertad de expresión en África", de octubre de 2002, en cuanto a la diversidad que:

"La libertad de expresión impone a los Estados la obligación de tomar medidas positivas para promover la diversidad. Esas medidas deberán garantizar:

- Disponibilidad y promoción del acceso del público a informaciones e ideas,
- Acceso plural a los medios y otras fuentes de comunicación, en particular para los grupos vulnerables o marginados como mujeres, niños y refugiados, así como también a comunidades lingüísticas y culturales.

³³ UNESCO, "Declaración de Maputo: promover la libertad de expresión, el acceso a la información y la emancipación de las personas", 3 de mayo de 2008. Disponible en <portal.unesco.org/.../12133672327Maputo.../Maputo%2BDeclaration%2B-%2BSp.pdf>. El destacado nos pertenece.

³⁴ CEPAL – Naciones Unidas: "Los caminos hacia una sociedad de la información en América Latina y el Caribe". Naciones Unidas – CEPAL Santiago de Chile, julio de 2003. Libros de la CEPAL. Nro. 72. Anexo, pág. 119 y ss.

³⁵ Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (CMSI), Plan de Acción - Primera fase de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, Ginebra 10 al 12 de diciembre de 2003. Disponible en <www.itu.int/wsis/outcome/booklet-es.pdf>

- La promoción y protección de las voces africanas a través de medios de comunicación en idiomas locales
- La promoción de uso de los idiomas locales en los asuntos públicos, incluidos los tribunales”.

Por su parte, a nivel europeo, el Consejo de Europa adoptó una serie de declaraciones y resoluciones sobre la diversidad y el pluralismo en los medios de comunicación, ya desde la puesta en conocimiento público del “Libro Verde” en 1992. Allí, se señala respecto a la concentración que:

“El control de un grupo de medios por una sola persona, aún cuando el objetivo fuera sólo comercial, tiene el efecto potencial de hacer que la difusión de ideas dependa de su aceptación por parte de esa persona y de restringir la aparición de fuentes alternativas. Más allá de los contenidos editoriales o del número de empresas que transporten la información, *la concentración del acceso a los medios de comunicación en manos de unos pocos representa, por definición, una amenaza a la diversidad informativa. A la inversa, la multiplicación del número de fuentes alternativas incrementa la posibilidad de lograr mayor diversidad, aún cuando esto no ocurra de manera automática.* Desde una perspectiva económica, la competencia efectiva entre diferentes propietarios de medios puede conducir a una diferenciación cualitativa entre los productos ofrecidos por cada uno de ellos y, por lo tanto, favorecer la diversidad de puntos de vista”³⁶.

Desde una perspectiva similar, el Parlamento Europeo dictó el 25 de septiembre de 2008, una resolución sobre los medios del tercer sector de la comunicación (TSC), o medios no estatales sin fines de lucro. De acuerdo con el punto 15:

“recomienda a los Estados miembros que den reconocimiento legal a los medios del tercer sector de la comunicación (TSC) como grupo definido, junto a los medios de comunicación comerciales y públicos, cuando no exista este reconocimiento legal, sin que ello vaya en detrimento de los medios de comunicación tradicionales”³⁷.

Pero además es importante advertir que la totalidad de leyes de radiodifusión que existen en el derecho comparado establecen límites a la concentración no sólo cuando tiende a la formación de monopolios u oligopolios, sino también cuando se producen procesos de abuso de posición dominante, hipótesis todas ellas que se plasman en la adopción de pautas para admitir en forma condicionada o rechazar solicitudes de procesos de compra o fusión. En muchos casos, se han previsto reglas de defensa de la competencia junto con las normas específicas de radiodifusión. Los ejemplos del derecho comparado indican límites a la concentración de la propiedad en diversos países como Inglaterra, Francia, Australia, Canadá, Sudáfrica o Colombia, y a la concentración de los derechos de exhibición por vía de la aplicación de la Directiva Europea de Servicios Audiovisuales del año 2007.

Así, por ejemplo, en Estados Unidos —tal como desarrollaremos más adelante— se fijan techos de concentración de mercado por porcentaje de audiencia potencial o por cantidad de emisoras en el mismo área de cobertura, y se limita la propiedad cruzada con medios gráficos en el mismo área de cobertura como resultado de la aplicación de las reglas de la *Communications Act* de 1996 y de la *Federal Communications Comisión* (FCC). En este país, por aplicación de las leyes antimonopólicas, en cada área no se pueden superponer periódicos y TV abierta. Asimismo, las licencias de radio no pueden superar el 15% del mercado local, la audiencia potencial nacional no puede superar el 35% del mercado y no se pueden poseer en simultáneo licencias de TV abierta y radio. En un reconocido caso como fue la fusión de “America On Line” con “Time Warner” el Departamento de Justicia estableció condiciones para la aprobación de la operación. Así también existen casos de desacoples empresarios para la protección de la competencia como el caso de “Microsoft”. Además, actualmente se encuentra sujeta a revisión de la FCC la operación de compra de la “NBC” por “Comcast”, según la propia información que surge de la Comisión de Justicia del Senado de Estados Unidos.

c) Conclusión parcial

Es claro entonces que los Estados —entre ellos Argentina— tienen la potestad de regular en materia de radiodifusión, y que esta regulación debe tener como meta fundamental la de garantizar la diversidad de los medios de comunicación. En tal sentido, resulta compatible con los estándares vigentes de libertad de expresión la regulación que ponga límites a la concentración de las empresas de medios de comunicación

³⁶ Comisión Europea, *Libro verde: “Pluralismo y Concentración de los medios de comunicación en el mercado interior; evaluación sobre la necesidad de una acción comunitaria”,* Bruselas, 23 de diciembre de 1992, COM (92) 480. El destacado es agregado.

³⁷ Parlamento Europeo, Resolución del 25 de septiembre de 2008 (2008/2011(INI)). Disponible en <www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0456+0+DOC+XML+V0//ES>

y a la conformación de redes permanentes de programación, y que establezca pisos mínimos de producción nacional, propios, locales e independiente.

V.2. LA LEGITIMIDAD DE LOS LÍMITES A LA MULTIPLICIDAD DE LICENCIAS A FIN DE GARANTIZAR LA DIVERSIDAD DE PROPIEDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

En este memorial demostraremos que tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho comparado han sido contestes al procurar poner límites a la concentración en la propiedad de los medios de comunicación, por su impacto directo que aquélla tiene en la vulneración de la libertad de expresión.

Así, la Relatoría Especial de Libertad de Expresión de la OEA, ha expresado

“su preocupación por el peligro que representan los esquemas de concentración en la propiedad de los medios de comunicación para la formación de la opinión pública”³⁸.

