

- En Buenos Aires, a los veintiocho días del mes de agosto de 2013, en la Sala de Audiencias del Palacio de Tribunales ubicada en Talcahuano 550, 4° piso, se reúnen los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctores Ricardo L. Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, R. Eugenio Zaffaroni, Carmen María Argibay, Carlos S. Fayt, Enrique Petracchi y Juan Carlos Maqueda. A la hora 10 y 2 da comienzo la Audiencia Pública.

Sr. SECRETARIO (Dr. Abritta).- Buenos días, señoras y señores, les pedimos que vayan ubicándose para dar inicio a la audiencia. Pedimos que no haya interrupciones de las exposiciones con expresiones de ningún tipo ni la utilización de aparatos celulares.

El tiempo de exposición ha sido fijado en quince minutos para todos los expositores, por lo que les pedimos respetar rigurosamente este plazo. Gracias.

-Puesto de pie el público presente, ingresan a la Sala los señores magistrados.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Lorenzetti).- Buenos días a todos, por favor tomen asiento.

Vamos a dar comienzo a esta audiencia ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa denominada “Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa”.

Como es tradición desde una Acordada del año 2004, implementada a partir del año 2005, en cada oportunidad en que la Corte tiene un caso de trascendencia institucional y el procedimiento así lo permite se llama a una audiencia pública.

En esa audiencia pública comparecen las partes, en este caso el Grupo Clarín y el Estado Nacional, el Poder Ejecutivo y el AFSCA. Ambos comparecen ante esta Corte Suprema de Justicia de la Nación manifestando sus objeciones respecto de una decisión judicial de segunda instancia.

Este es el tema que nosotros tenemos que analizar y decidir. Pero la Corte evalúa que este es un caso de trascendencia institucional, es decir que no solo interesa a las partes sino a toda la sociedad.

Por esa razón es que hemos convocado a los denominados amigos del Tribunal, que son personas o instituciones con una competencia específica en el tema, para ilustrar al Tribunal sobre aspectos vinculados a la causa que nosotros tenemos que analizar y decidir.

Por eso es que hubo un período de inscripciones, de acuerdo con una acordada, que se ha hecho, con amplia participación de organizaciones no gubernamentales en abril de este año.

Agradecemos muchísimo la participación de todos los Amigos del Tribunal. Lamentablemente, no los podemos escuchar a todos, pero aun aquellos que no vamos a escuchar hoy, van a ser presentados sus escritos y leídos por esta Corte.

En el día de hoy vamos a comenzar escuchando a todos los amigos del Tribunal en base a las opiniones que ya han presentado en un resumen. Luego de escucharlos a todos, vamos a escuchar al Ministerio Público, a la señora Procuradora General de la Nación.

En todos estos casos es tradición que la Corte no formule preguntas. Luego vamos a escuchar a las partes, donde sí vamos a realizar preguntas por parte de los jueces. De manera que damos comienzo a esta audiencia.

Señor Secretario Abritta, por favor, iniciemos.

Sr. SECRETARIO (Dr. Abritta).- Cómo no, señor Presidente.

El Tribunal ha dispuesto convocar a los *amicus curiae* que acompañan a las partes en forma alternada, por lo cual va a dar comienzo la exposición el *amicus curiae* que acompaña a la actora, Observatorio Iberoamericano de la Democracia, cuyo expositor es el doctor Asdrúbal Aguiar Aranguren, a quien convocamos al estrado para que brinde su exposición durante quince minutos.

Dr. AGUIAR ARANGUREN.- Señor Presidente, señores ministros, Señorías: les hablo en representación del Observatorio Iberoamericano de la Democracia y como ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y al saludarlos con respeto y acatamiento me permito declarar que valoro en todo su significado la oportunidad de presentar este *amicus* que entiendo como un acto de lealtad para con el trabajo de la Corte.

Obviaré mis comentarios al control anticipado y preventivo de convencionalidad que plantea el asunto bajo conocimiento de esta Honorable Corte, dado que ella con su jurisprudencia ha dado concreción efectiva a las obligaciones de respeto y garantía estipuladas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Para la solución del caso planteado no obsta señalar, sin embargo, que la eventual incompatibilidad constitucional de las normas de la ley 26.522 bajo examen puede resultar en su convencionalidad o ser todo lo contrario.

La ley citada, en sus fundamentos y teleología, propone un régimen de intervención estatal sobre los medios de comunicación radioeléctricos, y ello de suyo determina un deber de control convencional a la luz de lo dispuesto en el artículo 13 de la mencionada Convención Americana o Pacto de San José, pues las restricciones a los medios son restricciones a la libertad de expresión, según reza la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana OC-5/85.

El control de convencionalidad en los supuestos de leyes restrictivas del citado artículo 13, como lo saben Sus Señorías, impone para lo general determinar la concurrencia de distintos parámetros estrictos de interpretación restrictiva que las hagan permisibles, a saber: la previsión de las restricciones en leyes formales y

sustantivamente democráticas que adopten medios legítimos para alcanzar fines legítimos, evidenciando sus congruencias recíprocas y efecto útil, a cuyo efecto no basta la regla de las mayorías, como lo precisa la Corte Interamericana en el caso Gelman.

No deben afectar la garantía simultánea de las dos dimensiones de la libertad de expresión: la individual y la social, como se indica en el caso Ivcher.

No deben presumir una oposición insoluble entre dicho derecho a la libertad de expresión como columna de la democracia y los demás derechos tutelados convencionalmente y que puedan resultar afectados, dado que no caben jerarquías ni vaciamientos de unos derechos en perjuicio de otros, sino el test de balance, como lo indica el caso Kimel, de 2008.

Han de ser las restricciones, además de legítimas, según lo indicado, necesarias, y caracterizadas por su necesidad imperativa; a saber: entre varias acciones, escoger la que menos restrinja el derecho y cuya necesidad prepondere por razón de la democracia. Y que sea proporcional, vale decir, adecuada al interés que la justifica, solo para el logro del objetivo legítimo planteado e interfiriendo lo menos posible en la libertad de expresión y su orden público, que demanda mayor circulación de ideas, de noticias y de informaciones, como lo indican los casos Canese y Herrera, de 2004.

En cuanto a los medios de comunicación social, y en lo específico, los radioeléctricos, la jurisprudencia también es constante y pacífica, dentro de su progresividad interpretativa y manejo prudente. La Corte entiende que los medios no son un agregado o mero instrumento de la libertad de expresión concernida. El derecho a medios y a los medios hace parte sustancial del derecho de toda persona a buscar, recibir y divulgar informaciones, y como lo indica recientemente la Comisión Interamericana, en su informe del caso Marcel Granier y otros, de 2012, la función periodística hoy se ejerce de modo determinante a través de los medios de radiodifusión e implica como inevitable y hasta natural que sus actores, propietarios, editores, directores, periodistas, se asocien bajo formas empresariales y morales para el ejercicio de sus libertades de expresión.

En el caso puntual de los medios de radiodifusión sujetos a licencia gubernamental, la Comisión y su Relatoría siempre tienen presente, por una parte, la prohibición de abuso de controles oficiales de la frecuencia radioeléctrica, que entiende la Convención en su artículo 13 como una restricción ilegítima e indirecta a la libertad de expresión, y recoge también el principio 13 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la OEA.

Por otra parte, en interpretación de la misma norma, y guiada por la jurisprudencia de la Corte, recuerda también la prohibición de monopolios, a tenor del principio 12 iusden, que vale para los monopolios privados y también para los monopolios públicos.

¿Cómo resuelven o concilian al respecto la doctrina y la jurisprudencia interamericana los dos predicados anteriores: prohibición de abusos oficiales en materia de licencias y prohibición de monopolios? En primer término, precisa que las restricciones legítimas a los medios de radiodifusión, y de suyo, a la libertad de expresión, han de responder y asegurar objetivamente las ideas de libertad y diversidad

informativa, según los estándares de 2010. Al efecto, el Estado tiene la potestad de administrar el espectro radioeléctrico, pero con sujeción estricta a los requisitos o límites a las restricciones previstos en el artículo 13 de la Convención, mas no se puede impedir, conforme los estándares indicados, el crecimiento, desarrollo o viabilidad económica de los medios.

Las leyes de competencia han de dictarse por razones de interés general y no ser exclusivas para los medios, según el principio 12 supra indicado. Los criterios de las restricciones en concreto de la administración de las licencias en este campo han de ser objetivos, claros, imparciales, públicos, compatibles con la democracia y sujetos, sobre todo, a control judicial.

Ahora bien, en interpretación de la Convención, y en la más reciente decisión sobre la materia, dictada por la Comisión en el caso Marcel Granier, ya mencionado, en su interés público legítimo de fomentar la diversidad y el pluralismo en el debate democrático, el Estado debe plantearse, como primera alternativa, antes que otra más gravosa, las llamadas reservas del espectro, sin afectar –lo dice la Comisión- la posibilidad de los medios existentes de seguir operando con normalidad. No basta, pues, en el marco jurídico adecuado, sino que debe verificarse que no exista otra frecuencia, según la Comisión.

Lo estricto del régimen así planteado obedece a una razón de fondo para la Comisión: la asignación de licencias tiene impacto definitivo sobre el derecho a la libertad de expresión en su doble dimensión, y de la forma en que se conciba este modelo depende la voz que el público podrá escuchar, y en suma, las condiciones para la deliberación democrática, reza el informe.

Dos aspectos finales cabe reseñar antes de referirme brevísimamente a los artículos de la ley 26.522, cuyo control de convencionalidad nos interesa. Uno, la convencionalidad o no de dichas normas puede resultar del análisis de violaciones concretas irrogadas en cabeza de víctimas, quienes las denuncien, en cuyo caso corresponde a éstas probar el daño cierto que las mismas les hayan causado, luego de demandar el restablecimiento del derecho conculcado, como obligación primaria. Empero, en la revisión de la compatibilidad de una ley que impone restricciones de derechos con las disposiciones convencionales eventualmente afectadas, es al Estado al que corresponde probar que la afectación de la libertad de expresión que ha dispuesto es permisible, es legal, es necesaria y legalmente legítima, según lo indicado. Es una tarea a la que ha de proveer el juzgador, de oficio.

Para concluir, me permito comentar que la ley 26.522 expresa que tendencia legislativa emergente en la región, pero no reflejada aún en el derecho convencional interamericano. Y parte de dos supuestos que dividen las opiniones: la convicción de que los medios radioeléctricos son servicios públicos, y en la práctica, prolongaciones del Estado, competente –entre comillas- para repartir la libertad de expresión, y obviando que la misma es anterior, como libertad, al mismo Estado e inherente a la persona, y sin carácter regresivo, y busca favorecer el restablecimiento de la hegemonía comunicacional de Estado, que fuera propia de la primera mitad del siglo XX europeo.

Se rige la nueva legislación por el principio *pro príncipe* y deja de lado el principio *pro homine et libertatis*, en que se funda la Convención Americana.

Dentro de tal contexto debo decir que el artículo 41 de la ley, que prohíbe la transferencia de licencias, lo hace bajo el argumento de evitar fraudes, pero peca de relativismo y le hace perder fuerza a su premisa anterior, aceptando que a pesar de ello puede darse una transferencia de hasta un 50 por ciento de las mismas. *Mutatis mutandis*, la solución propuesta equivale tanto como a prohibir el derecho al libre tránsito para proteger a la sociedad de la violencia, pero admitiendo que el riesgo puede asumirlo un 50 por ciento de la población. La norma es irrazonable y no proporcional.

El artículo 45 restringe cuantitativamente el número de licencias sin discriminar entre sectores afectados que usan o no el espectro radioeléctrico escaso como lo pide la doctrina interamericana, y obviando que, a la luz del desarrollo tecnológico en curso, ese número fijo resultará decreciente y exponencial en la misma medida en que se amplíen las frecuencias por el desarrollo tecnológico.

Los estándares de la Comisión Interamericana, en su defecto, mandan la figura de las cuotas, vale decir, el uso de proporciones con relación al conjunto, pero resulta inexplicable en otro orden: el parcelamiento de las audiencias que se aprecia en la norma, que limita a un 35 por ciento la audiencia en el caso de los medios independientes y se le sostiene en el ciento por ciento a los medios del Estado, con lo cual no solo se afecta al medio no estatal sino que se le vulnera al 65 por ciento restante de los usuarios su derecho tutelado por la Convención a recibir programaciones e informaciones de su libre escogencia. La norma, a mi entender, es arbitraria e irrazonable.

El artículo 48, en contravención del estándar que manda no frustrar el crecimiento y desarrollo de los medios radioeléctricos sino impedir los monopolios, declara como concentración indebida la integración vertical y horizontal, que a su vez permite con sus falencias el artículo 45. Y al prohibir sin más los derechos adquiridos, enerva el derecho a la tutela judicial y hace disvaliosas patrimonialmente las licencias, lo que resulta totalmente contradictorio con la doctrina más reciente del sistema interamericano. Es una norma ilegítima.

Y el artículo 161, Sus Señorías, que para los jueces de alzada, y en un relativismo que no admite la Convención -dicen ellos- “No impresiona como irrazonable y tampoco conculca de manera significativa los derechos”. Es decir, sería convencional o inconvencional a medias. Al admitir las transferencias para los fines de la desinversión que impone el artículo 45 comentado, pide que se aplique al efecto el último párrafo del artículo 41. Y éste, paradójica y contradictoriamente, proscribe las transferencias. De modo que al ser una norma sancionatoria, como lo recuerda la Corte Interamericana en el caso Kimel, de 2008, resulta, además de inconvencional, absurda por no utilizar términos estrictos y absolutamente unívocos.

Muchas gracias, Sus Señorías.

Sr. SECRETARIO (Dr. Abritta).- El Tribunal convoca a realizar su exposición al *amicus curiae* que acompaña a la parte demandada, Asociación Argentina de Juristas, el expositor es el doctor Beinusz Szmukler.

Dr. SZMUKLER.- Buenos días, señor Presidente; señoras y señores miembros de esta Corte Suprema.

Voy a hacer una aclaración previa: que, además, traigo la representación de la organización madre de la Asociación Argentina, que es la Asociación Americana de Juristas, con estatuto consultivo en Naciones Unidas.

Permítasenos introducir al análisis de la Ley de Medios un hecho y un documento que se relacionan con la materia en debate y nuestra historia, que fueron furtivamente enterrados para lograr un injusto pero explicable olvido.

MacBride, luego de ser ministro de Relaciones Exteriores de Irlanda, centró sus trabajos en la defensa de los derechos humanos. Fue presidente de Amnistía Internacional y, caso único, recibió el Premio Nobel de la Paz en el año 1974, y en 1977 su entonces homólogo soviético, el Premio Lenin.

En ese año la UNESCO lo designó al frente de una comisión para investigar los medios de proteger el derecho a la libertad de expresión y de información, evitando que los medios de comunicación fueran manipulados por los gobiernos de turno y, sobre todo, por los intereses económicos.

Culminó la tarea en 1980, con la presentación y posterior publicación del informe conocido como "*Voces múltiples, un solo mundo*", que analiza profundamente el nexo entre los campos de la comunicación, las relaciones de poder y la democracia, y propone los principios y las acciones en los que debería basarse un nuevo orden mundial de la información y de la comunicación como parte de un nuevo orden económico internacional reclamado por el entonces denominado Tercer Mundo, que aspiraba a la libre circulación de la información.

El informe consideraba que la única manera de asegurar el futuro de la sociedad radicaba en un nuevo papel de los medios para que contribuyeran al desarrollo de los países menos favorecidos, y destacaba la responsabilidad social de los profesionales de la información. Entre sus 82 recomendaciones son de resaltar la democratización de la comunicación y el refuerzo de la identidad cultural para la dignidad humana.

El informe demostró que existía a nivel mundial una carencia en la democratización, en violación del artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por los límites puestos al derecho de los ciudadanos a acceder libremente a las fuentes de información.

Consideraba que la sociedad moderna se caracteriza por un aumento de la concentración del poder de informar –esto es en 1980-, lo cual podría provocar el desarrollo de nuevas maneras de control, susceptibles del debilitamiento o la desaparición de los demás poderes de la sociedad y del derecho fundamental de los ciudadanos y grupos sociales a una información veraz, y proponía, para enfrentar ese peligro, erradicar los efectos negativos que se producen por la creación de monopolios, garantizar la pluralidad de las fuentes y los canales de la información.

El gobierno de Estados Unidos rechazó el informe, que al ampliar derechos afectaba los intereses económicos de sus oligopolios mediáticos, pero sobre todo el

interés político de continuar moldeando la opinión pública mundial, y se retiró de la UNESCO.

Desde entonces Seán MacBride empezó a desaparecer de los medios de comunicación de todo el mundo, a tal punto que hoy es prácticamente un desconocido, incluso para muchos periodistas.

Quedan ahora entonces explicadas las razones del olvido de la figura de Seán MacBride. Esta es la naturaleza de la libertad de prensa de los monopolios informativos como el Grupo Clarín, integrado a la red mundial de la desinformación, basada en el ocultamiento de lo que los perjudica, que muchas veces se facilita con la sobrecarga de información banal e inútil.

Bajo esas concepciones, la Asociación Americana de Juristas entiende que las restricciones que impone el artículo 41 de la ley 26.522 a la transferencia de las autorizaciones y licencias impiden que el servicio sea prestado por un sujeto que no cumpla con los requisitos que fija la norma.

Ello no afecta el contenido patrimonial de las licencias otorgadas a la actora durante el régimen anterior, dado que éstas no concedían al titular el derecho a disponer libremente de ellas, sino que, por el contrario, prohibía esa posibilidad.

No obsta a lo dicho el dictado del decreto 1.005/99, que de ninguna manera alteró en lo sustancial el derecho inherente a la explotación de las licencias.

Los derechos que conceden las licencias a sus poseedores tienen naturaleza jurídica de derecho público y se rigen por sus principios y disposiciones.

La comunicación audiovisual es considerada una actividad social de interés público, más precisamente un servicio, y la previsión del artículo 41 constituye un medio adecuado para la consecución de un fin público y, por ende, razonable. Esto es, asegurar el carácter *intuitu personae* de la habilitación.

En relación a lo expresado por la Cámara respecto de la aplicación retroactiva del segundo párrafo del artículo 48, la AAJ sostiene que en la nueva ley no se configura violación alguna a ese principio, dado que se trata de una solución jurídica administrativa de tracto sucesivo y el grupo actor no puede invocar un daño a un derecho adquirido por el mero hecho de un cambio de la legislación, puesto que la tradicional jurisprudencia de este Tribunal indica que nadie tiene derecho al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a la inalterabilidad de los mismos.

Por añadidura, el grupo actor no puede invocar derechos adquiridos por encontrarse al momento de la sanción de la ley en infracción al artículo 43, inciso b), de la anterior.

El artículo 48 tampoco viola el derecho de propiedad. Como surge de autos, algunas empresas del grupo actor poseen licencias y otras son explotadoras de hecho, mas en ningún caso resultan titulares de un derecho real de dominio en los términos del Código Civil.

Sobre la base de las consideraciones expuestas, aquellas licencias que le fueron otorgadas al grupo actor durante el régimen anterior a la ley actual no significaron el otorgamiento de un derecho adquirido de carácter pético ni rígido que resulte un óbice al sometimiento de reglas generales previstas en materia de desmonopolización o la defensa de la competencia, siempre que éstas respondan al espíritu del artículo 43 de la Constitución Nacional.

