

La constitucionalidad de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual: consolidación de derechos para profundizar un nuevo paradigma¹

1. INTRODUCCIÓN

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que confirmó la constitucionalidad de la ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, a 4 años de su sanción, resultó el principal hecho jurídico, histórico y político de 2013 en materia de libertad de expresión en Argentina. A 30 años del retorno de la democracia, asume plena vigencia en su totalidad la ley que reemplazó la normativa de radiodifusión de la dictadura. El nuevo paradigma regula los medios audiovisuales a partir de los principios de pluralismo y diversidad reconocidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano ratificados por nuestro país.

En este capítulo se propone un análisis de las audiencias públicas convocadas por la Corte antes de emitir su fallo y la relevancia a nivel local de los principios de libertad de expresión que reconoce, en particular la potestad del Estado para regular la comunicación, en cierto modo equivalente a nivel nacional a la trascendencia que implicó la opinión consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel regional.

A su vez, se abordarán otras cuestiones relevantes que tuvieron lugar en 2013 y los principales desafíos pendientes en la materia, en temas como acceso a la información y el establecimiento de pautas claras y criterios para la asignación de publicidad oficial. Por último, 2013 también fue el año en el que se sancionó una nueva normativa en Ecuador y se trató un nuevo proyecto de ley en Uruguay, hechos del panorama latinoamericano que ponen en contexto el caso argentino.

2. EL AÑO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LSCA

La sentencia de la Corte Suprema tiene enormes implicancias para el sistema democrático argentino, en la medida que confirma la potestad del Estado para asumir la regulación del sistema de medios audiovisuales. A pesar de los 4 años de demora de trámites judiciales y estrategias dilatorias del Grupo Clarín, la confirmación de constitucionalidad de los artículos cuestionados ratificó que no fue probado en ningún momento de la causa que exista una afectación de la libertad de expresión.

¹ Este capítulo fue elaborado por Diego de Charras* y Mariela Baladron, integrantes del Área de Comunicación del CELS (*hasta 2014)

La estrategia de dilación y obstaculización de la norma a través de la justicia² pretendió iniciarse aún antes de su aprobación en octubre de 2009, cuando tenía media sanción de la Cámara de Diputados y había sido girada a Senadores para su tratamiento. Tras ese primer intento fallido, el 16 de diciembre en Buenos Aires el juez federal Edmundo Carbone, a cargo del Juzgado Civil y Comercial Federal nº1, hizo lugar a una medida cautelar presentada por el Grupo Clarín. Se cuestionó la constitucionalidad de los artículos 41, 45, 48 y 161. Carbone suspendió parcialmente la aplicación de los arts. 41 (que prohíbe la transferencia de licencias y autorizaciones para prestar servicios de comunicación) y 161 (que establece un plazo de un año desde la conformación de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual –AFSCA- y el dictado de los reglamentos de transición para la adecuación de los actuales prestadores a la nueva regulación).

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

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

² Para un recorrido detallado por las diferentes causas véase CELS “Libertad de expresión y derecho a la información. Luces y sombras en el camino hacia el ejercicio pleno de una ciudadanía comunicacional” en Derechos Humanos en Argentina Informe 2013, “Libertad de expresión y derecho a la información. Nuevas voces y antiguos desafíos para la ampliación del debate democrático”, en Derechos Humanos en Argentina Informe 2012 y “Libertad de expresión y derecho a la información. Tensiones y desafíos en torno a la democratización de la palabra” en Derechos Humanos en Argentina Informe 2011.

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

2.1. COMO DEBEN SER LOS AMICUS

El martes 23 de abril la CSJN firmó una acordada (7/2013) donde dispuso los lineamientos generales para la presentación de *amicus curiae*. Pasó casi desapercibida pero, para los buenos observadores, dio una pauta de lo que vendría. Esta acordada se conjugaría con una anterior (30/2007) que disponía los lineamientos de la realización de audiencias públicas.

Si bien el “amicus” es un instrumento del derecho relativamente instituido hace años, recién en esta oportunidad el máximo tribunal dispuso las pautas de su puesta en práctica. Hasta ese momento, los magistrados de cada instancia decidían si hacían lugar o no a su presentación. En consecuencia, la acordada de la Corte implicó un avance sustancial: reconoció la herramienta y asignó criterios para su utilización. Sin embargo, dispuso ciertas obligaciones y consideraciones que recibieron cuestionamientos (ver infra). En cualquier caso, el reconocimiento y ordenamiento significó un logro para las organizaciones de la sociedad civil que suelen apelar a este instrumento con frecuencia.

La Corte dispuso en la acordada que el “Amigo del Tribunal deberá ser una persona física o jurídica con reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito [deberá fundamentar] su interés para participar en la causa y [...] expresar **a qué parte o partes apoya en la defensa de sus derechos**”, si ha recibido de ellas financiamiento o ayuda económica de cualquier especie, o asesoramiento en cuanto a los fundamentos de la presentación, y si el resultado del proceso le representará -directa o mediatamente- beneficios patrimoniales”⁴.

En un puñado de artículos la Corte explicitó las causas, los plazos y los formatos en los que podrá hacerse uso de la herramienta. Asimismo, definió que “la actuación del Amigo del Tribunal tiene por objeto enriquecer la deliberación en cuestiones institucionalmente relevantes, con argumentos fundados de carácter jurídico, técnico o científico, relativos a

³ El destacado es nuestro.

⁴ Para un análisis de la idea de imparcialidad “fuerte” y “débil” en los memoriales véase Orlando, Federico, “Amicus son los amicus”, 12 de septiembre de 2013, en *Pensar al Derecho*, disponible en: <http://pensaralderecho.tumblr.com/post/61012247399/amicus-son-los-amicus>

las cuestiones debatidas” y dispuso que aquel tercero que desee intervenir en una causa “deberá expresar la naturaleza del interés” y “las razones por las cuales considera que el asunto es de trascendencia o de interés público”. A su vez, “el Amigo del Tribunal no reviste carácter de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a éstas. Su actuación no devengara costas ni honorarios judiciales”. Por otra parte, especificó su alcance y propósito: “Las opiniones o sugerencias del Amigo del Tribunal tienen por objeto ilustrar a la Corte Suprema. No vinculan a ésta pero pueden ser tenidas en cuenta en el pronunciamiento del Tribunal”.

2.2. EL DICTAMEN DE LA PROCURACION GENERAL

El 2 de julio de 2013, la Corte Suprema envió a la Procuración General de la Nación (PGN) las causas vinculadas con la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual para que su titular, Alejandra Gils Carbó, dictamine acerca de la constitucionalidad de los artículos de la norma que habían sido cuestionados por el demandante. Del acuerdo participaron Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, Raúl Zaffaroni, Enrique Petracchi y Carmen Argibay, y se remitió a la procuración los expedientes "Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa" y los recursos presentados por el Estado.

El gobierno nacional cuestionó que la sala I de la Cámara Federal en lo Civil y Comercial de Buenos Aires hubiera declarado la inconstitucionalidad de los artículos 45 y 48 de la ley 26 522 realizando una interpretación favorable al Grupo Clarín. Estos artículos están referidos a la transferencia y multiplicidad de licencias, a las prácticas de concentración indebida y el proceso de adecuación a la norma. La AFSCA, por su parte, sostuvo que la sentencia de la Cámara que declaró la inconstitucionalidad de esos artículos implicó un ejercicio abusivo de las competencias de ese tribunal y se arrogó una “indebida injerencia en funciones legislativas”.

La solicitud de dictamen a la PGN constituye un paso previo necesario para la sentencia de la Corte. A pesar de que esta instancia no resulta vinculante, sus términos suelen ser (y lo fueron) de enorme importancia para el máximo tribunal a la hora de la resolución final.

La procuradora general no hizo esperar la opinión. La misma Corte había insistido a las diversas instancias judiciales, en su fallo del 22 de mayo de 2012, sobre la necesidad de que la resolución se diera con la mayor celeridad. No obstante, en 2013 se cumplían ya cuatro años de tratamiento del expediente. Alejandra Gils Carbó presentó en menos de diez días un dictamen indubitable. No existían dudas acerca de la constitucionalidad de la norma.

En primer lugar, el dictamen sostuvo que la Cámara se arrogaba facultades ajenas y su sentencia resultaba arbitraria ya que los jueces, en lugar de analizar la situación y poner en efecto las normas vigentes para resolver la cuestión planteada por las partes, optaron por tomar el rol que le corresponde a los legisladores y valorar si las disposiciones de la

normativa son acertadas, asunto que ya había sido debatido en el Congreso durante el tratamiento de la ley. Además, señaló que el ámbito de las ideas, la información y la comunicación, con sus particulares características y relevancia para el ejercicio de la democracia, también fuera atravesado por los procesos de liberalización y expansión de las nuevas tecnologías que implican el riesgo del ejercicio de prácticas anticompetitivas y una tendencia a la concentración económica, también en esos mercados.

A su vez, enfatiza que el fallo de Cámara “asigna a la libertad de expresión un contenido decimonónico que se limita a prohibir la intervención del Estado en la esfera privada del individuo y relega la contracara de ese derecho que demanda una protección activa del Estado”.

La procuradora cuestionó que la sentencia se centrara en proteger los intereses patrimoniales de los demandantes y no tomara en cuenta los derechos en juego de la otra parte, en este caso de la ciudadanía a acceder a una mayor pluralidad de contenidos, ideas e información. Así, la Cámara analizó los artículos cuestionados de la ley partiendo de una valoración desequilibrada de los derechos en juego, privilegiando uno de los intereses (el de propiedad) y menospreciando la libertad de expresión desde un punto de vista colectivo o social. Del mismo modo, la Procuración realizó observaciones sobre el peritaje y el “análisis de sustentabilidad económica” en el que se basó el fallo, ya que se expresa en relación a los beneficios económicos de la concentración horizontal y vertical para el demandante pero no toma en consideración de los riesgos de su impacto negativo sobre la ciudadanía en su conjunto para formar parte del debate público y acceder a información diversa.