Ahora bien, en particular sobre la cantidad de licencias que las legislaciones permiten, reseñaremos los siguientes ejemplos comparados.

a) Inglaterra

En este país se ha establecido un régimen de licencias nacionales y regionales (uno por cada una de las 16 regiones). De acuerdo con la legislación británica, la suma de licencias no puede superar el 15% de la audiencia. Del mismo modo, los periódicos con más del 20% del mercado no pueden ser licenciarios y no pueden coexistir licencias nacionales de radio y TV.

b) Francia

En este país, la actividad de la radio está sujeta a un tope de población cubierta con los mismos contenidos. Por otra parte, la concentración en TV admite hasta 1 servicio nacional y 1 de carácter local (hasta 6 millones de habitantes) y están excluidos de adquirir licencias los medios gráficos que superen el 20% del mercado.

c) Italia

El régimen de televisión autoriza hasta una licencia por área de cobertura y hasta tres en total. Para el caso de la radio, la legislación admite sólo una licencia por área de cobertura y hasta siete en total, además no se puede cruzar la titularidad de las licencias locales con las nacionales.

d) Estados Unidos

En este país, por aplicación de las leyes antimonopólicas y la *Communications Act* de 1996, en cada área no se pueden superponer bajo la misma propiedad, periódicos y TV abierta. Asimismo, las licencias de radio no pueden superar el 15% del mercado local, la audiencia potencial nacional no puede superar el 35% del mercado y no está permitido poseer en simultáneo licencias de TV abierta y radio. Las cantidades de licencias —además de la limitación emergente de cálculo— están ajustadas a la cantidad de medios existentes en la zona de cobertura en cuestión.

A continuación reseñaremos las principales normas que rigen en este país en materia de titularidad de medios de comunicación y los años en que fueron aprobadas, para comprender cabalmente el régimen allí vigente:

- Inicialmente, a partir de una norma de 1941, se prohibía la copropiedad de estaciones de radio que ofrezcan los mismos servicios (AM o FM) y que básicamente transmitan en la misma área.

- Actualmente, las normas sobre la propiedad de radios locales de la FCC (Comisión Federal de Comunicaciones, por sus siglas en inglés) establecen las siguientes limitaciones:

(1) en un mercado que cuente con 45 ó más estaciones de radio comerciales, una parte puede poseer, operar, o controlar hasta 8 estaciones de radio comerciales, de las cuales no más de 5 pueden estar en el mismo servicio (AM o FM);

(2) en un mercado que tenga entre 30 y 44 estaciones de radio comerciales, una parte puede poseer, operar o controlar hasta 7 estaciones de radio comerciales, de las cuales no más de 4 pueden estar en el mismo servicio (AM o FM);

³⁸ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, *Informe Anual 2004*, punto 25.

(3) en un mercado que tenga entre 15 y 29 estaciones de radio comerciales, una parte puede poseer, operar, o controlar hasta 6 estaciones de radio comerciales, de las cuales no más de 4 pueden estar en el mismo servicio (AM o FM);

(4) en un mercado que tenga 14 ó menos estaciones comerciales, una parte puede poseer, operar o controlar hasta 5 estaciones de radio comerciales, de las cuales no más de 3 pueden estar en el mismo servicio (AM o FM), sin embargo, en este caso se prohíbe que una parte posea, opere o controle más del 50 % de las estaciones en el mercado.

- Asimismo, desde 1975 rige una norma que prohíbe la propiedad cruzada de periódicos y estaciones de radio y televisión. Esta norma prohíbe la copropiedad de una radiodifusora o televisora que preste servicios integrales y de un periódico con ediciones diarias, cuando los servicios que preste la radiodifusora o la televisora abarquen la ciudad donde se publique el periódico.

- Por último, en el caso de la propiedad de las televisoras, cuando la FCC aprobó por primera vez las restricciones nacionales sobre la propiedad de televisoras en 1941, estableció límites en el número de estaciones que pueden estar en copropiedad. Desde entonces, han habido varias enmiendas a la norma para aumentar el nivel de copropiedad permitido por la norma. Actualmente, la norma sobre la propiedad de la televisión nacional prohíbe que una sola entidad sea propietaria de estaciones de televisión que tengan un alcance de más de 35% de hogares televidentes en los Estados Unidos. El alcance se define como el número de hogares televidentes del área de mercado televisivo designada (DMA, por sus siglas en inglés) asignado a cada televisora. A las estaciones de frecuencia muy alta (VHF, por sus siglas en inglés) se les atribuye el total de hogares con TV en el DMA; a las estaciones de frecuencia ultra alta (UHF, por sus siglas en inglés) se les atribuye un 50% de los hogares en el DMA.

Por supuesto, esta normativa ha suscitado profusa jurisprudencia y doctrina en cuanto a su adecuación con la Primera Enmienda de la Constitución de ese país.

La Corte Suprema de Estados Unidos ha ratificado la validez de estas normas en tanto "la primera enmienda descansa en la premisa que la más amplia diseminación posible de información desde las más diversas y antagónicas fuentes es esencial para el bienestar del público..."³⁹.

En el que sea posiblemente el caso más famoso de radiodifusión, la Corte Suprema de Estados Unidos se apoyó fuerte y repetidamente en la opinión del juez Black respecto a que "es el derecho de los oyentes y televidentes, y no el derecho de los radiodifusores, el que es supremo en el caso...", por cuanto es el propósito de la primera enmienda preservar un desinhibido mercado de ideas en el cual la verdad finalmente prevalezca, antes que la monopolización del mercado⁴⁰.

Al respecto, la doctrina sostuvo:

"La FCC ha tenido en miras explícitamente la dispersión de la propiedad y el control a nivel nacional, tanto como local, de los órganos de opinión pública. La mirada *antitrust* ha sido que las cadenas no podrían crear un poder anticompetitivo.... La objeción a esta concentración de poder y la finalidad de tener más y potencialmente antagónicas fuentes de información es seguramente el primer interés establecido en las restricciones de la propiedad nacional"⁴¹.

Otro autor indica al respecto que

"La FCC ha venido estableciendo regulaciones con límites a la propiedad de estaciones de radiodifusión desde 1938. Estas limitaciones han sido parte de los objetivos de la FCC "para maximizar la diversificación de programas y puntos de vista tanto como para prevenir la indebida concentración contraria al interés público" (FCC 1983 public notice of proposed rulemaking). En este mismo documento la FCC enfatiza que esas reglas no están solo por el fortalecimiento de la competencia económica, sino más bien, por el avance de la diversidad en las fuentes de información en orden a la defensa de los valores de la primera enmienda. Por tanto, las limitaciones están en primer lugar en interés de la diversidad y posteriormente para la competencia como segundo objetivo.... Para la limitación de la concentración de la propiedad de las estaciones, la FCC toma en consideración el número y el tipo de la estación, tanto como la potencia y tamaño de la estación y del mercado del que se trate. (...) Estas regulaciones cubren dos áreas. Un área que recibe mucha atención es la de los techos de propiedad. Son limitaciones que se ponen a la cantidad de radios o televisoras que pueden ser objeto de propiedad por una misma entidad titular, tanto en base nacional como local. Otra amplia área es

³⁹ Associated Press vs. US 1 US 20. Entre muchos otros antecedentes ver, "Rules relating to multiple ownership, First Order and Report, 22", FCC 2nd. 306.311 (1970); "FCC, Policy Statement on comparative Broadcasting Hearings", 1.FCC 2nd. 393., 394, 1965; o "FCC v. National Citizens Committee for Broadcasting", 436 US 775.

⁴⁰ "Red Lion vs. FCC", 395 US 367.

⁴¹ Baker Edwin, *Media Concentration and Democracy - Why Ownership Matters*, Ed. Cambridge Univ. 2006. Traducción propia.

la de las limitaciones a la propiedad cruzada, incluyendo la propiedad de una televisora abierta y un sistema de cable, o una estación de televisión y un diario en el mismo mercado”⁴².

