

Una mirada sobre la sentencia que confirmó la constitucionalidad de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (LSCA) en Argentina

A perspective upon the sentence that confirmed the constitutionality of the Audiovisual Communication Services Act in Argentina

Um olhar sobre a sentença que confirmou a constitucionalidade da Lei de Serviços de Comunicação Audiovisual na Argentina

Diego DE CHARRAS

Licenciado en Ciencias de la Comunicación de la Universidad de Buenos Aires, doctorando en Ciencias Sociales. Profesor regular e investigador de la Universidad de Buenos Aires. Se especializa en Políticas y Derecho a la Comunicación. Actualmente dirige la Carrera de Ciencias de la Comunicación de dicha Universidad. Profesor de posgrado sobre Políticas Internacionales de Comunicación en la Universidad Nacional de La Plata y en la UBA. Forma parte de la mesa nacional de coordinación de la Coalición por una Comunicación Democrática.

Correo:

diegodecharras@gmail.com

Mariela BALADRON

Maestranda en Industrias Culturales: Políticas y Gestión de la Universidad Nacional de Quilmes y licenciada en Ciencias de la Comunicación Social (UBA). Profesora e investigadora de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Se desempeñó como responsable de comunicación institucional del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Actualmente integra el área de Comunicación de la empresa nacional de telecomunicaciones ARSAT y está a cargo del desarrollo de contenidos para la difusión de las diversas infraestructuras y servicios que brinda la empresa.

Correo:

mariela.baladron@gmail.com

Recibido: agosto 2014

Aprobado: septiembre 2014



Resumen

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina que confirmó la constitucionalidad de la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual resultó un hecho jurídico, histórico y político fundamental en la historia de la regulación de la comunicación y la libertad de expresión en el país. Esta sentencia también avaló la potestad del Estado para regular la comunicación, independientemente del soporte, sobre la base de la necesidad de garantizar la diversidad y el pluralismo. Este artículo propone un análisis de los principales puntos de este fallo ya que, a nuestro entender, asume una relevancia equivalente a nivel nacional a la que implicó la opinión consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel regional. Por primera vez, la perspectiva de la comunicación como derecho humano por encima de los requerimientos de la mercantilización traspasó las discusiones académicas para convertirse en jurisprudencia.

Palabras clave: Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual de Argentina, regulación de la concentración, comunicación como derecho humano.

Abstract

The Argentine Supreme Court of Justice decision, that declared the constitutionality of the Audiovisual Communication Services Law No. 26.522, became a fundamental milestone from a legal, historical and political perspective for the history of communications regulation and freedom of expression in the country. This ruling also upheld the right of the State to regulate communications regardless format and technology, based on the need of ensuring diversity and pluralism. This paper presents an analysis of the main points of this sentence. From the perspective of the authors, this decision may be as relevant at the national level as Advisory Opinion 5/85 of the Inter-American Court of Human Rights has been at the regional level. For the first time, communication as a human right came first than commercialization requirements and crossed academic discussions to become jurisprudence.

Keywords: Argentine Audiovisual Communication Services Law, control of concentrations, communication as a human right.

Resumo

A sentença emitida pela Corte Suprema de Justiça da Nação (CSJN) da Argentina que confirmou a constitucionalidade da Lei 26.522 de Serviços de Comunicação Audiovisual se constituiu como um fato jurídico, histórico e político fundamental na história da regulação da comunicação e da liberdade de expressão no país. Esta sentença também avalizou a potestade do Estado para regular a comunicação, independentemente do suporte, sobre a base da necessidade de garantir a diversidade e o pluralismo. Este artigo propõe uma análise dos principais pontos desta sentença já que, em nosso entender, assume uma relevância equivalente, no âmbito nacional, à que implicou a opinião consultiva 5/85 da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito regional. Pela primeira vez, a perspectiva da comunicação como direito humano acima dos requerimentos da mercantilização traspasou as discussões acadêmicas para transformar-se em jurisprudência.

Palavras-chave: Lei de Serviços de Comunicação Audiovisual argentina, regulação da concentração, comunicação como direito humano.

1. Introducción

El fallo del 29 de octubre de 2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) de Argentina que confirmó la constitucionalidad de la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual resultó un hecho jurídico, histórico y político fundamental en la historia de la regulación de la comunicación y la libertad de expresión en el país. A cuatro años de su sanción y treinta del retorno de la democracia, asumió plena vigencia la totalidad del articulado de la ley que reemplazó la normativa de radiodifusión de la dictadura. El nuevo paradigma propone la regulación de los medios audiovisuales a partir de los principios de pluralismo y diversidad reconocidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano ratificados por nuestro país.