En suma, la nueva ley no hace más que prever la adecuación del conjunto de derechos, deberes, cargas y obligaciones de los licenciatarios a los fines previstos en normas de rango superior que pueden dictarse en el futuro para los efectos y consecuencias jurídicas nacidas también en el futuro.

Ningún artículo debe verse aisladamente en la ley, sino en el marco general de ella, y su directa relación con lo establecido en los convenios, pactos y declaraciones internacionales relacionados y señalados en nuestra presentación hecha por escrito.

No obstante, nos interesa recordar el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación por ningún motivo, incluso los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Es evidente que la posición económica que detentan los monopolios u oligopolios en el control, más que en la propiedad, de los medios de comunicación, abarcado por la ley 26.522, constituyen una discriminación de hecho al impedir a todos la posibilidad de acceder a esos medios, violan el principio de igualdad real y demuelen la reiterada doctrina de este Tribunal de que el tratamiento formal igual a los desiguales ensancha la desigualdad existente.

El fallo recurrido no deja dudas de la clara definición del perfil de los magistrados de la Cámara, que a todas luces introduce, por la vía prácticamente de una inconstitucionalidad, la destrucción total del funcionamiento de la ley.

En ese fallo no existe la menor referencia al artículo 42 de la Constitución Nacional, que establece el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, y al control de los monopolios naturales y legales, uno de los objetivos fundamentales de la Ley de Medios, fruto del más amplio y prolongado debate de la sociedad, sin parangón con otras normas, y votada por una mayoría decisiva y plural de los legisladores de distintos partidos. Es un obrar antijurídico declarar, como lo hace la Cámara, esas inconstitucionalidades, y un avance del Poder Judicial violatorio de la tan pregonada división de poderes, al sustituir los criterios de conveniencia y oportunidad que conforman el plexo normativo de la ley, recortando con un bisturí quirúrgico sus disposiciones.

Esta Corte ya se ha pronunciado en la causa, dejando establecido que no está en juego ni la libertad de prensa ni la libertad de expresión. Solo confrontan intereses económicos que invocan amparo en el derecho de propiedad privada, en aparente

conflicto con el derecho a una información adecuada y veraz, que se cumplimenta multiplicando la expresión de la palabra y sus imágenes, democratizando y facilitando el acceso a brindar información pública, de modo que el usuario y consumidor sea quien elija entre la diversidad.

Dejo otras referencias legales porque el Tribunal las conoce mejor que yo y están por escrito en la causa.

La necesidad de que los jueces resuelvan los asuntos que conozcan con imparcialidad está impuesta por los pactos internacionales y es un dogma universal, pero imparcialidad no implica indiferencia frente a la situación concreta de cada una de las partes en el conflicto y los efectos que su decisión puede provocar en la sociedad.

Carnelutti, en *La miseria del proceso penal*, alertaba que siendo el juez un ser humano y siendo todos los seres humanos parciales, que tienen un determinado sistema de ideas para captar o acercarse a la realidad, es muy difícil que pueda hablarse de jueces imparciales, porque no todos interpretan o construyen el derecho de la misma manera. Sostener una presunta neutralidad ideológica es un modo de ocultar una ideología, que sirve para impedir todo cambio. Es decir, no hay seres a ideológicos, y si los hubiera, no podrían ser jueces.

Vuestra Excelencia, como casi siempre, ha de tomar una decisión política, que en este caso será paradigmática, porque la opción es entre la consolidación del poder monopólico de quienes contribuyeron a la creación de las condiciones para la usurpación del poder, con su secuela de terrorismo de Estado, y se beneficiaron de él, y pretenden dictar las políticas públicas de los gobiernos constitucionales para su provecho, desestabilizándolos si se resisten a la ampliación de derechos de la inmensa mayoría del pueblo.

Esperamos que por coherencia, con la amplia jurisprudencia ampliatoria de derechos que ha caracterizado muchas veces a este Máximo Tribunal, dé punto final a la vergonzosa e injustificable demora y permita la vigencia plena de la ley 26.522 para que todos los habitantes de esta tierra hagan realidad el derecho a generar y recibir información veraz. Será un vigoroso impulso a una auténtica democracia. Esperamos que así sea. Muchas gracias.

Sr. SECRETARIO (Dr. Abritta).- El Tribunal convoca, como *amicus curiae* que acompaña a la parte actora, a la Organización de Asociaciones de Empresas de Televisión Pagada para Iberoamericana, cuyo expositor es el doctor Eduardo Oteiza.

Dr. OTEIZA.- Señor Presidente de la Corte, señoras y señores jueces de la Corte: mi presentación es en representación de la Organización de Asociaciones y Empresas de Televisión Pagada de Iberoamérica. Me acompaña el secretario de esta organización, que ha creído oportuno presentarse ante la Corte.

La Organización que yo represento en este acto fue fundada en 1992 y agrupa a empresas de televisión paga de toda la región. Son sus socios empresas y organizaciones de 19 países de América Latina.

Entre los objetivos de la asociación que represento están, entre otros, la defensa de la libertad de expresión y también la defensa de la actividad empresarial, que dado que es un proveedor de señales de cable que difunde ideas, ambas actividades se encuentran claramente en conjunto.

Los objetivos del informe básicamente se centran en informar al Tribunal sobre la evolución de la regulación de la televisión por cable y la televisión satelital en los Estados Unidos de Norteamérica, dado el desarrollo de la regulación y los efectos que ha tenido la evolución técnica sobre este desarrollo de la evolución allí, y la constante relación entre reguladores y tribunales en la discusión sobre los límites y el contenido de la libertad de expresión en este tipo de discusiones.

Justifican esta visión en particular sobre solamente la jurisprudencia de un Estado, el desarrollo que allí ha tenido la regulación, la evolución del sistema regulatorio y también la constante referencia que ha hecho nuestra propia Corte al sistema norteamericano, ya desde sus orígenes en las primeras decisiones de fines de 1800, y mucho más reciente, en el caso Halabi, donde también toma como uno de los regímenes jurídicos a observar, el de los Estados Unidos de Norteamérica.

No puedo dejar de mencionar, como primer tema –tomaré tres temas centralmente-, lo que se denomina restricción horizontal, que es el número de hogares al cual puede llegar una empresa de cable.

En el año 1994, la legislación de cable de los Estados Unidos de América reformó la ley de comunicaciones. Fue por esta regulación que se confirió a la Comisión Federal de Comunicaciones la atribución de establecer reglas que limitaran, y en qué medida limitaban, la llegada horizontal, la llegada a los hogares de una determinada empresa de cable.

Debo mencionar, dado que el régimen argentino trata la referencia específica en el artículo 45, al desarrollo norteamericano, que este límite nunca se aplicó, y voy a dar las razones por las cuales esto es así.

El propósito de aquella legislación del 94 fue generar una amplia apertura y establecer competencia entre los distintos programadores de video y las empresas de cable. La legislación de 1994 decía que en el dictado de las regulaciones por la Comisión Federal de Comunicaciones se debía estar atento a la naturaleza dinámica del mercado de comunicaciones. La Comisión Federal de Comunicaciones estableció un límite del 30 por ciento de los hogares a los que podía llegar una empresa. Y fue un primer caso, de los tres que voy a mencionar, el caso Time Warner I, del año 2001, donde la Corte del Distrito Federal de Columbia, revisando una sentencia de primer grado que había declarado que ese límite del 30 por ciento era inconstitucional por violar la primera enmienda, del año 1791, consideró que ese límite era constitucional.

Creo que es interesante referirnos expresamente a ese Tribunal porque la Corte del circuito de Columbia es aquella que analiza las decisiones constitucionales donde hace el planteo la autoridad federal de aplicación, que es la Comisión Federal de Comunicaciones. En todos estos casos que voy a mencionar, la Corte denegó el *certiorari*, razón por la cual es la jurisprudencia de los Estados Unidos aquella a la que yo me refiero.

La decisión en Time Warner II, en lugar de la primera, consideró que la referencia al 30 por ciento, la orden del 30 por ciento, era inconstitucional, y estableció que las razones para establecer esta inconstitucionalidad era porque la Comisión Federal de Comunicaciones, al renovar el parámetro del 30 por ciento, no había tenido en cuenta la relación entre la televisión por cable y la televisión satelital. Entonces, la Corte ordenó la suspensión de la regla del 30 por ciento y exigió a la Comisión Federal de Comunicaciones que volviera a hacer un análisis y plantear prueba justificando que no se trataba de una restricción indebida al derecho.

Fue así que llega a la Corte el tercer caso, este mucho más reciente, en el año 2009, donde concluyó claramente que la Comisión Federal de Comunicaciones no logró justificar la relación entre el límite del 30 por ciento y la penetración de las compañías de transmisión directa por satélite, a pesar de la instrucción específica que le había dado la Corte en Times Warner Entertainment II. La Corte emitió una regla, una orden, dejando vacante la referida regla de la Comisión Federal de Comunicaciones.

En Comcast, la Corte del distrito de Columbia cita expresamente una sentencia, una jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, producida en el caso Columbia Broadcasting, del año 1973, donde la Corte de Estados Unidos dijo que la industria de la comunicación es dinámica en términos de cambios tecnológicos; soluciones adecuadas para hace una década no necesariamente lo son ahora, y las aceptables hoy pueden no serlo dentro de diez años.

Estamos viendo un ambiente tecnológico donde la interpretación de la cláusula constitucional y cómo actúan los que difunden ideas en el mercado hace a su intervención, que tiene que ver con el desarrollo tecnológico. Este es el límite horizontal.

Me voy a referir ahora al límite vertical, que tiene que ver con la relación entre programadores de señales y señales de cable.

La legislación de Comunicaciones, en la Sección 613, facultó a la Comisión Federal de Comunicaciones a establecer reglamentaciones a las señales de propiedad de un operador de cable.

Según el Congreso, el propósito de esa regla vertical era asegurar suficientes programadores que tuvieran relación con los prestadores del cable.

La Comisión Federal de Comunicaciones, por una resolución del año 93, limitó la participación de canales en que el operador de cable tiene un interés de propiedad atribuible de un 75 o un 40 por ciento de las señales propias.

En el caso Time Warner II que antes cité, del año 2001, la Corte entendió que la Comisión Federal de Comunicaciones no ofreció ninguna evidencia o razonamiento de por qué el 40 por ciento era un límite apropiado. Señaló que la Comisión Federal de Comunicaciones había concluido que las relaciones verticales entre operadores y programadores de cable eran adecuadas, y determinó que el límite vertical establecido en un 40 por ciento de señales propias limitaba indebidamente los derechos de Primera

Enmienda de los operadores de cable, y envió nuevamente la regla a la Comisión Federal de Comunicaciones.

En septiembre de 2001 la Comisión Federal de Comunicaciones respondió a la orden preventiva al proponer relajar o eliminar la regla del 40 por ciento de señales propias sin sugerir una alternativa, con lo cual el límite del 40 por ciento tampoco está vigente en ese país.

El tercer punto de los cuatro a los que me voy a referir es el límite de la propiedad cruzada. Tanto el Congreso como la Comisión habían prohibido en ciertos casos la propiedad en común de un sistema de cable y una estación de transmisión televisiva.

La legislación de telecomunicaciones de 1996 derogó la prohibición legal de propiedad cruzada y dejó en manos de la Comisión Federal de Comunicaciones la decisión de derogar o no su regla de propiedad cruzada. Quedaba en manos y facultaba directamente a la Comisión Federal de Comunicaciones.

En el caso Fox Television, del año 2002, la Corte, también del distrito de Columbia, decidió que la Comisión Federal de Comunicaciones había fallado en justificar su decisión de retener la regla. La Corte ordenó que la regla se derogara. Ni el Congreso ni la Comisión Federal de Comunicaciones volvieron a plantear nuevamente esta regla.

En el año 2012, la Comisión Federal de Comunicaciones sí aprobó la fusión de Comcast -la compañía más grande operadora de cable en los Estados Unidos de América- con NBC Universal, que es también una de las cuatro compañías más importantes de los Estados Unidos.

Por último, la no afectación del espacio radioeléctrico. La legislación de telecomunicaciones del año 1992 impuso revisiones, cada dos y cada cuatro años, de las reglas de radiodifusión.

En los casos Prometheus I y Prometheus II se refirió a las relaciones que correspondían al espacio radioeléctrico. Se determinó allí que estos casos no resultan aplicables para la industria del cable porque también en este punto se determinó que la industria del cable no afecta el espacio radioeléctrico.

Como consideración final, debo señalar que en todos estos casos que he mencionado en general hay una amplia participación tanto de los entes reguladores, de las empresas afectadas, como de las asociaciones que nuclea a aquellos que ven el desarrollo de la industria junto con los que ven el desarrollo de los derechos del consumidor. Nada más, muchas gracias.

Sr. SECRETARIO (Dr. Abritta).- El Tribunal convoca como *amicus curiae* que acompaña a la parte demandada a la Universidad Nacional de San Martín, cuya exposición va a realizar el doctor Carlos Ruta.

Dr. RUTA.- Señor Presidente, estimadas ministras, estimados ministros: solo en la libertad de nuestro hablar los unos con los otros emerge un mundo; porque tenemos

lenguaje, palabra, vivimos un mundo. ¡Cuán inherente es la palabra a la condición humana y en qué sentido!

Ya en el *Protágoras* Platón subrayaba, a través del mito de Prometeo, que la palabra es esencial al ser humano; le asegura el saber, el poder nombrar el mundo, y le abre a la posibilidad de la justicia y del sentido moral.

Esa palabra siempre es necesariamente diversa y plural, como también lo es la comunidad que ella funda. Democratizar la palabra no es otra cosa que defender esa diversidad y pluralidad frente a la posibilidad siempre latente de que alguien pretenda arrogársela para sí.

Como la tierra, la moneda y el trabajo, la palabra no es una mercancía sino en un sentido ficticio. Por eso, las decisiones concernientes a su producción y su circulación no pueden ser libradas a las reglas comunes del intercambio.

Entonces, ¿cómo garantizar el interés público ampliando las libertades de todos los ciudadanos a informarse y a formarse de acuerdo con sus propios criterios culturales? Precisamente, con la herramienta que la democracia constitucional ha previsto: la regulación por la norma.

Frente a los poderes de hecho, le corresponde al Estado contrarrestar las distorsiones que producen las asimetrías de producción y de circulación de la palabra, limitar la potencia de los actores.

Es un atributo y deber del Estado garantizar el interés público por la pluralidad y la diversidad de voces.

La noción de bienestar general declarada en el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional encuentra su correlato jurídico en la idea de interés público, que al decir de Gordillo es no solo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad.

Esta afirmación, proyectada en el sentido teleológico del derecho, da lugar a que se entienda que si este derecho realmente constriñe y limita, lo hace para posibilitar y asegurar el interés propio de cada uno de nosotros, y sirve para fundar un sistema protector de nuestras libertades y derechos.

Los derechos subjetivos que reconoce la Constitución son relativos y no absolutos. Por ello Bidart Campos insistía en que el interés público no depende de una autocalificación normativa empleada por la voluntad de quien dicta la norma sino de una realidad social, la comunidad o la pluralidad de hombres que la forman. Ella debe vivenciar la apetencia de un bien que interesa o compromete al grupo como tal, aun cuando algunos o muchos discrepen, precisamente por carecer de sentido de comunidad. Si ese bien desapareciera o sufriera daño, la comunidad toda padecería una necesidad o una privación. Para evitar eso, los derechos individuales han de soportar determinadas limitaciones, y cuanto más alta es la jerarquía del interés tutelado, mayor puede ser la medida de la reglamentación.

Estas limitaciones no pueden ser planteadas al final del proceso comunicacional. La ley propone reglamentar *ex ante*, es decir, fijar las reglas que limitan la concentración de licencias y no esperar a que la situación de concentración genere una intervención tardía a través de la tutela de defensa de la competencia.

¿Qué es lo razonable? Lo razonable, lo no arbitrario, es tal como afirmaba Bidart Campos, la adecuación medida de los medios al fin. Como sostiene Horacio Corti, la razonabilidad es una cualidad que debe respetar el Estado en toda su actividad.

En este sentido, no podemos pensar que la reglamentación por ley es solo para restringir derechos y acotarlos. La actividad legislativa también permite desarrollar los derechos, estructurar instituciones para garantizar su ejercicio y crear las condiciones para que un mayor número de actores accedan a ellos. En su acción, el Estado debe incentivar, reglamentar y asegurar los derechos sin alterarlos ni aniquilarlos. En ese equilibrio reside la razonabilidad.

Es decir que de manera concordante con otros institutos y declaraciones a los que se vincula nuestra arquitectura jurídica, no puede alegarse una razón económica de ninguna naturaleza para una actividad cuyo ejercicio suponga poner en riesgo la libertad de expresión.

Es, pues, necesario analizar la razonabilidad de los límites propuestos por el legislador. La misma se funda en los siguientes argumentos. En primer lugar, desde el punto de vista del derecho comparado internacional, podemos recordar que en Europa predominó la convicción de que se aseguraba mejor la calidad de servicio audiovisual y mayor pluralismo informativo con preeminencia del Estado. En cambio, Estados Unidos confió a la iniciativa privada el desarrollo de los medios audiovisuales con una estricta regulación antimonopolio para evitar una excesiva concentración de poder e influencia política en manos de unos pocos.

En la ley que se discute se propone limitar tanto la preeminencia del Estado como la de los privados. La regulación, en la parte que analizamos del artículo 45, estipula proporciones que se corresponden, por ejemplo, con los límites de concentración de determinados mercados de los Estados Unidos. No hay afectación a derecho alguno ni discriminación cuando la regulación recae sobre personas que se encuentran en una misma situación o condición. La ley establece dispositivos regulatorios que aplican a todos los licenciarios de servicios de comunicación audiovisual, sin excepción alguna.

En segundo lugar, los casi setenta proyectos de ley que buscaron, a lo largo de la etapa democrática, implementar un nuevo sistema de medios más democrático y plural, establecieron un límite promedio de diez licencias, por lo cual lo establecido en el artículo 45 no parece irrazonable.

En tercer lugar, las reglas sobre integración vertical pretenden evitar que el dueño del negocio de distribución de contenidos pueda manipular la oferta de los mismos en lo económico, en la accesibilidad, en lo técnico, para beneficiar el interés de sus propias señales o producciones.

En cuarto lugar, no parece válido diferenciar el supuesto de uso o no del espectro radioeléctrico toda vez que en casi su totalidad el mismo se encuentra comprometido. Tanto la radio, la televisión abierta como la televisión por vínculo físico utilizan espectro radioeléctrico al tiempo que comparten cada vez más una plataforma tecnológica de servicios convergentes.

La limitación a una señal, en el caso del titular de la plataforma de transmisión, es una consecuencia necesaria de esta línea de razonamiento. No aplicarla no haría sino multiplicar los efectos negativos de una posición discrecional, tanto en su rédito económico como en el perjuicio a la pluralidad de voces.

En quinto lugar, el artículo 45, apartado 1°, establece con claridad el límite del 35 por ciento del total nacional de habitantes o de abonados. Es decir que en el caso del satélite, ante la imposibilidad de establecer barreras tecnológicas que limiten la penetración, se optó por una barrera legal razonable que permita el acceso de más empresas a la prestación del mismo servicio. Pero, por otra parte, quien presta servicios satelitales no puede brindar otros servicios audiovisuales de radio, televisión o cable, debiendo observar el límite de mercado. Esto permite evitar que la sumatoria de la participación excesiva en sus mercados constituya de hecho una posición dominante en el sector.