Asimismo, en otra obra Edwin señala:

“Muchas reglas legales específicamente dirigidas a los medios intentan desalentar la concentración e incrementar los controles a nivel local. Los Estados Unidos, como virtualmente todos los países democráticos, han estado largamente interesados en la concentración de medios. Yendo más allá de las reglas *antitrust*, la FCC restringió severamente el número de estaciones que una sola empresa podía tener tanto como restringió la propiedad cruzada de varios tipos de medios en una comunidad determinada. Las políticas de licenciamiento de la FCC dieron pautas tanto para la diversificación del control y para la integración de la propiedad y el gerenciamiento, el que efectivamente favoreció formatos de control local. Sus reglas de cadenas de radiodifusión explícitamente atendieron a mantener el poder de la última toma de decisión tanto como por los contenidos de las emisoras en las manos de los radiodifusores locales antes que en las cadenas”⁴³.

V.3. LA LEGITIMIDAD DE CIERTOS LÍMITES EN CUANTO AL CONTENIDO DE LA ACTIVIDAD AUDIOVISUAL PARA GARANTIZAR LA DIVERSIDAD CULTURAL Y DE INFORMACIÓN

En este apartado enumeraremos distintos ejemplos del derecho comparado que establecen provisiones legales para asegurar mínimos de programación local o nacional. Estas regulaciones tienen en general como objetivo garantizar la diversidad cultural y de contenidos y defender la producción local. Luego detallaremos la pertinencia de establecer este tipo de disposiciones en el caso de Argentina, cuyo sistema se caracteriza por una fuerte concentración en la propiedad de los medios de comunicación, y por ende en la programación.

Para comenzar, diremos que reconocida doctrina especializada en la materia ha sostenido en la reciente obra *“Broadcasting voice and accountability”* que

“Diferentes tipos de radiodifusores pueden estar sujetos a diferentes reglas positivas de contenidos. Deberían ser proporcionales a la cobertura de las emisiones, la escasez de los recursos accesibles y la habilidad para cumplir las metas obligadas sin poner en riesgo la viabilidad. Por ejemplo de un radiodifusor local no debería esperarse que invierta en costosos programas de ficción, pero sí deberían ser requeridos a desarrollar cierta proporción de contenidos de producción local y de noticias locales. Para emisoras comerciales y comunitarias las obligaciones de contenidos son normalmente incluidas en los términos y condiciones de las licencias”⁴⁴.

Por su parte, la organización no gubernamental internacional reconocida en materia de libertad de expresión “Artículo 19” expone en un documento llamado “Local Content Rules in Broadcasting” (Reglas de contenido local en radiodifusión) lo siguiente:

“Muchos países tienen reglas de contenido local en el sector de la radiodifusión para proteger y promover la programación local. Las razones son que ellas son necesarias porque los mercados internacionales favorecen a los países más desarrollados en el sector de la radiodifusión y la producción, cuyos programas fácilmente desplazan a los programas locales en países con mercados y sectores menos desarrollados.(...) *Las reglas de contenido local que promueven la diversidad de la expresión pueden ser consistentes con la libertad de expresión.* En orden a ser legítimas, las reglas de contenido local deben: tener el propósito de promover el pluralismo; ser realistas y practicables, ser de aplicación progresiva, y ser implementada por mecanismos legales apropiados (...).

Las reglas de contenido local son consideradas necesarias por dos razones. Primero: la expresión local considerada como un bien está intrínsecamente vinculado a la identidad como nación entre otros bienes. (...) La economía de los mercados internacionales, que favorecen enormemente a los países grandes con sectores de la radiodifusión y la producción altamente desarrollados, ponen en seria amenaza a la existencia de la programación local en países con menor o más pequeño desarrollo en esos sectores. (...) Como resultado, en ausencia de reglas de contenido local, los países con gran y bien desarrollado sector de la radiodifusión y producción, pueden fácilmente desplazar la programación local y homogeneizar la programación en países más pequeños.

⁴² Mara Einstein, *Media Diversity; Economics, Ownership and the FCC*, Lawrence Erlbaum Associates, 2004. Traducción propia.

⁴³ Baker Edwin, *Media, Markets and Democracy*. Cambridge University Press, 2006. Traducción propia.

⁴⁴ Buckley, Steve; Duer, Kreszentia; Mendel, Toby y O'Siochru, Sean; *Broadcasting, Voice, and Accountability: A Public Interest Approach to Policy, Law, and Regulation*, University of Michigan Press/Banco Mundial, EEUU, 2008.

El pluralismo, incluido el derecho de una persona a acceder a diversidad de información, es un importante aspecto de la libertad de expresión. De hecho, ha sido reconocido que los Estados tienen la obligación positiva de promover el pluralismo y de asegurar acceso de todos a los medios. Como la Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido; "Difundir información e ideas de interés general... No puede ser exitosamente cumplimentado salvo que ello esté asentado en el principio del pluralismo"⁴⁵ (...) Pluralismo, incluyendo el derecho a acceder a información de distintas fuentes, es un importante aspecto de la libertad de expresión. Ya que las reglas de contenido local compensan la homogeneización y promueven la libertad de expresión, ellas pueden realmente promover la libertad de expresión y, como resultado, ellas no son una restricción a la libertad de expresión. (...) [Ello no ocurre cuando] no se distingue entre los diferentes tipos de radiodifusores (por ej. nacional, local, radio, televisión)..."⁴⁶.

a) Experiencias de derecho comparado

Canadá

La *Canadian Broadcasting Act* (1991) establece provisiones de contenidos. La piedra basal del sistema de radiodifusión canadiense es el contenido de origen nacional. Bajo los términos de la sección 3 de la *Broadcasting Act*, la radiodifusión debe tener por miras el desarrollo y puesta en conocimiento del público del talento canadiense, la maximización del uso de la creatividad canadiense y la utilización de la capacidad del sector de la producción independiente. En tanto, la sección 10 encomendó a la *Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission* (CRTC) definir qué es aquello que constituye "programa canadiense" y el tiempo que los servicios deben destinar a la difusión de esa programación. La CRTC utiliza un sistema de puntajes para determinar la nacionalidad de los contenidos de TV y radio AM (incluida la música), que atiende a la cantidad de canadienses involucrados en la producción de una canción, álbum, film o programa. Además, estableció un sistema de cuotas para regular la cantidad de contenidos nacionales a difundir a través de los medios audiovisuales en un contexto de dominación estadounidense de la actividad.

Por otra parte, la sección 7 de la *TV Broadcasting Regulations* requiere al licenciatario público (CBC – Televisión de Québec, etc.) dedicar no menos del 60% de la programación de la última hora de la tarde y noche (*prime time*) a la emisión de programación canadiense y no menos del 50% a los licenciatarios privados. Desde el año 1998, la Comisión aumentó los contenidos canadienses en radiodifusión sonora (tanto AM como FM) al 35%. También definió mínimos canadienses en las estaciones que difunden "specialty channels" (señales dedicadas exclusivamente a una audiencia específica).

Directivas europeas

En Europa rige la Directiva 89/522⁴⁷, que no ha recibido en este punto modificaciones en la reforma del año 2000, respecto a los contenidos de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual. En el artículo 4.1, dedicado a la "Promoción de la distribución y de la producción de programas televisivos", se establece:

"Los Estados miembros velarán, siempre que sea posible y con los medios adecuados, para que los organismos de radiodifusión televisiva reserven para obras europeas, con arreglo al artículo 6, una proporción mayoritaria de su tiempo de difusión, con exclusión del tiempo dedicado a las informaciones, a manifestaciones deportivas, a juegos, a la publicidad o a los servicios de teletexto. Dicha proporción, habida cuenta de las responsabilidades del organismo de radiodifusión televisiva para con su público en materia de información, de educación, de cultura y de entretenimiento, deberá lograrse progresivamente con arreglo a criterios adecuados".