Subrayó que “la regulación de las concentraciones en el ámbito de los medios de comunicación exige examinar la situación de un mercado, que no es cualquiera sino uno en que el bien de intercambio es particularmente sensible —la información— y en el cual se pone en juego cada día la vigencia efectiva de derechos fundamentales y libertades públicas que exceden lo meramente material y económico”. Para la PGN, el tribunal de segunda instancia en su sentencia insistió “en preservar los intereses patrimoniales de los demandantes, sin que se advierta igual tesón en respetar los derechos de la ciudadanía a contar con una mayor pluralidad informativa, de ideas y de contenidos”. Y finalizó con una mención que pone el énfasis en los derechos en juego: “la libertad de empresa de los medios de comunicación no puede jugar en el plano del derecho constitucional un papel autónomo desligado de la efectividad del entramado de derechos, garantías y valores que la Constitución Nacional consagra en beneficio de toda la ciudadanía”.

2.3. PRIMERO LAS AUDIENCIAS PÚBLICAS

El 27 de agosto de 2013 se cumplió otro aniversario del “Día de la radiodifusión”, fecha en que se conmemoraron los 93 años del inicio de la radio en nuestro país. Quizás como una paradoja del destino (o no), para los días siguiente y subsiguiente, la CSJN convocó a dos audiencias públicas con el objeto de escuchar e interrogar a actores sociales que

representaron los distintos posicionamientos alrededor de la cuestión de la regulación de los servicios de comunicación audiovisual en Argentina.

A partir de la acordada de abril como parámetro, el máximo tribunal requirió para el primer día la presentación de *amicus curiae* pero con una pauta mucho más estricta: serían 5 presentaciones por cada una de las partes, el escrito no superaría las 20 páginas de 26 renglones y tendrían 15 minutos de exposición oral. El segundo día sería el turno de las partes.

No fueron pocos los que creyeron que la convocatoria constituía una estrategia dilatoria más de parte de una justicia que había demostrado poca voluntad de resolución en cuatro años. No obstante, otros recordaron que la Corte había apelado a las audiencias en reiteradas oportunidades y que había resultado una instancia sumamente valiosa de visibilización de argumentos y que, aunque mediada, daba una posibilidad de participación social previa a la sentencia. En algún sentido, podía permitir adelantar los fundamentos de la sentencia y dejar establecidas las fortalezas y debilidades de los argumentos de las partes⁵.

Por el Grupo Clarín expusieron el Observatorio Iberoamericano de la Democracia [orador: Asdrúbal Aguiar Aranguren]; la Organización de Asociaciones de Empresas de Televisión Pagada para Iberoamérica [orador: Eduardo Oteiza]; la Asociación Internacional de Radiodifusión (AIR) junto a la Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas (ADEPA) [oradores: Luis Pardo y Carlos Laplacette]; el Comité del Consumidor (CODELCO) [oradores: Andrés Gil Domínguez-Eliseo Verón] y Lucas Sebastián Grossman [abogado, orador].

Por parte del Poder Ejecutivo Nacional hicieron uso de la palabra la Asociación Argentina de Juristas [orador: Beinusz Szmukler]; la Universidad Nacional de San Martín [orador: Carlos Ruta]; la Universidad Nacional de Lanús [orador: Víctor Abramovich]; la Confederación Cooperativa de la República Argentina (COOPERAR) [orador: Miguel Rodríguez Villafañe] y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)⁶ [oradores: Horacio Verbitsky y Damián Loreti].

Como *amicus* independientes la CSJN dispuso también la intervención de la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual [oradora: Cynthia Ottaviano] y el Centro de Estudios en Derecho y Economía (Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires) [orador: Juan Sola].

Por su parte, el Ministerio Público de la Nación expuso a través de la figura de la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó.

⁵ Para una profundización de ese argumento véase la opinión de Gustavo Maurino en su blog *Hablando bajo*: “Ahora sí, el asunto de la ley de medios”, disponible en: <http://hablandobajo.blogspot.com.ar/2013/08/ahora-si-el-asunto-de-la-ley-de-medios.html>

⁶ El texto del *amicus curiae* presentado por el CELS está disponible aquí: http://www.cels.org.ar/common/documentos/Amicus_LSCA_28.08.2013.pdf

Puede decirse, sin dudar, que el resultado de la primera jornada de audiencia fue institucionalmente saludable. Permitió ver una antesala de los argumentos que se profundizarían al día siguiente, pero sobre todo, aportó claridad a una multitud de ciudadanos que seguían la audiencia desde una movilización en Plaza Lavalle o desde sus casas. Se vislumbró de un modo transparente, por primera vez y para la población en su conjunto, qué se discutía. Así, se destacaron las exposiciones de Oteiza, Gil Dominguez y Grossman como *amicus* por el Grupo Clarín como demandante y las de Abramovich, Villafañe y Verbitsky-Loreti por la parte del Estado. Fueron clarificadoras las exposiciones de la Defensora del Público de Servicios Audiovisuales y de la Procuradora General.

Aquí vale señalar algunas cuestiones de relevancia: a) en primer lugar que la representación del Grupo Clarín fue sustentada primordialmente por cámaras empresarias extranjeras (no lograron el acompañamiento de las cámaras nacionales, lo que reforzó el argumento estatal acerca de sus prácticas predatorias y las consecuencias sobre el sistema de medios); b) de acuerdo a lo requerido por la Corte, y cuestionado por el presidente del CELS, el *amicus curiae* se convirtió en *amicus partis*, es decir, obligó a los amigos del tribunal a alinearse con una parte cuando la institución del *amicus* debería radicarse en fundamentos de derecho y no en la defensa de alguna de las partes; c) los estándares internacionales de derechos humanos fueron citados por las partes en reiteradas oportunidades, pero los argumentos a favor de Clarín tuvieron que sesgarlos (obviando o cambiando palabras de las Relatorías) o bien desestimarlos (indicando que el Informe Anual 2004 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH había sido escrito por un pasante) En relación a esto último, las palabras textuales de Lucas Grossman ante la Corte fueron las siguientes: “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.”⁷

Al día siguiente intervinieron las partes con sus respectivas exposiciones y las posteriores respuestas a los interrogantes de los ministros de la Corte.

Por el Grupo Clarín expusieron Angélica Gelli, Alejandro Carrió y Damián Cassino. Como asistentes participaron Martín Etchevers, Carlos Winograd, Carlos Moltini, Gabriel Bouzat, María Páez, Felipe Llerena y Miguel Fernández, y como técnicos, Mariano Legarburn y Tomás Vio.

Por la parte del Poder Ejecutivo Nacional (PEN), el orador principal fue Martín Sabbatella y los asistentes Eduardo Barcessat, Graciana Peñafort Colombi, Pablo Wiznia, Angelina Abbona, Horacio Diez, Sergio Iurano, Sergio Landin, Horacio Seillant y Pedro Sequeira, y como técnicos, Sofía Nube Porley y Fernando Torriate.

Más allá de los roles formalmente adjudicados, los papeles protagónicos estuvieron asignados a Damián Cassino y a Graciana Peñafort. En el caso de Cassino, por la

⁷ Los videos completos de las audiencias están disponibles en: <http://www.cij.gov.ar/ley-de-medios.html>

dubitativa endeblez que demostró a la hora de indicarles a los jueces de qué modo la ley afectaba la libertad de expresión del Grupo Clarín por fuera de los aspectos meramente patrimoniales. El abogado expresó que “la afectación a la libertad de expresión se da porque se afecta la subsistencia y hasta la independencia. En la pericia económica se explicó que con la aplicación de la ley, Clarín no va a poder atender los pagos de la deuda contraída y no va a poder hacer las inversiones que requiere.”

En cambio, Peñafort, coautora del texto de la ley, se destacó por la contundencia de sus respuestas y observaciones ante las decenas de preguntas del tribunal. Entre los múltiples argumentos que justifican los límites que dispone el artículo 45, explicó que “el volumen que hoy tiene el Grupo Clarín impide, ya sea por medidas proactivas a través de prácticas predatorias o medidas disuasivas, como la capacidad ociosa, el ingreso de nuevos competidores”, lo cual imposibilita la generación de nuevos espacios para la pluralidad de voces que promueve la ley. Y ante la pregunta de la Corte sobre las fuentes que se tomaron para establecer los máximos de licencias de ese artículo, Peñafort explicó que “se tuvieron en cuenta los antecedentes en defensa de la competencia, la información interna que tenía el organismo de aplicación, en ese momento el COMFER, por supuesto el legislador, cuando relató sus realidades locales, y a través de audiencias. Es importante destacar que esta ley no surgió de un escritorio, fue discutida durante más de un año en 24 audiencias públicas a lo largo y ancho del país.”

2.4. LUEGO LA SENTENCIA

Finalmente, tras cuatro años de espera, el 29 de octubre de 2013 se publicó la sentencia que dispuso la constitucionalidad de los cuatro artículos cuestionados de la ley 26 522. Una vez más, no faltaron las especulaciones acerca del contexto histórico y político para que la CSJN hiciera público su fallo. Con razones tal vez acertadas, tal vez no, el hecho es que 48 horas después de las elecciones legislativas nacionales y un día antes de cumplirse 30 años de las primeras elecciones post dictadura, se publicó el fallo de la Corte sobre la mal llamada “Ley de medios”. Quizás, como planteó Guillermo Mastrini, fue “el mejor homenaje que se le puede hacer al treinta aniversario de las elecciones de 1983. Que otra cosa sino, que un país donde los poderosos sean un poco menos poderosos, y la sociedad un poco más democrática.”⁸

La mayoría de los ministros (6 a 1) sentenciaron que la norma, o más precisamente los artículos impugnados, eran constitucionales y convencionales. “No se encuentra afectado el derecho a la libertad de expresión del Grupo Clarín, en tanto no ha sido acreditado que el régimen de licencias que establece la ley ponga en riesgo su sustentabilidad económica”, marcó el voto de mayoría. Las disidencias parciales que firmaron el juez Juan Carlos Maqueda y Carmen Argibay no desacreditaron el voto mayoritario aunque fueron divergentes a la hora de mensurar la caducidad de las licencias. Sólo el voto del

⁸ “Justo y adecuado”, Miradas al Sur, 3 de noviembre de 2013, disponible en: <http://sur.infonews.com/notas/justo-y-adecuado>

juez Carlos Fayt negó la potestad regulatoria del Estado y ratificó la sentencia de la Cámara Civil y Comercial.