Este artículo propone un análisis de la sentencia del máximo tribunal argentino en la causa "Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa", que reconoció la constitucionalidad de la norma y avaló la potestad del Estado para regular la comunicación, independientemente del soporte, sobre la base de la necesidad de garantizar la diversidad y el pluralismo. Algo que, a nuestro entender, asume una relevancia equivalente a nivel nacional a la que implicó la opinión consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel regional. Así consideramos que el contenido y el proceso de debate de los borradores de la ley y luego su tratamiento legislativo dieron lugar a un nuevo paradigma en la concepción y tratamiento del derecho a la comunicación, que excede a un gobierno o una coyuntura de aplicación más o menos apropiada. En tal sentido, nuestra preocupación se centrará en los conceptos esbozados por la interpretación de los jueces y no por las vicisitudes, los aciertos y los errores de la aplicación de la norma hasta aquí. Por primera vez, la perspectiva de la comunicación como derecho humano por encima de los requerimientos de la mercantilización traspasó las discusiones académicas para convertirse en jurisprudencia.

2. Prolegómenos

La sentencia de la Corte Suprema dejó enormes implicancias para el sistema democrático argentino, en la medida en que confirmó la potestad del Estado para asumir la regulación

del sistema de medios audiovisuales. A pesar de los cuatro años de demora de trámites judiciales y estrategias dilatorias del Grupo Clarín, la confirmación de constitucionalidad de los artículos cuestionados ratificó que no fue probado, en ningún momento de la causa, que exista una afectación de la libertad de expresión.

La estrategia de dilación y obstaculización a través de la justicia¹ pretendió iniciarse aún antes de su aprobación en octubre de 2009, cuando tenía media sanción de la Cámara de Diputados y había sido girada a Senadores para su tratamiento. Tras ese primer intento fallido el 16 de diciembre en Buenos Aires, el juez federal Edmundo Carbone, a cargo del Juzgado Civil y Comercial Federal n°1, hizo lugar a una medida cautelar presentada por el Grupo Clarín. Se cuestionó la constitucionalidad de los artículos 41, 45, 48 y 161. Carbone suspendió parcialmente la aplicación de los artículos 41, que prohíbe la transferencia de licencias y autorizaciones para prestar servicios de comunicación, y 161, que establece un plazo de un año desde la conformación de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual –AFSCA– y el dictado de los reglamentos de transición para la adecuación de los actuales prestadores a la nueva regulación.

El 14 de mayo de 2010, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó la cautelar y determinó que el multimedios no debía adecuarse a la normativa hasta que la justicia dictaminara al respecto. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió un fallo el 22 de mayo de 2012 en el que estableció un plazo límite para la vigencia de la medida cautelar: el 7 de diciembre, a partir del cual surgió el emblemático "7D". Un día antes de que se cumpliera ese vencimiento, la Cámara extendió la vigencia de la cautelar hasta que hubiera sentencia definitiva en la causa. Una semana después, el 14 de diciembre, el juez Horacio Alfonso falló a favor de la constitucionalidad de la ley. EL Grupo Clarín apeló la sentencia y la Cámara puso nuevamente en vigencia la cautelar. En abril de 2013, el tribunal de segunda instancia dictaminó a favor del multimedios. Finalmente, la causa llegó a la Corte Suprema y su sentencia se dio a conocer el 29 de octubre de 2013 con la confirmación de la constitucionalidad de la ley.

¹ Para un recorrido detallado por las diferentes causas, ver: Baladron & De Charras, 2013; De Charras, 2012; Lozano, 2011, 2012.

Es importante destacar y analizar los principales puntos que establece el fallo en materia de libertad de expresión. Se subrayó que los impactos de tipo patrimonial no podían considerarse como lesivos del derecho a la libertad de expresión y se explicitó que toda regulación en materia de comunicación audiovisual debe tener como finalidad garantizar la pluralidad y diversidad de voces. En este sentido, si bien se reconoce la dimensión individual de este derecho, se hizo especial hincapié en su faz colectiva que lo complementa y articula, con el objetivo de promover el debate público y ampliar las voces para que distintos sectores de la sociedad puedan participar. Se busca de esta forma equilibrar la desigualdad en el acceso a la palabra por parte de los sectores más vulnerables.

Además de los principios que aporta la sentencia de la Corte en su contenido desde un punto de vista sustantivo, su deliberación en audiencias públicas con las partes y con los *amicus curiae* (amigos del tribunal), también ha generado nuevas experiencias institucionales que enriquecieron el proceso. Sin duda, el principal aporte fue la presentación y discusión de las distintas posiciones y argumentos ante la opinión pública. Esta instancia resultó coherente con el proceso participativo de debate de la ley en foros, el cual había sido construido desde la sociedad civil durante décadas, con el impulso de la Coalición por una Radiodifusión Democrática creada en 2004. Es un hecho inédito que este tipo de cuestiones puedan debatirse en la esfera pública y no se resuelvan entre unos pocos actores claves a puertas cerradas.

3. La sentencia

Finalmente, tras cuatro años de espera, se publicó la sentencia que dispuso la constitucionalidad de los cuatro artículos cuestionados de la Ley 26.522. Una vez más, no faltaron las especulaciones acerca del contexto histórico y político para que la CSJN hiciera público su fallo. Con razones tal vez acertadas, tal vez no, el hecho es que 48 horas después de las elecciones legislativas nacionales y un día antes de cumplirse 30 años de las primeras elecciones post dictadura, se publicó el fallo de la Corte sobre la mal llamada "Ley de medios".