Estados Unidos

La experiencia de este país resulta sumamente interesante en tanto la habitual remisión a los principios de la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos suele ser el baremo para el análisis de los alcances de nuestra propia Constitución en materia de libertad de expresión. En tal sentido, en este país se dictaron una serie de políticas activas y de afirmación de la producción propia y local, que sólo fueron dejadas sin efecto una vez que la cantidad de medios locales creció, al igual que la cantidad de su producción de modo exponencial.

⁴⁵ TEDH, *Informationsverein Lentia and others v. Austria*, 24 de noviembre de 1993, 17 EHRR 93, parag. 38.

⁴⁶ Article 19, *Local Content Rules in Broadcasting*, March 2001. Disponible en www.article19.org. El destacado es agregado.

⁴⁷ Directiva 89/552/CEE del Consejo Europeo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Diario Oficial n° L 298 de 17/10/1989 p. 0023 – 0030.

Estas políticas activas fueron instauradas en el marco de las reglas del "Prime Time Access Rule", cuya traducción puede asumirse como la regla del acceso local a los tiempos centrales de las emisiones. La razón de ser de la regla se basaba en que durante esos horarios dominaba a lo largo y ancho del país la programación de las cadenas (lo que llamaríamos en nuestro medio las señales de los supuestos medios nacionales) —para la época tres— y era acompañada esa programación por la repetición de viejos shows exitosos. La autoridad federal comenzó a dilucidar la situación de este monopolio virtual y dictó la regla de referencia, que fue varias veces reexaminada y confirmada⁴⁸, admitiéndose sólo varios años después la retransmisión de hasta tres horas del contenido de otra estación durante las tres primeras horas de las cuatro del prime time.

Dice al respecto Robert G Finney:

"Esta regla fue adoptada por la Comisión Federal de Comunicaciones para restringir la cantidad de programación de cadena o red que las estaciones locales de televisión o radio difundían durante los horarios centrales, llamado "prime time", entre las siete y las once de la noche"⁴⁹.

La regla del "Prime Time Access Rule", dictada bajo la Constitución de los Estados Unidos y su primera Enmienda, prevenía a que los mercados locales difundieran en cadena durante el horario prime time. Como puede advertirse, esta regla de la FCC de Estados Unidos era absoluta, a diferencia de lo establecido en la ley 26.522 que prevé una limitación parcial.

Según dichos de la propia FCC, el sentido de la regla fue

"incrementar el nivel de competencia en la producción independiente de programas, reducir el control de las cadenas sobre las decisiones sobre programación sobre estaciones afiliadas o independientes e incrementar la diversidad de programas accesibles al público"⁵⁰.

Otra de las premisas, sostiene este mismo documento, era el fortalecimiento de los operadores independientes respecto de las condiciones de escala predatorias que imponían las cadenas con estaciones afiliadas por la imposibilidad de competir frente a un mero retransmisor de contenidos realizados en otro lado y vendidos a escala nacional para amortizar los costos de producción⁵¹.

La FCC explica las razones de dicha política y luego compara la situación previa con el resultado de la aplicación de esta política activa de promoción de la producción audiovisual:

"En la década precedente a la adopción de la regla del Prime Time Access Rule, la identidad de la programación cambió dramáticamente. La cantidad de producción independiente en las televisoras cayó considerablemente, en tanto la programación licenciada para su exhibición directamente desde las cadenas creció en grandes cantidades. Este cambio —y la predominancia resultante por parte de las tres grandes cadenas como proveedoras de contenidos— proveyeron el ímpetu para la adopción de la regla en 1970".

Según indica un informe de la FCC, recién se cambió su política en 1995 por entender que la situación preexistente 25 años antes —en la que la regla había sido adoptada porque "tres cadenas eran vistas como las que dominaban el mercado total de la televisión"—, "no es ahora necesaria bajo las actuales condiciones de mercado.(...) No puede decirse más que las cadenas dominan el mercado". En la misma exposición de motivos señala la FCC que

"las tres cadenas no pueden ser más vistas como un túnel a través de las cuales la producción independiente debe pasar. El crecimiento dramático del número de estaciones independientes y el crecimiento de la cantidad de proveedores de servicios de cable y servicios de Televisión por satélite y otros nuevos medios como el MMDS han incrementado grandemente el mercado de oportunidades del mercado de la programación. "(...) El número de estaciones independientes ha crecido cerca del 450% desde que la regla del Prime Time Local Access fue adoptada"⁵².

Sin embargo, en su decisión la FCC fijó un plazo de transición de un año para moderar los efectos disruptivos sobre el mercado luego de la vigencia de una regla por 25 años. Durante ese lapso la FCC previó evaluar los movimientos del mercado a fin de que las estaciones afectadas por la caída de la regla puedan ajustar sus planes de negocios.

⁴⁸ Disponible en <http://www.museum.tv/eotvsection.php?entrycode=primetimeac>

⁴⁹ Robert G. Finney, "Prime Time Access Rule", en *Encyclopedia of Television*, Ed. Routledge, New York, 2004.

⁵⁰ Rule, Section 73.658(k) of the Commission's Rules MM Docket No. 94-123. "The Commission believed that PTAR would increase the level of competition in the independent production of programs, reduce the networks' control over their affiliates' programming decisions, and increase the diversity of programs available to the public".

Comments of the Staff of the Bureau of Economics of the Federal Trade Commission(1) March 7, 1995

⁵¹ "Networks of local broadcast stations take advantage of substantial scale economies and lower transactions costs in programming acquisition and distribution and in advertising sales. The essential function of a network is to be an intermediary between advertisers and program producers on one hand, and local stations on the other".

⁵² FCC, "Report No. DC-95-104ACTION IN DOCKET CASE July 28, 1995".

Sobre la pertinencia de las medidas para la promoción de la diversidad y el pluralismo escribió el profesor español Juan Carlos Miguel de Bustos⁵³:

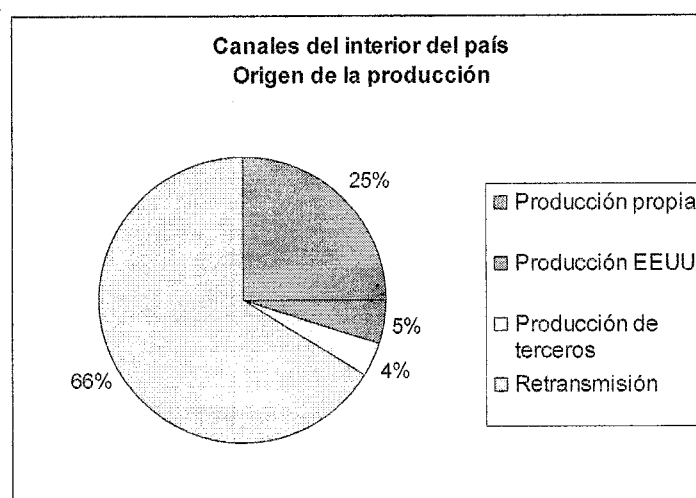
"La diversidad de fuentes se refiere a la disponibilidad de distintos productores de contenido. Las PTAR (*Prime Time Access Rule*) y las *Financial Interest and Syndication (Fin Syn Rules)* limitaron desde los 70s hasta 1995 la integración vertical entre productores de programas y networks de televisión. Fueron creadas para limitar el número de horas de programación que las networks podían suministrar a las estaciones afiliadas durante las horas de máxima audiencia, en la creencia de que las estaciones locales programarían contenidos de productores independientes. Estas reglas se eliminaron como consecuencia de los grandes cambios en el mercado de la televisión, visible en el incremento de canales disponibles para los hogares, ya que en el 2002, un hogar medio recibía unos 102 canales de comunicación. (...) Hoy son varios lo grupos de la sociedad civil que reclaman la reaparición de este tipo de normas, ya que consideran que mientras que en 1993, las tres grandes networks producían el 32% de su programación (68% era producción independiente), en el 2002, era del 76% (24% producción independiente)".