En consecuencia, es posible coincidir con Fernando Krakowiak cuando plantea que “el fallo es contundente porque no sólo deja en claro que la ley de SCA no afecta la libertad de expresión, sino porque la reivindica como un instrumento válido para garantizarla, sentando un precedente histórico que será difícil desconocer.”⁹

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

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

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

La letra del fallo dejó claro que nada hubiera sido igual sin las audiencias públicas. Tal como sostiene Gustavo Arballo: “si al Estado le hubiera ido mal [en las audiencias] la ventana de posibilidad de un fallo favorable se le cerraba (...) esos dos días (que tantos opinadores desdeñaban como una puesta en escena meramente dilatoria) cambiaron las cosas, marcaron la cancha de lo que captaron los votos, y en buena medida el sentido de la decisión de la Corte, y buena parte de la cuota parte de ese cambio de sentido puede y debe personalizarse en los ochenta y pico minutos de exposición de Graciana Peñafort”¹⁰. Es más, incluso en algún momento se aventuró que algunos ministros habían impulsado las audiencias con intenciones diferentes a las explicitadas formalmente. Si hubiera sido el caso, el resultado obtenido fue opuesto al buscado. Para la periodista Irina Hauser, algunos jueces pensaron que “sería un boomerang para el Estado y resultó que quedaron claras las posiciones: quién defendía intereses económicos y quién defendía derechos

⁹ “La importancia del Estado regulador”, Página/12, 31 de octubre de 2013, disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-232533-2013-10-31.html>

¹⁰ “Fallo final de Ley de Medios a primera vista: la sustancia y el contorno”, publicado el 29 de octubre de 2013 en el Blog *Saber Leyes no es Saber Derecho*, disponible en: <http://www.saberderecho.com/2013/10/fallo-final-de-ley-de-medios-primera.html>

amplios y colectivos. La audiencia fue ganancia pura para la sociedad, que pudo ver esa puja clara como el agua”.

2.4.2 Derecho individual y colectivo: el rol del Estado

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

Así, tomando de referencia la opinión consultiva OC 5/85 y casos de la Corte IDH como “Herrera Ulloa”, “Ricardo Canese”, “Kimel” y otros, la CSJN afirma en el voto de Ricardo Lorenzetti y Elena Highton que “en su faz colectiva -aspecto que especialmente promueve la ley impugnada- la libertad de expresión es un instrumento necesario para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública. Desde este punto de vista, la libertad de expresión se constituye en una piedra angular de la existencia misma de una sociedad democrática (...) como sistema de autodeterminación colectiva por el cual los individuos toman las decisiones que fijan las reglas, principios y políticas públicas que regirán el desenvolvimiento de la sociedad política.”¹¹ Para ello, es necesario promover un mayor pluralismo y ampliar las oportunidades y canales de expresión a los distintos sectores sociales para representar a la sociedad. Estas cuestiones son condiciones necesarias para el debate democrático, de lo contrario, el intercambio de ideas se vería limitado a ciertos actores con mayor poder económico, político y simbólico, dejando desplazados a otros. Esta situación traería como consecuencia un empobrecimiento del debate y la representatividad de la ciudadanía en su totalidad, lo que afecta a su vez las decisiones que se ejercen de manera colectiva. Por lo tanto, la libertad de expresión es una condición necesaria, fundamental y anterior para la vigencia del sistema democrático. En el mismo sentido, y recordando las palabras de Carlos Nino, los magistrados subrayan que “para que los consensos surjan es necesario el debate de voces múltiples, que puedan expresarse e interactuar en situaciones igualitarias, con idéntica capacidad de introducir temas en la agenda (...) Es en este campo de la democracia que no pueden admitirse voces predominantes que oscurezcan el debate público. Vivimos en sociedades pluralistas, diversas, con multiplicidad de opiniones que deben encontrar el lugar mediático donde expresarse.”¹²

¹¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 29 de octubre de 2013, pág. 34, considerando nº 21. En un sentido similar, véase el voto del Juez Petracchi, pág. 90, considerando 10.

¹² Ibid, pág. 37, considerando nº 23.

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

Así, los ministros Lorenzetti y Highton hicieron suyas las palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) cuando en su principio 12 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de 2000, sostienen que “[e]n la sociedad actual, los medios de comunicación masiva, como la televisión, radio y prensa, tienen un innegable poder en la formación cultural, política, religiosa, etc. de todos los habitantes. Si estos medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por sólo uno, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas, ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia. La democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático.”¹³

Desde esta perspectiva se afirma entonces que el Estado puede optar por la forma que estime adecuada para promover las oportunidades reales de expresión por parte de los ciudadanos y robustecer, así, el debate público. Y subraya que esa potestad estatal para tomar medidas activas con el fin de promover la libertad de expresión tiene reconocimiento a su vez en numerosas decisiones de la Corte Interamericana que reconocen que además de libre, el flujo de la información debe ser equitativo. Estos principios otorgan sustento a la protección de los derechos humanos de los que no detentan el poder mediático y el intento de generar condiciones para la expresión de ideas equilibrada entre todos los sectores sociales. De este modo la Corte ratifica lo dispuesto por la ley 26 522 al legitimar la intervención estatal *a priori* en materia de multiplicidad de licencias a los fines de asegurar la diversidad y el pluralismo, evitando las posiciones dominantes:

una de las formas que el Estado podría elegir para asegurar el debate libre y robusto sería la de dejar librado al mercado el funcionamiento de los medios de comunicación e intervenir a través de las leyes que defienden la competencia cuando se produzcan distorsiones -como las formaciones monopólicas u oligopólicas, abuso de posición dominante, etc.- que afecten la pluralidad de voces. Bajo este sistema, el Estado —a través de la autoridad competente— podría castigar aquellos actos o conductas que se constituyan en prácticas restrictivas de la competencia y que puedan resultar perjudiciales a la libertad de expresión en su faz colectiva. Este sistema supone la intervención *a posteriori* de la autoridad pública, la que trabajará caso por caso para ir corrigiendo las distorsiones que afecten el objetivo buscado (...) otra forma que tiene el Estado de asegurar el mayor pluralismo en la expresión de ideas es a través de la sanción de normas que *a priori* organicen y distribuyan de manera equitativa el acceso de los ciudadanos a los medios masivos de comunicación. En este supuesto, le corresponde al Estado decidir cuáles serán las pautas que considera más adecuadas para asegurar el debate público y el libre y universal intercambio de ideas (...) A

¹³ Citado en Ibid, pág. 38, considerando nº 24. En igual sentido, véase el voto de Petracchi, pág. 91, considerando 11.

favor de esta forma de regulación la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos expresó que 'es importante desarrollar un marco jurídico que establezca claras directrices que planteen criterios de balance entre la eficiencia de los mercados de radiodifusión y la pluralidad de la información' y agregó que 'las reglas generales de concentración de la propiedad diseñadas para reformar la competencia y proveer a bajo costo mejor servicio, son insuficientes para el sector de la radiodifusión (...). Como resultado, algunos países limitan esta propiedad, por ejemplo, con un número fijo de canales o estableciendo un porcentaje de mercado'.¹⁴

A su vez, expresa con sumo detalle los fundamentos para abandonar el viejo concepto de "radiodifusión" y desplazarse hacia los servicios audiovisuales, tal cual lo hace la directiva europea 65/2007. Según los magistrados la "política regulatoria del Estado puede recaer sobre licencias de cualquier naturaleza, ya sea que éstas utilicen el espectro radioeléctrico o no. Ello es así, pues el fundamento de la regulación no reside en la naturaleza limitada del espectro como bien público, sino, fundamentalmente, en garantizar la pluralidad y diversidad de voces que el sistema democrático exige, que se manifiestan tanto en los medios que usan el espectro como en aquellos cuyas tecnologías no utilizan tal espacio."

A su vez, el máximo tribunal sostuvo que la ley no dispone pautas que son sólo aplicables a un actor o clase de actores en particular, sino que promueve la libertad de expresión de forma colectiva y estableciendo las mismas condiciones a todos los titulares de licencias sin discriminación o privilegios. Este fragmento desarmó buena parte de los argumentos del Grupo Clarín acerca de impactos específicos y deliberados que la ley impondría sobre el funcionamiento económico del holding.

Se puede afirmar que el fallo tendrá importantes implicancias para la jurisprudencia argentina que aún son difíciles de dimensionar. En esta línea, Martín Becerra destaca que "es toda una innovación que el máximo tribunal sentencie que el objetivo de la regulación de medios es el robustecimiento del debate público y que ello demanda regulación, equilibrio y razonabilidad por parte del Estado."¹⁵

2.4.3. Estándares internacionales y la Corte IDH

Los distintos votos lograron complementarse y presentar un aporte sustancial para un asunto de enorme complejidad. Sin embargo, prácticamente todos ellos le asignaron un lugar preponderante al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los fallos de la Corte IDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la declaración de principios de la Comisión, los informes de las relatorías como fuentes primordiales, las observaciones generales de ONU sobre libertad de expresión, diversos fallos de la Corte estadounidense y del Tribunal Constitucional Alemán. Para Damián Loreti, "la importante cantidad de

¹⁴ Capítulo IV, apartado d, del Informe de la Relatoría de la Libertad de Expresión de la CIDH 2004, citado en pág. 40, 41 y 42, considerandos 26 y 27. Véase también el voto de Petracchi, pág.92, considerandos 12 y 13.,

¹⁵ "El dilema del Grupo Clarín", Perfil, 2 de noviembre de 2013, disponible en:

<http://www.perfil.com/columnistas/El-dilema-del-grupo-Clarín-20131102-0062.html>

menciones en el fallo a resoluciones del sistema interamericano da cuenta de la compatibilidad de la ley desde la óptica del derecho internacional de derechos humanos, pero también hay muchas citas de la Corte estadounidense, lo cual daría cuenta de la compatibilidad de la ley en una mirada más del derecho constitucional clásico argentino, del artículo 14 y 32 de la Constitución, por esa orientación histórica de la primera enmienda como fuente. Con lo cual, si se toma cualquiera de las dos doctrinas da plena compatibilidad. Un tercer aspecto es que el sistema interamericano puso el ojo sobre la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual en el informe de la relatoría de libertad de expresión de 2009, que aprueba la Comisión, y que después va a la Asamblea de la Organización de Estados Americanos. En el informe 2009, la relatora de libertad de expresión dice que la ley es un gran paso adelante y es un reverdecer democrático. Por lo tanto, resulta difícil considerar que haya un riesgo para los medios de comunicación y que la relatoría no lo haya notado. De hecho, no hubo ninguna objeción sobre los artículos debatidos en el juicio”¹⁶.