En sexto lugar, si nos atenemos a los límites cuantitativos, debe tenerse presente que, primero, la restricción a la cantidad de licencias que no usan espectro radioeléctrico se funda en el legítimo objetivo de favorecer la competencia desde la perspectiva de los actores y la diversidad de las visiones.

En segundo lugar, el servicio satelital emite un cono que excede a las fronteras de los países, por lo que requiere una solución excepcional en el porcentaje señalado anteriormente.

Finalmente, los artículos 1°, 3° y concordantes de la ley estipulan los fines y objetivos que se procura: el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de abaratamiento, democratización y universalización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

Por todo ello entendemos que todas las medidas son consistentes con los objetivos perseguidos.

Algunas aclaraciones finales. Estamos transitando un momento histórico en la construcción institucional democrática de la Argentina. Las instituciones muchas veces reproducen un poder preexistente. Cuando así ocurre, son meras correas de transmisión de poderes económicos, sociales, ideológicos. Pero otras veces las sociedades enfrentan la oportunidad de construir institucionalidad, que redistribuye democráticamente el poder.

Estas mejoras institucionales sin duda van de la mano de controversias y conflictos con aquellos intereses afectados por las reformas. Es un precio ineludible en procesos de ampliación y profundización democrática.

En último análisis, lo que está en juego es la democracia constitucional. Sin duda aquí yace la cuestión del equilibrio entre la dimensión política y la dimensión legal de la democracia, pero también el peligro del vaciamiento de la dimensión constitucional de la democracia por una desproporción en el ordenamiento de los poderes comprometidos en las diversas instancias de la vida económica, social y política.

Ya Montesquieu había advertido que hay un dato de experiencia: los poderes sin límite ni control tienden a concentrarse y a acumularse en forma absoluta, a transmutarse en ausencia de reglas, a convertirse en lo que Luigi Ferrajoli denomina “poderes salvajes”. De aquí la necesidad de repensar el sistema de las garantías constitucionales.

Lo que podemos llegar a ver en nuestras sociedades es que un poder patrimonial, el poder empresarial de la propiedad, se sobreponga a un derecho de libertad de rango constitucional. Hay aquí un equívoco teórico de fondo dejado irresuelto en la tradición liberal: la confusión entre la libertad de manifestación del pensamiento y la propiedad de los medios. Se trata de dos derechos radicalmente diversos; el uno es un derecho fundamental de todos; el otro es un derecho patrimonial de los propietarios. Si la relación entre ambos es invertida, la propiedad se devora la libertad; la ley del mercado termina subordinando para sí a las reglas del estado de derecho y de la democracia constitucional.

Los servicios audiovisuales son hoy un lugar público decisivo para la formación del sentido común y del consenso. Su apropiación equivaldría a un disciplinamiento del debate público. De esta forma, una parte esencial de la esfera pública se convierte en objeto de apropiación privada.

La cuestión más radical aquí en juego podría plantearse del siguiente modo: ¿La libertad de información es una variable dependiente del mercado o es un principio y un derecho fundamental constitucionalmente establecido? ¿Su garantía es simplemente un problema de antimonopolio o más bien y ante todo es un problema autónomo de libertad y democracia? ¿No está en juego aquí también la posibilidad de existencia y expresión de las voces de grupos diversos, minoritarios, subalternos?

Sabemos que estamos frente a reformas complejas, pero hay que tomar conciencia de los términos dramáticos del problema. Lo que está en juego es la libertad fundamental y la democracia.

La superación de las aporías del presente requiere el fortalecimiento de una cultura constitucional y una concepción de la democracia como un sistema frágil y complejo de separaciones y de equilibrios de poderes, de límites y garantías.

Nos encontramos ante el siguiente dilema: o los poderes salvajes o las instituciones de garantía de los derechos constitucionales fundamentales. Muchas gracias.

Sr. SECRETARIO (Dr. Abritta).- El Tribunal convoca como *amicus curiae* que acompaña a la parte actora a la Asociación Internacional de Radiodifusión y a la Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas, ADEPA. Expositores: doctores Luis Pardo y Carlos Laplacette.

Dr. PARDO.- Señor Presidente, señoras y señores ministros: comparezco ante ustedes como presidente de la Asociación Internacional de Radiodifusión, AIR, que agrupa a 17.000 estaciones de radio y televisión privadas.

La AIR fue fundada en el año 1946, es un organismo consultor de las Naciones Unidas, órgano con status asociado de la UNESCO, organismo consultor de la OEA, y en esa condición, nuestro objetivo principal en estos 67 años de historia ha sido la defensa de la libertad de expresión y la promoción de una radiodifusión privada libre e independiente. Por eso agradezco sentidamente la oportunidad que nos brindan de presentar nuestros planteamientos ante esta ilustrísima Corte.

En mi país, desde hace veinte años soy concesionario de radiodifusión en una provincia de Chile; desde hace ocho presidido la Asociación de Radiodifusores de Chile, que agrupa a las radios tanto nacionales como regionales y locales de Chile, y desde hace seis presidido la Asociación Internacional de Radiodifusión, AIR.

Nuestra historia como AIR y nuestro planteamiento ante esta Corte responde entonces a esos principios superiores de libertad de expresión, más allá del legítimo interés de la parte actora.

En ese sentido, consideramos que si bien los artículos 41, 45, 48 y 161 representan una conculcación de derechos constitucionales de la parte actora, por lo que dice en relación con la libertad de expresión, la propiedad, la legalidad, el comercio y la igualdad ante la ley, más nos preocupa a nosotros el grave retroceso que representaría -entendemos- para la sociedad argentina que esos artículos entraran en plena vigencia para la libertad de expresión, para el pluralismo y la diversidad que la ley dice perseguir, y también consideramos que con estos artículos no solo se viola de alguna manera la Constitución sino también la Convención Americana.

Por ello centraré mi exposición en tres hitos centrales y claves. Primero, la relación entre libertad de expresión y medios de comunicación. Luego, pluralismo y diversidad versus concentración y monopolio. Finalmente, el impacto de esta ley en general y de los artículos en examen con el pluralismo, la diversidad y la libertad de expresión.

Cito a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas por cualquier procedimiento, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles”.

Sin medios de comunicación social ningún pensamiento podría incidir en el debate público. Sin medios independientes el derecho a buscar información se reduciría a las fuentes oficiales. Sin medios independientes el ejercicio de la crítica y de la disidencia no tendría ningún impacto en la sociedad.

El encabezado del artículo 45 dice: “A fin de garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local se establecen limitaciones a la concentración de licencias”.

No podemos estar más de acuerdo con los propósitos y principios señalados en el encabezado del artículo 45. Sin embargo, la pregunta que nos formulamos ante esta Corte es si el artículo 45 y el conjunto de la ley contribuyen efectivamente a la diversidad o la pluralidad, o más bien tienden a crear un conjunto de condiciones aptas para que se imponga un discurso único o un discurso oficial, que es muy distante de la diversidad y la pluralidad como la entendemos.

Para que los medios puedan reflejar las distintas visiones de la sociedad se requiere fundamentalmente que sean independientes, pero esa independencia requiere de una condición, y en nuestro escrito hemos acompañado abundante doctrina que esta ilustrísima Corte ha dejado en fallos anteriores: se requiere la autonomía económica de los medios. Sin esa autonomía económica la independencia no existe.

Ser económicamente autónomos significa no depender de ningún anunciante en este caso o de ningún financista en particular, y por supuesto muy especialmente del Estado. Un medio puede obtener bajísimos niveles de audiencia y ser un desastre en términos de resultados normales, sin embargo ser muy rentable si se ve beneficiado por una generosa pauta publicitaria oficial. Pero eso no es ser autónomo y sospecho que tampoco es sinónimo de independencia editorial.

Pueden existir una multitud de medios de estas características. Sin embargo, esa multitud de medios tampoco es sinónimo de diversidad si se trata de medios económicamente precarios, expuestos a la influencia del poder principal que es el Estado, pero también de otros poderes que podrían ejercerla.

Para asegurar la autonomía y la independencia de los medios se requiere la competencia leal entre los medios, y eso supone la existencia de muchos medios.

La competencia leal por la audiencia, que es la que orienta el esfuerzo editorial hacia las preferencias del público, permite que este público, que tiene la capacidad de elegir entre distintos medios, sea finalmente quien decida por sí mismo. Y la competencia por los anunciantes asegura y cierra el ciclo, de manera tal que la orientación a la audiencia sea real. Si no hay audiencia, no hay anunciantes, y si no hay anunciantes, la posibilidad que tienen los medios de sobrevivir se pierde.

Los medios públicos, por su parte, deben estar al servicio de la sociedad y nunca subordinados al poder de turno. Las legislaciones europeas regulan estrictamente el gobierno corporativo de los medios públicos y las formas de financiamiento de los medios públicos, y tienen normas que expresamente impiden la competencia desleal de estos medios con financiamiento estatal respecto de aquellos que no lo tienen.

Notas al pie de página de la Ley de Medios citan abundante derecho comparado referido a las restricciones que se imponen en estas legislaciones europeas a los medios privados, pero omiten curiosamente todo el resto del conjunto de normas que permiten el equilibrio, equilibrio que estimamos está absolutamente ausente del paisaje o la conformación del sistema de medios que derivará de la presente ley.

Las regulaciones, como señalan los estándares de libertad de expresión para la radiodifusión libre e incluyente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se refieren a: primero, tener como finalidad la libertad e independencia de los medios,

materia que creemos no se está cumpliendo en este caso; la equidad e igualdad en el acceso al proceso comunicativo, situación que en este caso crea un manifiesto desequilibrio en desmedro de los medios independientes; y establecer solo aquellas limitaciones posteriores a la libertad de expresión que sean necesarias, idóneas y proporcionadas al fin legítimo que persiguen.

El impacto entonces de la Ley de Medios en el pluralismo y la diversidad debe analizarse primero en el conjunto de las normas que establece la ley, pero también en el conjunto de aquellas que omite expresamente.

Un sistema de medios robusto debe tener medios competitivos a escala nacional, provincial y local. En este sentido, la regulación de libre competencia debe propender a que ningún actor alcance una posición dominante tal que impida el surgimiento y subsistencia de otros medios en el mismo mercado. Por algo el Numeral 12 de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión, junto con declarar que los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopolios, señala expresamente: “En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación”.

Entonces, las medidas antimonopólicas deben responder a criterios de razonabilidad económica, a asegurar la libre competencia y en ningún caso a propósitos coyunturales o caprichosos.

Quiero finalmente señalar que cuando una norma legal restringe derechos fundamentales como la libertad de expresión o la libertad económica sin que exista un bien jurídico superior a proteger, que vendría a ser, a nuestro juicio, el caso de los artículos 41, 48 y 161, o bien cuando existiendo un bien jurídico a proteger, como es la pluralidad y la diversidad, se imponen restricciones que no tienen una racionalidad y proporcionalidad adecuada, es dable suponer que existe otro tipo de intenciones.

Estimamos, respetuosamente, que de declararse la constitucionalidad de los artículos 41, 45, 48 y 161, se producirían efectos indeseables en materia de pluralismo y diversidad, se desincentivaría radicalmente la inversión privada en medios de comunicación audiovisual; solo quienes tengan otros fines y financiamiento especial podrán acceder a la industria; se precarizará la situación y sustentabilidad de los medios privados existentes, especialmente los medianos y pequeños, que quedarán expuestos a condiciones difíciles de competitividad y sin vías de escape legalmente posibles, producto del artículo 41, es decir, presas fáciles de la influencia y la presión; la atomización de la radio y la televisión privada generará una falsa diversidad al provocar una enorme cantidad de medios económicamente precarios y se despejará la cancha para que el poder de turno consolide una amplia y gigantesca red de medios disponibles y proclives al discurso oficial.

Pocas veces es tan evidente en una ley la distancia entre los propósitos declarados por el legislador y los efectos que una legislación puede provocar. Muchas gracias.

Dr. LAPLACETTE.- Excelentísima Corte: ADEPA agradece la posibilidad de exponer su preocupación sobre una cuestión de tanta trascendencia.

Enseña este Tribunal que sin libertad de prensa existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal. Luego de esta audiencia se decidirá si esa libertad alcanzará a las nuevas formas de comunicación o si, por el contrario, como ocurrió durante siglos con la imprenta, los gobiernos asumirán un control total sobre ellas.

La cantidad de medios de comunicación aumenta sin cesar, y las innovaciones tecnológicas modifican a las sociedades, pero hay cosas que no cambian: no cambió la necesidad del hombre de transmitir a los demás sus opiniones, sus descubrimientos, sus dudas o sus certezas. Para ello utilizó antorchas, tambores, adiestró palomas, inventó la imprenta. Hoy Internet forma parte de nuestra vida. Pero junto con ese afán por comunicar, existió siempre una pulsión inversa que lo incita contantemente a controlar la expresión de los demás.

Recogida por el artículo 14 de la Constitución y por el artículo 13 de la Convención Americana, la prohibición de censura previa impide exigir autorizaciones administrativas para expresarse o para reproducir las expresiones de terceros.

ADEPA entiende que los regímenes de licencia o autorizaciones solo pueden aceptarse para la utilización del espectro radioeléctrico. Fuera de allí solo son una forma de censura.

Este vicio está presente en la ley 26.522. Tanto en el caso de las señales como en el de la televisión por cable, la necesidad de inscribirse en un registro o de obtener una autorización estatal son mecanismos de censura. Por el mismo motivo, los límites del artículo 45 a la cantidad de señales o de licencias de TV por cable, así como el límite a la audiencia potencial, son limitaciones inconstitucionales a la libertad de expresión, tanto del emisor como de la audiencia. Limitar artificialmente la cantidad de señales o la audiencia potencial es limitar la información.

Esto no es novedad. La aparición de nuevos medios de comunicación siempre ha sido vista con disfavor por las autoridades. Ellas han recurrido a las más variadas restricciones y siempre, en todos los casos, bajo el pretexto de defender a la audiencia.

Pero hay algo que podemos destacar. Con el tiempo fueron las prohibiciones, y no las libertades, las que han resultado ridículas a los ojos del porvenir. Con la radio, en 1934, el gobierno argentino prohibió a las emisoras transmitir publicidades cantadas. En todos los casos, para este tipo de restricciones, el porvenir reservó el descrédito.

A la prohibición de censura se le suma lo dispuesto en una norma muy cara a ADEPA, como es el artículo 32 de nuestra Constitución. Incorporado en 1860, cuando el derecho a la libre expresión ya estaba reconocido, este artículo es una garantía adicional que no está prevista en el sistema interamericano. Se trata, como ocurre, por ejemplo, con el derecho de opción en el estado de sitio, de una garantía específica de la cual gozamos en nuestro país. La norma es muy clara: contiene una prohibición que no puede ser valorada caso por caso. El límite competencial es contundente: el Congreso federal no puede dictar leyes generales destinadas a regular la prensa o los contenidos de las expresiones.

En contra de ello, la ley 26.522 confiesa que viene a regular contenidos. Lo dice en la nota al artículo 1°: contenidos audiovisuales idénticos o similares deben ser

reglamentados por el mismo marco regulatorio, independientemente de la tecnología de transmisión.

Esta violación al artículo 32 preocupa a ADEPA, ya que si contenidos similares merecen la misma regulación, no existen límites jurídicos que impidan regular de modo similar a toda la prensa. Si las señales o toda la televisión por cable pueden ser sometidas a un régimen de autorizaciones y permisos administrativos previos, no podrá luego sostenerse algo distinto respecto de Internet o de un diario digital, y si esa regulación alcanza a un diario digital, no podrá impedirse su irrupción en todos los confines de la libertad de expresión.

Hoy que la tecnología permite que cualquiera haga oír su voz en todo el planeta sin utilizar espectro radioeléctrico ni mayores inversiones, como en la prensa tradicional, no hay motivos para aceptar que el ejercicio de esa libertad sea sometido a un régimen de regulaciones y autorizaciones gubernamentales previas, y mucho menos, a un límite de audiencia.

La ley nació obsoleta; pretende regular la comunicación audiovisual y no tiene en cuenta Internet. Así y todo, lo que toca resolver a Vuestra Eminencia tiene una gran actualidad y aun una mayor proyección: se trata de decidir si el Estado Nacional podrá imponer a los particulares un permiso o un registro previo para expresarse a través de las nuevas tecnologías. Muchas gracias.

Sr. SECRETARIO (Dr. Abritta).- Realiza su exposición ante el Tribunal, como *amicus curiae* que acompaña a la parte demandada, la Universidad Nacional de Lanús, cuyo expositor es el doctor Víctor Ernesto Abramovich.

Dr. ABRAMOVICH.- La Universidad Nacional de Lanús ha decidido presentarse en este caso por considerar que reviste un clave interés público. El objetivo de la Universidad Nacional no es solamente formar profesionales sino también ciudadanos que participen en los debates centrales sobre el funcionamiento de la democracia en la Argentina, y por eso, el tema de los derechos humanos es un eje transversal en el trabajo de nuestra Universidad.

Me acompañan la rectora, Ana Jaramillo, y también participó de la elaboración de nuestro *amicus* el profesor de la Universidad, y ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Leonardo Franco.

Consideramos que en el debate de la ley se encuentra en discusión nada menos que la competencia del Congreso de la Nación para regular el funcionamiento de servicios de comunicación audiovisual, con el propósito de evitar procesos de concentración y asegurar el acceso igualitario a la esfera pública.

Con frecuencia, las acciones afirmativas dirigidas a revertir patrones estructurales de exclusión social son impugnadas en defensa de la igualdad de trato. Quienes históricamente resultan privilegiados por las condiciones de la estructura social se atrincheran detrás de la igualdad formal para no perder sus posiciones y beneficios.

De la misma manera, las normas que procuran limitar la concentración de medios para asegurar el acceso igualitario a la esfera pública son impugnadas también

con frecuencia desde la trinchera de la libertad de expresión, concebida desde una mirada liberal conservadora.

Es indudable que en el debate sobre esta ley existe una visión contrapuesta sobre qué entendemos por libertad de expresión. Y esa visión contrapuesta se proyecta particularmente en el análisis de la norma que regula la concentración de medios, las que ponen techos de propiedad, las que prohíben propiedad cruzada o las que establecen techos de concentración.

Para quienes impugnan la ley, la libertad de expresión es concebida bajo una óptica liberal tradicional, como un derecho de autonomía individual que impone solo límites a la acción del Estado. El derecho de libertad de expresión funciona para este enfoque como una coraza protectora que excluye la intervención estatal, y bajo este enfoque cualquier norma regulatoria nace sospechada. Incluso algunas regulaciones fuera del espectro se consideran censura indirecta.

Una mirada contrapuesta de la libertad de expresión reconoce los límites que ésta impone al Estado y sus obligaciones negativas; por ejemplo, la prohibición de censura, directa o indirecta, pero concibe a la libertad de expresión como un derecho social, y en tal sentido, considera especialmente cómo ese derecho se ve afectado por estructuras sociales profundamente desiguales y excluyentes.

En esta concepción el Estado tiene el deber de actuar, de regular, de intervenir, a fin de transformar esas condiciones estructurales que silencian sistemáticamente a ciertos sectores de la población.

Como señala Owen Fiss en el análisis del debate constitucional sobre la Primera Enmienda, que es el antecedente del artículo 32 de la Constitución Nacional, lo que hace el principio de autonomía es crear una fuerte presunción en contra de la intervención del Estado en la expresión de la opinión, pero bajo el principio del debate público del enfoque estructural no existe tal presunción contra el Estado.