b) La realidad de nuestro país. La pertinencia de la previsión legal de determinación de producción local y propia

En nuestro país solo siete ciudades del interior tienen más de una señal de televisión abierta. Es indudable entonces el efecto que tendrá una regla de esta naturaleza para lograr un mapa de medios más generoso que el actual en las distintas localidades del interior del país.

La información sobre el origen de los contenidos de la televisión abierta recopilada por la Dirección Nacional de Supervisión y Evaluación de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AUFSCA) entre junio y agosto de 2009⁵⁴ —a partir de los datos brindados por los propios licenciatarios en todo el país—, aporta elementos concretos para comprender las características del escenario actual en Argentina.

Los 39 canales de televisión abierta que se encuentran fuera del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA) y La Plata retransmiten, en promedio, el 66% del total de sus horas de programación⁵⁵. Casi la totalidad de esos contenidos se produce en los denominados "canales de cabecera" de la ciudad de Buenos Aires. A la inversa, las cinco señales del AMBA y La Plata, cuentan con un 98% de producción propia y sólo un 2% de retransmisión de contenidos.



Claramente, en nuestro actual sistema de medios, la producción para televisión abierta se encuentra concentrada en la ciudad de Buenos Aires, en manos de unas pocas empresas que, a su vez, poseen buena parte de las señales del interior del país, las cuales retransmiten sus propios contenidos. Como se observa en el siguiente gráfico, dos compañías (Telefónica Internacional S.A —TISA— y Grupo Clarín), controlan más del 60% de este mercado.

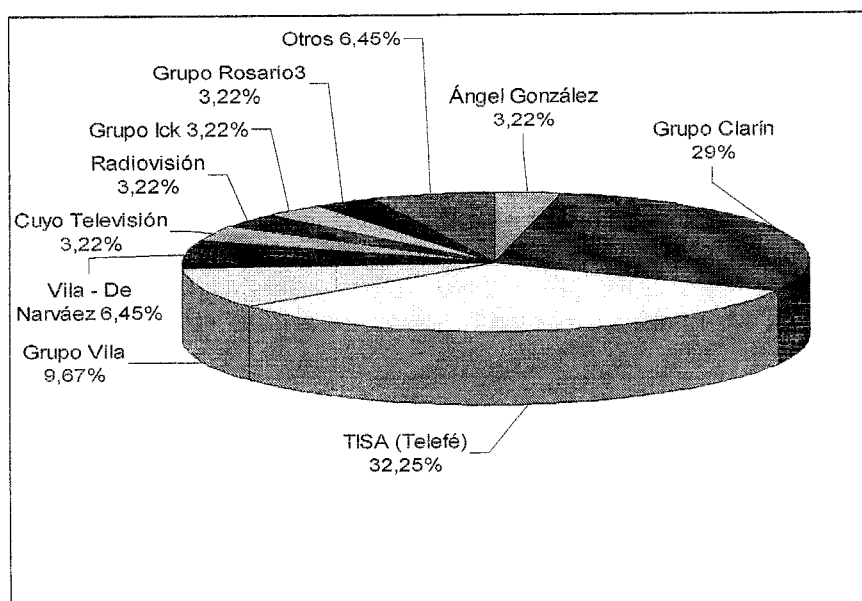
⁵³ "Caracterización de la regulación de la FCC" Juan Carlos Miguel de Bustos: Universidad del País Vasco: disponible en <http://www.observatoire-omic.org/colloque-icic/pdf/DeBustosESPAGNOL.pdf>

⁵⁴ Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AUFSCA), "4º Informe contenidos de la televisión abierta argentina. Origen de la Producción – Tipo de Programas. Estructura de Propiedad", datos correspondientes a junio, julio y agosto de 2009. Disponible en http://www.afsca.gov.ar/web/estudios_contenidos.php

⁵⁵ Los porcentajes de programación retransmitida varían entre el 59% y el 73% de acuerdo con la región considerada.

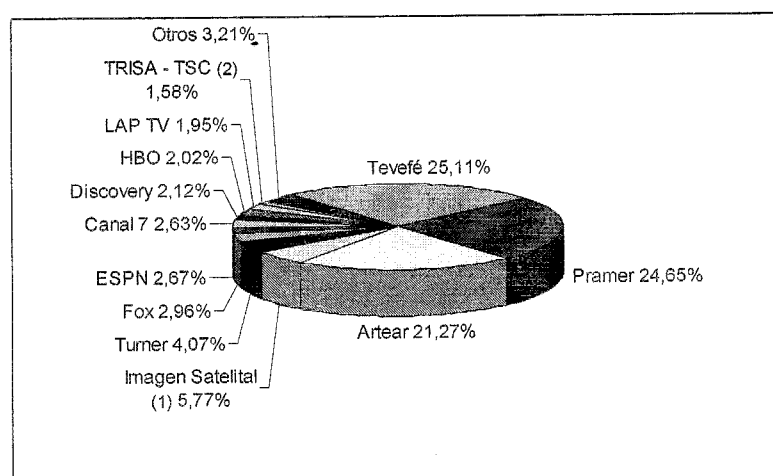
407

Televisión abierta – Estructura de propiedad de los canales privados comerciales⁵⁶



Por otra parte, TISA y el Grupo Clarín comercializan sus contenidos a través de firmas propias (Tevefé y Artear, respectivamente), a las que se suma un tercer proveedor de peso para este eslabón de la cadena de producción (Primer). Entre los tres se reparten el 70% del total de las señales comercializadas en el país.

Comercializadoras de señales de TV - Porcentaje de mercado (TV Abierta y por suscripción)⁵⁷



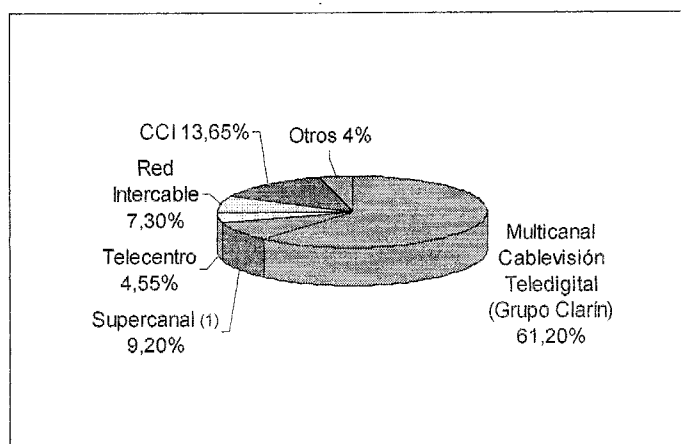
A falta de regulaciones como las del derecho comparado enumeradas, las fusiones y adquisiciones producidas en el mercado de proveedores de televisión por suscripción en Argentina redujeron las oportunidades de emisión a través de soportes como el cable o la televisión satelital y se sumaron al proceso de concentración de la propiedad en la televisión abierta.