2.4.4. Sustentabilidad y rentabilidad

Tanto en la causa como en las audiencias, los representantes del Grupo Clarín hicieron enormes esfuerzos por vincular el impacto de la ley sobre sus negocios. Así pusieron en debate la sustentabilidad de los medios como una variable en juego y un riesgo para el Grupo. Particularmente en lo relativo a cómo la aplicación de los artículos 45 y 161 de la ley afectaba la sustentabilidad operativa y económica de las empresas que lo conforman. Desde esta interpretación, cualquier impacto sobre sus negocios resultaría lesivo para la libertad de expresión. En una línea concomitante se habían expresado los peritos que actuaron en la causa sobre cuyos informes se centró la sentencia de la Cámara Federal. Para los magistrados del máximo tribunal se trató de miradas sumamente dogmáticas. Una adecuada observación del dictamen pericial permitía extraer dos conclusiones principales:

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

¹⁶ “Argentina es un laboratorio en términos doctrinarios”, Página/12, 3 de noviembre de 2013, disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-232790-2013-11-03.html>. Sobre este punto se recomienda especialmente ver el considerando 19 del voto del juez Petracchi, pág. 97-99.

económica de las empresas del grupo, un minucioso examen del informe pericial evidencia que se trata de una afirmación dogmática que no ha sido debidamente fundada.

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

La Corte recoge una explicación dada por Peñafort en las audiencias donde sostenía que si la adecuación del grupo Clarín al límite de licencias fuera inviable en términos económicos, qué se podía esperar de otros grupos licenciarios que no exceden el máximo de licencias y son económicamente sustentables. En ese sentido, el voto mayoritario del máximo tribunal planteó que en el país hay un gran número de medios, tanto de alcance nacional como local, medianos y pequeños, que desarrollan su actividad con normalidad. Es decir, el sistema de medios argentino cuenta con muchos operadores de menores dimensiones que llevan adelante su actividad económica de forma sostenible en este mercado. La conclusión es que el Grupo Clarín no presentó pruebas ni logró demostrar cómo sería afectada o restringida su libertad de expresión para exigir que no se le aplique una norma general que regula la competencia de un sector de la economía. En este punto, es esclarecedor el voto del juez Petracchi que sostiene que “sustentabilidad” - contrariamente a lo que parece sugerir la actora- no puede ser equiparada a ‘rentabilidad’, y en este sentido, hace a la naturaleza propia de un proceso de desconcentración la posibilidad de una reducción consiguiente de los márgenes de ganancia empresarial¹⁷.

Hay que destacar que el argumento del Grupo Clarín acerca de las lesiones a su rentabilidad -y por una relación forzada a su sustentabilidad- se basaba en el supuesto de que sólo una economía de escala le garantizaba la independencia suficiente para constituirse en una voz crítica al poder político, no condicionada por subsidios estatales o pauta oficial. Al respecto, en el mismo voto Petracchi enfatizó que: “ningún dato de la realidad confirma que es la dimensión de un medio de comunicación la que, por sí, determina la existencia de una voz crítica en la sociedad, o bien, una voz complaciente. Por el contrario, son sobrados los ejemplos de estructuras mediáticas pequeñas o medianas que ejercen su actividad en forma independiente y, a la inversa, las concentraciones mediáticas de grandes dimensiones que son condescendientes con los gobiernos de turno¹⁸”.

2.4.5. Las particularidades del mercado audiovisual

¹⁷ CSJN, Op Cit, pág. 109, considerando 27. En idéntico sentido, Zaffaroni en su voto sostiene que “la sustentabilidad que se lesionaría sería la del actual volumen operativo de mercado. Esta es la consecuencia natural de la vigencia de cualquier disposición antimonopólica o de desconcentración”. Y agrega que si se siguieran los criterios propuestos por el Grupo Clarín, sería constitucional inviable toda regulación antimonopólica. pág. 188, considerando 20.

¹⁸ Ibid, pág. 110, considerando 28.

En distintos momentos de la sentencia se desarrollaron argumentos en torno a la supremacía del resguardo de los valores de diversidad y pluralismo, como parte constitutiva del funcionamiento democrático, sobre los correlatos comerciales de los bienes culturales devenidos en mercancías. Estos principios están en consonancia con los planteos internacionales de la UNESCO en la Declaración y posterior Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales. El fallo señaló que “a diferencia de otros mercados en el de las comunicaciones, la concentración tiene consecuencias sociales que se manifiestan sobre el derecho a la información, un bien esencial para las libertades individuales. La ley, al limitar la cantidad de licencias y registros persigue el enriquecimiento del debate democrático y, en definitiva, el fortalecimiento de la libertad de expresión y del derecho a la información de todos los individuos. En otras palabras, la regulación en examen apunta a favorecer políticas competitivas y antimonopólicas para preservar un derecho fundamental para la vida de una democracia como lo es la libertad de expresión y de información.¹⁹”. De este modo, las regulaciones meramente económicas o de defensa de la competencia resultan claramente insuficientes para lo que está en juego. “Cuando la concentración empresarial supera ciertos límites, puede afectar la efectiva libertad de comercio, por dominio de mercado. Pero cuando la concentración se produce en el ‘mercado de la información’, ella puede restringir la libertad de expresión y el derecho a la información de la sociedad”²⁰.

En este aspecto, es el ministro Zaffaroni quien desarrolló más en extenso las particularidades de los medios audiovisuales, pero no sólo desde su rol o impacto en la opinión pública y el devenir político de la sociedad democrática, sino a su vez por su dimensión cultural, constitutiva de la identidad: “nadie puede poner en duda que los medios audiovisuales son formadores de cultura”. Y, en tal sentido, subrayó que “ningún Estado responsable puede permitir que la configuración cultural de su pueblo quede en manos de monopolios u oligopolios (...) La homogeneización de nuestra cultura a través de la monopolización de los medios audiovisuales, sería la destrucción de nuestro pluralismo, como lo es cualquier *uniformización*, por definición antípoda de la igualdad republicana y democrática”. Por todo ello, renunciar a una regulación razonable, que no descarta que sea discutible o perfectible, sería simple y sencillamente “un suicidio cultural”²¹.

2.4.6. ¿Derechos adquiridos?

Quizás este sea el aspecto de mayor conflictividad, dentro y fuera de los términos del “Fallo Clarín”. Aquí no termina de haber acuerdo entre quienes sostienen que “nadie tiene derecho al mantenimiento de las leyes” (Lorenzetti, Highton, Petracchi y Zaffaroni) y los que sostienen que “nadie debe ver vulnerados sus derechos por el Estado siempre y cuando haya desarrollado una actividad lícita” (Maqueda y Argibay). Ambas visiones

¹⁹ Ibid, pág. 54, considerando 44. Voto de Lorenzatti y Highton de Nolasco.

²⁰ Ibid, pág. 103, considerando 24. Voto de Petracchi.

²¹ Ibid, pág. 196, considerando 21. Voto de Zaffaroni.

fueron ratificadas por la CSJN y se podría suponer que en cada caso los fundamentos deben haber sido diferentes. En cualquier caso, al respecto, el voto de mayoría sostiene que:

no se está en presencia de un caso de expropiación por razones de utilidad pública, ni de revocación de actos administrativos por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, ni del rescate de un servicio público. Se trata de un sistema de desinversión por el cual los sujetos alcanzados por la ley se encuentran obligados a adecuarse al nuevo régimen legal en materia de multiplicidad de licencias y, en consecuencia, deben transferir dentro de un plazo todas aquellas que resulten necesarias para ajustarse al límite actualmente dispuesto por la norma (...) sobre la base de estos principios, el argumento del grupo actor según el cual el nuevo régimen no puede afectar las licencias que fueron otorgadas o prorrogadas bajo el sistema anterior y cuyos vencimientos aún no se han producido, llevaría a reconocer que, aun cuando el interés público lo exija, existen relaciones jurídicas que no son susceptibles de ser modificadas, conclusión contraria a la doctrina de esta Corte según la cual nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de un régimen jurídico (...) sostener que existen relaciones jurídicas que resultan insusceptibles de modificación implicaría sobreponer el interés privado de un particular por encima del interés de la comunidad, lo cual resulta inadmisibles y contrario al texto constitucional²².

2.4.7. LA MEJOR LEY

En los distintos votos de los ministros de la Corte se pudo ver en mayor o menor medida la desafectación del cuestionamiento de inconstitucionalidad respecto de la letra de la ley en cuanto a tecnología, aplicación o proyecciones posibles a futuro. En otras palabras, si se trata de la mejor ley posible. Al respecto el voto de mayoría, deja claro que:

la tarea del Tribunal no es la de decidir si la ley 26.522 es la mejor solución posible, sino la de establecer si los medios elegidos por el legislador son idóneos y proporcionales a sus fines (...) Si se trata de una ley moderna o inadecuada a las circunstancias actuales, si debió o no tener en cuenta el principio de convergencia tecnológica, si implica un avance o un retroceso en el campo de los servicios audiovisuales, si tendrá un impacto positivo o negativo en la calidad del servicio, son todas cuestiones que quedan libradas al exclusivo ámbito de decisión de los otros poderes y que de ningún modo pueden justificar la declaración de inconstitucionalidad de la ley.²³

Luego, sin perder de vista lo antedicho, algunos de los votos (considerando 74 de Lorenzetti y Highton y 39 de Petracchi), desarrollan un largo *obiter dictum* donde ponen en cuestionamiento o alertan sobre aspectos complementarios a la ley (publicidad oficial) o de aplicación (independencia del órgano de aplicación o funcionamiento parcial de los medios públicos). Este punto del fallo fue importante en el debate entre ministros²⁴. De algún modo, podía leerse allí una crítica velada al gobierno:

Todo lo que se ha dicho acerca de la ley y su propósito de lograr pluralidad y diversidad en los medios masivos de comunicación perdería sentido sin la existencia de políticas públicas

²² Véase en el mismo sentido el voto de Petracchi, pág. 121-124, considerandos 35 y 36.

²³ Ibid, pág. XX, considerando nº 50.