El Estado se sitúa en pie de igualdad con otras instituciones y le está permitido y es alentado, y en ocasiones se le exige que tome medidas que enriquezcan el debate público, incluso si esa acción supone una interferencia con la expresión de opiniones de algunos y, por lo tanto, una negación de la autonomía.

En nuestra opinión, tanto las posiciones sentadas en esta audiencia y en el proceso por las partes que impugnan la ley como el fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial parten de una mirada unidireccional del problema de la libertad de expresión, interpretando únicamente las normas regulatorias de concentración de la Ley de Medios como una restricción de la libertad de expresión, sin entender que son también normas que vienen a implementar obligaciones jurídicas que tienen raíz constitucional y se basan también en normas del derecho internacional de los derechos humanos.

En ese sentido, nos parece central retomar la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, porque está vinculado con el debate de control de constitucionalidad, pero también con el debate de control de convencionalidad.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos considera a la libertad de expresión también en su dimensión dual, como un derecho individual y como un derecho social, pero pone el acento fundamentalmente en las obligaciones positivas del estado de garantía, y en particular, en el deber de protección estatal frente a la acción de actores no estatales.

En ese sentido, es importante resaltar un reciente fallo de la Corte en el caso “Ríos c/ Venezuela”. En ese caso la Corte Interamericana en el año 2009 establece que 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.

Pero refiriéndose particularmente al artículo 13.3, esto es, controles particulares de los mercados de medios, dice: “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 ideas”. O sea, hay dos elementos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte, que retoman cosas que la Corte ya había sostenido en la Opinión Consultiva 5. La idea del deber de protección frente a la acción de actores no estatales, incluso actores en particular, cuando cumplen una función social, como los medios de comunicación –en el ámbito de nuestra ley, una actividad social de interés público- y el deber del Estado de transformar condiciones estructurales que impiden el ejercicio de la libertad de expresión, en particular para sectores en desventaja para expresar sus opiniones e ideas.

Es importante señalar que esta posición de la Corte en la interpretación del artículo 13 de la Convención es parte de una tendencia de interpretación jurisprudencial del Sistema Interamericano que consagra un principio de igualdad fuerte, con fuertes obligaciones positivas del Estado, e incluso amplía los márgenes de responsabilidad indirecta del Estado por la acción de actores no estatales, imponiendo al Estado un deber de revisión de factores o patrones estructurales que puedan impedir el ejercicio de ciertos derechos. Quizá los casos más importantes en este sentido son los casos sobre violencia estructural, y el caso Campo Algodonero es uno de ellos.

Pero, sin duda, ese principio de igualdad fuerte que consagra la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación de la Convención Americana se enlaza perfectamente con un principio de igualdad fuerte que contiene nuestro ordenamiento constitucional, en particular en función de algunas normas que han sido adecuadamente interpretadas por esta Corte Suprema de Justicia, en particular el artículo 42, pero también el artículo 75, inciso 23, que incorpora básicamente la idea de igualdad estructural y de deberes de protección estatal.

En ese sentido, el fallo de la Cámara de Apelaciones adolece en nuestra opinión de algunos errores en la interpretación de los textos constitucionales, y en particular en el examen de razonabilidad de la Ley de Medios.

Por un lado, da un tratamiento unidireccional al tema de la libertad de expresión. Todo su análisis se basa en que la norma, en particular las normas respecto de concentración, y el artículo 45 en especial, son normas de restricción de la libertad de

expresión. Y analiza el estándar de razonabilidad como traducción de los estándares de restricción.

Sin embargo, no toma en cuenta que además de la restricción que puede contener la norma de cierto espacio de autonomía individual, la norma en sí misma -el artículo 45 en sí mismo- es una norma de implementación de obligaciones positivas de garantía y de protección que tiene el Estado en base a la Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos.

En ese sentido, la libertad de expresión está en los dos extremos de la ecuación. Puede resultar restringida, pero en pos de garantizar una ampliación de los espacios de expresión y de participación.

De manera que el fallo no incorpora y no menciona esta dimensión de obligaciones positivas de garantía y de protección.

Por lo demás, el fallo se inserta en esa tradición liberal conservadora de sospechar de cualquier norma regulatoria estatal, en particular respecto de la regulación de servicios de comunicación que no usan espectro. En ese sentido, la jueza, la doctora Najurieta, presupone que la regulación de servicios por fuera del uso de espectros es innecesaria, y a partir de ese principio de que no es necesaria analiza el principio de proporcionalidad. Y directamente en el voto del doctor Guarinoni se presume la invalidez de la ley, se invierte la carga de la prueba y es el Estado el que tiene que justificar la razonabilidad de la norma.

Entonces, una primera pregunta que habría que hacerse es si es razonable invertir la carga de la prueba y sospechar la invalidez de regulaciones estatales por fuera del uso del espectro que es limitado.

En la posición que estamos sosteniendo, apoyada en los precedentes del Sistema Interamericano y en la propia jurisprudencia de la Corte en materia de igualdad, lo relevante no es la plataforma o el soporte que se utiliza, sino si existen condiciones estructurales que excluyen a sectores de la población de su participación en la esfera pública. O sea, es un dato que tiene que ver con el contexto histórico particular en que la norma va a ser implementada.

En ese sentido, es relevante que la propia decisión de la Cámara no da cuenta de la situación del mercado de la televisión de cable, donde el grupo de empresas de la parte actora controla el 60 por ciento del mercado, y en ciertas localidades, el ciento por ciento del mercado, siendo además una empresa que tiene un poder hegemónico en la producción audiovisual y en la televisión abierta. Y esto es un dato estructural que marca la necesidad imperiosa de la regulación. Aquí no solo estamos hablando de la facultad del Estado de regular sino de la obligación del Estado de regular este tipo de situaciones.

Por lo demás, es importante este planteo de un estándar abierto que no clasifique en función de uso o no uso de espectro porque en la jurisprudencia del Sistema Interamericano el Estado tiene el deber de prevenir riesgos de afectación de derechos por actores no estatales. Incluso puede ser responsabilizado por la violación del artículo 13 si tolera prácticas monopólicas o abusivas en el mercado.

Por lo tanto, tiene un deber de monitoreo, y en ese sentido -se mencionaba la legislación y la normativa en otros países-, nuestra legislación de servicios de comunicación prevé una revisión periódica de las reglas, o sea, está aplicando un principio que tiene que ver con las condiciones estructurales del mercado y no con la clasificación de uso o no uso de espectro.

Y esto no es un punto menor, porque si el punto de partida del examen de razonabilidad de la Cámara es sospechar de la validez de la norma, la valoración que hace de la prueba está de alguna manera condicionada por ese punto de partida.

Nosotros entendemos que no hay por qué sospechar de la regulación, aun respecto de servicios que no usan espectro, y la Corte en su análisis de razonabilidad debería utilizar un análisis ordinario de razonabilidad que parta de considerar que el artículo 45 no es sólo una norma de restricción, sino que es también una norma de implementación de obligaciones de garantía de la libertad de expresión.

En ese sentido, y muy brevemente, el fallo tiene algunos errores también importantes en cómo evalúa los elementos de prueba, y muy sintéticamente voy a mencionar tres. Por un lado, existe una fuerte confusión entre el principio de sustentabilidad del medio y la idea de rentabilidad del medio, que son dos conceptos diferentes.

Por lo demás, suele haber permanente confusión entre el análisis de la sustentabilidad de empresas de medios a la luz de la regulación del artículo 45 y la sustentabilidad del grupo económico hegemónico tal cual funciona en la actualidad.

Es obvio que una ley que tiene una vocación antimonopólica le va a hacer perder al grupo hegemónico posiciones de mercado y, por lo tanto, rentabilidad, pero ese es precisamente uno de los objetivos que busca la ley. La pregunta por la razonabilidad debe ser otra: en qué medida una empresa, funcionando en un mercado competitivo, ajustada a los techos de propiedad que establece la ley, puede ser sustentable. Yo creo que esa es la pregunta de razonabilidad que debería responder la Corte.

Por último, el fallo también invalida el tope del 35 por ciento para todos los medios, no solo respecto de medios que usan el espectro, y esto es contradictorio porque utiliza la presunción de invalidez a partir de sospechar de la regulación de medios que no usan el espectro, pero invalida el tope para la totalidad de los medios, pese a que había reconocido que la regulación de medios que usan espectro requiere un análisis diferenciado.

Solo para concluir, y volviendo al texto de Owen Fiss que hace referencia a la Primera Enmienda -que es el fundamento de nuestro artículo 32 de la Constitución Nacional-, me parece importante recordar que algunos de estos debates que estamos teniendo hoy aquí se dieron en otras partes del mundo e implican visiones contrapuestas sobre la libertad de expresión, aun al interior del pensamiento del liberalismo político.

Dice Owen Fiss: “Los debates del pasado sobre la libertad de expresión asumían que el Estado era el enemigo natural de la libertad de expresión. Era el Estado al que había que ponerle límites. Hay una dosis de sabiduría en esta concepción, pero se trata

de verdad a medias. 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 del Estado para contrarrestar esas fuerzas. Muchas gracias.

Sr. SECRETARIO (Dr. Abritta).- El Tribunal convoca, como *amicus curiae* que acompaña a la parte actora, al Comité del Consumidor, CODELCO. Oradores, doctores Andrés Gil Domínguez y licenciado Eliseo Verón.

Recordamos respetar el término de 15 minutos para las exposiciones, por favor.

Lic. VERÓN.- Me permito, en primer lugar, saludar respetuosamente al señor Presidente y a los demás miembros de la Corte Suprema.

Mi nombre es Eliseo Verón, y en los siete minutos que tengo quisiera evocar dos campos de problemas que me parece que son esenciales en una reflexión y en una discusión que intente llegar a ciertas decisiones importantes sobre políticas públicas relativas a los medios.

Son dos grandes campos de problemas. Uno me parece que es el histórico. Creo que es importante tener claro cuál fue la evolución de la producción de la información en nuestras sociedades, que nos fue llevando a la situación en que nos encontramos hoy. Ese es un aspecto importante.

Sobre eso yo voy solamente a señalar una cuestión, y es que, centrándome básicamente en lo que habría que decir “*newspapers*” -porque no eran diarios al principio, no salían todos los días, eran periódicos o como quieran-, ese soporte papel fue durante mucho tiempo el centro crucial de la producción de la información en las sociedades de Occidente.

Entonces, los primeros *newspapers* nacen a mediados de la primera mitad del siglo XVII, en 1600 y algo. Hasta ahora son más o menos 400 años de historia. De esos 400 años de historia, en realidad hay solo un período bastante breve en el cual pienso que se puede verificar que hubo una relativa autonomía y sustentabilidad de las empresas que producían información. Eso fue en el siglo XX, más o menos entre 1920 y los años 1980; yo diría que en los años 1980 empezó a sentirse una crisis importante en los diarios, crisis de la que entonces no era Internet la responsable, venía de antes, muy lentamente, e Internet le da el golpe de gracia a esa crisis.

Si yo retiro esos sesenta años de relativa autonomía y sustentabilidad de los *newspapers*, con algunos casos que quedarán en la historia como casos particularmente importantes de modos de dar información, como el New York Times –pero no es el único-, en los otros trescientos y tantos años de historia los *newspapers* estuvieron siempre al servicio de los políticos, siempre, porque además eran los políticos los que financiaban los diarios. Y es bien conocido que cada vez que había en algún Parlamento -en Francia, en Inglaterra o donde fuera- un cambio en los equilibrios de poderes, había *newspapers* que desaparecían, otros *newspapers* que nacían. Los *newspapers*, en la

mayor parte de su historia, estuvieron al servicio de la política. Eso creo que no hay que olvidarlo.

Entonces, ese momento privilegiado del siglo XX es un momento donde tuvieron una cierta sustentabilidad y una cierta rentabilidad. Esos elementos creo que no hay que olvidarlos, de ambas cosas, porque la historia muestra que fue el único momento en que las empresas de producción de información estaban en condiciones de enfrentar, si eso se daba, a los gobiernos.

Ese es un primer campo de problemas.

Un segundo campo de problemas, contrariamente a este primero, es la necesidad de prestar mucha atención a lo que está pasando en este momento, la nueva situación que ha generado Internet. Y yo creo que si uno junta las dos cosas, este horizonte histórico e Internet, empieza a entender un poco en qué estamos y hacia dónde tendría que ir una buena reflexión sobre políticas públicas de los medios.

Hay más, pero yo hice una lista de cinco aspectos de la situación actual, generada por la mutación de Internet, que es una mutación del acceso a los medios. Internet no es un nuevo medio. Internet es una revolución en el acceso a los discursos de los medios.

En primer lugar, las condiciones tradicionales de ese siglo XX, de constitución de las audiencias, es decir, audiencias relativamente pasivas que esperaban consumir una información preprogramada, eso va a desaparecer.

Segundo punto: como consecuencia de la llamada digitalización, es casi una exigencia cotidiana en este momento el uso de la totalidad de los soportes técnicos: el texto, la imagen, el sonido, el video, todo tiene que ser usado porque se ha transformado en una especie de exigencia básica de los consumidores. Esto hace que la producción de la información sea muy cara.

El tercer punto es un punto técnico más específico, pero tiene que ver con el fin del *broadcasting*, que tiene también que ver con el fin de la manera en que se constituían las audiencias y los públicos antes de esta situación.

Esto hace, en cuarto lugar, que haya que repensar totalmente la profesión del periodismo; hay que empezar de nuevo, de cero, y ver qué significa ser periodista hoy en día.

Y cinco, supone ir construyendo lentamente nuevos saberes sobre formas interactivas y formas de relación social que hace unos pocos años no existían: Twitter, Facebook, las redes sociales. Todo eso hay que pensarlo y lleva mucho tiempo. Quiero decir que la situación es mucho más compleja que la situación anterior.

Entonces, en este caso, multiplicar los obstáculos de las voces existentes cuando lo que hay que enfrentar es una situación de esta complejidad, a mí me parece totalmente descabellado.

Hago una última observación. Si uno mira el estado de la infraestructura tecnológica que está generando Internet, no hay ninguna razón para limitar ciertas voces con el pretexto de que vengan otras voces. Todos caben en la situación actual.

Entonces, dado que estos dos grandes campos de problemas fueron perfectamente ignorados por la ley que fue sancionada por este gobierno, yo digo que esa ley era obsoleta el día que salió publicada en el Boletín Oficial. Muchas gracias.

Sr. GIL DOMÍNGUEZ.- Buenos días, señor Presidente; buenos días, jueces y juezas de la Corte Suprema de Justicia.

Junto con el doctor Verón venimos a hablar en representación de CODELCO, una organización no gubernamental de defensa de los consumidores que tiene su personería gremial tanto en Salta como a nivel nacional con inscripción número 2, desde el año 1994.

El artículo 42 de la Constitución Nacional establece claramente, como contenido constitucional protegido, el derecho que tienen todos los consumidores titulares de acceder a bienes y servicios en una relación de consumo, pudiendo elegir la oferta y estando garantizadas las condiciones dignas y equitativas de acceso.

Este derecho a elegir genera que todas las normas regulatorias, en lo que hace al derecho a elegir, a optar por bienes y servicios, tengan que garantizar la mayor oferta posible al consumidor. Esto genera una presunción de inconstitucionalidad e inconvencionalidad de todas aquellas normas que intenten restringir el acceso de los consumidores a una oferta plural.

Esta libertad de elección está basada fundamentalmente en la libertad de intimidad que nuestra Constitución regula históricamente, está basada en ese principio de autonomía del que habló Carlos Nino, en esa mismidad o biografía de la que habló Germán Bidart Campos, y también en mucha de la jurisprudencia de esta Corte Suprema que últimamente se vio reflejada en el caso Arriola.

Esta libertad de elegir se profundiza cuando estamos hablando de poder acceder a una relación de consumo muy especial, como es aquella que nos permite transmitir o generar expresión o acceso a la información, especialmente cuando hablamos de Internet, donde sus contenidos nos permiten hoy generar contenidos y no solamente acceder a la información.

Entonces, cuando hablamos de este derecho que tienen los consumidores de poder elegir una oferta de bienes y servicios en términos de acceso a la libertad de expresión, estamos hablando, en términos de Luigi Ferrajoli, de una garantía primaria, porque no solamente protege una relación de consumo sino que también permite efectivizar la libertad de expresión y el acceso a la información.

Desde esta perspectiva, y desde la perspectiva de los consumidores, el artículo 45 de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual es claramente inconstitucional e inconvencional. Específicamente porque al limitar el número de licencias de los cableoperadores solamente a 24 a nivel nacional, lo que va a hacer efectivamente es que aquellos que hoy pueden acceder a la televisión por cable no puedan más acceder a la

televisión por cable. Y especialmente esto se va a ver profundizado y afectado en aquellas localidades con poca densidad de población y en aquellos sectores económicamente menos favorecidos.

Si nosotros pensamos que la televisión por cable analógicamente se puede parecer al periódico porque no ocupa espacio, porque ocupa un espacio indeterminado, un espacio que en teoría es infinito, así como los periódicos nunca han tenido regulaciones especiales, tampoco la televisión de cable la tendría que tener; tan solo la regulación general de defensa de la competencia.

Quizá tengamos que pensar si en un espacio que por naturaleza es infinito, es indeterminado, es abierto, es constitucional y convencional una regulación tan rígida, tan estricta, como la que intenta imponer el artículo 45 desde esa perspectiva.

Lo mismo sucede con la cuotificación del mercado. Todas las normas que intentan regular los derechos de los usuarios y los consumidores lo que tratan de garantizar es la oferta para que puedan acceder los usuarios y consumidores eligiendo los bienes y servicios que quieren. Es la primera vez que se establece una cuotificación donde lo que se limita es la capacidad de los usuarios y consumidores de poder elegir, y se establece un 35 por ciento para ello.

Acá habría que preguntarse qué diferencia hay entre el consumidor del 35 por ciento y el consumidor del 35,1 por ciento; por qué esa persona no puede acceder al mismo servicio que ese 35 por ciento; cuáles son las razones. Y esto se profundiza y se complejiza si pensamos que la elección del consumidor está basada en la idea, la impronta, la ideología o la forma de emitir las noticias, la información, la expresión que tiene ese 35 por ciento o al cual puede acceder ese 35 por ciento.

Y esto se complejiza aun más cuando pensamos que el Estado no tiene ningún límite para poder llegar a la totalidad de la audiencia, con lo cual, frente a ciertas políticas gubernamentales, la capacidad crítica de poder acceder los usuarios y consumidores a un discurso crítico a una gestión de gobierno se vería limitada.

También esto repercute directamente sobre la imposibilidad de acceso a Internet. Sin televisión por cable seguramente vamos a estar en una situación en donde aquellos que por el cable podían acceder a Internet, no van a poder acceder.

De esta manera tenemos que pensar alguna situación en donde supuestamente la vulneración de los derechos de los usuarios y consumidores a elegir tampoco ha sido paliada por políticas oficiales, porque el discurso ficcional del gobierno ha tratado de construir supuestamente alternativas a la pluralidad de voces. Pero lo que fue el concurso de televisión digital no pudo ser desarrollado y hoy ha fenecido, con lo cual también nos vemos en una tercera imposibilidad o una tercera preocupación y violación del derecho a elegir de los consumidores, por cuanto también el artículo 45 lo que establece es la imposibilidad de que quien tenga una licencia de cableoperador pueda desarrollar un canal de contenidos audiovisuales o una señal propia.