La mayoría de los ministros (Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda,

Raúl Zaffaroni, Enrique Petracchi y Carmen Argibay) sentenciaron que la norma, o más precisamente los artículos impugnados, eran constitucionales y convencionales. "No se encuentra afectado el derecho a la libertad de expresión del Grupo Clarín, en tanto no ha sido acreditado que el régimen de licencias que establece la ley ponga en riesgo su sustentabilidad económica", marcó el voto de mayoría. Las disidencias parciales que firmaron el juez Juan Carlos Maqueda y Carmen Argibay no desacreditaron el voto mayoritario, aunque fueron divergentes a la hora de mensurar la caducidad de las licencias. Sólo el voto del juez Carlos Fayt negó la potestad regulatoria del Estado y ratificó la sentencia de la Cámara Civil y Comercial.

En consecuencia, es posible coincidir con Fernando Krakowiak (2013) cuando plantea que "el fallo es contundente porque no solo deja en claro que la ley de SCA no afecta la libertad de expresión, sino porque la reivindica como un instrumento válido para garantizarla, sentando un precedente histórico que será difícil desconocer".

La decisión de la Corte, en tal sentido, implicó no solo una resolución jurídica a un cuestionamiento normativo, sino que conformó un pilar fundamental para la comprensión, y no sólo jurídica sino también política, de la historia y el presente de la regulación de la comunicación y los medios en Argentina. Pero, del mismo modo, los conceptos vertidos en los considerandos de los votos de mayoría disponen algunos de los lineamientos más importantes para pensar el devenir del derecho a la comunicación del país desde la óptica de un nuevo paradigma.

Lo que ha señalado, de modo indubitable, el mayor tribunal nacional, es que la ley no solo es constitucional, sino que es coherente con los objetivos declarados respecto del fomento y el resguardo de la diversidad y el pluralismo. Independientemente de cuestiones coyunturales, la ley ha dispuesto una regulación democrática para la comunicación argentina de las próximas décadas. Ninguna de las suposiciones respecto a discrecionalidades o intenciones encubiertas de confrontación del Estado hacia un grupo mediático pudo ser identificada en la letra de la norma.

3.1 La incidencia de las audiencias en los términos de la sentencia

El 27 de agosto de 2013 se cumplió otro aniversario del "Día de la radiodifusión", fecha en que se conmemoraron los 93 años del inicio de la radio en Argentina. Quizás como una paradoja del destino (o no), para los días siguiente y subsiguiente, la CSJN convocó a dos audiencias públicas con el objeto de escuchar e interrogar a actores sociales que representaron los distintos posicionamientos alrededor de la cuestión de la regulación de los servicios de comunicación audiovisual en Argentina.

Puede decirse, sin dudar, que el resultado de la primera jornada de audiencia fue institucionalmente saludable. Permitió ver una antesala de los argumentos que se profundizarían al día siguiente pero, sobre todo, aportó claridad a una multitud de ciudadanos que seguían la audiencia desde una movilización en Plaza Lavalle o desde sus casas. Se vislumbró de un modo transparente, por primera vez y para la población en su conjunto, qué se discutía.

La letra del fallo dejó claro que nada hubiera sido igual sin las audiencias públicas. Tal como sostiene Gustavo Arballo (2013):

Si al Estado le hubiera ido mal [en las audiencias] la ventana de posibilidad de un fallo favorable se le cerraba (...) esos dos días (que tantos opinadores desdeñaban como una puesta en escena meramente dilatoria) cambiaron las cosas, marcaron la cancha de lo que captaron los votos, y en buena medida el sentido de la decisión de la Corte, y buena parte de la cuota parte de ese cambio de sentido puede y debe personalizarse en los ochenta y pico minutos de exposición de Graciana Peñafort.

Es más, incluso en algún momento se aventuró que algunos ministros habían impulsado las audiencias con intenciones diferentes a las explicitadas formalmente. Si hubiera sido el caso, el resultado obtenido fue opuesto al buscado. Para la periodista Irina Hauser (2013), algunos jueces pensaron que:

Sería un boomerang para el Estado y resultó que quedaron claras las posiciones: quién defendía intereses económicos y quién defendía derechos amplios y colectivos. La audiencia fue ganancia pura para la

sociedad, que pudo ver esa puja clara como el agua.

3.2 Derecho individual y colectivo: el rol del Estado

La sentencia de la Corte remarcó claramente la distinción planteada en las audiencias por el representante de la Universidad Nacional de Lanús, Víctor Abramovich, y formulada en reiteradas oportunidades por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) entre la dimensión individual y la dimensión colectiva de la libertad de expresión. En la primera faz, la actividad regulatoria estatal debe ser mínima y solamente se justifica cuando dicha libertad afecta los derechos de terceros. Pero "la faz colectiva exige una protección activa por parte del Estado".

Así, tomando de referencia la opinión consultiva OC 5/85 y casos de la CIDH como "Herrera Ulloa", "Ricardo Canese", "Kimel" y otros, la CSJN afirmó en el voto de Ricardo Lorenzetti y Elena Highton que:

En su faz colectiva -aspecto que especialmente promueve la ley impugnada- la libertad de expresión es un instrumento necesario para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública. Desde este punto de vista, la libertad de expresión se constituye en una piedra angular de la existencia misma de una sociedad democrática (...) como sistema de autodeterminación colectiva por el cual los individuos toman las decisiones que fijan las reglas, principios y políticas públicas que regirán el desenvolvimiento de la sociedad política" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2013, p. 34)².