²⁴ Véase Verbitsky, Horacio "El tema de la independencia", Página/12, 10 de noviembre de 2013, disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/233240-65650-2013-11-10.html>

transparentes en materia de publicidad oficial. La función de garante de la libertad de expresión que le corresponde al Estado queda desvirtuada si por la vía de subsidios, del reparto de la pauta oficial o cualquier otro beneficio, los medios de comunicación se convierten en meros instrumentos de apoyo a una corriente política determinada o en una vía para eliminar el disenso y el debate plural de ideas. Lo mismo ocurre si los medios públicos, en lugar de dar voz y satisfacer las necesidades de información de todos los sectores de la sociedad, se convierten en espacios al servicio de los intereses gubernamentales. Es de vital importancia recordar que tampoco se puede asegurar que se cumplan los fines de la ley si el encargado de aplicarla no es un órgano técnico e independiente, protegido contra indebidas interferencias, tanto del gobierno como de otros grupos de presión. La autoridad de aplicación debe ajustarse estrictamente a los principios establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales a ella incorporados y en la propia ley. Debe respetar la igualdad de trato, tanto en la adjudicación como en la revocación de licencias, no discriminar sobre la base de opiniones disidentes y garantizar el derecho de los ciudadanos al acceso de información plural. Todas estas cuestiones, si bien resultan cruciales para el pleno goce de la libertad de expresión, no han sido sometidas a la jurisdicción del Tribunal, en tanto no han sido el objeto de la demanda presentada en esta causa.

2.4.6. Calidad institucional

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

En 2012, las expectativas puestas en una fecha establecida por la propia Corte -el ya olvidado 7D- también generaron ciertas desmesuras. Como bien señala Horacio Verbitsky: “en la aspereza del debate político tanto el gobierno como la oposición corren el riesgo de olvidar que esta ley es fruto de un consenso tan amplio que sólo cuatro manos se alzaron en su contra en la Cámara de Diputados, y subestimar la densidad conceptual y la construcción política y societaria que sustenta ese texto democratizador”²⁵. Esa base profundamente democrática no debe perderse de vista, porque como lo hemos señalado en otras oportunidades, no se trata de la norma de un gobierno, ni se agota en las características coyunturales de una aplicación, más o menos atinada.

Asimismo, es fundamental reconocer que con todos los retrasos y demoras, el proceso fue explícito, demostró falencias de todos los actores involucrados, incluido el poder judicial.

En esta línea Nicolás Tereschuk resaltaba con acierto que:

Suele decirse que la Argentina es un país con una baja “calidad institucional” o “calidad democrática”. O más aún, que durante los años de gobiernos kirchneristas se ha registrado un “deterioro” en la calidad institucional, haciendo referencia a supuestos tiempos mejores en este

²⁵ “Cultura y derechos”, Página/12, 3 de noviembre de 2013, disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/232791-65582-2013-11-03.html>

aspecto. La intervención de cada uno de los tres poderes del Estado en la redacción, tratamiento, sanción, promulgación y control de constitucionalidad de esta norma, sumado a la participación ciudadana a través de foros realizados en todo el país ofrecen algún dato en contrario de esta teoría.”²⁶

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

En los hechos, como bien supuso la analista María Esperanza Casullo “es posible aventurar que la clase política argentina respira aliviada pensando que el próximo presidente, sea cual fuere su tono político, va a gobernar con un Grupo Clarín de poder muy disminuido y que, más aún, incluso agradezca en su fuero interno, sin decirlo nunca por supuesto, al kirchnerismo el haber asumido el costo político de este enfrentamiento.”²⁷

2.5. EL TABLERO DESPUÉS DEL FALLO

Apenas fue emitida la sentencia de la Corte, surgieron algunas hipótesis acerca de las posibles reacciones del demandante. En el plano internacional, casi inmediatamente después del fallo ya corría la versión de que el Grupo motorizaría una demanda ante la Corte IDH. Ante estas especulaciones, Andrea Pochak recordó que “los sistemas de protección de derechos humanos buscan proteger derechos humanos, esto es, derechos de personas físicas, no de empresas. Ergo, Clarín no puede ser peticionario”²⁸. Es decir, para llevar un caso semejante al sistema interamericano de protección de derechos humanos, se debería establecer qué circunstancia particular de aplicación de la ley impacta sobre el derecho fundamental de una persona, ya sea accionista del Grupo, periodista o cualquier ciudadano. Y a su vez, en caso de que esta circunstancia ocurriera, esa persona debería agotar primero las instancias judiciales nacionales.

Despejado el horizonte de una posible apelación a la Corte Interamericana, un conjunto de diputados del PRO y Unión por Todos realizó el 31 de octubre una presentación para suspender la aplicación de la Ley de Medios. Los firmantes Federico Pinedo, Patricia Bullrich, Paula María Bertol, Pablo Tonelli, Cornelia Schmidt-Liermann, Alberto Jorge Triaca, Gladys González y Roberto Pradines pretendían la suspensión de la ejecución de la sentencia “hasta tanto se verifiquen los presupuestos fijados por la Corte como requisitos para que en la República Argentina rijan las garantías de libertad de expresión y libertad de prensa, fundamentos necesarios del Estado de Derecho y del sistema

²⁶ “Un fallo, 10 puntos”, Infobae, 31 de octubre de 2013, disponible en:

<http://opinion.infobae.com/nicolas-tereschuk/2013/10/31/un-fallo-10-puntos/>

²⁷ “Cuatro puntos sobre la Ley de Medios”, El Estadista, 30 de octubre de 2013, disponible en:

<http://elestadista.com.ar/?p=3918>

²⁸ “Mal asesorados”, Página/12, 31 de octubre de 2013, disponible en:

<http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-232566-2013-10-31.html>

democrático establecido por el artículo primero de la Constitución Nacional". La Corte Suprema de Justicia rechazó el pedido de PRO y Unión por Todos ya que consideró que estos "no son parte del proceso" por lo que "no tienen legitimidad" para hacer el planteo.²⁹

2.6 EL PLAN DE ADECUACIÓN DE CLARÍN

Finalmente, el 4 de noviembre de 2013, a cuatro años de la sanción de la ley y a días del fallo de la Corte Suprema, contra todas las expectativas, el Grupo Clarín presentó su plan de adecuación voluntaria³⁰. La propuesta planteó la división del multimédios en seis unidades empresarias independientes sin vinculación societaria entre sí, de las cuales al menos cuatro pasarían a manos de terceros. La estrategia de esta reconfiguración, a partir del orden y densidad de las nuevas empresas, sería intentar "conservar sus canales de TV y radio de mayor penetración y rating para salvar su influencia pública, y reducir al mínimo la partición de Cablevisión-Fibertel (que igual se escindirá en tres empresas distintas), para conservar la parte sustancial de su principal fuente de ingresos"³¹.

Por lo tanto, la primera empresa sería la más grande en relación a la cantidad y diversidad de soporte de licencias que contiene, el corazón político del Grupo. Sin embargo, desde un punto de vista económico, la segunda empresa sería la más importante por su rentabilidad económica, ya que reúne la mayor parte del servicio de televisión por suscripción de vínculo físico a través de Cablevisión. La tercera empresa sería una prestadora de televisión por cable de menor envergadura, mientras que la cuarta unidad estaría conformada por las restantes señales de televisión por cable. La quinta incluye las señales de radio de FM del interior que tiene el Grupo y la sexta las de televisión abierta.

Según informó públicamente el propio Grupo³², las seis unidades estarían conformadas de acuerdo al siguiente detalle:

-Primera unidad: incluye las empresas Arte Radiotelevisivo Argentino (ARTEAR), titular de la licencia de Canal 13 de Buenos Aires; a Canal 12 de Córdoba; a Canal 6 de Bariloche y a la señal de noticias TN (Todo Noticias). También la empresa Radio Mitre, con las frecuencias AM 790 y FM 100 en Buenos Aires, AM 810 y FM 102.9 en Córdoba,

²⁹ Véase "La Corte rechazó el pedido para suspender la ejecución de la LSCA", disponible en <http://www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/la-corte-rechazo-pedido-para-suspender-la-ejecucion-de-la-lsca-2123.html>

³⁰ Disponible en: <http://www.grupoclarin.com/IR/files/COMUNICADOS-PRENSA/2013/PRESENTACION%20DE%20ADECUACION%20VOLUNTARIA%202013.PDF>

³¹ "Clarín propuso dividir los medios de su grupo en seis empresas", La Nación, 5 de noviembre de 2013, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1635532-clarin-propuso-dividir-los-medios-de-su-grupo-en-seis-empresas>

³² "El Grupo Clarín presentó su plan de adecuación voluntaria", Clarín, 4 de noviembre de 2013, disponible en: http://www.clarin.com/politica/Ley-Grupo-Clarín-adequacion-voluntaria_0_1023497906.html

y FM 100.3 en Mendoza. A su vez, se incorporan 24 licencias locales de TV por cable de la actual Cablevisión, de ciudades en donde no existe incompatibilidad con la TV abierta.

-Segunda unidad: contiene el grueso de las operaciones de Cablevisión y Fibertel. En la misma el fondo Fintech mantendrá el 40% del paquete accionario. Esta unidad incorporará 24 licencias de cable e incluye la señal Metro, canal local de Cablevisión en la ciudad de Buenos Aires.

-Tercera unidad: 20 licencias de TV por cable de la actual Cablevisión.

-Cuarta unidad: reúne el resto de las señales en las que participa el Grupo: Canal 13 satelital, Magazine, Volver, Quiero Música en mi Idioma, Canal Rural, TyC Sports y TyC Max.

-Quinta unidad: licencias de FM en las ciudades de Tucumán, Bariloche, Bahía Blanca y Santa Fe

-Sexta unidad: está conformada por la licencia de TV abierta de Canal 7 de Bahía Blanca y la participación en Canal 9 de Mendoza.

2.6.1. Los antecedentes y los pasos a seguir

Un claro antecedente del plan de adecuación del Grupo Clarín fue la propuesta presentada por su socio minoritario en Cablevisión, Fintech Advisory Inc, que controla el 40% de las acciones de la empresa de televisión por cable del conglomerado³³. El plan de Fintech había sido presentado el 5 de diciembre de 2012 a la AFSCA, dos días antes del vencimiento del plazo estipulado por la Corte Suprema para la adecuación voluntaria, el emblemático 7D. Mientras tanto, el Grupo Clarín continuó su batalla en el campo judicial y simbólico que finalmente se extendió casi un año más, hasta el fallo definitivo de la CSJN el 29 de octubre de 2013.