¿Qué sucede con esto? Que lo que se va a estar violando en este caso es la posibilidad de que se generen señales de contenido locales, porque van a disminuir las

señales de contenidos locales, y esto lo que va a generar es que artistas, productores, conductores, información, ideas locales, no se puedan desarrollar.

Esto genera también una gran discriminación en cuanto a la nacionalidad, porque este límite solamente está estipulado para los nacionales. Los operadores extranjeros, los productores de señales extranjeras, pueden generar todas las señales de contenido que quieran, los nacionales solo una.

Si la Ley de Medios tuvo como objetivo desarrollar el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si tuvo como objetivo primordial desarrollar la pluralidad de voces, claramente con estos artículos no lo ha hecho. Muchas gracias.

Sr. SECRETARIO (Dr. Abritta).- Realiza su exposición ante el Tribunal como *amicus curiae* que acompaña a la parte demandada la Confederación Cooperativa de la República Argentina, COOPERAR. Expositor, doctor Miguel Julio Rodríguez Villafañe.

Dr. RODRÍGUEZ VILLAFAÑE.- Señor Presidente de la Corte, señores ministros: vengo en representación de COOPERAR, que es la Confederación Argentina de Cooperativas, que también es la referente argentina de la Alianza Internacional de Cooperativismo.

Representamos a más de tres mil estructuras cooperativas del país que llegan a más de diez millones de personas, que reciben de una forma u otra el accionar de la solidaridad y de la economía solidaria en nuestro país.

El cooperativismo por esencia ha estado vinculado a la necesidad de garantizar libertad de expresión. Internamente cada uno tiene un voto, cada uno tiene palabra, todos son iguales. Y casualmente en este sector se ensañó la ley que felizmente derogó la 26.522.

Éramos marginados, éramos tratados como quienes no teníamos derecho a la palabra. Y muchos de los que ahora hablan en nombre de la actora no han dicho que esa actora no dijo nada que por 29 años se marginó la palabra a todo el sistema cooperativo y a la economía solidaria y sin fines de lucro. Tuvimos que perder espacios, incluso. Recuerdo que Zapala tenía su propia antena comunitaria para toda su gente, en Neuquén. Luego fue intimada por el Estado para que dejara de prestar ese servicio, porque solo podían hacerlo las entidades comerciales.

Es así que empezamos una lucha jurídica desde lo más simple del sistema. Me tocó el privilegio de llevar adelante estas acciones en representación de la mutual Carlos Mujica, dueña de una radio cordobesa, que es la radio La Ranchada, y también de la Cooperativa Popular Eléctrica de Santa Rosa, de Río Primero. Y fue la Corte, la Corte argentina, la que dijo claramente que era inconcebible, en el año 2003, que al cooperativismo y a las economías sin fines de lucro se las marginara de la libertad de expresión. Y en mucho de lo que sucedió estaba detrás el grupo actor, porque no quería que se prestara televisión por cable en localidades en donde quería tener prácticamente el monopolio de la televisión por cable.

Pero no terminó así. La Corte dijo que era inconstitucional ese artículo 45 de la ley anterior, y no obstante eso, el COMFER, particularmente de la mano de Julio Bárbaro, que se llena la boca diciendo que quiere atacar la nueva ley, dictaba resoluciones cada dos o tres meses suspendiendo la entrega de pliegos, que es lo que correspondía en la adjudicación directa, por orden de la Corte. Y es que vinimos también a la Corte, y en un fallo histórico de la Cooperativa Totoral, la Corte ordenó al COMFER que nos vendieran la licencia, y aun así no se cumplió esa orden y tuvimos que esperar hasta el año 2009, a la nueva ley, para tener posibilidades ciertas -como las estamos teniendo- de acceder a la palabra.

No es verdad que acá estemos discutiendo solo un sector que pudiera parecer marginado, que no lo es. Hemos sido marginados toda la economía sin fines de lucro durante 29 años y ninguna organización de la prensa internacional vino a sancionar a la Argentina por esa grave violación, que ahora tenemos todos juntos acá.

Tenemos que tener presente que nuestra Constitución, en el artículo 75 inciso 19, le pone la obligación al Estado de garantizar el crecimiento armónico del país. No solo hay que dar la palabra, sino que hay que asegurar que el volumen y la presencia de unos no tape la presencia y el volumen de otros. El pluralismo es una necesidad de la democracia. El pluralismo informativo es una necesidad de la democracia, no del mercado. Por el contrario, si el mercado no es controlado, con seguridad tenderá a la concentración.

Y esto no solamente lo digo yo. Ya lo ha dicho el Parlamento Europeo en 1992, que decía que un proceso de concentración de empresas sin límites y sin control en el sector de los medios de comunicación constituye un peligro para el derecho de la información, la autonomía de las redacciones y la libertad de los periodistas.

Y también lo ha dicho claramente la Iglesia Católica, cuando ya en *Aestatis Novae* decía: “No se puede aceptar que el ejercicio de la libertad de comunicación dependa de la fortuna, de la educación y del poder político. El derecho a la comunicación pertenece a todos.” Y agrega el papa Juan Pablo II: “Esta sociedad tampoco se opone al mercado, sino que exige que éste sea controlado oportunamente por las fuerzas sociales y por el Estado, de manera que se garantice la satisfacción de las exigencias fundamentales de toda la sociedad”.

Acá hay que hablar también de cómo opera el grupo Clarín en el mercado. En Tres Arroyos, la cooperativa recientemente accedió a la licencia de televisión por cable. Y antes se cobraba por Cablevisión un abono y automáticamente, cuando la cooperativa empezó a prestarlo, se bajaron a precios que antes nunca se había ofrecido. Y esto lo pueden hacer porque también pueden hacer subsidios cruzados cuando tienen un exceso de licencias. El tener exceso de licencias les permite luego hacer subsidios cruzados para eliminar la competencia que dicen que hay que preservar.

Tampoco respetan la ley. En este momento, la Cooperativa Popular Eléctrica de Santa Rosa de La Pampa está sufriendo que Cablevisión, sin tener autorización, sin haber logrado la tener la posibilidad de prestar el sistema de televisión por cable, se ha subido a sus postes y ha puesto su sistema de fibra óptica sin tener autorización.

Es importante la presencia de todos, pero debe haber un límite. Cuando se pone un límite, que en el cable tenga que haber una señal, tiene mucha importancia, como cuando también se dice que, a su vez, en un lugar no puede haber solo la televisión por aire y la televisión de cable unificadas. Acá nosotros sabemos lo que hemos sufrido los cordobeses en el año 2011, cuando muchos candidatos a gobernador decían que preferían estar en los estudios del grupo Clarín para llegar a la sociedad cordobesa y no caminar la provincia para mirar la cara a sus habitantes, a sus ciudadanos, para luego darles respuestas al tiempo que tengan que cumplir las funciones que corresponden.

Casualmente, la concentración especialmente sanciona también al interior, porque acá y en determinados grupos nos terminan definiendo los gobernadores, los legisladores nacionales, los senadores nacionales, los intendentes. No dejan crecer ni siquiera la democracia local y la democracia provincial.

Esto es muy importante, porque tampoco dan participación. En este momento está pasando que la propia localidad de Zapala, en Neuquén, en donde la cooperativa, que tenía su licencia, que se la sacaron por la ley de facto de 1980, cuando tenía la televisión por cable –que ese fue uno de los pasos más importantes en dignidad que se dieron en el país, porque casualmente, el interior del interior, que no recibía prácticamente señales, solo a través del cooperativismo optó por tener antenas comunitarias y empezar a nacer el sistema de televisión por cable-... Esa cooperativa de Zapala, que tuvo que dejar de dar televisión por cable, ahora tiene un canal de aire, pero el prestador local es Cablevisión y no quiere subir la señal del canal local.

En muchos lugares pasa lo mismo. Los cordobeses estamos sufriendo que, en Córdoba, Cablevisión no sube la señal de televisión digital del Canal 10 y se opone incluso a medidas judiciales que se han dictado en ese sentido.

Otro tanto pasa en la localidad de Cañuelas. En la localidad de Cañuelas también hay una pyme del lugar. Ese canal ha sido declarado de interés por el Concejo Deliberante, y también se niega a subirlo el grupo Clarín.

A mí me preocupa este mensaje bifronte, particularmente ante representantes extranjeros, porque acá se habla de libertad de mercado, pero solo para los intereses comerciales de algunos. Cuando el cooperativismo le podía hacer competencia, se lo marginó, se le oponen. Actualmente este mismo grupo –y ojalá que no tengamos que llevarlo a la Corte- ha impugnado el artículo 30 de esta ley diciendo que el cooperativismo de servicio público no está con derecho para prestar estas señales de servicio de comunicación audiovisual. Y tuvimos una medida cautelar, incluso, que paralizó el trámite del cooperativismo. Por el momento está suspendida, pero todo el país tiene que saber que incluso se está luchando, por otro lado, con un mensaje bifronte, pretendiendo que nosotros no estemos en el mercado, y acá se sienten excluidos del mercado solo porque se les exige que no tengan concentración de mercado.

Estamos ante un grupo que, cuando necesitó del Estado, vino y le pidió que se formaran leyes: la del *cramdown*, en materia de quiebras; que le dictaran leyes: la ley de protección de bienes culturales; que le solventáramos nada menos que sus créditos en dólares, y le licuamos la deuda. Cuando operan en el mercado, hacen competencia desleal y marginan a los demás, pero cuando el Estado le dice “Oiga, hay un límite”,

resulta que el Estado es tiránico, resulta que el Estado le cercena la libertad de expresión. La libertad de expresión hay que analizarla que debe ser para todos, no para algunos. Y esto es central, Excelentísima Corte. Si no lo tenemos en cuenta, estamos hablando de un país irreal.

Y en este momento me permito hacer una acotación que no es menor. Si acá no se declarara como corresponde la constitucionalidad de toda la ley, la constitucionalidad de los límites de concentración, no quiero ser apocalíptico, pero no tendríamos ninguna libertad de expresión.

Y esto se los digo en este momento particular de nuestro país, que estamos sufriendo que ustedes no sean el Tribunal que analice mucha de la ilegitimidad de nuestra deuda externa.

Estamos viviendo un momento de un país en que nos está arrodillando la justicia de otros países. Y ustedes se preguntarán qué tiene que ver este razonamiento con el análisis en este lugar. Tiene que ver y mucho, porque uno de los bancos que mucho tuvo que ver en el desquicio y la ilegitimidad de nuestra deuda, un banco que ha sido sancionado con una multa tremenda por la Bolsa de Comercio de Nueva York por haber falseado información a sus clientes, un banco que ha sido sancionado por la Bolsa de Londres por haber falseado información a la misma Bolsa de Londres, ese banco que se llama Goldman Sachs ha tenido el 18 por ciento de las acciones del Grupo Clarín.

¿Tenemos garantía de soberanía como país? ¿Tenemos garantía de una palabra para defender nuestros intereses cuando nos sacan nuestros jueces, cuando nos manejan la palabra, y ahora no sabemos cómo vamos a hacer para que un grupo de buitres nos lleve el futuro?

Tenemos que poner las cosas en su lugar, y las cosas en su lugar pasan por garantizar que no haya grupos que tengan demasiada presencia, que esos grupos se subordinen a una libertad de expresión para todos, no para algunos. Es importante la empresa, tiene derecho a ser respetada, pero no es la única variable. La variable siempre tiene que estar desde el sentido del bien común, porque la libertad de expresión es, por sobre todas las cosas, una garantía para los derechos humanos, porque si acá hay una libertad de expresión para que algunos no trabajen información calificada que nosotros necesitamos, para algunos que han ocultado la ilegitimidad de nuestra deuda externa y que ahora nos encontramos viviendo lo que estamos viviendo, en manos de buitres, esa no es la libertad de expresión que necesitamos.

Señores jueces: por favor, no permitan concentraciones que nos arrodillen, no permitan concentraciones que excluyan, y trabajen por el bien del país, como me consta que lo van a hacer, y declaren integralmente constitucional a la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, porque será justicia. Muchas gracias. (*Aplausos*)

Sr. SECRETARIO (Dr. Abritta).- El Tribunal convoca como *amicus curiae* que acompaña a la parte actora al doctor Lucas Sebastián Grossman.

Dr. GROSSMAN.- Excelentísima Corte: mis antecedentes en materia de derecho de defensa de la competencia y derechos constitucionales constan en el *amicus* que presenté oportunamente.

Agradezco que se me haya concedido la oportunidad de manifestar mi opinión en tan importante caso. Adelanto que considero que el fallo recurrido debe ser confirmado en lo referido a la declaración de inconstitucionalidad de distintos aspectos de los artículos 45 y 48 de la ley 26.522.

En primer lugar, explicaré las razones por las cuales la libertad de expresión y la defensa de la competencia van de la mano.

Las restricciones impuestas por la ley impugnada en la cantidad y el porcentaje de licencias implican que muchas personas que hoy eligen determinados productos y fuentes de información no podrán seguir haciéndolo.

Más aun, y como se ha mencionado precedentemente, dadas las economías de alcance involucradas, la restricción de la provisión de TV por cable impactará indefectiblemente en el servicio de Internet, frenando así el desarrollo del medio o del mecanismo de acceso a los medios de más potencial de la actualidad.

Pero no solo se reduciría la cantidad de información disponible sino también su calidad. En efecto, producir información de calidad insume cuantiosos recursos. Para disponer de tales recursos es necesario contar con una escala suficiente, en especial si se tiene en cuenta la creciente importancia de las nuevas tecnologías de acceso a la información.

En este sentido, si existe una plétora de medios que se limitan a repetir los cables de la Agencia Télam porque no cuentan con escala suficiente para producir por sí mismos información, la libertad de expresión en nuestro país se habrá deteriorado de manera sustancial. No debemos confundir pluralidad con multiplicidad ni debate robusto con cacofonía.

El ya mencionado constitucionalista estadounidense Owen Fiss, en su libro *The Irony of Free Speech*, “La ironía de la libertad de expresión”, señala que la prensa organizada cumple, acaso como ninguna otra institución, la función de posibilitar que los ciudadanos accedan a información sobre cuestiones públicas necesaria para ejercer el autogobierno, y destaca especialmente la importancia de que en Estados Unidos – cito- “la prensa no depende económicamente del Estado para recibir fondos ni pueden los funcionarios públicos manipular a la prensa contratando y despidiendo periodistas”.

Es público y notorio el empeño con que el actual gobierno aspira a ocupar un lugar hegemónico en el discurso público. Frente a tal aspiración es fundamental que exista lo que en defensa de la competencia se conoce como un competidor vigoroso o Maverick, es decir, alguien dispuesto y con espalda suficiente -lo cual no es un detalle menor- para hacer frente a los embates estatales. El tamaño importa.

Pocos medios pueden darse el lujo de perder los variados subsidios estatales y seguir a flote con un discurso disidente. Por eso, contar con cierta escala es un resguardo para la libertad de expresión.

Ahora bien, esta Corte puede pensar que lo anterior es meramente contingente, y que por ende, no deberíamos evaluar los riesgos de la ley impugnada al calor de estos sucesos actuales.

Entiendo que el punto que planteo no es meramente coyuntural sino estructural. Los gobiernos pasan, es verdad, pero debemos evitar que se cristalice una estructura regulatoria de los medios de comunicación que los torne más vulnerables al gobierno de turno.

Siempre será cierto que el gobierno gozará de cierto margen para disponer de la publicidad oficial, limitar el acceso a la información pública y subsidiar determinados contenidos afines. Siempre gozará, mal que nos pese, de cierto margen de discrecionalidad en la aplicación de las normas que regulen a los medios, ya que el control judicial, por férreo y efectivo que sea, nunca alcanzará a todos los intersticios de la acción estatal.

Entiendo por eso que el punto que planteo trasciende las actuales circunstancias. La libertad de expresión, tanto en su faz individual como social, y la defensa de la competencia, cuyo objetivo es velar por el bienestar de los consumidores, en consonancia con el artículo 42 de la Carta Magna, en este caso van de la mano.

En segundo lugar, según desarrollaré, la ley impugnada pretende aplicar un remedio extremo sin respetar garantías expresas. En nuestro sistema constitucional, y como principio general, el derecho de propiedad comprende el derecho a no desprenderse de un bien sino en forma voluntaria. Es decir que si el bien fue adquirido de manera legítima, su titular no puede ser forzado a transferirlo, ya sea de manera onerosa o gratuita.

Este principio básico presenta una excepción. De acuerdo con el artículo 46, inciso c), de la ley 25.156, de Defensa de la Competencia, existe la posibilidad de ordenar la desinversión compulsiva de activos en dos supuestos: primero, ante la realización de actos que constituyan un abuso de posición dominante, y segundo, cuando se consolide una posición monopólica u oligopólica en violación de la Ley de Defensa de la Competencia.

La ley 26.522 pretende lograr este mismo resultado –la venta compulsiva-, pero partiendo de presunciones que no admiten prueba en contrario, y sorteando así las garantías procedimentales previstas en la Ley de Defensa de la Competencia.

Estas garantías, que incluyen el derecho de apelar ante la Justicia, están diseñadas para asegurar tanto la solidez técnica de la decisión como el derecho a la defensa en juicio y al debido proceso de los sujetos afectados por la regulación. Por ende, estos derechos se ven vulnerados por la ley impugnada.

Además, según veremos, las leyes *ad hoc* de competencia están vedadas expresamente por normas internacionales relativas a la libertad de expresión.

En tal sentido, y como tercer punto, explicaré por qué la ley 26.522 es violatoria del Principio 12 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Según señala la Organización de Estados Americanos, esta declaración debe ser utilizada para interpretar el alcance del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que como todos sabemos, tutela la libertad de expresión. El principio 12 de esta Declaración indica que no debe haber leyes antimonopólicas exclusivas para los medios de comunicación, sino que ellos deben regirse por las normas generales en la materia.

El propósito que persigue este texto es evidente: evitar que un gobierno, so pretexto de defender la competencia, acalle voces disidentes.

Ahora bien, la ley impugnada es precisamente una norma antimonopólica exclusiva para los medios de comunicación, y por ende, está prohibida. No creo que esta conclusión se vea alterada por el Informe Anual 2004, de la Relatoría de la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que el dictamen de la señora Procuradora cita en detalle. Si bien es verdad que ese informe hace la salvedad de que las leyes de defensa de la competencia pueden resultar insuficientes en el caso de los medios de comunicación, aclara -en el párrafo 94- que ello se refiere particularmente a la asignación de frecuencias radioeléctricas. Es decir que en los restantes casos, como no hay escasez de recursos, la salvedad no se aplicaría, y esto es totalmente coherente con la distinción efectuada por la Cámara en el fallo materia de recurso.

Más allá de eso, este informe 2004, preparado por un joven pasante de la Relatoría, no puede reemplazar el análisis detallado de las normas y jurisprudencia de cada país de la región para determinar si la ley general en materia de competencia es suficiente o no para garantizar la libertad de expresión.

El derecho de competencia no tiene el mismo grado de desarrollo en toda la región. Cuando en la Argentina se multaba a la empresa más grande del país, YPF, con 109 millones de dólares por abusar de su posición dominante, otros países de la región recién empezaban a hablar de competencia.

En el mismo sentido, en nuestro país, por aplicación de la ley de defensa de la competencia, se aplicaron multas de millones de pesos a las principales cementeras por colusión en la comercialización de cemento, y a las principales proveedoras de oxígeno medicinal, por acordar posturas en licitaciones.