Para ello, es necesario promover un mayor pluralismo y ampliar las oportunidades y canales de expresión a los distintos sectores sociales para representar a la sociedad. Estas cuestiones son condiciones necesarias para el debate democrático, de lo contrario, el intercambio de ideas se vería limitado a ciertos actores con mayor poder económico, político y simbólico, dejando desplazados a otros. Esta situación traería como consecuencia un empobrecimiento del debate y la representatividad de la ciudadanía en su totalidad, lo que afecta a su vez las decisiones que se ejercen de manera colectiva. Por lo tanto, la

² En un sentido similar, ver el voto del Juez Petracchi, considerando 10 (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2013).

libertad de expresión es una condición necesaria, fundamental y anterior para la vigencia del sistema democrático. En el mismo sentido, y recordando las palabras de Carlos Nino, los magistrados subrayan que:

Para que los consensos surjan es necesario el debate de voces múltiples, que puedan expresarse e interactuar en situaciones igualitarias, con idéntica capacidad de introducir temas en la agenda (...). Es en este campo de la democracia que no pueden admitirse voces predominantes que oscurezcan el debate público. Vivimos en sociedades pluralistas, diversas, con multiplicidad de opiniones que deben encontrar el lugar mediático donde expresarse (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2013, p. 35).

Esta protección activa del Estado define su rol de garante de la libertad de expresión y su facultad para dictar políticas de regulación independientemente del soporte físico de transmisión.

Así, los ministros Lorenzetti y Highton hicieron suyas las palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) cuando en su principio 12 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de 2000, sostienen que:

[E]n la sociedad actual, los medios de comunicación masiva, como la televisión, radio y prensa, tienen un innegable poder en la formación cultural, política, religiosa, etc. de todos los habitantes. 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, 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 (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2013, p. 38)³.

Desde esta perspectiva se afirma entonces que el Estado puede optar por la forma que estime adecuada para promover las oportunidades reales de expresión por parte de los ciudadanos y robustecer, así, el debate público. Se subraya que esa potestad estatal para tomar medidas activas con el fin de promover la libertad de expresión tiene reconocimiento a su vez en numerosas decisiones de la Corte Interamericana que reconocen que además de libre, el flujo de la información debe ser equitativo. Estos principios otorgan sustento a la protección de los derechos humanos de los que no detentan el poder mediático y el intento de generar condiciones para la expresión de ideas equilibradas entre todos los sectores sociales. De este modo, la Corte ratifica lo dispuesto por la Ley 26.522 al legitimar la intervención estatal *a priori* en materia de multiplicidad de licencias a los fines de asegurar la diversidad y el pluralismo, evitando las posiciones dominantes:

Una de las formas que el Estado podría elegir para asegurar el debate libre y robusto sería la de dejar librado al mercado el funcionamiento de los medios de comunicación e intervenir a través de las leyes que defienden la competencia cuando se produzcan distorsiones -como las formaciones monopólicas u oligopólicas, abuso de posición dominante, etc.- que afecten la pluralidad de voces. (...) Este sistema supone la intervención a posteriori de la autoridad pública, la que trabajará caso por caso para ir corrigiendo las distorsiones que afecten el objetivo buscado (...) otra forma que tiene el Estado de asegurar el mayor pluralismo en la expresión de ideas es a través de la sanción de normas que a priori organicen y distribuyan de manera equitativa el acceso de los ciudadanos a los medios masivos de comunicación. En este supuesto, le corresponde al Estado decidir cuáles serán las pautas que considera más adecuadas para asegurar el debate público y el libre y universal intercambio de ideas (...). A favor de esta forma de regulación la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos expresó que 'es importante desarrollar un marco jurídico que establezca claras directrices que planteen criterios de balance entre la eficiencia de los mercados de radiodifusión y la pluralidad de la información' y agregó que 'las reglas generales de concentración de la propiedad diseñadas para reformar la competencia y proveer a bajo costo mejor servicio, son insuficientes para el sector

³ En igual sentido, ver el voto de Petracchi, considerando 11 (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2013, p. 91).

de la radiodifusión (...). Como resultado, algunos países limitan esta propiedad, por ejemplo, con un número fijo de canales o estableciendo un porcentaje de mercado' (Informe de la Relatoría de la Libertad de Expresión de la CIDH 2004, citado por Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2013, pp. 40 – 42)⁴.

A su vez, expresa con sumo detalle los fundamentos para abandonar el viejo concepto de "radiodifusión" y desplazarse hacia los servicios audiovisuales, tal cual lo hace la Directiva europea 2007/65/CE. Según los magistrados,

La política regulatoria del Estado puede recaer sobre licencias de cualquier naturaleza, ya sea que éstas utilicen el espectro radioeléctrico o no. Ello es así, pues el fundamento de la regulación no reside en la naturaleza limitada del espectro como bien público, sino, fundamentalmente, en garantizar la pluralidad y diversidad de voces que el sistema democrático exige, que se manifiestan tanto en los medios que usan el espectro como en aquellos cuyas tecnologías no utilizan tal espacio. A su vez, el máximo tribunal sostuvo que la ley no dispone pautas que son solo aplicables a un actor o clase de actores en particular, sino que promueve la libertad de expresión de forma colectiva y estableciendo las mismas condiciones a todos los titulares de licencias sin discriminación o privilegios. Este fragmento desarmó buena parte de los argumentos del Grupo Clarín acerca de impactos específicos y deliberados que la ley impondría sobre el funcionamiento económico del holding.