Entre las razones que motivaron la presentación de su plan de adecuación, Clarín explicó a través de un comunicado de prensa que “lo hizo ante el avance ilegal y de facto que

³³ Pocos días después de la presentación del plan de adecuación del Grupo Clarín, se confirmó el acuerdo entre Fintech, propiedad del empresario David Martinez, y Telecom Italia para que el empresario mexicano asuma el control de la filial argentina de la operadora italiana de telecomunicaciones por 960 millones de dólares. La operación necesita la aprobación de la Secretaría de Comunicaciones para concretarse. Martinez adelantó que, si bien su intención es conservar su participación en Cablevisión, estaría dispuesto a venderlas si la AFSCA se lo solicita para adecuarse a la LSCA, o bien aceptar condiciones. Esto se debe a la incompatibilidad de explotar una licencia de servicios de comunicación audiovisual y poseer más del 10% de las acciones de una empresa de servicio público, según establece el art. 25. Véase: “El empresario mexicano David Martinez entra en Telecom y busca quedarse en Cablevisión”, El Cronista, 14 de noviembre de 2013:

<http://www.cronista.com/negocios/-El-empleado-mexicano-David-Martinez-entra-en-Telecom-y-busca-quedarse-en-Cablevision-20131114-0084.html>

emprendió el gobierno en los últimos días para quitarle compulsivamente sus medios audiovisuales”³⁴, en relación a la presentación del titular de la AFSCA, Martín Sabatella, en las oficinas del Grupo el 31 de octubre, dos días después del fallo de la Corte, para dar continuidad al proceso de adecuación que suponía la plena vigencia de la LSCA y sus artículos 161 y 45, en particular³⁵.

No sólo Clarín reconoció la influencia que tuvo la rápida actuación de la AFSCA en su decisión de presentar un plan de adecuación voluntario. Ese mismo día, Sabatella no sólo se presentó ante el Grupo para iniciar la adecuación de oficio y poner en vigencia la ley, sino que también se reunió con el titular del Tribunal de Tasaciones de la Nación, ingeniero Daniel Martín, y con el viceministro de Economía, Axel Kicillof, para avanzar con la tasación de los bienes del Grupo. La posible erosión económica del conglomerado fue decisiva, según analizó Horacio Verbistky: “si el fallo necrosó en pocas horas un tercio de la capitalización bursátil de Clarín, la tasación podría haberle asestado un golpe letal, cuando se abriera el capítulo de deudas y contingencias, que los conocedores entienden mucho más alto que lo declarado”³⁶.

A partir de la presentación del plan de adecuación voluntaria, la AFSCA deberá resolver su situación junto a otros 10 planes y que incluyen a Telecentro, Grupo Uno, Prisa y Telefé, entre otros. Los otros dos casos que presentan mayores contradicciones con la ley serían Telefé (en lo que hace a incompatibilidades con la presunta prestación de servicios públicos y excesos en la cobertura de mercado) y la del Grupo Uno (por supuesto exceso en el número de licencias)³⁷.

Al cierre de este capítulo, todas estas propuestas estaban en evaluación por parte de los equipos técnicos y jurídicos de la autoridad de aplicación para considerar si cumplen con las disposiciones de la ley. En el caso del Grupo Clarín, por ejemplo, también incluye el reordenamiento pendiente de la grilla de señales de Cablevisión³⁸. Antes del 4 de noviembre de 2013 ya se habían tratado otros 29 planes de adecuación, de los cuales 15 habían sido aprobados y los 14 restantes desestimados ya que no correspondía la

³⁴ “Ley de medios: el Grupo Clarín presentó su plan de adecuación voluntaria”, 4 de noviembre de 2013, disponible en:

<http://www.grupoclarin.com.ar/comunicados/ley-de-medios-grupo-clarin-presento-su-plan-de-adecuacion-voluntaria>

³⁵ “Sabbatella notificó al Grupo Clarín después del fallo de la Corte”, Agencia Paco Urondo, 31 de octubre de 2013, disponible en:

<http://www.agenciapacourondo.com.ar/secciones/comunicacion/13050-sabbatella-notifico-al-grupo-clarin-despues-del-fallo-de-la-corte.html>

³⁶ “Paisaje después de la batalla”, Página 12, 10 de noviembre de 2013, disponible en:

<http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-233240-2013-11-10.html>

³⁷ “Sabbatella aseguró que la Afsca tratará los planes de adecuación que restan antes de fin de año”, Télam, 26 de noviembre de 2013, disponible en:

<http://www.telam.com.ar/notas/201311/42382-sabbatella-aseguro-que-la-afsca-tratará-los-planes-de-adecuacion-que-restan-antes-de-fin-de-ano.html>

³⁸ Para ampliar véase CELS, *Informe Anual 2013*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, p.508.

reconfiguración societaria y se trataba de intentos de realizar ventas de licencias restringidas por ley.

3. CONFIRMACIONES Y NUEVOS NOMBRAMIENTOS EN LAS AUTORIDADES DE APLICACIÓN

Poco después del fallo, otro de los temas pendientes que se destrabó fue el nombramiento del director de la AFSCA por parte de la minoría parlamentaria del Frente Amplio Progresista (FAP). En 2012 Alejandro Pereyra había sido propuesto para cubrir ese cargo pero fue rechazado por el PEN a partir de distintas impugnaciones recibidas (entre otras, el CELS, la Universidad de Buenos Aires –UBA- y la Universidad Nacional de La Plata –UNLP-)³⁹, mientras que Marcelo Stubrin, por parte de la Unión Cívica Racial (UCR), fue aceptado en el directorio de la AFSCA. Recién después del fallo de la Corte, se reunió la Comisión Bicameral y elevó la propuesta de Gerardo Milman, la cual fue aceptada, y se renovaron otros cargos de AFSCA y RTA.

El resultado electoral dejaba abierta la posibilidad de que el bloque de Sergio Massa (Frente Renovador) reclamara el lugar de la tercera minoría parlamentaria en el diseño institucional dispuesto por la ley 26 522. En tal sentido, se aceleró el acuerdo para que la propuesta surgiera del partido Generación para un Encuentro Nacional (GEN) como parte del bloque del FAP⁴⁰.

El directorio de la AFSCA quedó compuesto entonces por Martín Sabbatella que renovó su cargo como presidente e Ignacio Saavedra por el Poder Ejecutivo; Claudio Schiffer por la primera minoría parlamentaria, Jorge Capitanich quien luego fue reemplazado por Néstor Avalué, tras asumir como Jefe de Gabinete, y Eduardo Seminara, nombrados por el Consejo Federal de Comunicación Audiovisual (CoFeCa).

En tanto, los senadores también ratificaron las designaciones en el directorio de RTA (Radio y Televisión Argentina) de María Lenz, en representación del oficialismo, y de Gustavo Cusinato por el radicalismo y Marcelo Romeu, por el FAP. Alejandro Verano y Néstor Cantariño fueron nuevamente propuestos por el CoFeCa que mantuvo en su presidencia al entrerriano Pedro Báez y como secretaria ejecutiva a Eliana Persky.

4. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA VERDAD

El 4 de septiembre de 2013, el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, presentó ante la Asamblea General de Naciones Unidas un informe sobre el derecho de acceso a la información y su

³⁹ Véase “El CELS cuestionó la designación de Pereyra en el Directorio de la AFSCA”, disponible en: <http://www.cels.org.ar/comunicacion/?info=detalleDoc&ids=4&lang=es&ss=46&idc=1556>

⁴⁰ Véase “Milman se suma al directorio de la AFSCA”, 6 de noviembre, Ambito Financiero, disponible en <http://www.ambito.com/noticia.asp?id=714887>

relación con el derecho a la verdad⁴¹. Desde ese enfoque plantea cuáles deberían ser las excepciones justificadas por motivos de seguridad nacional, los principios para el diseño e implementación de normativas nacionales en la materia y los obstáculos más frecuentes en la aplicación de las leyes sobre acceso a la información.

El informe fue presentado también en Buenos Aires el 9 de diciembre en el Espacio de la Memoria de la ex ESMA con la presencia del Relator Especial, en un encuentro organizado por el Centro Internacional para la Promoción de los Derechos Humanos (CIPDH) que preside el ex juez español Baltasar Garzón, quien moderó la presentación y los paneles, que contaron con la presencia de diversos funcionarios públicos⁴².

Tal como se plantea en el informe, el derecho de acceso a la información tiene una dimensión individual y otra colectiva que "incluye tanto el derecho general del público a tener acceso a la información de interés general procedente de diversas fuentes como los derechos de los medios de comunicación a acceder a la información, y también los derechos de las personas a recabar y recibir información de interés público, así como información referente a ellos mismos que pueda afectar a sus derechos individuales"⁴³. Del mismo modo, con el avance de la jurisprudencia internacional, se ha reconocido que el derecho a la verdad implica no sólo una obligación por parte de los Estados de informar acerca de lo ocurrido a las víctimas y sus familias ante violaciones graves de los derechos humanos, sino también a la sociedad en su conjunto, lo que implica dar a conocer y aclarar el contexto general, las políticas y decisiones que las llevaron a cabo.

Ambos derechos, además de compartir esta doble dimensión individual y colectiva, están relacionados. El ejercicio del derecho a la verdad requiere del acceso a la información: "para conocer las violaciones anteriores y presentes de los derechos humanos se necesita en muchos casos la divulgación de información que se encuentra en manos de una multitud de entidades estatales. En último término, la garantía del acceso a la información es un primer paso para la promoción de la justicia y la reparación, sobre todo después de períodos de regímenes autoritarios"⁴⁴.

Sin dudas, América Latina en general, y Argentina en particular, fueron escenario de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, tales como ejecuciones extrajudiciales, desapariciones e incluso genocidio por parte de dictaduras militares y regímenes autoritarios a partir de la década del sesenta. El desarrollo del derecho a la verdad surgió a partir de los esfuerzos de los familiares y de la sociedad en su conjunto por conocer el destino de las víctimas, garantizar la investigación de los hechos y el castigo de los responsables. En los procesos de justicia transicional de la región, como

⁴¹ Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión A/68/362, disponible en: (link)

⁴² "Lesas Humanidad: el relator especial de la ONU elogió a la Argentina", Infojus Noticias, 10 de diciembre de 2013, disponible en:

<http://www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/lesa-humanidad-el-relator-especial-de-la-onu-elogia-a-la-argentina-2552.html>

⁴³ párrafo 19 pag 6

⁴⁴ Párrafo 5 pag 3

también sucedió en nuestro país, tuvieron un rol central las comisiones de la verdad para investigar, documentar y divulgar estos hechos.