Asimismo, por aplicación del procedimiento de control de concentraciones, se prohibió la compra de Correo Argentino por OCA, y de LAPA por Aeropuertos Argentina 2000.

Muchos otros países, dicho sea de paso, ni siquiera prevén en sus leyes de competencia el control de operaciones de concentración económica. En este sentido, nuestra ley prevé tanto el control *ex post*, a través del análisis de conductas, como el control *ex ante*, a través del control de concentraciones económicas.

Estos son solo ejemplos, y hay muchos más. El punto más general es que estoy convencido de que la Ley de Defensa de la Competencia argentina cuenta con herramientas suficientes para garantizar competencia y diversidad en los medios de comunicación.

Debe tenerse en cuenta que cualquier conducta mediante la cual una empresa se valga de su posición dominante para reducir la cantidad de oferentes y así mantener o fortalecer esa posición, configura una conducta ilícita bajo la Ley de Defensa de la Competencia, y como tal, da lugar a sanciones, órdenes de cese e incluso, como dije, la orden de desinvertir activos.

Esto incluye conductas tales como impedir el acceso a un competidor a la propia red de distribución o tratarlo de manera discriminatoria o cobrar precios predatorios para excluir rivales, entre muchas otras conductas. Más aun, no es correcto afirmar que la Ley de Defensa de la Competencia sanciona el abuso de posición dominante pero no su creación, ya que según vimos, cuando se adquiere una posición monopólica u oligopólica en violación de lo dispuesto por la ley, esta norma permite incluso que se ordene la venta compulsiva de bienes.

Por eso, si al gobierno o a cualquier otra persona le preocupa que una empresa de medios se valga de su posición dominante para excluir competidores actuales o potenciales, debería denunciar esa conducta ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, cuyos funcionarios actuales –con mandato de cuatro años- fueron todos nombrados durante la última década. Más aun, no cabe suponer que el gobierno no confía en la voluntad política del funcionario competente para aplicar las sanciones previstas en la ley de defensa de la competencia, ya que ese funcionario no es otro que el secretario de Comercio, Guillermo Moreno, quien ha dado sobradas pruebas de que no carece de iniciativa.

Por eso, resulta meramente dogmática la aseveración de que en nuestro país es necesaria una ley especial para garantizar la competencia y la diversidad en el mercado audiovisual. No existe ninguna conducta que potencialmente pueda limitar la competencia en tal mercado, en perjuicio del interés económico general, que no pueda ser alcanzada mediante la legislación general en la materia. Eso sí, la ley de defensa de la competencia exige que se pruebe la existencia de una posición dominante y que ella se utiliza para restringir la competencia. Probar es más difícil que alegar, y creo que es bajo esa luz que debemos entender la ley impugnada.

Para terminar, Excelentísima Corte, sostendré que la libertad de expresión debe entenderse a la luz del derecho a la autonomía.

El gobierno afirma que esta ley busca promover la libertad de expresión a partir de un aumento en el número de medios disponibles. Sin embargo, un análisis que se concentra en la diversificación de la oferta pero hace caso omiso de las preferencias de la demanda, no es compatible con el principio de autonomía contenido en nuestra Constitución.

Me permito traer a colación en este punto la teoría de la libertad de expresión defendida por el célebre filósofo del derecho Ronald Dworkin, recientemente fallecido. En su libro *Freedom's law -El derecho a la libertad-*, Dworkin sostiene que resulta fundamental que se rechacen las concepciones perfeccionistas o paternalistas de la libertad de expresión, que suponen que el gobierno debe determinar qué es lo que la gente debería leer, ver o escuchar, ya que ello implicaría desconocer la responsabilidad moral del individuo para tomar esas decisiones por sí mismo.

De esta manera, el planteo de Dworkin nos permite entender la libertad de expresión a la luz de un derecho que ha ocupado un lugar de privilegio en la jurisprudencia de esta Corte: el derecho a la autonomía. El doctor Zaffaroni, de hecho, lo ha denominado, en el caso Arriola, la viga maestra del derecho argentino.

Cuando determinado medio de comunicación cuenta con alta participación en el mercado como consecuencia de las elecciones libres de la audiencia y no de conductas anticompetitivas, un Estado respetuoso de la autonomía debería entender que la libertad de expresión está siendo respetada. Por ello, resulta clave que el mecanismo a través del cual se promueva la diversidad sea el de perseguir y sancionar las conductas anticompetitivas, si las hubiere, y no el de tratar de manipular artificialmente la oferta.

Creo en este sentido que no se trata, en el presente caso, de elegir entre una concepción individual y una concepción social de la libertad de expresión, sino entre una concepción respetuosa de la autonomía y una concepción perfeccionista. La primera no es menos social que la segunda, pero a diferencia de ésta, resulta compatible con la impronta general de nuestra Constitución, con su artículo 19, y con los tratados internacionales de derechos humanos, tal como destacó esta Excelentísima Corte en el caso Arriola.

Distinto sería el problema si nuestra preocupación fuera que los medios que la gente mayoritariamente elige no son precisamente aquellos que difunden el tipo de mensaje que consideramos correcto, valioso o conveniente. Tal preocupación no debería confundirse con la libertad de expresión. Como enseña Dworkin, la libertad de expresión exige precisamente lo contrario. Muchas gracias.

Sr. SECRETARIO (Dr. Abritta).- Presenta su informe al Tribunal, como *amicus curiae* que acompaña a la parte demandada, el Centro de Estudios Legales y Sociales; expositores, señor Horacio Verbitsky y doctor Damián Loreti.

Sr. VERBITSKY.- El CELS llega a esta audiencia en cumplimiento de un mandato de sus fundadores de contribuir a que nuestra democracia sea liberada de los resabios de la última dictadura cívico-militar. Así como defendemos la plena vigencia de esta ley, a cuya creación contribuimos desde la Coalición para una Radiodifusión Democrática, también hemos propiciado la depuración de este Tribunal, hace una década; la derogación del Código de Justicia Militar; la nulidad de la ley de obediencia debida; la modificación de los tipos penales que restringían la libertad de expresión; el adecentamiento de los lugares de encierro. Lo hicimos, en todos los casos, antes de que existiera el actual gobierno.

Celebramos la iniciativa de esta Corte en favor de la transparencia y la participación, pero no coincidimos en la transformación del *amicus curiae* en un subordinado *amicus partis*. Al constreñir a los amigos del Tribunal a la abogacía de una parte, la Corte desmiente el pronunciamiento de su Presidente contra la politización de la Justicia y aplanar, como mera cuestión de partes, un debate vital para la formación de la voluntad popular en una democracia más plena e informada. Además de las partes en este expediente, hay un país afuera.

Además, una confusa redacción de la acordada que dispuso esta audiencia redundante en que puedan abogar como independientes algunos partisanos camuflados.

Nos hemos amoldado a esta injusta restricción, que polariza y empobrece los términos de discusión, para no agravar la ya escandalosa dilación judicial que paralizó durante cuatro años la ley elaborada con mayor participación social que se recuerde.

No nos apartaremos del análisis técnico jurídico. Por eso, los argumentos del CELS serán expuestos por el secretario de su Comisión Directiva, Damián Loreti, abogado y doctor en Ciencias de la Información por la Universidad Complutense de Madrid, a quien cedo la palabra. Muchas gracias.

Dr. LORETI.- Gracias.

Buenos días, Excelentísima Corte. Vamos a hacer un análisis por el que estimamos cabe definir la constitucionalidad de la ley tanto desde una mirada basada en las reglas de los artículos 14 y 32, con miras en la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, cuanto en el derecho internacional de los derechos humanos.

En ese plano vamos a considerar que los principios y las declaraciones del Sistema Interamericano de los relatores de Libertad de Expresión constriñen al funcionamiento del Estado argentino en las reglas que la propia Corte ha fijado en el reciente caso de ABC c/ Estado Nacional, Verbitsky o Carranza.

El Principio 12 de la Declaración de los Principios de Libertad de Expresión del Sistema Interamericano señala que los monopolios y oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia.

También dice que solamente debe estar fijado por reglas generales, y el principio es interpretado en el año 2004 por el relator Bertoni cuando señala que no se impide la existencia de un marco regulatorio antimonopólico que incluya normas que garanticen la pluralidad, atendiendo la especial naturaleza de la libertad de expresión. Y dice: particularmente en cuanto a la asignación de frecuencias y no solamente en relación a frecuencias.

En el año 2001 y 2007 los relatores de Libertad de Expresión plantearon dos declaraciones en relación a la regulación de la radiodifusión. Por razones de tiempo, porque ya lo hemos citado en el *Amicus*, me voy a remitir solamente a una frase de la declaración del 2007. Dice: en reconocimiento de la particular importancia que la diversidad de los medios de comunicación tiene para la democracia, para prevenir –es decir, es una regulación *ex ante*- la concentración indebida de medios de comunicación o la propiedad cruzada de los mismos, ya sea horizontal o vertical, se deben dictar medidas especiales, incluyendo leyes antimonopólicas. Esto lo han dicho los relatores de Libertad de Expresión en el 2007.

La relatora especial en el año 2009 dijo que la ley era un importante avance respecto de la situación preexistente en Argentina. El relator de Libertad de Expresión de Naciones Unidas en el año 2009 felicitó al Estado argentino, en su informe a la Asamblea, por la ley.

En el marco de la mirada del Principio 12, señala que los Estados deben dictar leyes. La pregunta a realizar, en el marco del Principio 12, es a partir de cuándo deben entrar en vigencia estas leyes, porque si se asumiera que las leyes antimonopólicas o de regulación de radiodifusión o servicios de comunicación audiovisual que mencionan los relatores no tuvieron vigencia sobre las licencias actuales, estaríamos previendo que los relatores plantean una norma sin aplicación concreta en el tiempo o cuando vencen licencias. Si fuéramos a esta hipótesis, en la Argentina estaríamos hablando en algunos casos de 2024 o 2027. Si así fuera, además, todos los años empiezan y vencen licencias. ¿Cuál sería el día cero? En función de eso voy a acompañar algunas reglas sobre el caso.

La Cámara Civil y Comercial Federal menciona como base de su resolución sobre todo el fallo Comcast y Turner Broadcasting. La apreciación sobre Comcast para nosotros es incorrecta, porque efectivamente reenvía a que la regla del 30 por ciento del mercado del cable no es aplicable. Había habido cinco casos Comcast antes. Y establece que no es aplicable porque reducir al 30 por ciento el mercado del cable mirado desde 1992 no condecía con la cantidad de nuevos actores, empresas de televisión por satélite, y sobre todo, empresas que ofrecían video -en ese caso las telefónicas-, liberadas por la ley del 96 a hacer radiodifusión, y a la inversa, el cable a hacer triple *play*.

La crítica en el caso de la Argentina no reconoce que incluso por resolución de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo, Sala V, de un caso llamado ATVC, las incumbentes telefónicas no tienen acceso. Vale decir, las barreras de acceso legales planteadas hoy hacen que la resolución Comcast no pueda ser mirada de modo analógico, porque los hechos no lo permiten.

El caso Turner Broadcasting que usa la Cámara es un caso basado pura y exclusivamente en temas de *must carry*, cosa que no está discutida en este caso, que tiene que ver con la obligación de pasar las señales locales que tienen las televisoras por cable.

Dicho esto, señalaría que a la hora de mirar este caso respecto de los hechos, también habría que mirar la cantidad de empresas y medios que se han cerrado a lo largo del proceso de concentración que ha habido en la Argentina, la cantidad de señales que no existen más y la cantidad de trabajadores que han perdido su trabajo o tuvieron que reinstalarse.

En el caso Comcast, dice la Corte, en el año 2009, que lo que perdieron fue la capacidad de bloqueo en virtud de la aparición de nuevos operadores, de nuevas redes de los servicios de televisión dados por las empresas de telefonía, tanto como la televisión por IP o las 500 señales disponibles; lo dice textualmente la Corte de Estados Unidos.

Hay otro caso Comcast respecto del cual en el *amicus* nosotros citamos el voto de minoría, porque el voto de mayoría dice que no es apta la certificación de la acción de clase. En el voto de minoría de este caso Comcast, de 2013, se establecen cuatro reglas para ver la capacidad de predación o de exclusión o de apartamiento de la misma empresa Comcast en el Estado de Filadelfia. Y allí se menciona la incapacidad de los

competidores de comprar señales locales o de participar en las actividades locales o de venta por la fijación de precios.

En el marco de la jurisprudencia norteamericana, la cita de los casos *Prometheus I* y *II* que hicimos en el *Amicus* guarda relación no solo con la capacidad de aplicación de reglas sobre la televisión abierta sino que en ese caso están involucrados, por ejemplo, la Fox, que no es empresa de televisión abierta, y la Asociación Nacional de Periódicos, que tampoco es propietaria de televisión abierta dada la prohibición de propiedad cruzada que queda reafirmada en ese caso *Prometheus II*, cuyo *certiorari*, presentado por la Asociación Nacional de Televisoras fue rechazado por la Corte norteamericana en junio del año pasado.

En *Prometheus II* dicen los jueces de la Corte de Apelaciones del distrito de Columbia: la limitación a la propiedad de los medios es una vía razonable para promover la pluralidad de puntos de vista y contar con medios de comunicación diversificados. La regulación continua de la propiedad cruzada por parte de la autoridad de aplicación no viola la libertad de expresión. “Las reglas de propiedad de los medios no implican manipular contenidos”. Me remito por tiempo a la cita del caso Comcast, en 2013, si la Corte así me lo permite.

En relación a regulaciones y techos de concentración o diversificación o desinversiones en la jurisprudencia norteamericana, en casos que no usan espectro, donde aparece la figura de la facilidad esencial o la equitativa asequibilidad de los recursos –la Convención Americana habla de frecuencias y de papel, hoy hablaría de fibra óptica- menciona el caso *Associated Press* del año 45, y cito el voto del juez Black: el hecho de que un editor manibre con noticias mientras que otros lo hacen con comida no hace, como destacaremos, sostener que un editor tenga un particular santuario en el cual pueda con impunidad violar leyes que regulan sus prácticas de negocios. Y agrega: la Primera Enmienda, lejos de proveer un argumento contra la aplicación de las reglas de la Sherman Act, presenta poderosas razones para lo contrario; la libertad de publicar está garantizada por la Constitución; la libertad para acordar a fin de dejar a otro afuera no lo está.

En 1969, en el caso *Citizen Publishing*, la Corte de Estados Unidos entendió violatoria de las reglas de competencia: primero, la operación conjunta, y luego, la compra del diario *Star* por su competidor, que era el *Citizen*. En función de abreviar, lo que se hacía era una operación conjunta que dejaban separadas las redacciones pero se fijaban precios, se hacían acuerdos de precios de suscripción y distribución y acuerdos de distribución de utilidades y control del mercado.

Lo que dijo la Corte de Estados Unidos es, como última frase en su fallo, “la venta del *Star* para nosotros parece muy adecuada”, y la resolución de la Corte requiere a los recurrentes a presentar un plan de desinversión del *Star* y el restablecimiento del competidor independiente y modificar el acuerdo de operación conjunta.

A la hora de mirar las reglas de la desinversión, esta Corte, en “Cablevisión c/Municipalidad de Pilar”, dijo que es imperioso recordar que los decretos y normas reglamentarias, en cuanto a su derogación o reemplazo, participan del mismo régimen que las leyes. Ningún derecho adquirido puede impedir su remoción del ordenamiento jurídico.

Existen antecedentes de desinversión en la Argentina, inclusive en la vida de los medios de comunicación. Citaría Endesa, el proceso de desagregación de los paquetes accionarios de los acuerdos entre Fox Pan American Sports y Torneos y Competencias, en seis meses –la ley de servicio de comunicación audiovisual habla de un año-, y agrego a lo que decía antes: no solamente pone techo en la concentración del cable sino en el mercado de servicios por suscripción. Vale decir, la mirada de Concast que hace la Cámara es incorrecta porque la ley no regula la concentración solo en el cable sino en el mercado de televisión paga, lo cual cambia sustantivamente la mirada del negocio, tal como la Comisión de Defensa de la Competencia dijo en 2007, cuando autorizó la operación conjunta. Ambos mercados fueron mirados del mismo modo.

En el año 2008, el Programa Internacional de Desarrollo de las Comunicaciones de la UNESCO extendió su documento llamado *Indicadores del pluralismo en la comunicación*. Entre algunas de las menciones, al señalar la situación de estrangulamiento a la libertad de expresión, no por monopolio sino por concentración, dice que las reglas que deben fijar los Estados incluyen umbrales en base a criterios como participación del público, circulación, volumen de ingresos, distribución del capital accionario o derecho de votos, incluyendo integración vertical u horizontal. La forma exacta de regulación depende del mercado y nivel de desarrollo, y tamaño de los operadores. La ley debe tener incentivos para motivar su cumplimiento; en particular –dice la UNESCO-, debe tener el poder de hacer desinvertir –la palabra “desinversión” está en la UNESCO, no en el texto de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual- en las operaciones mediáticas cuando se amenace la pluralidad o se alcancen niveles inaceptables de concentración. Insisto, no habla de monopolios como necesarios.

En este sentido, me interesaría cerrar con dos o tres ejemplos más. Uno es el caso del juez Green, en la jurisprudencia de los Estados Unidos en materia de desagregación del AT&T con los 22 operadores de las Baby Bells, y por último, respecto de la entrada en operatividad de la vigencia de reglas y órdenes, está el caso de Standard Oil, en el cual la Suprema Corte de Estados Unidos dijo que no solamente se fijaban reglas hacia el futuro sino que se ordenaba modificar y sancionar lo que anteriormente estaba en infracción, es decir, “prohibir hacia el futuro esos actos que hemos encontrado como violatorios de la ley, y el ejercicio de las medidas de reparación, que debe ser, efectivamente, disolver la combinación, extensión y fuerza de funcionamiento conjunto que la posesión del poder obtenido ilegalmente ha traído y seguirá trayendo”. Muchas gracias.

Sr. SECRETARIO (Dr. Abritta).- El Tribunal convoca, como *amicus curiae* autorizado directamente por la Corte, a la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual; expositora, licenciada Cynthia Ottaviano.

Lic. OTTAVIANO.- Muy buenos días, señoras ministras; muy buenos días, señor ministro, Presidente de la Corte: soy Cynthia Ottaviano, como se dijo, defensora del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual y vengo a traer a esta audiencia lo expresado por las audiencias del público, tanto como denuncia, reclamo o consulta, o también, en el marco de las tres audiencias públicas convocadas por esta Defensoría en distintas regiones del país.

Estamos realmente agradecidos y valoramos la oportunidad de que las palabras de las audiencias sean expresadas, porque hasta aquí, si no, no se hubiera hecho.

Antes que nada es necesario reconocer cuál es el escenario político-conceptual de época. Así como la sociedad moderna produjo un nuevo sujeto social, el ciudadano moderno, también la sociedad actual, plenamente mediatizada, produjo una nueva ciudadanía, que es la ciudadanía comunicacional.

Y si la ciudadanía moderna supuso el reconocimiento de diversos derechos sociales, políticos y civiles, característicos del constitucionalismo liberal y del constitucionalismo social de mediados del siglo pasado y de fines del siglo pasado, también la ciudadanía comunicacional implica el reconocimiento de nuevos derechos, que se inscriben en este caso en el constitucionalismo multicultural, propio de este siglo XXI.

Hoy estamos hablando de las audiencias como nuevos sujetos de derecho, no ya como consumidores ni como usuarios. Estamos hablando de ciudadanos comunicacionales.