Se puede afirmar que el fallo tendrá importantes implicancias para la jurisprudencia argentina que aún son difíciles de dimensionar. En esta línea, Martín Becerra destaca que "es toda una innovación que el máximo tribunal sentencie que el objetivo de la regulación de medios es el robustecimiento del debate público y que ello demanda regulación, equilibrio y razonabilidad por parte del Estado" (Becerra, 2013).

3.3. Estándares internacionales y la Corte IDH

Los distintos votos lograron complementarse y presentar un aporte sustancial para un asunto de enorme complejidad. Sin embargo, prácticamente

⁴ Ver también el voto de Petracchi, considerandos 12 y 13 (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2013, p. 92).

todos ellos le asignaron un lugar preponderante al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los fallos de la CIDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Declaración de principios de la Comisión, los informes de las relatorías como fuentes primordiales, las observaciones generales de ONU sobre la libertad de expresión, los diversos fallos de la Corte estadounidense y del Tribunal Constitucional Alemán. Para Damián Loreti:

La importante cantidad de menciones en el fallo a resoluciones del sistema interamericano da cuenta de la compatibilidad de la ley desde la óptica del derecho internacional de derechos humanos, pero también hay muchas citas de la Corte estadounidense, lo cual daría cuenta de la compatibilidad de la ley en una mirada más del derecho constitucional clásico argentino, del artículo 14 y 32 de la Constitución, por esa orientación histórica de la primera enmienda como fuente. Con lo cual, si se toma cualquiera de las dos doctrinas da plena compatibilidad. Un tercer aspecto es que el sistema interamericano puso el ojo sobre la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual en el informe de la relatoría de libertad de expresión de 2009, que aprueba la Comisión, y que después va a la Asamblea de la Organización de Estados Americanos. En el informe 2009, la relatora de libertad de expresión dice que la ley es un gran paso adelante y es un reverdecer democrático. Por lo tanto, resulta difícil considerar que haya un riesgo para los medios de comunicación y que la relatoría no lo haya notado. De hecho, no hubo ninguna objeción sobre los artículos debatidos en el juicio (Loreti, 2013)⁵.

3.4. Sustentabilidad y rentabilidad

Tanto en la causa como en las audiencias, los representantes del Grupo Clarín hicieron enormes esfuerzos por vincular el impacto de la ley sobre sus negocios. Así pusieron en debate la sustentabilidad de los medios como una variable en juego y un riesgo para el Grupo. Particularmente en lo relativo a cómo la aplicación de los artículos 45 y 161 de la ley afectaba la sustentabilidad operativa y económica de las empresas que lo conforman. Desde esta interpretación, cualquier impacto sobre sus negocios resultaría lesivo para la libertad de expresión. En una línea concomitante se habían expresado los peritos

⁵ Sobre este punto se recomienda especialmente ver el considerando 19 del voto del juez Petracchi (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2013, pp. 97 - 99).

que actuaron en la causa sobre cuyos informes se centró la sentencia de la Cámara Federal. Para los magistrados del máximo tribunal se trató de miradas sumamente dogmáticas. Una adecuada observación del dictamen pericial permitía extraer dos conclusiones principales:

La primera, que la modificación al régimen de licencias dispuesta por la ley tiene virtualidad para afectar las economías de escala, densidad y alcance propias de toda industria de red, así como las sinergias que se obtienen a partir de la utilización de recursos en forma compartida. Esta afectación se traduciría en un incremento de costos medios y en una reducción de ingresos, lo cual podría generar, a su vez, efectos negativos sobre el acceso al mercado de capitales para el financiamiento de proyectos de inversión y dificultades para el desarrollo de nuevas tecnologías. También podría ocasionar pérdidas en el valor patrimonial de las empresas y en la cotización de las acciones del grupo (...). La segunda conclusión, que adquiere aquí un valor decisivo, es que no surge de la pericia que las restricciones mencionadas tengan entidad suficiente como para comprometer o poner en riesgo la sustentabilidad económica u operativa de las empresas que componen el Grupo Clarín, aun cuando puedan conllevar una disminución de sus beneficios o rentabilidad (...) si bien el perito afirma en varias oportunidades que la ley afecta fuertemente la sustentabilidad operativa y económica de las empresas del grupo, un minucioso examen del informe pericial evidencia que se trata de una afirmación dogmática que no ha sido debidamente fundada (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2013, p. 45).

Lo que deja claro el fallo es que no se prueba en el expediente que la adecuación del Grupo Clarín ponga en riesgo la subsistencia del grupo desde una mirada económica u operativa.