En particular, la operación conjunta entre los dos mayores proveedores de TV por cable del país (Cablevisión y Multicanal, propiedad del Grupo Clarín y el fondo estadounidense Fintech Advisory), iniciada en el año 2007, permitió que un mismo grupo, con posición dominante en el mercado de producción audiovisual y televisión abierta, se quedara también con un porcentaje superior al 60% del mercado de la televisión por cable (alrededor de 3 millones de abonados).

⁵⁶ Cálculo realizado sobre 31 canales. No incluye repetidoras. Fuente: elaboración propia en base a datos de la AUFSCA y consultas con las empresas.

⁵⁷ Fuente: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia - International Development Research Center (IDRC - Canadá). "Problemas de competencia en el sector de distribución de programas de televisión en la Argentina", febrero de 2007. (1) Integrado al Grupo Clarín a través de Cablevisión. (2) Integrado en un 50% al Grupo Clarín.

Mercado de distribución de TV por cable⁵⁸



Cabe destacar que la situación previa a la operación conjunta incluyó, casi desde sus orígenes, un reparto de las zonas de cableado en diferentes localidades del país a través de acuerdos entre ambas compañías o sus predecesoras, luego adquiridas por Cablevisión y Multicanal. Al mismo tiempo, la competencia verificable en la mayoría de las áreas donde había superposición del tendido fue eliminada, a partir del proceso de concentración llevado adelante mediante la adquisición de los cableoperadores competidores. Esta situación convirtió al mercado de la TV por cable en uno de los sectores que más casos de defensa de la competencia produjo en la historia de la aplicación de la legislación *antitrust* en Argentina. La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia subrayó este hecho en un informe específico sobre la materia publicado en febrero de 2007:

"(...) de unos pocos casos resueltos en la década de 1990 (el primero de ellos en el año 1995) se pasó a varias decenas en lo que lleva de transcurrido el siglo XXI. A la fecha, la jurisprudencia nacional sobre distribución de programas de televisión abarca tanto casos de oficio y de denuncia de prácticas anticompetitivas como casos de control previo de operaciones de concentración económica"⁵⁹.

En la actualidad sólo existen redes superpuestas y los usuarios tienen la posibilidad de elegir a su proveedor de televisión por cable en unos pocos centros urbanos grandes del país. Sin embargo, aún allí donde se verifican situaciones de competencia real, los niveles de concentración alcanzados a partir de la operación conjunta entre ambas empresas oscilan entre el 77% y el 95%.

Efectos de la operación conjunta Cablevisión - Multicanal - Teledigital en localidades con redes superpuestas⁶⁰:

Localidad	Multicanal	Cablevisión	Teledigital	Concentración
Capital Federal	22%	63%	0%	85%
Avellaneda	53%	36%	0%	89%
Berazategui	37%	44%	0%	82%
Gral San Martín	61%	26%	0%	87%
Lanus	64%	6%	0%	90%
Morón	20%	64%	0%	84%
Quilmes	33%	56%	0%	90%
San Isidro	36%	57%	0%	94%
Tigre	35%	57%	0%	92%
Tres de Febrero	51%	37%	0%	89%
Vicente López	44%	50%	0%	94%
La Plata	77%	16%	0%	94%
Necochea	22%	70%	0%	92%
Resistencia	37%	40%	0%	77%
Córdoba	42%	43%	0%	85%
Paraná	43%	37%	0%	80%
Santa Rosa	24%	0%	72%	96%
Santa Fe	48%	31%	0%	79%

⁵⁸ Fuente: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Datos 2006). (1) Alrededor del 20% del capital accionario de Supercanal es propiedad del Grupo Clarín.

⁵⁹ Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) - International Development Research Center (IDRC). "Problemas de competencia en el sector de distribución de programas de televisión en la Argentina", Buenos Aires, febrero de 2007. Disponible en: http://www.mecon.gov.ar/cndc/comp_televisión_castell.pdf

⁶⁰ Fuente: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (datos 2006).

c) Conclusiones parciales

Al establecer previsiones en materia de cantidad de horas mínimas de emisión de producción local y de cuotas mínimas de producción, la nueva ley de servicios de comunicación audiovisual respeta los estándares internacionales de libertad de expresión. Este tipo de regulaciones tienen como meta el pluralismo informativo, el cual abarca por supuesto el derecho de la sociedad a acceder a información de distintas fuentes. Esta clase de reglas de contenido local compensa la homogeneización y promueve la libertad de expresión.

Es importante tener en cuenta que el tope del 50% de contenidos de programación provisto por otra emisora o proveedora ya formaba parte del régimen previo emergente del artículo 68 de la ley 22.285 — que recién permitió las redes sujetándolas al requisito de autorización por el COMFER y con no menos del 50% de producción propia y la retención de la contratación publicitaria—.

Sin perjuicio de ello, en esta causa también se han suspendido otras disposiciones de la nueva ley (todas ellas contempladas en el artículo 65) que establecen obligaciones a los prestadores de servicios de radio, de tv abierta, de tv por cable y satelital, algunas de ellas que reiteran y otras que mejoran las reglas preexistentes.

En el caso de las disposiciones para radio, la ley 26.522 establece mínimos de producción nacional, y prevé excepciones para las estaciones de radiodifusión sonora dedicadas a colectividades extranjeras o a emisoras temáticas. Asimismo, la ley contempla un mínimo del 50% de producción propia que incluya noticieros o informativos locales, con lo que cada servicio deben tener una provisión de noticias propias. Estos mínimos son más altos para las emisoras públicas con requisitos de contenidos culturales y educativos.

En el caso de las disposiciones para TV abierta se insertan mínimos de producción local y topes a los enlaces pero no prohibiciones; se contempla la obligatoriedad de informativos locales, pero no prohibición de otros. Asimismo, se establecen mínimos de producción independiente diferenciados por zona y población.

En TV por cable se prevén obligaciones de retransmisión de las señales abiertas, además de la inserción obligatoria de una señal propia con noticiero.

En TV satelital se consagra —lo que en la ley anterior no existía— la obligatoriedad de recoger las señales de televisión local en cada ámbito y de tener una señal argentina.

En función de lo expuesto, las instituciones firmantes no logramos comprender las razones de la suspensión de estas previsiones, y mucho menos que la decisión se haya basado en la defensa del derecho de los usuarios. Ello pues justamente los supuestos beneficiarios de la resolución judicial hoy sólo tienen un par de radios AM —en el mejor de los casos en el área de cobertura respectiva—, uno o con suerte dos canales de televisión abierta —sólo si viven en una de las siete ciudades servidas por más de un canal abierto de todo el país—, un solo proveedor de servicio de cable y, para el caso de tener televisión satelital, no tiene quién contrate servicios propios del área de cobertura.

En la misma línea de entendimiento, la multiplicación de medios y señales permite el crecimiento de fuentes de ejercicio de actuación profesional. La resolución judicial que hace lugar a la medida cautelar no considera para nada la necesidad de creación de fuentes de empleo y pluralidad para los trabajadores de los medios de comunicación. El mantenimiento de la misma cantidad de fuentes de información cercena la posibilidad de inserción laboral de los actuales trabajadores de los medios de comunicación y de la futura contratación de centenares de estudiantes de carreras vinculadas a la actividad de la radiodifusión y la comunicación audiovisual.