La etapa empresarial de la información, que tenía como sujeto central al empresario, que justamente consideraba que la información era una mercancía, terminó, es cosa del pasado. También pasó la etapa profesionalista, que ponía en el centro de la escena al periodista, al sujeto profesional, que se arrogaba para sí el rol y el vínculo entre el público y la información. Ahora vivimos la etapa universalista, que es profundamente democrática. La comunicación es un derecho humano, un derecho humano de dos dimensiones, como se sabe y se ha mencionado: una individual y otra colectiva. Se trata de dar información, pero también, de poder recibirla. Y los servicios de comunicación audiovisual son parte integrante e inescindible de este derecho humano a la comunicación.

Esta idea convalida la conclusión revolucionaria de Carlos Soria: la información pertenece al público, a todos y a todas por igual, ni a una empresa ni al periodista. Por eso, no puede estar en pocas manos; menos aun en una sola. El público ya no es un sujeto pasivo, sino un sujeto central de la comunicación, y tiene que poder elegir. Si uno grita y los demás susurran, no hay elección posible.

Es esencial reconocer entonces ahora que esa sociedad mediatizada de la que estamos hablando, que ese campo de la comunicación audiovisual, está atravesado por conflictos, por disputas, por tensiones derivadas de las estructuras sociales, políticas y económicas. Justamente la ley de servicios de comunicación audiovisual se constituye en el instrumento político-democrático de intervención concreta para poder compensar y corregir las asimetrías entre los licenciarios y también con las audiencias.

Esta ley poco sirve si no altera la matriz económica que condiciona el reparto de la palabra con múltiples miradas –esto es necesario- y con múltiples formas de comprender la vida y el mundo.

Señor Presidente: se nos ha dicho que esta Corte espera de los *amicus* que la iluminen sobre los hechos y sobre el derecho. Es necesario entonces que me refiera a las

lesiones, a los daños concretos que día a día, que minuto a minuto, padecen las audiencias ante la concentración comunicacional.

Estos reclamos que voy a leerle fueron recibidos por el organismo a mi cargo en todo el país. Esto dice el público: “En Rawson, provincia de Buenos Aires, Cablevisión es el único proveedor de servicios de televisión y limita su programación discriminatoria y abusivamente a solo 35 canales, cuando publicita que es de 75. Se nos impide ejercer la libertad de elección y se nos dispensa un trato discriminatorio, que restringe irrazonablemente el acceso a la información y a la diversidad cultural”. Dice que no puede elegir, como habrán notado, y que lo engañan con la cantidad de señales.

“Tengo una hija pequeña y quisiera acceder al canal Pakapaka. En abril de 2011 envié en reiteradas ocasiones mails a Cablevisión pidiéndoles que incorporaran el canal a la grilla básica. Están quebrantando nuestros derechos constitucionales a acceder a una televisión de calidad, que estimule el desarrollo y el bienestar de los chicos y las chicas argentinas”.

“¿Qué se puede hacer en Mar del Plata, donde somos cautivos obligados de esta empresa, ya que no podemos acceder a otro proveedor de cable? Permanentemente nos aumentan la tarifa. Somos jubilados. ¿A dónde vamos a ir para que no nos sigan aumentando?” Ya escucharon: dice que está cautivo.

“En Tandil, Cablevisión priva a los argentinos de acceder a contenidos que en muchos casos son científicos y educativos. Es la única empresa que ofrece el servicio de televisión por cable”.

“Soy el dueño de un canal de aire, nacido con la nueva ley de medios. Hace cuatro años funcionamos en la ciudad de Funes, provincia de Santa Fe, y solo salimos por aire. O sea que nos puede ver muy poca gente, que es la que no cuenta con un sistema de cable. Me reuní varias veces con las dos empresas de cable de la ciudad; una es local, y la otra es del grupo Clarín. Ninguna de las dos nos quiere incorporar, cuando la ley de medios exige que los sistemas de cable tomen los canales locales del área de cobertura.” Es víctima directa, como han escuchado, del rechazo de nuevas voces.

Señor Presidente: la imposibilidad de elegir cómo informarse, la concentración en la producción de bienes simbólicos, vulnera los derechos del público, como verá, de múltiples formas: reduce la diversidad de opiniones, unifica la línea editorial y estandariza los géneros y los estilos. Ejerce supremacía en el establecimiento de los temas de la agenda pública, operando precisamente en el establecimiento de esa agenda. Pero también es necesario analizar la agenda de recorte, es decir, los temas que no llegan a la agenda. No todos los hechos son noticia si la decisión es de una empresa, si es por una supremacía comunicacional. Esto es lo que Owen Fiss llamó la censura empresaria.

La concentración mediática destruye también las fuentes de trabajo y el debate público. Por ende, conspira contra la democracia.

Aporto ahora el testimonio de Gustavo Granero, representante de la Federación Argentina de Trabajadores de Prensa: “La monopolización de los cables generó que se eliminen noticieros, que cientos de compañeros queden en la calle, que por ejemplo un

canal de aire en San Juan pretenda fusionarse con uno de cable para eliminar puestos de trabajo y uniformar la información”. “Uniformar la información”, esto último es también el objetivo; el objetivo es editorial.

Claudio Frangolini, secretario general del sindicato de Prensa de la provincia de La Pampa dijo que: “En mi ciudad, Santa Rosa, hay dos canales de televisión por cable que fueron fundados por familias del medio en los años ochenta. Cuando no pudieron crecer más, fueron vendidos en cifras millonarias. Uno a Multicanal y el otro a Cablevisión. Así fue que nos quedamos sin nuestras fuentes de trabajo genuino, porque Multicanal no tomó empleados. Después ambas empresas se fusionaron y quedó un solo informativo”.

Al proceso de integración horizontal que tuvo el sector del cable se sumó la integración vertical entre proveedores de señales, distribuidores, comercializadores y operadores de sistemas televisivos, permitiendo que las prácticas de exclusión sean posibles en diferentes mercados geográficos.

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia advirtió en 2007 que cuando un proveedor de señales televisivas se encuentra integrado con un operador de cable es altamente probable que incluya en su grilla las señales propias, que excluya las de sus competidores y, en particular, las de los productores más pequeños.

Este es el caso de Sembrando Satelital, de la Red Intercable. Así lo explicó Luis Bonetto: “Desde la creación de la señal tenemos una larga vigilia frente a las grandes cadenas de cableoperadores para participar de la grilla. No nos permiten ingresar, aun cuando nuestra señal es libre y gratuita. Parece ilógico, pero ni siquiera podemos vernos en la ciudad de Córdoba, sitio de nuestra propia emisión”. La concentración no sólo impide el acceso de nuevas voces. También silencia otras.

Cuando se fusionaron Cablevisión y Multicanal, además de repartirse los abonados como mercancías, como usuarios y consumidores, sin considerarlos como sujetos de derechos, hicieron desaparecer las señales El canal de la Mujer, Bravo, El Chef, Cablesport, Supercine, Cablin y SofTV. Así de simple, de un día para el otro desaparecieron, con el perjuicio que implica esto para las audiencias y, por supuesto, para las fuentes de trabajo.

Esta supremacía del Grupo Clarín se tradujo en un apartheid comunicacional cuyas víctimas son las audiencias que también tienen derecho a expresarse y a ser visibilizadas.

Por eso no debe ser objeto de esta Corte focalizarse solo por el soporte en el que viajan las señales, por el espectro radioeléctrico, el cable, el satélite, sino esencialmente sobre la cantidad de señales que pueden estar bajo el dominio de un mismo licenciatario.

Tampoco hay que analizar la propiedad en el sentido pleno, porque no son dueños, apenas son licenciatarios.

Otra realidad que padecen las audiencias en el largo plazo son las prácticas comerciales discriminatorias, conocidas como dumping. Se ofrece el mismo servicio de

televisión en diferentes tarifas en distintos mercados del país. Si existe competencia ponen precios bajos, lo que es imposible de sostener para otro. ¿Por qué? Porque ellos compensan la pérdida de ganancias en un mercado con las ganancias que tienen en el otro. ¿El objetivo? Eliminar la competencia.

El caso de Punta Alta Visión es muy concreto. En 2008, el Grupo Clarín cobraba menos de 40 pesos mensuales contra los casi 90 que cobraba en el resto de país. Acá pueden verlo en las facturas que traigo. Incluían HBO y Movie City, hasta el fútbol codificado. Esto afectó al único competidor sobreviviente, Punta Alta Visión, que se vio forzado a no pasar los 47 pesos mensuales para no quedarse sin abonados.

Lo que buscan es erradicarlos del mercado, y después poner la tarifa a su antojo. Entonces, lo que aparece como un beneficio en primera instancia, se termina traduciendo en un perjuicio muy concreto.

Tanto las conductas predatorias como las barreras que impiden el acceso a nuevos actores producen afectaciones concretas en los derechos del público que vengo a representar.

Por eso hacemos propia la recomendación conjunta de las relatorías del mundo, 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 antimonopólicas”.

En esta inteligencia, entendemos que el artículo 45 de la ley constituye el mecanismo regulatorio específico para promover el pluralismo informativo y, a través de él, la dimensión social del derecho a la información.

Recordemos que en Francia se admite un servicio de televisión nacional y uno local, y están excluidos los medios gráficos que superen el 20 por ciento del mercado. Situaciones similares hay en Italia, en Inglaterra y en Estados Unidos, sólo por citar algunos casos.

En ninguno de estos países sería legalmente sostenible la posición del Grupo Clarín hoy. Bueno, en la Argentina tampoco, si fuera por la ley, por sus legisladores, si fuera por las manifestaciones populares que están afuera, que no han entrado aquí, a este lugar. Pero claro, ha sido posible por las medidas cautelares que ha dictado el Poder Judicial. (*Aplausos*)

Es importante que tengan en cuenta que, desde nuestro punto de vista, la eventual declaración de inconstitucionalidad tanto en la cantidad de licencias como en el límite de las señales que integran un servicio de comunicación audiovisual permitiría, por ejemplo, que un grupo económico acapare todas las señales que brinde su propio servicio, excluyendo a las demás. Una voz única, que lo digite todo y lo dirija todo, ante un Estado imposibilitado de actuar para salvaguardar el derecho a la comunicación, como está obligado a hacer.

En cuanto al artículo 41, desde la perspectiva de las audiencias resulta fundamental la plena transparencia en el conocimiento de quiénes son los licenciarios y la evaluación de su idoneidad, para saber desde qué lugares, con qué intereses se comunica, y esto sólo es posible con un Estado presente. No se trata de parámetros sólo económicos, se trata también de parámetros democráticos.

El artículo 161 es la herramienta diseñada por el legislador para que los límites a la concentración se hagan efectivos.

El año previsto por el legislador se cuadruplicó. No sólo fue una ventaja para el Grupo Clarín. Fue un daño al derecho de las audiencias y del público que represento.

¿Cuál sería la consecuencia de la aplicación del artículo 161 para el Grupo Clarín? La misma que para el resto. Se iniciaría un procedimiento administrativo en el que podrán articular todas las defensas que consideren adecuadas. Pero, ¿cuál sería la consecuencia de la no aplicación del artículo 161 en la esfera del derecho a la comunicación de toda la sociedad? Imposibilidad de elegir, de informarse con libertad, una democracia debilitada.

Traigo ante este Tribunal la perplejidad del público que se pregunta día tras día cuánto es el tiempo que esta Corte estima conveniente para que entre en vigencia una normativa antimonopólica.

Señor Presidente: proteger el nuevo foro, el ágora contemporánea, la ciudadanía comunicacional, es poner en práctica mecanismos que impidan la monopolización y la homogeneización de los múltiples sentidos culturales, permitiendo igualdad de acceso y de oportunidades.

¿Cuánto tiempo más debe esperar el público para que dejen de lesionar su derecho a una comunicación democrática? Vengo a decirles que ahora es tiempo de terminar con las posiciones dominantes o monopólicas, que ahora es tiempo de considerar la información como un derecho y no como una mercancía.

Estamos hablando del mismo grupo comunicacional que cuando tuvo la custodia de la libertad de expresión silenció un genocidio.

Es decisión de esta Corte permitir que la Argentina avance y profundice la democracia o hacerla retroceder treinta años en un segundo.

Yo sé que represento la honda que necesita David. Pero ahora es tiempo de que esta Corte decida quién es David y quién es Goliat. Para esta Defensoría del Público no hay dudas. Las audiencias, lesionadas por una concentración abusiva, depredatoria y cruel, son el David de esta historia.

Que Dios los ilumine para que vean lo mismo que vemos nosotros, para que escuchen lo mismo que escuchamos nosotros, y para que declaren la plena constitucionalidad de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. Muchas gracias. (*Aplausos*)

Sr. SECRETARIO (Dr. Abritta).- Realiza su informe ante el Tribunal, como *amicus curiae* independiente, el Centro de Estudios en Derecho y Economía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Expositor, doctor Juan Vicente Sola.

Dr. SOLA.- Excelentísima Corte: lamento quizá traer a este recinto un tono anticlimático.

En principio quiero agradecer a la Corte el gesto de haber invitado al Centro de Estudios de Derecho y Economía de la Universidad de Buenos Aires como *amicus curiae*.

El Centro de Estudios se dedica fundamentalmente al análisis económico del derecho, al derecho regulatorio y al derecho constitucional.

Debo decir, como constitucionalista, que en el Derecho Constitucional nos dedicamos a hacernos preguntas incómodas, y en el análisis de los artículos pertinentes de la ley 26.522 surgen algunas de respuesta particularmente compleja.

La primera son las presunciones que establece la ley de medios. En principio, en defensa de la competencia, se supone un análisis *ex post*. Si bien hay algunos casos *ex ante*, son excepcionales; generalmente fusiones de empresas. Pero el comportamiento previsto en una ley de defensa de la competencia es que hay una descripción de lo que es un monopolio o el abuso de posición dominante, y después se establece un procedimiento para establecer las sanciones, si existieran. Esas sanciones, además, están con un debido control judicial.

Y en este punto es importante rescatar –algo se ha dicho también– la importancia de las acciones de clase, creadas por Vuestra Excelencia en el caso Halabi y recientemente aumentadas en un caso de servicios Medicus.

Justamente, en el caso Comcast II, o en la Corte, lo que se debatió era la extensión que las acciones de clase tenían para definir los temas de defensa de la competencia en medios de comunicación.

Ahora, uno de los temas que plantea la ley es que define comportamientos *a priori*, es decir, establece comportamientos y establece sanciones, por lo menos de algún tipo, y no permite ninguna prueba en contrario ni ninguna forma de defensa judicial o de otro tipo.

Esto trae algunos problemas. El primer problema es definir qué es necesariamente un monopolio. La teoría económica ha variado en el tema de la definición de monopolio. Actualmente se habla de los mercados disputables. No solo alcanza que haya, por ejemplo, un único proveedor, sino que se requiere que haya barreras de entrada muy elevadas que impidan que otros ingresen, y además, que exista daño. Sin daño no hay monopolio.

Y prever que exista un monopolio antes de que ocurra el daño supone una situación, en gran medida, de indefensión. No disiento con muchas cosas que se han dicho aquí en materia de aplicación de normas antimonopólicas a los medios de

comunicación, pero no puedo dejar de negar que en todos los casos fueron comportamientos *ex post*.

El problema es que la ley de medios de comunicación tiene un problema suplementario: la difusión de ideas por decisión legal reduciría la oferta. Uno de los efectos inesperados de esta ley es la reducción de la oferta. No está garantizado que esa oferta sea reemplazada por otra. Eso puede ocurrir, pero no es necesariamente cierto. Y esto tiene algunos problemas de interpretación. El primer problema de interpretación es el problema de las escalas. ¿Qué tamaño tiene que tener una empresa de comunicación? ¿Qué tamaño puede tener cualquier empresa? La teoría ya la definió hace muchos años -en 1937- Ronald Coase, el premio Nobel; dijo que las empresas variaban en su tamaño de acuerdo a los costos de transacción. Es decir, había ciertas actividades que llamaban a empresas de mayor tamaño, y otras a otros. Es por eso que hay actividades empresarias que requieren una mayor escala.

No hay duda de que, por todo lo que se ha dicho acá, en algunos aspectos las empresas de comunicación serán de mayor escala que otras, porque son nuevas tecnologías, porque requieren un mayor avance en las nuevas formas de información.

Permítanme entonces, por el breve tiempo, decir algunos de los puntos o problemas que se plantean. Uno a los cuales me quisiera referir es qué escrutinio constitucional debe aplicarse a las restricciones que establece la ley. La primera es la que llamamos la prohibición de transferencias, en el artículo 41. Esta es una prohibición *ex ante*, porque establece una prohibición sin que hubiera una autoridad de aplicación que determinara estrictamente, basada en reglas, cuándo debe aplicarse o puede permitirse una transferencia o cuándo no puede permitirse. Una prohibición lisa y llana parece irrazonable y crea una sospecha de constitucionalidad.

El segundo punto es los límites a la multiplicidad de licencias y el límite al porcentaje de abonados en el artículo 45. Ya se ha hablado del caso Comcast sobre este punto. Esta teoría parte de una teoría económica de la década del 50, cuando había pocos canales de televisión y se suponía que iban a controlar toda la opinión y todos los medios de difusión. En la actualidad, esa doctrina ha sido abandonada. Las palabras del caso Comcast han sido muy elocuentes. Dice la Cámara de Apelaciones del Distrito de Columbia: “Estamos de acuerdo con Comcast que el 30 por ciento de límite de abonados es arbitrario y caprichoso. Por consiguiente, concedemos la petición.” “Arbitrario y caprichoso”.

También existe discriminación a favor de la televisión satelital, que cuenta con una licencia nacional que le permite vender servicios en todo el país, en contra de la televisión en cable. No hay duda de que la limitación de licencias de televisión por cable afectará la provisión de servicios de Internet. Puede haber localidades que no lo reciban. Ahora, esto, de todas maneras, no sabemos cómo va a evolucionar en el futuro. La única manera de preverlo es establecer un sistema de control *ex post*, es decir, estableciendo comportamientos y, después, estableciendo los castigos.

La otra es la situación de la televisión por suscripción frente a la televisión abierta. En este caso, las actividades empresarias son diferentes. La televisión paga obtiene sus ingresos por los abonados, por lo que esos empresarios buscan aumentar ese número. En cambio, la televisión abierta recibe ingresos de publicidad.

No se entiende por qué la ley establece una prohibición, porque la televisión por cable no utiliza un bien limitado, como el espectro radioeléctrico. Por ese motivo debiera ser dejada a las reglas del mercado, es decir, a las reglas de la competencia, con el control de defensa de la competencia, y no ser prohibidas directamente.

Queda además el caso de la integración vertical. La integración vertical es un tema que ha tenido mucho estudio en el presente, y en realidad, no se puede decir que se afecte, por integración vertical, la defensa de la competencia. Es preferible dejar la integración vertical y sólo hacer un control *ex post* cuando hay algunos inconvenientes que surgen.

¿Qué nivel de escrutinio tendría que aplicar la Corte, a nuestro criterio, en este caso? Primero tenemos varios temas de los que podríamos llamar “clasificaciones sospechosas”. El primero es el control *ex ante*, que la ley establece sin límite. El segundo es la distinción entre oferta por cable y oferta satelital. ¿Qué nivel de escrutinio, entre los tres, aparece? En esto yo creo que es prudente sostener la posición que ha tenido la Corte con respecto a presunción de legitimidad, por lo cual, el impugnante tiene que tener la carga de la prueba de demostrar la inconstitucionalidad.