La Corte recoge una explicación dada por Graciana Peñafort⁶ en las audiencias donde sostenía que si la adecuación del grupo Clarín al límite de licencias fuera inviable en términos económicos, qué se podía esperar de otros grupos licenciatarios que no exceden el máximo de licencias y son económicamente sustentables. En ese sentido, el

⁶ Ex Directora de asuntos jurídicos del Comité Federal de Radiodifusión y coautora del texto original de la ley.

voto mayoritario del máximo tribunal planteó que en el país hay un gran número de medios, tanto de alcance nacional como local, tanto medianos como pequeños, que desarrollan su actividad con normalidad. Es decir, el sistema de medios argentino cuenta con muchos operadores de menores dimensiones que llevan adelante su actividad económica de forma sostenible en este mercado. La conclusión es que el Grupo Clarín no presentó pruebas, ni logró demostrar cómo sería afectada o restringida su libertad de expresión para exigir que no se le aplique una norma general que regula la competencia de un sector de la economía. En este punto, es esclarecedor el voto del juez Petracchi que sostiene que:

‘Sustentabilidad’ -contrariamente a lo que parece sugerir la actora- no puede ser equiparada a ‘rentabilidad’, y en este sentido, hace a la naturaleza propia de un proceso de desconcentración la posibilidad de una reducción consiguiente de los márgenes de ganancia empresarial (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2013, p. 109)⁷.

Hay que destacar que el argumento del Grupo Clarín acerca de las lesiones a su rentabilidad -y por una relación forzada a su sustentabilidad- se basaba en el supuesto de que solo una economía de escala le garantizaba la independencia suficiente para constituirse en una voz crítica al poder político, no condicionada por subsidios estatales o pauta oficial. Al respecto, en el mismo voto de Petracchi enfatizó que:

Ningún dato de la realidad confirma que es la dimensión de un medio de comunicación la que, por sí, determina la existencia de una voz crítica en la sociedad, o bien, una voz complaciente. Por el contrario, son sobrados los ejemplos de estructuras mediáticas pequeñas o medianas que ejercen su actividad en forma independiente y, a la inversa, las concentraciones mediáticas de grandes dimensiones que son condescendientes con los gobiernos de turno (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2013, p. 110)⁸.

⁷ En idéntico sentido, Zaffaroni en su voto sostiene que “la sustentabilidad que se lesionaría sería la del actual volumen operativo de mercado. Esta es la consecuencia natural de la vigencia de cualquier disposición antimonopólica o de desconcentración”. Y agrega que si se siguieran los criterios propuestos por el Grupo Clarín, sería constitucionalmente inviable toda regulación antimonopólica (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2013, p. 188).

3.5. ¿Derechos adquiridos?

Quizás este sea el aspecto de mayor conflictividad, dentro y fuera de los términos del “Fallo Clarín”. Aquí no termina de haber acuerdo entre quienes sostienen que “nadie tiene derecho al mantenimiento de las leyes” (Lorenzetti, Highton, Petracchi y Zaffaroni) y los que sostienen que “nadie debe ver vulnerados sus derechos por el Estado siempre y cuando haya desarrollado una actividad lícita” (Maqueda y Argibay). Ambas visiones fueron ratificadas por la CSJN y se podría suponer que en cada caso los fundamentos deben haber sido diferentes. En cualquier caso, al respecto, el voto de mayoría sostiene que:

No se está en presencia de un caso de expropiación por razones de utilidad pública, ni de revocación de actos administrativos por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, ni del rescate de un servicio público. Se trata de un sistema de desinversión por el cual los sujetos alcanzados por la ley se encuentran obligados a adecuarse al nuevo régimen legal en materia de multiplicidad de licencias y, en consecuencia, deben transferir dentro de un plazo todas aquellas que resulten necesarias para ajustarse al límite actualmente dispuesto por la norma (...) sobre la base de estos principios, el argumento del grupo actor según el cual el nuevo régimen no puede afectar las licencias que fueron otorgadas o prorrogadas bajo el sistema anterior y cuyos vencimientos aún no se han producido, llevaría a reconocer que, aun cuando el interés público lo exija, existen relaciones jurídicas que no son susceptibles de ser modificadas, conclusión contraria a la doctrina de esta Corte según la cual nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de un régimen jurídico (...) sostener que existen relaciones jurídicas que resultan insusceptibles de modificación implicaría sobreponer el interés privado de un particular por encima del interés de la comunidad, lo cual resulta inadmisibles y contrario al texto constitucional (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2013, pp. 121 – 124).

3.6. La mejor ley

En los distintos votos de los ministros de la Corte se pudo ver en mayor o menor medida la desafectación del cuestionamiento de inconstitucionalidad respecto de la letra de la ley en cuanto a tecnología, aplicación o proyecciones

a futuro. En otras palabras, dejaron en claro que no responderían a la pregunta acerca si se trataba de la mejor ley posible. Al respecto el voto de mayoría, deja claro que:

La tarea del Tribunal no es la de decidir si la ley 26.522 es la mejor solución posible, sino la de establecer si los medios elegidos por el legislador son idóneos y proporcionales a sus fines (...). Si se trata de una ley moderna o inadecuada a las circunstancias actuales, si debió o no tener en cuenta el principio de convergencia tecnológica, si implica un avance o un retroceso en el campo de los servicios audiovisuales, si tendrá un impacto positivo o negativo en la calidad del servicio, son todas cuestiones que quedan libradas al exclusivo ámbito de decisión de los otros poderes y que de ningún modo pueden justificar la declaración de inconstitucionalidad de la ley (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2013, p. 286).