Lo propio respecto de autores y creadores artísticos que hoy no encuentran ámbitos de desarrollo a su experiencia y creatividad ya que los contenidos propios de ficción en los canales de televisión del interior resultan ser cero o poco más de cero por ciento.

La disposición respecto de que todos los medios deben tener un informativo propio —además de constituir una instancia de mayor cantidad de espacios creativos y de trabajo para los profesionales de los medios— está claramente destinada a ensanchar la cantidad de voces a intervenir en el debate público (cf. arts. 42, 43, 45, 46 y 48 de la ley 26.522).

Es por ello difícil de concebir cómo el mantenimiento del *status quo* favorecería a la mayoría del público. Por lo demás, la referencia a “usuarios de los medios” —en cuyo nombre se ha dictado la medida cautelar— resulta inexistente y, cuanto menos, desafortunada sobre todo en el caso de los medios de comunicación abiertos.

V.4. ADECUACIÓN DE LOS TITULARES DE LICENCIAS A LOS NUEVOS PARÁMETROS DE MULTIPLICIDAD DE LICENCIAS ESTABLECIDOS EN LA LEY 26.522: PERTINENCIA DEL ART. 161

Por último, los firmantes entendemos que es importante dimensionar correctamente el contenido del artículo 161 de la ley 26.522, también cuestionado en la presente causa.

Esta norma ordena que los titulares de licencias de los servicios y registros regulados por la ley, que a la fecha de su sanción no reúnan o no cumplan los requisitos previstos por la norma, o las personas jurídicas que al momento de entrada en vigencia de la ley fueran titulares de una cantidad mayor de licencias, o con una composición societaria diferente a la permitida, deberán ajustarse a las disposiciones de la ley en un plazo no mayor a un año desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición. Vencido dicho plazo serán aplicables las medidas correspondientes al incumplimiento —en cada caso—.

El último párrafo del aludido artículo 161 establece que

"Al solo efecto de la adecuación prevista en este artículo, se permitirá la transferencia de licencias. Será aplicable lo dispuesto por el último párrafo del artículo 41".

Tal como hemos explicitado al abordar el punto referido a las limitaciones a la multiplicidad de licencias determinado por la ley 26.522, el fundamento esencial de esta previsión es propender al bienestar general y al interés público promoviendo y velando por la diversidad de medios, evitando las concentraciones monopólicas u oligopólicas, a fin de asegurar la libertad de expresión.

En relación a los argumentos sobre "derechos adquiridos", existe importante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que contemporiza esta cuestión partiendo de la base de que la radiodifusión se trata de un servicio de interés público, que los titulares de las licencias realizan su explotación con el seguimiento y control del Estado y que deben atenerse a la regulación legal.

Así, en el caso "Cablevisión S.A. c/ Municipalidad de Pilar s/ acción de amparo - medida cautelar" —cuya sentencia data del 4 de abril de 2006—, nuestro máximo Tribunal rechazó el argumento esgrimido por Cablevisión en cuanto a los supuestos derechos adquiridos, en estos términos:

"Arribado a este punto, es imperioso recordar que los decretos y normas reglamentarias, en cuanto a su derogación o reemplazo, participan del mismo régimen que las leyes, en tanto *ningún derecho adquirido puede impedir su remoción del ordenamiento jurídico pues, de lo contrario, se admitiría el postulado de la inamovilidad del derecho objetivo*. Al respecto, es pacífica la doctrina del Tribunal en torno a que "la modificación de leyes por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna, ya que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a la inalterabilidad de los mismos" (Fallos: 267:247; 268:228; 291:359; 308:199; 311:1213; 315:839; 318:1531; 321:2683; 323:3412; 325:2875)".

Por lo demás, existen antecedentes de desinversión que fueron resueltos por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), que no fueron cuestionados ni revertidos por la justicia. A modo de ejemplo, podemos citar el caso de la empresa ENDESA, resuelto por la CNDC, mediante la Resolución 70 de la Secretaría de Comercio Interior, que aprobó el traspaso accionario de las acciones de ENDESA en EDENOR a la empresa francesa EDF, con fecha 16 de julio de 2001; y el caso en que se analizó el proceso de desinversión y desconcentración de los derechos de exhibición de los torneos de fútbol. En este último, la CNDC aconsejó —mediante el Dictamen N° 394 del 29 de septiembre de 2004— la desagregación de los paquetes accionarios de los acuerdos entre FOX PAN AMERICAN SPORTS y TORNEOS Y COMPETENCIAS. En función de ello, se emitió la resolución N° 134 del 29 de septiembre de 2004 mediante la que resolvió hacer lugar al dictamen de la CNDC.

Además de ello, y conforme sostiene Bernardo Licht,

"los titulares de licencia de servicios de radiodifusión resultan vinculados con la Administración Pública por un contrato administrativo. La Administración conserva el poder de modificación unilateral e implícito de modificar las condiciones contractuales sin perjuicio del co-contratante a ser indemnizado cuando se produce una mutación en la ecuación económica financiera"⁶¹.

En este caso, ni siquiera la modificación del régimen jurídico tiene su origen en una norma administrativa, sino que es fruto de una ley. En ese sentido nadie tiene derechos adquiridos al mantenimiento de un orden jurídico y el título administrativo incorporado al patrimonio del licenciatario no puede ser entendido como una patente de curso que asegure indemnidad frente a cualquier cambio legislativo.

⁶¹ Licht, Bernardo, "De corporaciones y derechos adquiridos", *Página 12*, 9 de octubre de 2009.

Bien explicaba Rafael Bielsa que una de las más importantes cuestiones en el régimen de servicio público es la relativa a la facultad que la Administración Pública tiene de modificar las formas y condiciones del funcionamiento del servicio público de concesión⁶². Y dice este autor, recordando a Jéze:

"Si se pudiese admitir por un instante que, por efecto de los contratos de concesión, la voluntad de los concesionarios (léase ahora medios de comunicación) pudiera poner en jaque las decisiones tomadas por la Administración en un fin de utilidad pública, necesario sería condenar irremisiblemente el sistema de la concesión como contrario al interés general (...).

Por otra parte, generalmente los servicios públicos tienen por base el dominio público (como es el caso de la TV abierta y las radios), que es de la comunidad, y respecto del cual, por eso mismo, el Estado, o sea, en nuestro caso, el poder administrador, ejerce sobre él el derecho de regular el uso; también esto define lo precario de ciertas concesiones. En las cosas del dominio público no puede constituirse ningún *jus in re*, ni se pueden enajenar los bienes que lo componen, mientras dure la afectación al uso público, ni fraccionar el derecho de dominio. Se trata de un principio general (...).

La Administración Pública, ante la necesidad de aumentar o mejorar un servicio público, debe proponer esa modificación al concesionario; si éste no la acepta, puede entonces la Administración otorgar una nueva concesión de acuerdo con la ley u ordenanza. Este procedimiento lo establecen ciertas leyes, y a veces los mismos contratos a falta de leyes orgánicas sobre concesiones de una clase dada de servicios⁶³.

