

Sólo en la libertad de nuestro hablar los unos con los otros emerge un mundo. Porque tenemos lenguaje, palabra, vivimos un mundo.

¿Cuán inherente es la palabra a la condición humana y en qué sentido? Ya en el Protágoras, Platón subrayaba a través del mito de Prometeo que la palabra es esencial al ser humano: le asegura el saber, el poder nombrar el mundo, y le abre a la posibilidad de la justicia y del sentido moral. Esa palabra siempre es necesariamente diversa y plural, como también lo es la comunidad que ella funda. Democratizar la palabra no es otra cosa que defender esa diversidad y pluralidad frente a la posibilidad (siempre latente) de que alguien pretenda arrogársela para sí. Como la tierra, la moneda y el trabajo, la palabra no es una mercancía sino en un sentido ficticio. Por eso las decisiones concernientes a su producción y su circulación no pueden ser libradas a las reglas comunes del intercambio.

Entonces, ¿cómo garantizar el interés público ampliando las libertades de todos los ciudadanos a informarse y a formarse de acuerdo con sus propios criterios culturales? Precisamente con la herramienta que la democracia constitucional ha previsto: la regulación por la norma. Frente a los poderes de hecho, le corresponde al Estado contrarrestar las distorsiones que producen las asimetrías de producción y de circulación de la palabra, limitar la potencia de los actores. Es un atributo y deber del Estado garantizar el interés público por la pluralidad y la diversidad de voces. La noción de bienestar general, declarada en el Preámbulo de nuestra Constitución nacional, “encuentra su correlato jurídico en la idea de “interés público” que, al decir de Gordillo “es no sólo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad. Esta afirmación proyectada en el sentido teleológico del derecho da lugar a que se entienda que si este derecho realmente constriñe y limita, lo hace para posibilitar y asegurar el interés propio de cada uno de nosotros, y sirve para fundar un sistema protector de nuestras libertades y derechos...”

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

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

¿Qué es lo razonable? Lo razonable, lo no arbitrario, es tal como afirmaba Bidart Campos: la “adecuación medida de los medios al fin”. Como sostiene Horacio Corti la razonabilidad es una cualidad que debe respetar el Estado en toda su actividad. En este sentido, no podemos pensar que la reglamentación por ley es sólo para restringir derechos y acotarlos. La actividad legislativa también permite desarrollar los derechos, estructurar instituciones para garantizar su ejercicio y crear las condiciones para que un mayor número de actores accedan a ellos. En su acción, el Estado debe incentivar, reglamentar y asegurar los derechos sin alterarlos ni aniquilarlos. En ese equilibrio reside la razonabilidad.

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

Es pues necesario analizar la razonabilidad de los límites propuestos por el legislador. La misma se funda en las siguientes argumentos.

En primer lugar. Desde el punto de vista del derecho comparado internacional podemos recordar que en Europa predominó la convicción de que se aseguraba mejor calidad de servicio audiovisual y mayor pluralismo informativo con preminencia del Estado. En cambio Estados Unidos confió a la iniciativa privada el desarrollo de los medios audiovisuales, con una estricta regulación antimonopolio para evitar una excesiva concentración de poder e influencia política en manos de unos pocos. En la ley que se discute se propone limitar tanto la preminencia del Estado como la de los privados.

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

En segundo lugar, los casi 70 proyectos de ley que buscaron, a lo largo de esta etapa democrática, implementar un nuevo sistema de medios, más democrático y plural, establecieron una límite promedio de 10 licencias por lo que lo establecido en el artículo 45 no parece irrazonable.

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

En cuarto lugar, no parece válido diferenciar el supuesto de uso o no del espectro radioeléctrico, toda vez que en casi su totalidad el mismo se encuentra comprometido. Tanto la radio, la televisión abierta como la televisión por vínculo físico utilizan espectro radioeléctrico al tiempo que comparten cada vez más una plataforma tecnológica de servicios convergentes. La limitación a una señal, en el caso del titular de la plataforma de transmisión es una consecuencia necesaria de esta línea de razonamiento. No aplicarla no haría sino multiplicar los efectos negativos de una posición discrecional, tanto en su rédito económico como en el perjuicio a la pluralidad de voces.

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

En sexto lugar, si nos atenemos a los límites cuantitativos, debe tenerse presente que (1º) la restricción a la cantidad de licencias que no usan espectro radioeléctrico se funda en el

legítimo objetivo de favorecer la competencia, desde la perspectiva de los actores, y la diversidad de visiones; (2º) el servicio satelital emite un “cono” que excede a las fronteras de los países por lo que requiere una solución excepcional en el porcentaje señalado anteriormente.

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

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

Algunas consideraciones finales

Estamos transitando un momento histórico en la construcción institucional democrática de la Argentina. Las instituciones muchas veces reproducen un poder preexistente. Cuando así ocurre, son meras correas de transmisión de poderes económicos, sociales, ideológicos. Pero otras veces las sociedades enfrentan la oportunidad de construir institucionalidad que redistribuye democráticamente el poder. Estas mejoras institucionales, sin duda, van de la mano de controversias y conflictos con aquellos intereses afectados por las reformas. Es un precio ineludible en procesos de ampliación y profundización democrática.

En último análisis lo que está en juego es la democracia constitucional. Sin duda aquí yace la cuestión del equilibrio entre la dimensión política y la dimensión legal de la democracia. Pero también el peligro del vaciamiento de la dimensión constitucional de la democracia por una desproporción en el ordenamiento de los poderes comprometidos en las diversas instancias de la vida económica, social y política. Ya Montesquieu había advertido que hay un dato de experiencia: los poderes sin límites ni control tienden a concentrarse y a acumularse en forma absoluta, a transmutarse, en ausencia de reglas, a convertirse en lo que Luigi Ferrajoli denomina “poderes salvajes”. De aquí la necesidad de repensar el sistema de las garantías constitucionales.

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

Los servicios audiovisuales son hoy un lugar público decisivo para la formación del sentido común y del consenso. Su apropiación equivaldría a un disciplinamiento del debate público. De esta forma una parte esencial de la esfera pública se convierte en objeto de apropiación privada. Nos encontramos frente a un grave riesgo, que es la subordinación de la libertad de información a la propiedad de los medios. La cuestión más radical aquí en juego podría plantearse del siguiente modo: la libertad de información ¿es una variable dependiente del mercado o es un principio y un derecho fundamental constitucionalmente establecido? Su garantía ¿es simplemente un problema de antimonopolio o más bien y ante todo es un problema autónomo de libertad y democracia? ¿No está en juego aquí

también la posibilidad de existencia y expresión de las voces de grupos diversos, minoritarios, subalternos (Gayatri Spivak, 1988)?

No hay que confundir en un único derecho dos derechos estructuralmente distintos y potencialmente en conflicto. El resultado sería una inversión de la jerarquía constitucional de los derechos. La solución de este problema no es fácil. Es necesario ser conscientes de la aporía a la que nos enfrentamos. Esa conciencia implica a su vez reconocer que la propiedad de los medios, tanto sea vista como derecho de libre iniciativa económica o como derecho patrimonial real, consiste en un poder.

Sabemos que estamos frente a reformas complejas. Pero hay que tomar conciencia de los términos dramáticos del problema: lo que está en juego es la libertad fundamental y la democracia. La superación de las aporías del presente requiere el fortalecimiento de una cultura constitucional y una concepción de la democracia como un sistema frágil y complejo de separaciones y de equilibrio de poderes, de límites y garantías.

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