Luego, sin perder de vista lo antedicho, algunos de los votos (considerando 74 de Lorenzetti y Highton y 39 de Petracchi), desarrollan un largo *obiter dictum* donde ponen en cuestionamiento o alertan sobre aspectos complementarios a la ley (publicidad oficial) o de aplicación (independencia del órgano de aplicación o funcionamiento parcial de los medios públicos). Este punto del fallo fue importante en el debate entre ministros (Verbitsky, 2013b). De algún modo, podía leerse allí una crítica velada al gobierno:

Todo lo que se ha dicho acerca de la ley y su propósito de lograr pluralidad y diversidad en los medios masivos de comunicación perdería sentido sin la existencia de políticas públicas transparentes en materia de publicidad oficial. La función de garante de la libertad de expresión que le corresponde al Estado queda desvirtuada si por la vía de subsidios, del reparto de la pauta oficial o cualquier otro beneficio, los medios de comunicación se convierten en meros instrumentos de apoyo a una corriente política determinada o en una vía para eliminar el disenso y el debate plural de ideas. Lo mismo ocurre si los medios públicos, en lugar de dar voz y satisfacer las necesidades de información de todos los sectores de la sociedad, se convierten en espacios al servicio de los intereses gubernamentales. Es de vital importancia recordar que tampoco se puede asegurar que se cumplan los fines de la ley si el encargado de aplicarla

no es un órgano técnico e independiente, protegido contra indebidas interferencias, tanto del gobierno como de otros grupos de presión. La autoridad de aplicación debe ajustarse estrictamente a los principios establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales a ella incorporados y en la propia ley. Debe respetar la igualdad de trato, tanto en la adjudicación como en la revocación de licencias, no discriminar sobre la base de opiniones disidentes y garantizar el derecho de los ciudadanos al acceso de información plural. Todas estas cuestiones, si bien resultan cruciales para el pleno goce de la libertad de expresión, no han sido sometidas a la jurisdicción del Tribunal, en tanto no han sido el objeto de la demanda presentada en esta causa (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2013, p. 74).

3.7. Calidad institucional

Si hay algo que la carrera de obstáculos que significó la puesta en marcha de la LSCA dejó en claro, es que las instituciones en Argentina gozan de buena salud y el "Estado populista" está dispuesto a respetar sus decisiones. La enorme campaña desatada en momentos de discusión y tratamiento del proyecto de ley y luego sostenida en los años subsiguientes, pretendió borrar todo atisbo del proceso participativo que implicó la producción del texto.

En 2012, las expectativas puestas en una fecha establecida por la propia Corte -el ya olvidado 7D- también generaron ciertas desmesuras. Como bien señala Horacio Verbitsky (2013a):

En la aspereza del debate político tanto el gobierno como la oposición corren el riesgo de olvidar que esta ley es fruto de un consenso tan amplio que sólo cuatro manos se alzaron en su contra en la Cámara de Diputados, y subestimar la densidad conceptual y la construcción política y societaria que sustenta ese texto democratizador.

Esa base profundamente democrática no debe perderse de vista, porque como lo hemos señalado en otras oportunidades, no se trata de la norma de un gobierno, ni se agota en las características coyunturales de una aplicación, más o menos atinada.

Asimismo, es fundamental reconocer que con todos los retrasos y demoras, el proceso fue

explícito, demostró falencias de todos los actores involucrados, incluido el poder judicial.

En esta línea Nicolás Tereschuk (2013) resaltaba con acierto que:

Suele decirse que la Argentina es un país con una baja "calidad institucional" o "calidad democrática". O más aún, que durante los años de gobiernos kirchneristas se ha registrado un "deterioro" en la calidad institucional, haciendo referencia a supuestos tiempos mejores en este aspecto. La intervención de cada uno de los tres poderes del Estado en la redacción, tratamiento, sanción, promulgación y control de constitucionalidad de esta norma, sumado a la participación ciudadana a través de foros realizados en todo el país ofrecen algún dato en contrario de esta teoría.

A su vez, hay otro aspecto importante que se sitúa en la pretendida pulseada planteada entre una corporación económica frente al Estado presentada en diversas oportunidades como si se tratara de legitimidades equivalentes. Así, muchos, producto de la polarización política, buscaban denodadamente en la letra de la norma sesgos discrecionales o dirigidos que eran inexistentes y resultado de victimizaciones varias.

En los hechos, como bien supuso la analista María Esperanza Casullo (2013):

Es posible aventurar que la clase política argentina respira aliviada pensando que el próximo presidente, sea cual fuere su tono político, va a gobernar con un Grupo Clarín de poder muy disminuido y que, más aún, incluso agradezca en su fuero interno, sin decirlo nunca por supuesto, al kirchnerismo el haber asumido el costo político de este enfrentamiento.