Generalmente suponemos que hay un solo nivel de escrutinio. La Corte americana establece que hay tres: el nivel básico, el nivel intermedio y el nivel estricto. En esta situación, por afectarse derechos constitucionales, debe utilizarse un nivel estricto de control.

El segundo punto que nos llama la atención en esta ley es el tema de la desinversión. En este caso, nos parece que se trata de un caso de expropiación regulatoria, porque lo que hace es obligar a quienes tengan una propiedad, a venderla de una manera rápida, cuando no existe probablemente un mercado inmediatamente instalado de esa magnitud. Esto llevará a una baja de precios y causará un perjuicio similar al planteado en el caso *Lucas vs. South Carolina*, del año 1992, que estableció las reglas de la expropiación regulatoria.

Vayamos un poco al artículo 32. Nos ha parecido que esta norma es particularmente compleja porque afecta a la capacidad que tiene el gobierno de regular la libertad de expresión. La libertad de expresión tiene un contenido instrumental; por eso se dice que es eficiente. Hace cien años, Oliver Wendell Holmes, en el caso *Abrams c. United States*, planteó la idea del libre comercio de ideas, es decir, “la mejor prueba de la verdad...” –dijo- “...es el poder del pensamiento para ser aceptado en la competencia del mercado”, en el mercado de ideas, en el mercado de la sociedad. Es decir, la idea es que haya la mayor cantidad de voces y no las menores.

Por eso se permite la expresión de ideas, aun cuando digan falsedades, como es el caso de la real malicia, o se protege el discurso comercial con escrutinio estricto, aun cuando el discurso comercial es sesgado.

Pero la realidad es que una norma que defiende los medios de comunicación social, ¿puede afectar la libertad de expresión?

Esto fue planteado hace mucho tiempo. Entre las muchas citas posibles encontré una que me parece prudente, que es la de Bartolomé Fiorini, en 1960, en la cual citaba regulaciones o actos administrativos que afectan directamente la libertad de expresión, aun cuando no son temas de libertad de expresión.

Dijo, por ejemplo, que afecta la libertad de expresión “cuando las autoridades administrativas privilegian avisos oficiales y otorgan conformidad de facturas según el monto de los elogios que se prodigan”.

También hay restricción a la libertad de expresión “cuando por simples contratos administrativos de suministros, acciones o participaciones en empresas periodísticas de información por radiodifusión se dé privilegio a unos o a otros”.

También hay ataque “cuando se limitan o imponen trabas desiguales, por ejemplo para obtener stock de papel, o si permite obtenerlos a través de créditos oficiales”.

También existe ataque a la libertad de expresión “cuando un modesto jerarca administrativo prohíbe o retiene la recepción a plaza del certificado aduanero sobre máquinas de imprenta, repuestos o materiales de información”.

También “cuando un modesto estafetero de correo retiene periódicos” y “cuando se perfeccionan monopolios de información oficial o por el manejo discriminatorio de directorios que terminan defendiendo intereses gubernamentales”.

Finalmente señala “la propiedad de periódicos que sin ser oficiales se adquieren con los fondos que provienen de las arcas fiscales por medios de fáciles créditos”.

Todos estos están prohibidos a través de la regulación.

Ahora, ¿por qué les corresponde esta tarea a los jueces? Algo se ha dicho aquí sobre legisladores. Primero, porque existe un monopolio constitucional, que es el gobierno. Todo gobierno es, por definición, monopolista. Ejerce el poder militar, ejerce el poder de la seguridad, ejerce la capacidad de intervenir.

Porque, además, la libertad de expresión crea inseguridad en el gobernante, porque debe competir en elecciones, y siempre va a preferir que se dé una información que sea favorable.

Es por eso que las normas en general han dejado el control de la libertad de expresión –y las Constituciones lo han hecho– a los jueces. Esta es una tarea, la de definir la libertad de expresión, la de proteger la prensa independiente, la de determinar si hay monopolios a la información, que solo los jueces, es decir, alguien independiente, puede realizar.

Esto es lo que en la nueva doctrina constitucional se llama la regulación a través del litigio. Es decir, una norma que no ha sido analizada y aplicada judicialmente no es una norma completa, es una norma hipotética. Es el juez, o los jueces, los que harán la regulación final.

Las leyes no deben limitar el control judicial sino ampliarlo, de manera que en caso de presunciones como éstas, que tienen sospecha de constitucionalidad, el tema pueda ser resuelto.

Excelentísima Corte: yo no puedo asesorar a la Corte en este tema, sólo puede dar información. Entonces, corresponde a ustedes que tomen la decisión que nosotros esperamos. Muchas gracias.

Sr. SECRETARIO (Dr. Abritta).- En defensa de los intereses generales, expresa su opinión ante el Tribunal la procuradora general de la Nación, doctora Alejandra Gils Carbó.

Dra. GILS CARBÓ.- Señores ministros de la Suprema Corte: el caso que hoy nos ocupa empezó un tiempo antes del tratamiento de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, cuando un grupo económico solicitó una medida cautelar para impedir el debate de esa ley, alegando que violaría su libertad de expresión.

La Justicia la rechazó y la ley fue sancionada. De ahí en más, este grupo económico inició un derrotero judicial donde obtuvo medidas cautelares, prórrogas de medidas cautelares -fustigadas por la Corte-, medidas cautelares por si acaso en distintas jurisdicciones del país, recursos. Y hoy, después de cuatro años, todavía estamos discutiendo si es constitucional una ley aprobada por amplias mayorías en el Congreso y que goza de amplio consenso popular.

Ese grupo, según surge de sus estados contables, monopoliza la producción nacional de papel de diario a través de Papel Prensa, es el principal editor de diarios de la Argentina y uno de los productores de contenidos editoriales de mayor relevancia en América Latina. También tiene una importante actividad en el mercado editorial de libros de texto. Es dueño de cadenas de librerías, de tiendas de venta *on line* de libros.

En el ámbito de los contenidos digitales, el grupo desarrolló la más amplia red de portales y contenido digital de la Argentina. Cubre noticias, entretenimientos, deportes, avisos clasificados, venta directa, *e-commerce*, fotografía digital, video, blogs, foros de chat, música, contenido de telefonía móvil, y un navegador. Esta red permite replicar en Internet la presencia y la importancia de los distintos medios *off line* de que dispone Grupo Clarín.

Ninguna de las actividades vinculadas a esta clase de información ha sido restringida o limitada por la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual.

En lo que hace al campo audiovisual explota los siguientes medios: cuatro licencias de televisión abierta, ocho señales de contenido, ocho licencias de radio AM y FM en las principales ciudades del país. Además controla las mayores productoras audiovisuales de Argentina: Pol-ka Producciones, Ideas del Sur, Patagonik Film Group.

Por último, explota 180 licencias de servicios de televisión por cable y es el principal prestador de servicios de conexión a Internet.

Los argumentos que este grupo empresario invoca para impedir la aplicación de la ley es que viola su libertad de expresión y su derecho de propiedad.

Lo que yo voy a destacar en esta audiencia es la estrategia seguida por las actoras de desviar la atención de las cuestiones que son relevantes para introducirnos en el terreno de las falacias.

Las falacias son razonamientos que se presentan como correctos, pero a poco que se los analiza se ve que no lo son.

La primera falacia es presentar este caso como un conflicto entre un gobierno y una empresa. De esta manera se simplifica la realidad, se ocultan los bienes sociales y colectivos en juego, se minimiza el poder del grupo empresario, y desde esa posición de falsa debilidad se invoca la lesión al derecho a la expresión y a la propiedad.

Así se desvía la atención de la cuestión principal, que lo que está en juego es uno de los bienes más preciados de la República: la libertad de información y la libertad de expresión, que son necesarias para construir el libre consenso en una democracia.

La sentencia recurrida siguió esa línea de razonamiento propuesta por las actoras. Eludió totalmente la consideración de los bienes sociales en juego, eludió analizar la potencialidad de este grupo empresario para ponerlos en peligro, prescindiendo del hecho relevante de que la concentración mediática es contraria a la libre información y a la libre expresión, que la concentración de medios es incompatible con la formación de una voluntad popular libre en la democracia.

Se presentaron peritajes económicos y contables que en ningún momento tuvieron en cuenta el bien sensible que producen estas empresas: la información. Como si la libertad de expresión pudiera estar subordinada a intereses económicos de una empresa en particular.

El discurso que presentaron a favor de los beneficios de escala que proporcionan las concentraciones económicas es muy falaz. La regulación de los monopolios existe justamente por el poder omnímodo que estos tienen de fijar precios y la posibilidad de dar prestaciones de mala calidad, a falta de competencia. Justamente, las regulaciones antimonopólicas existen para evitar que se perjudique al consumidor, para evitar que los beneficios que proporciona la escala redunden en exorbitantes ganancias empresarias.

El acceso a las nuevas tecnologías, que según estos peritajes cambia el panorama y torna obsoleta la ley, también es falaz. Hay un recurso limitado, que es el gasto publicitario, que deben compartir todos aquellos que intenten emprendimientos en el sector y que producen una saturación del mercado, estableciendo un límite que las nuevas tecnologías no superan.

En conclusión, los argumentos que se oponen frente a una ley que protege el bienestar general y colectivo y los pilares del sistema democrático, son intereses individuales patrimoniales.

Otra gran falacia es presentar la regulación de medios audiovisuales como un avasallamiento a la propiedad privada de una empresa. Por empezar, no estamos en el ámbito del derecho privado, sino del derecho público administrativo. Las licencias del mercado de radiodifusión, de medios audiovisuales, las otorga el mercado, están sujetas

a requisitos cuyo incumplimiento apareja sanciones, apareja caducidades. Quien eligió realizar esa actividad, eligió adecuarse a una regulación legal.

La actora reclama daños y perjuicios que son conjeturales, no ocurridos, cuando habla de la violación de su derecho de propiedad, porque lo que supone la aplicación de la ley es que desinvierta, y esa desinversión que supone transferir al mercado parte de la empresa significa un reembolso, un recupero, de manera que hasta hoy esos daños son meramente conjeturales e hipotéticos.

Y lo que todavía es más importante y definitorio es que para que haya daño a la propiedad privada, ese daño debe ser injusto. En ese plano hay que distinguir lo que es el derecho adquirido a la propiedad privada y lo que es la política del hecho consumado. Los principales mojones de esta conformación de concentración mediática provienen de reiteradas violaciones a la ley anterior de radiodifusión, a decisiones administrativas sobre las que se construyó esta concentración.

La piedra angular tuvo lugar en el año 1977, durante la dictadura militar, con la adquisición de la única fábrica de papel de diario, Papel Prensa, cuando el monopolio del papel de diario pasó a manos de tres medios gráficos. Hoy se investiga si esos hechos constituyeron delitos de lesa humanidad, y si hubo participación en el terrorismo de Estado a través del silencio necesario para que ocurrieran 30 mil víctimas del terrorismo de Estado, entre ellos, centenares de periodistas que fueron desaparecidos y más de 500 apropiaciones de bebés.

Debo aclarar que esta mención es relevante en este caso, porque la ley de servicios de comunicación audiovisual no prohíbe a los propietarios de medios gráficos operar en el mercado de la comunicación audiovisual, como ocurre sí en otras legislaciones -en Estados Unidos, en Alemania, en Australia y en Reino Unido-, lo que indica que la ley de servicios de comunicación audiovisual supera ampliamente los estándares de razonabilidad en la regulación.

Otro de los mojones de la construcción de este conglomerado mediático ha sido la fusión monopólica de las compañías Multicanal y Cablevisión. Mientras tramitaba el proceso administrativo de aprobación de esta fusión, que fue aprobada bajo la presidencia de Néstor Kirchner, como fiscal general de la Cámara Comercial impugné por nulidad la fusión monopólica, por violar la anterior ley de radiodifusión y leyes federales especiales, con la convicción del peligro que implicaba la concentración de los medios para los valores democráticos, y con esa misma convicción sigo sosteniendo hoy la necesidad de una ley de medios audiovisuales que limite esta actividad y que limite las concentraciones, en ejercicio del deber constitucional que tengo, de defender el interés general de la sociedad.

Le solicito, pues, a esta Corte, que dicte un fallo histórico develando las falacias de este proceso. No puede haber derechos adquiridos ni violación de la propiedad privada a partir de una posición construida violando derechos humanos: el de recibir información plural, entre ellos. Esa posición nació con un oligopolio vertical en la prensa escrita durante el terrorismo de Estado; siguió con la complacencia de gobiernos democráticos, violando los estándares de las leyes de radiodifusión vigentes, que además marginaban al sector de entidades sin fines de lucro, obteniendo excepciones legislativas, obteniendo fallos judiciales contrarios a las leyes vigentes, y todo ello

gracias al inmenso poder de *lobby* de un grupo multimedio, que no exagero de calificar que tiene una potencialidad extorsiva, que es la que proporciona la concentración mediática, y escalando beneficios patrimoniales que fueron conseguidos a costa de los competidores en el mercado, con abuso de posición dominante.

Hoy, señores ministros, son los medios concentrados los que ponen en jaque el poder de los gobiernos democráticos, y esto lo evaluaron también los legisladores de los distintos partidos que votaron esta ley.

Le pido a la Corte que valore el peso relativo de los reales intereses en juego: el interés económico de un grupo concentrado en no desinvertir y en mantener la concentración mediática, y por el otro, la tutela efectiva de derechos fundamentales vinculados a la libre información y a la soberanía del pueblo, porque para que esa soberanía se mantenga es necesaria la libertad, y ésta requiere recibir información plural. Son valores irrenunciables para que exista una democracia sustancial y no meramente formal.

Le pido a la Suprema Corte que garantice el derecho de todos los argentinos a brindarse, a través de sus representantes en el Congreso, una ley que garantice en forma amplia la comunicación democrática, pronunciándose en favor de la constitucionalidad de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Lorenzetti).- Muchas gracias, señora Procuradora. La Corte agradece la opinión que nos ha brindado la representante del Ministerio Público de la Nación.

Queremos agradecer también, muy especialmente, a todas las entidades y personas que han participado en calidad de amigos del Tribunal, por la seriedad con que lo han hecho, por la diversidad de su opiniones, por los diferentes enfoques que nos han brindado. Creo que esto enriquece la opinión que va a tener la Corte, y por eso los hemos convocado, en virtud de las acordadas previas del Tribunal en esta materia de amigos, de *amicus curiae*.

Esto tiene importancia no solo para el caso que tenemos que tratar dentro del Tribunal, sino también para el público en general, porque es un modo muy importante de participación pública, como lo dice nuestra acordada de abril de este año en materia de amigos del Tribunal.

También queremos señalar que esta audiencia se transmite en directo, a través del Centro de Información Judicial, pero también queremos agradecer la enorme participación de todos los periodistas de los canales de televisión oficial, de los canales privados, que están transmitiendo esta audiencia, porque esto hace que la sociedad entera pueda participar y oír diferentes voces.

La decisión del Tribunal, al día de hoy, es hacer un cuarto intermedio hasta mañana a las 10, en que tenemos que escuchar a las partes y hacer las preguntas que la Corte tiene preparadas a las partes que son actores y demandados en este proceso.

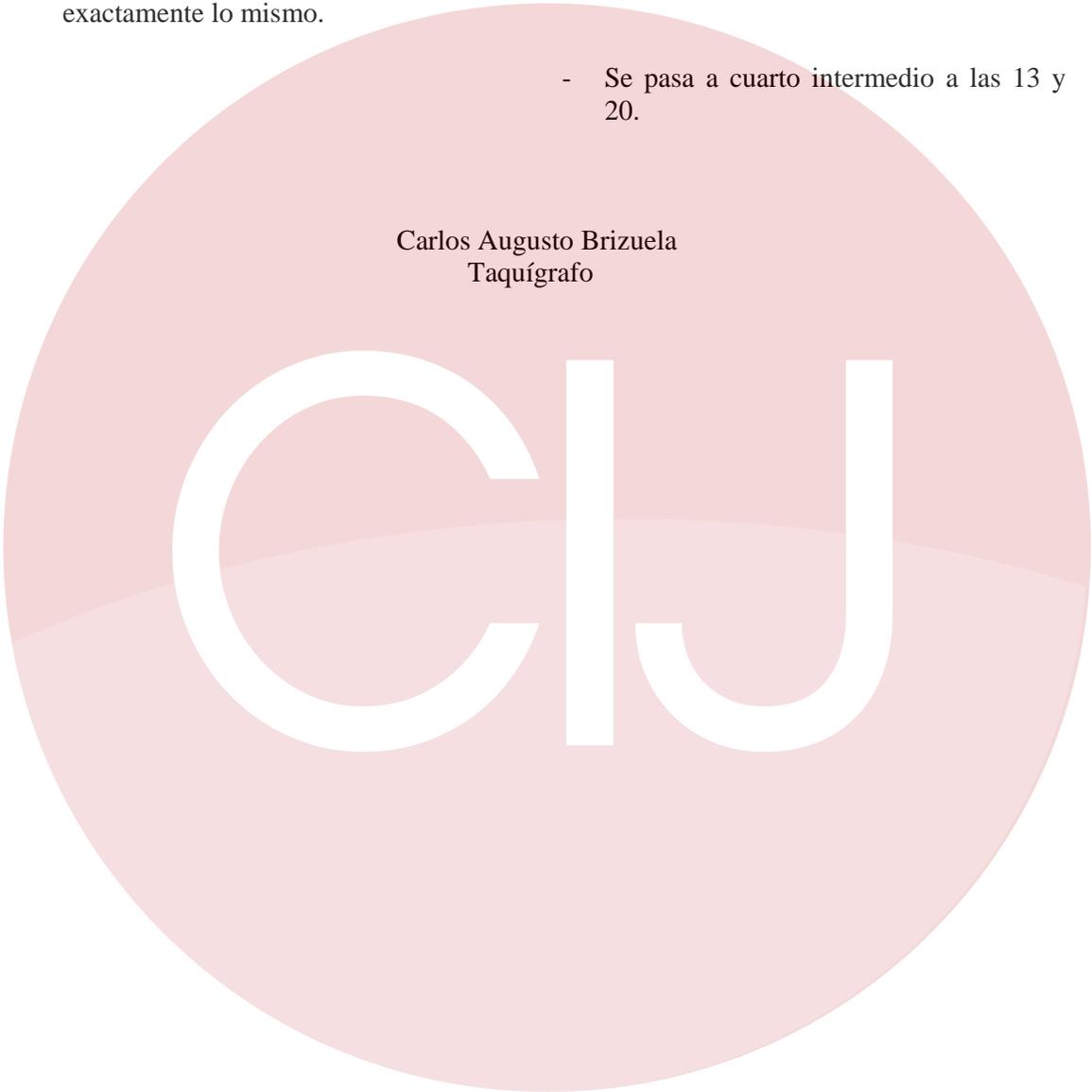
De manera que vamos a hacer un cuarto intermedio para reflexionar sobre todo lo que hemos escuchado y preparar las preguntas del día de mañana, y están todos invitados a participar de la continuidad de esta audiencia.

Muchas gracias a todos por su participación.

Sr. SECRETARIO (Dr. Abritta).- Quienes han expuesto ante el Tribunal, si tienen interés en firmar el acta, pueden pasar por este escritorio; expositor o representante, es exactamente lo mismo.

- Se pasa a cuarto intermedio a las 13 y 20.

Carlos Augusto Brizuela
Taquígrafo



CIJ