E ilustra su explicación con el sistema de la ley 2499 de la provincia de Santa Fe, promulgada el 1º de octubre de 1935. Esta ley establecía, entre otras cosas, reglas para la ampliación de servicios de transportes colectivos por vehículos automotores, disponiendo que cuando las líneas resultaran insuficientes se concedería plazo de tres meses a los concesionarios, para que amplien sus servicios, a prorrato o por orden de concesión; pero que si éstos no hacían lugar a la ampliación, se abriría a concurso para nuevas concesiones⁶⁴. Ese mismo cuadro de situación se había presentado al Consejo de Estado Francés en 1890 cuando se empezó a aplicar la electricidad al alumbrado. Las concesionarias a gas invocaban derechos adquiridos. Al principio tuvieron éxito, pero luego triunfó la doctrina más racional y concordante con el interés público.

Al respecto explica Bielsa que

"también pueden alterarse las condiciones de explotación, sin alterar el servicio, sin sustituir sistema o clase; esas modificaciones se refieren a simples instalaciones impuestas por medidas de policía. (...)

La Administración Pública no viola ninguna regla de derecho cuando modifica la situación prevista en un contrato administrativo, si esa modificación resulta del ejercicio normal de su actividad jurídica en sentido material o si se dicta una reglamentación, sobre policía general de seguridad, de higiene, etc."⁶⁵.

En definitiva, las reglas que tienen en mira la defensa de la competencia son absolutamente legítimas, y aun en los sistemas más liberales, los tribunales han reconocido que el poder de policía del servicio público es atribución propia e inseparable del concedente de cada servicio público.

En cuanto al plazo consagrado por el artículo 161 de la ley 26.522, creemos esencial advertir que, a diferencia de lo que se ha pretendido instalar mediáticamente —como fruto de intencionalidad política y alejada de la realidad—, no se trata de un plazo exiguo de un año y mucho menos se pretende que el titular de la licencia se desprenda de sus activos a precio vil o irrisorio, sin tener en cuenta las particularidades económicas y financieras de cada uno.

El mentado artículo 161 otorga un plazo para ajustarse o adecuarse a la norma que crea la incompatibilidad (no mayor de un año) contado "desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición". Para lograr tal cometido, será necesario que se cree la Autoridad Federal de

⁶² Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, Librería de Lajouane y Cía, 1938, 3ª edición, pág. 329.

⁶³ *Ibidem*, págs. 329 a 333.

⁶⁴ *Ibidem*, pág. 334.

⁶⁵ *Ibidem*, págs. 334 y 336.

Servicios de Comunicación Audiovisual (autoridad de aplicación), dos de cuyos integrantes deberán ser designados a propuesta del Consejo Federal de Comunicación Audiovisual. Va de suyo que el tiempo que demande la constitución de las autoridades y la elaboración de los mecanismos de transición impedirían el cómputo del plazo previsto por la ley. Ahora bien, vencido que fuese ese plazo, cabe interrogarse cuál sería la consecuencia. La respuesta surge de la última parte del primer párrafo del art. 161: "Vencido dicho plazo serán aplicables las medidas que al incumplimiento —en cada caso— correspondiesen". De ello no se desprende que el vencimiento del plazo legal determine la caducidad automática de la licencia sino que es necesario a tal fin el inicio de un procedimiento administrativo sancionador en donde el responsable podrá articular todas las defensas que estime adecuado, incluso las dirigidas a plantear las razones que lo llevaron a incumplir con las normas sobre adecuación al régimen de incompatibilidad. En suma: el plazo legal es un plazo de gracia que confiere el legislador ante una ilicitud sobreviniente"⁶⁶.

VI. PALABRAS FINALES

Para concluir, hemos preferido utilizar las palabras del prestigioso profesor Owen Fiss cuando, al analizar el alcance moderno de la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, señala:

"Creo, sin embargo, que este modo de ver las controversias actuales sobre la libertad de expresión —como una mera repetición del pasado— es equivocado. Algo mucho más profundo y de mayor relevancia está sucediendo. Se nos está invitando —de hecho, se nos está obligando— a reconsiderar la naturaleza del Estado Moderno y a examinar si éste debe desempeñar algún papel en la protección de nuestras libertades más fundamentales. Los debates del pasado asumían que el Estado era el enemigo natural de la libertad. Era el Estado el que estaba tratando de silenciar al individuo, y era el Estado al que había que poner límites. Hay una gran dosis de sabiduría en esta concepción, pero se trata de una verdad a medias. Ciertamente el Estado puede ser opresor, pero también puede constituir una fuente de libertad (...). Este punto de vista —inquietante para algunos— descansa en una serie de premisas. Una de ellas se refiere al impacto que las concentraciones privadas de poder tienen sobre nuestra libertad; a veces se necesita al Estado para contrarrestar estas fuerzas. Más allá de esto y de modo más fundamental, este punto de vista se basa en una teoría acerca de la Primera Enmienda y de la libertad de expresión que ésta garantiza, que pone el acento en valores sociales más que individuales. La libertad que el Estado está llamado a promover es una libertad de carácter público, que ve en la libertad de expresión una protección de la soberanía popular (...). En algunos casos, los órganos del Estado tratarán de asfixiar el debate libre y abierto y la Primera Enmienda constituye el mecanismo que frena los abusos de poder estatal. En otros casos, sin embargo, el Estado puede verse obligado a actuar para promover el debate público: cuando poderes de carácter no estatal ahogan la expresión de opiniones (...). Puede que el Estado tenga incluso que silenciar voces de algunos para que se oigan las voces de los demás, a veces no hay más remedio"⁶⁷.

VII. PETITORIO

Esperando que nuestro aporte pueda contribuir a una justa resolución del caso a V.S. solicitamos:

- 1) Se tenga a las instituciones firmantes como *amicus curiae* en esta causa;

⁶⁶ Licht, Bernardo. De corporaciones y derechos adquiridos. Página 12, 9 de octubre de 2009.

⁶⁷ Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Ed. Gedisa, Barcelona, España, 1999.

2) Se tengan en cuenta los fundamentos de derecho expuestos en el presente documento y se resuelva en consecuencia.

Proveer de conformidad que,
Será Justicia

DAMIAN MIGUEL LORETI
ABOGADO
C.P.A.C.F. T° 91 F° 821
CNPTA 4874084

ANDREA PECHARE
T 08 F. 394
CPACF

SERGIO CALETTI

ANALÍA ELIADES
T. LXII F° 323 CALP
I. 72 F° 491 CFALP.-

VICTOR ABRAMOVIICH
T. 40 F. 45
CACF

Gaston Chillier
Director Ejecutivo CELS

Ernesto Lamas

RICARDO VERNARETA

Orlando Guillermo
FRANCÉS

JORGE L. CASARVILLE

SERGIO ZOTOLA

JOSE ENRIQUE PEREZ NATTA

VICENTE ANUARRET

MIGUEL ANGEL PANIGUA


AERECEYBOR BADO


RAUL GUSTAVO GRANERO

CLAUDIO GÓMEZ.


JUAN A. POLEROS



ESTER
CECILIA
CÓRICA


Martín Becerra
Departamento de
Ciencias Sociales
U. Nacional de Quilmes


NESTOR BASSO
PRESIDENTE
ASOC. CIVIL FARCO
POLO ARG. DE RADIOS COMUNIT


FATIMA


Enrique Marcano
FATIDA


Omar Plaini
SECRETARIO GENERAL
SIVENDIA
CABA Pcia. de Bs. As.