4.1. EL DESCUBRIMIENTO DE DOCUMENTOS DE LA ÚLTIMA DICTADURA CÍVICO-MILITAR

El 4 de noviembre, el ministro de Defensa Agustín Rossi dio a conocer en una conferencia de prensa el descubrimiento de documentos secretos de la última dictadura cívico-militar⁴⁵. Los materiales hallados incluyen alrededor de 1500 biblioratos; seis carpetas con actas originales de los encuentros de la Junta Militar cuando estaban en el poder; documentación de la Comisión de Asesoramiento Legislativo con informes que daban sustento ideológico al plan de gobierno y estrategias de largo plazo que llegaban hasta la década de 2000; registros de los pedidos de familiares de hombres y mujeres desaparecidos que se habían presentado ante la Junta; información sobre empresas como Aluar y Papel Prensa; y listas negras de artistas, comunicadores e intelectuales. Entre las actas encontradas se registraron diálogos de la Junta sobre distintos temas: cómo abordar en la opinión pública las desapariciones forzadas, conversaciones sobre la detención de la familia Graiver, dueña de Papel Prensa, el conflicto por el canal de Beagle y el decreto-ley de Radiodifusión, finalmente sancionado en 1980⁴⁶.

El valor de esta documentación es de carácter histórico y también aportaría importantes elementos probatorios en los juicios en curso por crímenes de lesa humanidad, en particular en las causas que involucran delitos económicos y la participación de civiles en los hechos que se están investigando⁴⁷.

Una de las cuestiones que cobró gran relevancia cuando se dio a conocer la noticia fue que el jefe del estado mayor general de la Fuerza Aérea, el brigadier Mario Callejo, informó al ministro de Defensa sobre el hallazgo de los documentos en el edificio Cóndor. Esto implicó un hecho inédito, ya que es la primera vez que un archivo de estas características es entregado en cumplimiento de los protocolos para que un equipo especializado, dependiente de la dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de esa cartera, se ocupe de catalogar y clasificar el material. Este dato implica un gran avance en relación a la política y cultura de secreto y ocultamiento que predomina entre las fuerzas militares.

El descubrimiento de estos documentos brindó particular actualidad a la relación entre el acceso a la información y el derecho a la verdad en el contexto local e impulsó el anuncio

⁴⁵ “Revelan el hallazgo de actas secretas de la dictadura que mencionan a Papel Prensa”, diario La Nación, 5 de noviembre de 2013, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1635519-revelan-el-hallazgo-de-actas-secretas-de-la-dictadura-que-mencionan-a-papel-prensa>

⁴⁶ “Actas secretas, biblioratos y listas negras”, Página/12, 5 de noviembre de 2013, disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-232920-2013-11-05.html>

⁴⁷ Para más información ver capítulo I de este libro, pág XXX CHEQUEAR SI ESTÁ BIEN LA CONEXIÓN CON LORE

de medidas en consonancia con los principios planteados en el informe del Relator de Naciones Unidas. Pocos días después del hallazgo de los documentos, se conformó un equipo de treinta personas para clasificar y catalogar el material, tarea que estimaron que se demoraría unos seis meses. Además de brindar la documentación a la justicia, se anunció la digitalización del material para que esté disponible al público⁴⁸.

Según se destaca en el informe, “para poder ofrecer información de forma oportuna no basta con mejorar la capacidad técnica de los organismos públicos para procesar y compartir la información; se necesitan también medidas de capacitación y sensibilización de los funcionarios públicos de todos los niveles acerca de su obligación de responder a las solicitudes públicas de información, al mismo tiempo que se da prioridad absoluta a la información relacionada con las violaciones de derechos humanos”⁴⁹. En este caso fue fundamental la colaboración de los funcionarios públicos que encontraron el material, reconocieron su valor y cumplieron los procedimientos para que el mismo pueda ser clasificado, puesto a disposición de la justicia y, en un futuro, otorgarle divulgación pública.

4.2. LA DEUDA PENDIENTE: UNA LEY NACIONAL PARA REGULAR EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Si bien el descubrimiento de documentos secretos de la última dictadura cívico-militar y sus aportes tanto históricos como jurídicos, relacionados con el derecho a la verdad, constituye un gran avance en materia de libertad de expresión, tampoco en 2013 se logró avanzar en la sanción de una ley nacional para regular el acceso a la información pública.

En este sentido, el informe del Relator Especial de Naciones Unidas en la materia, Frank La Rue, también recomienda “la adopción de un marco normativo nacional que establezca objetivamente el derecho de acceso a la información en poder de los órganos públicos en el sentido más amplio posible”⁵⁰. Los principios que debería contemplar ese marco legal han sido reconocidos por los organismos internacionales de derechos humanos⁵¹ e incluyen la máxima divulgación de toda información en poder de un órgano público, salvo en circunstancias muy limitadas; la obligación de publicar todo documento de interés público, con los límites que imponen los recursos y capacidad; la promoción de la transparencia en la administración pública; un régimen claro y preciso de excepciones que deberá justificarse caso a caso; un procesamiento equitativo y rápido para facilitar el

⁴⁸ “Treinta personas trabajan en la catalogación de los archivos de la dictadura”, Infojus Noticias, disponible en:

<http://www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/treinta-personas-trabajan-en-la-catalogacion-de-los-archivos-de-la-dictadura-2125.html>

⁴⁹ Párrafo 74 pag 18

⁵⁰ Párrafo 98 pag 23

⁵¹ Declaraciones conjuntas del Relator Especial sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión, la Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y la Relatora Especial para la libertad de expresión de la Organización de los Estados Americanos (E/CN, 4/2000/63, anexo I)

acceso e incluir mecanismos de examen independiente ante la denegación de una solicitud; garantizar que el costo de la presentación no sea un factor disuasorio; la derogación o modificación de leyes incompatibles que justifican el secreto; y la protección de los funcionarios que divulguen información relativa a este derecho, en especial, aquella relacionada con violaciones de derechos humanos.

La implementación de una política pública en materia de acceso a la información no implica solamente la sanción de un marco legal sino que requiere a su vez de otras iniciativas como el desarrollo de la capacidad técnica para la gestión y divulgación de la información, por un lado, y la capacitación y sensibilización de los funcionarios públicos encargados de desarrollar esas tareas, por el otro. Otra medida complementaria es dar a conocer el derecho de acceso a la información y los mecanismos para que los ciudadanos puedan ejercer ese derecho.

En nuestro país, si bien rige el Decreto 1172/2003 que reconoce y regula este derecho para las instituciones que forman parte del Estado, la falta de una normativa a nivel nacional trae como consecuencia la coexistencia de múltiples criterios para dar cumplimiento a los pedidos de acceso a la información pública y de distintas formas de publicar y poner a disposición del público los datos referidos a las acciones de gobierno.

La primera sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre acceso a la información pública tuvo lugar en diciembre de 2012 y reconoció los fundamentos constitucionales de este derecho, su alcance a todos los órganos del poder público y su relación con el derecho humano a la libertad de expresión⁵². El caso llegó a la Corte a partir de una solicitud de información sobre el presupuesto del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI) destinado a publicidad oficial que fue denegada por ese organismo al plantear que, por su carácter de ente público no estatal, no estaba alcanzado por el Decreto 1172. La Corte consideró que, si bien el PAMI no tiene naturaleza estatal, la información requerida era de interés público y tenía relación con la transparencia y la publicidad de gestión de gobierno.

En 2013 un pedido de información de la periodista Mariel Fitz Patrick llegó a instancias judiciales. La solicitud había sido presentada ante la Jefatura de Gabinete de Ministros (JGM) en diciembre de 2012 y consistía en el pedido de copias de los contratos firmados en 2010, 2011 y 2012 entre Radio y Televisión Argentina SE y la productora “Pensado Para Televisión”. En enero de 2013, la JGM le solicitó a la periodista que demostrara un interés legítimo para acceder a esa información, ya que consideró que se trataba de información sensible que vulneraría la Ley de Protección de Datos Personales (25.326). No se trataba de una negativa por el carácter privado de la información, sino en la supuesta protección de datos de terceros que contrataron servicios y prestaciones con el Estado. Ante esta respuesta, la periodista, representada por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), presentó un recurso de amparo, ya que la exigencia de

⁵² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Asociación Derechos Civiles c. ENPAMI (Dto. 1172/03) s. amparo Ley 16986”, A.m 917. XLVI. Para un resumen del caso y el fallo, véase CELS, Derechos Humanos en Argentina, Informe 2013, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, p. 533.

demostrar un “interés legítimo” entra en contradicción con los estándares interamericanos de derechos humanos en la materia y con el Decreto 1172, los cuales reconocen que todo ciudadano tiene derecho a acceder a información de carácter público.

En junio, la jueza María José Sarmiento, a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal n° 11 hizo lugar a la acción de amparo, la cual fue apelada por el Estado. El 31 de octubre de 2013, la Sala IV de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal ratificó la sentencia de primera instancia a favor de Fitz Patrick, al invocar los principios de interés público de la información solicitada reconocidos en el Decreto 1172, distintos preceptos de la Constitución Nacional, de la Convención Americana de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del fallo de la Corte Suprema de Justicia de diciembre de 2012 antes mencionado. En relación al planteo de interés legítimo requerido por la JGM para brindar copia de los contratos, el fallo de segunda instancia consideró que “ley 25.326 define como ‘datos sensibles’ a los personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual (art. 2°), mientras que la información requerida (...) no revista carácter personal sensible, por lo que el condicionamiento de su divulgación a la manifestación de un interés legítimo configura una negativa con arbitrariedad manifiesta”⁵³ y destacó el carácter público de la información solicitada.

5. AUDIENCIA ANTE LA CIDH SOBRE LA SITUACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN ARGENTINA

Durante el 149 período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se celebró una audiencia temática de carácter general sobre la situación de la libertad de expresión en Argentina, solicitada por un grupo de siete periodistas: Magdalena Ruiz Guiñazú, Joaquín Morales Solá, Nelson Castro, José “Pepe” Eliashev, Alfredo Leuco, Luis Majul y Mariano Obarrio⁵⁴. El pedido había sido presentado ante la CIDH en el mes de agosto y la audiencia tuvo lugar el 1 de noviembre, apenas cuatro días después del fallo de la Corte Suprema de Justicia que dictó la constitucionalidad de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, luego de cuatro años de judicialización de la norma por parte del Grupo Clarín.