Hasta 2009, la normativa que reguló la radiodifusión en Argentina fue la sancionada por la última dictadura cívica militar en 1980. Los distintos gobiernos democráticos que se sucedieron no solo la aplicaron mediocrementemente sino que profundizaron sus aspectos privatistas, de aplicación centralizada en manos del Poder Ejecutivo y de mero rol subsidiario al Estado, favoreciendo la concentración de la propiedad y la conformación de multimédios. La enorme presión de actores mediáticos con gran influencia sobre el poder político logró que las reglas del juego no

variaran, un statu quo inamovible, a menos que fuese para favorecer sus beneficios económicos.

Sin embargo, la crisis de 2001 no sólo sacudió los cimientos políticos y económicos del país sino que también incluyó el cuestionamiento social hacia el rol de los medios privados. Con este antecedente, y en un contexto de creciente polarización política durante la última década, se produjo un hecho particular: la sanción de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual en 2009, quizás la legislación más discutida en la historia argentina. El nivel de debate que alcanzó el tema de la regulación de la comunicación en la agenda pública fue inusitado y esa es probablemente una de las cuestiones más ricas de este proceso. Luego

de cuatro años de estrategias dilatorias por la vía judicial de parte del Grupo Clarín, el multimedio más poderoso del país, finalmente la Corte Suprema constató, a lo largo de todo su fallo, el apego a los mejores estándares internacionales y la constitucionalidad plena de la ley.

Quedan muchos y diversos aspectos pendientes de poner en marcha, en particular cuando se pretende desarrollar un nuevo sistema de medios basado en un marco normativo que haga justicia a un nuevo paradigma para la comunicación audiovisual. Pero ello no debe oscurecer la trascendencia de lo logrado por la democracia argentina en estos años, a pesar de todas las dificultades. 

Bibliografía

- Arballo, G. (2013, 29 de Octubre). Fallo final de Ley de Medios a primera vista: la sustancia y el contorno [Blog: *Saber Leyes no es Saber Derecho*] Recuperado de: <http://www.saberderecho.com/2013/10/fallo-final-de-ley-de-medios-primer.html>
- Baladron, M. y De Charras, D. (2013). *Libertad de expresión y derecho a la información. Luces y sombras en el camino hacia el ejercicio pleno de una ciudadanía comunicacional*. En *Derechos Humanos en Argentina Informe 2013, CELS*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Baranchuk, M. y Rodríguez Usé, J. (Coordinadores) (2011). *Ley 26 522. Hacia un nuevo paradigma en comunicación audiovisual*. Buenos Aires: AFSCA-UNLZ.
- Becerra, M. (2013, 2 de Noviembre). El dilema del Grupo Clarín. *Perfil*. Recuperado de <http://www.perfil.com/columnistas/El-dilema-del-grupo-Clarín-20131102-0062.html>
- Casullo, M. E. (2013, 30 de Octubre). Cuatro puntos sobre la Ley de Medios. *El Estadista*. Recuperado de <http://elestadista.com.ar/?p=3918>
- CSJN, "Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa", 29/10/2013. Disponible en: <http://www.cj.gov.ar/nota-12394-La-Corte-Suprema-declar-la-constitucionalidad-de-la-Ley-de-Medios.html>
- De Charras, D. (2012). Democratizar la comunicación audiovisual en Argentina: una carrera de obstáculos. *Sociedad 31, Revista de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*.
- Hauser, I. (2013, 3 de Noviembre). Lo que dice el fallo y lo que se dijo. *Página/12*. Recuperado de <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-232788-2013-11-03.html>
- Krakowiak, F. (2013, 31 de Octubre). La importancia del Estado regulador. *Página/12*. Recuperado de <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-232533-2013-10-31.html>
- Loreti, D. y Lozano, L. (2014). *El derecho a comunicar*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Loreti, D. y Lozano, L. (2012). El rol del Estado como garante del derecho humano a la comunicación. *Revista Infojus - Derecho Público, Nº 1*, Buenos Aires.
- Lozano, L. (2012). Libertad de expresión y derecho a la información. Nuevas voces y antiguos desafíos para la ampliación del debate democrático. En *Derechos Humanos en Argentina Informe 2012, CELS*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Lozano, L. (2011). Libertad de expresión y derecho a la información. Tensiones y desafíos en torno a la democratización de la palabra. En *Derechos Humanos en Argentina Informe 2011, CELS*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Mastrini, G. (Ed.) (2009). *Mucho ruido, pocas leyes. Economía y políticas de comunicación en la Argentina*. Buenos Aires: La Crujía.
- Tereschuk, N. (2013, 31 de Octubre). Un fallo, 10 puntos. *Opinión*. Recuperado de <http://opinion.infobae.com/nicolas-tereschuk/2013/10/31/un-fallo-10-puntos/>
- Verbitsky, H. (2013a, 3 de Noviembre). Cultura y derechos. *Página/12*. Recuperado de <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/1-65582-2013-11-03.html>
- Verbitsky, H. (2013b, 10 de Noviembre). El tema de la independencia. *Página/12*. Recuperado de <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/233240-65650-2013-11-10.html>