Por parte de los solicitantes expusieron Ruiz Guiñazú, Morales Solá y el director ejecutivo de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Torcuato Sozio. Por parte del Estado estuvo presente la embajadora ante la Organización de Estados Americanos (OEA), Nilda Garré, quien presentó al director de Derechos Humanos en los Contencioso Internacional

⁵³ Causa n° 1409/2013 "Fitz Patrick, Mariel c/ EN-JGM s/amparo ley 16.986"

⁵⁴ Si bien la audiencia tuvo lugar a partir de la solicitud de los periodistas, el diario La Nación tituló “Acoso a los medios: la CIDH convoca a periodistas argentinos a dar testimonio” para dar a conocer la noticia, 22 de octubre de 2013, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1631305-acoso-a-los-medios-la-cidh-convoca-a-periodistas-argentinos-a-dar-testimonio>

de la Cancillería, Javier Salgado y al subsecretario de Gestión Administrativa de la Secretaría de Comunicación Pública de la Jefatura de Gabinete, Juan Ross, quienes expusieron durante la audiencia⁵⁵.

La primera exposición estuvo a cargo de Magdalena Ruiz Guiñazú, quien relató su caso particular por el cual se presentaba ante la CIDH. En primer lugar detalló su participación en la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Conadep) y su rol como testigo en un juicio en Italia sobre la desaparición de personas de esa nacionalidad en nuestro país. Luego describió ante los comisionados que el 29 de abril de 2010 fue “sometida a un juicio llamado ‘ético y popular’ por sus organizadores, que se desarrolló (y esto es lo más terrible) frente a la casa de gobierno, a plena luz del día, con la Casa Rosada de fondo de esa parodia de una justicia absolutamente irregular y creada por personas que no tenían de ninguna manera ni un mandato constitucional ni jurídico para hacerlo, donde fui acusada falsamente de haber sido jefa de prensa del Ministerio de Economía de la dictadura”.

Luego, Joaquín Morales Solá agregó que él también fue juzgado “en ese juicio público stalinista que señalaba Magdalena Ruiz Guiñazú”. Y para graficar su evaluación sobre la situación de la libertad de expresión en el país, interpeló directamente a los comisionados: “ustedes preguntarán si los periodistas argentinos podemos escribir o decir lo que pensamos, la respuesta es que sí; la siguiente pregunta es si trabajamos tranquilos los periodistas en Argentina y la respuesta es que no, siempre estamos esperando represalias, a través de la descalificación, estigmatización y demonización del periodismo”.

La última exposición por parte de los representantes de los peticionarios estuvo a cargo de Torcuato Sozio, quien destacó los informes sobre publicidad oficial que realiza la ADC, criticó la falta de criterios objetivos para la asignación de pauta oficial, los montos que se gastan en ese rubro y los contenidos de la misma. En particular, hizo mención a la independencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y mencionó sus fallos sobre esta materia en los casos de Río Negro y Perfil, en los cuales resolvió a favor de los demandantes⁵⁶ y los considerandos del fallo del 29 de octubre de 2013 sobre la constitucionalidad de la LSCA, en los cuales se hace mención a este tema.

Por su parte, el representante del Estado, Javier Salgado, manifestó que, por la naturaleza de la audiencia, no respondería a los casos concretos sino haría referencia a la situación general sobre libertad de expresión. Destacó la labor en materia de derechos humanos, en particular a partir de 2003, y presentó datos sobre una disminución sensible en las demandas en estas cuestiones.

5.1. LAS PREGUNTAS DE LA CIDH Y EL EJE EN LA PAUTA OFICIAL

⁵⁵ El video completo de la audiencia está disponible en: <http://www.youtube.com/watch?v=yV0lzdLw5s4>

⁵⁶ Para más información sobre estos fallos ver CELS, Derechos Humanos en Argentina, Informe 2013, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, p. 535

Cuando llegó el turno de las preguntas de la Comisión, la Relatora Especial para la Libertad de Expresión, Catalina Botero, se dirigió en particular a Magdalena Ruiz Guiñazú y explicó que, si bien comprendía su frustración ante las críticas recibidas en el juicio “ético y popular”, le quería preguntar “si no se trata también del ejercicio de la libertad expresión de un sector de la sociedad civil” a través de “reacciones que pueden ser vistas en realidad como una manifestación espontánea, genuina”.

Por su parte, el comisionado Rodrigo Escobar Gil consultó a los peticionarios sobre los hechos que relataron y consideró que tanto una campaña oficial de difamación y estigmatización en contra de periodistas como el uso de publicidad oficial con fines partidistas, entre otros, serían cuestiones de suma gravedad y, por lo tanto, preguntó si “han realizado las denuncias penales ante las autoridades judiciales correspondientes”. Luego, se dirigió a los representantes del Estado en relación a la publicidad oficial y consultó si “existen criterios objetivos o si el gobierno asigna recursos con criterios discrecionales y cuál es el marco legal o si existe en trámite una ley que regula la distribución de la pauta oficial”.

Durante la audiencia hubo una mención expresa y una felicitación a Argentina por parte de la comisionada Rosa María Ortiz en relación a la LSCA, a la cual consideró un aporte en la búsqueda de la democratización de los medios y la relacionó con otras leyes de la región que tienen el mismo espíritu⁵⁷. Al respecto, solicitó al Estado argentino que describa el proceso y criterios de asignación de frecuencias a medios públicos y comunitarios. Luego repitió la consulta de Escobar Gil a los peticionarios acerca de si presentaron denuncias locales y en caso de no haberlo hecho, a qué razón se debía.

Sin embargo, ninguna de las partes contestó a estas consultas. Por su parte, Ruiz Guiñazú interpeló directamente a Salgado y cuestionó que no haya reconocido la tarea de los gobiernos constitucionales en materia de derechos humanos desde el retorno a la democracia en 1983. Por su parte, Joaquín Morales Solá hizo una apreciación personal que tampoco aclaró las dudas y planteos de los comisionados sobre la presentación de las denuncias a la justicia argentina por parte de los peticionarios en relación a los hechos planteados en la audiencia: “se ha recalcado mucho acá la despenalización de los delitos de calumnias e injurias⁵⁸ y lo reconocemos, pero el gobierno está reemplazando la condena penal por la condena pública y no sé qué es peor; prefiero personalmente la cárcel al odio y la descalificación, prefiero la cárcel a que el Estado con su enorme poder cambie la historia de mi vida”.

En representación del Estado, Juan Ross dio a conocer datos y gráficos sobre la inversión en pauta oficial y su crecimiento en relación al aumento de la publicidad privada en los medios. Sin embargo, aunque la mayoría de los planteos surgidos durante la audiencia fueron cuestionables y discutibles, quedó en evidencia un asunto pendiente en la agenda de políticas públicas de comunicación en Argentina. Más allá de los avances logrados en los últimos años en materia de libertad de expresión, todavía es necesario definir pautas

⁵⁷ Relacionar subtítulo/apartado de este mismo capítulo sobre América Latina

⁵⁸ Ley 26.551 sancionada en 2009

transparentes y no discriminatorias para la asignación de publicidad oficial en los tres niveles del Estado con el fin de dar a conocer actos de gobierno y campañas de interés público. Tal como ha sido reconocido por la propia Comisión⁵⁹ en sus estándares de regulación de la publicidad oficial, los Estados deben fomentar la diversidad y pluralismo de medios a través de políticas, mecanismos y subsidios específicos, diferenciados de la pauta oficial, la cual persigue otro fin.

Además, tal como se mencionó en Informes Anuales anteriores, es importante poner en juego una perspectiva histórica y considerar otras ayudas directas o indirectas que han recibido los medios por parte del Estado en forma discrecional en la compleja relación económica y política entre ambas partes, que excede la pauta oficial. En este sentido, cabe mencionar “las millonarias desgravaciones brindadas a los medios audiovisuales entre 1989 y 2005, a través de resoluciones del ComFeR basadas en la aplicación del art. 100 de la antigua Ley de Radiodifusión; las condonaciones de cargas impositivas a cambio de espacios publicitarios, o las cuantiosas deudas acumuladas por los medios en concepto de aportes previsionales computados como créditos fiscales para la liquidación del IVA, gracias a una disposición del ministro Domingo Cavallo que Néstor Kirchner derogó en 2003”⁶⁰.

6. PALABRAS FINALES

Se repitió hacia el final del año 2013 que el fallo de la Corte sobre la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual vino a cerrar un ciclo de cuatro años abierto en 2009. Sin embargo, sería más justo considerar que lo que se cerró fue una deuda de la democracia argentina que al día siguiente a la publicación de la sentencia cumplía su ciclo más extenso de funcionamiento pleno de las instituciones constitucionales. Entre ellas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación que legó un texto que probablemente dejará sentada jurisprudencia en materia de medios audiovisuales por varias generaciones. Lo que sí es cierto es que vino a cerrar cuatro años de especulaciones y de afirmaciones sin sustento en torno a la norma. Como bien mencionó el ministro Zaffaroni al final de su voto, seguramente podrá tener aspectos discutibles o mejorables, pero no se trató de ninguna manera de una ley de laboratorio académico, de una gestación discrecional o revanchista.

Se trató quizás de la legislación más discutida en la historia argentina. La Corte constató a lo largo de todo el fallo el ajuste a los mejores estándares internacionales y la constitucionalidad plena. Pero, sobre todo, el máximo tribunal convalidó, retomando las mismas fuentes de la ley y otras, esos estándares y los cristalizó en un texto que ilumina.

⁵⁹ Informe Anual 2010 de la Relatoría para la Libertad de Expresión, disponible en: http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/RELATORIA_2010_ESP.pdf

⁶⁰ CELS, Derechos Humanos en Argentina, Informe 2012, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012, p. 422

Otra de las cuestiones que se desprenden de este proceso es la calidad y consolidación de las instituciones democráticas del país. Estos 4 años de debate hasta alcanzar la plena vigencia de la ley pusieron en juego a todos los resortes, instancias y actores de los tres poderes del Estado. A su vez, trabajaron en articulación con todos los sectores involucrados, tanto prestadores privados y sin fines de lucro, sindicatos del sector, académicos y organizaciones de la sociedad civil, por nombrar algunos, con la generación de espacios para su participación.

Luego quedan las discusiones acerca de la aplicación de la norma con más o menos eficiencia, pericia o premura y la exigencia permanente de que se aplique en su totalidad sin discrecionalidades de ningún tipo. Queda un sinfín de aspectos pendientes de poner en marcha, en particular cuando se propone un marco normativo que haga justicia a un nuevo paradigma para la comunicación audiovisual en la Argentina. Pero ello no debe oscurecer la trascendencia de lo logrado por la democracia en estos años, a pesar de todas las dificultades.