

**AMICUS CURIAE PRESENTA MEMORIAL ACERCA DE LA VALIDEZ CONSTITUCIONAL DEL ART. 45 APARTADO 1, INCS. A) Y B) Y APARTADO 2 INCS. A) Y B) DE LA LEY 26.522.**

Excma. Corte:

**CARLOS RUTA**, rector de la Universidad Nacional de San Martín, con domicilio en Yapeyú 2068 de la Ciudad de San Martín, Provincia de Buenos Aires, y constituyendo domicilio en Tucumán 843, Piso 3º “E” (starachuk@rcyabogados.com.ar) **en autos “GRUPO CLARÍN S.A. y otros c/ PODER EJECUTIVO NACIONAL y otros s/ Acción Meramente Declarativa” (Expte. Nº 119/2010)** junto con mi patrocinante, a VE respetuosamente me presento y digo:

**1. Personería.**

Acredito el carácter invocado con la copia certificada del Acta de la Asamblea Universitaria del 14 /11/2009 que acredita que soy rector de la **Universidad Nacional de San Martín**, conforme lo normado por el Estatuto de la Universidad, copia certificada del cual también adjunto y copia certificada de la Resolución del Consejo Superior de la Universidad que me designara como orador ante VE en la audiencia designada para el próximo 28 de Agosto del corriente.

**2.. Objeto.**

Vengo a presentar el memorial de mi representada en su carácter de Amicus Curiae propuesto por la demandada para referirse a la validez constitucional del art. 45, apartado 1, incisos a) y b); y apartado 2, incisos a) y b) de la ley 26.522 , a mérito de las consideraciones que paso a exponer. Hago presente a VE que la Universidad que represento se encuentra calificada para emitir opinión como Amicus Curiae en los puntos que le han sido encomendados por la Procuración del Tesoro de la Nación, toda vez que en su Escuela de Humanidades se dictan las carreras de Comunicación Social y Enseñanza de las Artes Audiovisuales, una Especialización en Educación Lenguajes y Medios y una diplomatura en Comunicación Pública de la Ciencia; en la Escuela de Ciencia y Tecnología se dicta la carrera de Ingeniería en Telecomunicaciones; y cuenta con una Unidad de Artes.

**3. Consideraciones Preliminares**

Quien tiene lenguaje tiene un mundo (Hans-Georg Gadamer). Solamente en la libertad de nuestro

hablar los unos con los otros emerge ese mundo, como eso sobre lo cual hablamos, en su objetividad y visibilidad desde todos los ángulos. Vivir en un mundo real y hablar los unos con los otros sobre él, son básicamente una y la misma cosa. (Hanna Arendt)

¿Cuánto la palabra es pertinente a la condición humana y en qué sentido? En uno de los diálogos de su primera época (el Protágoras), Platón pone en boca de su protagonista el relato del mito de Prometeo. Según el mito, Prometeo apurado por la carencia de recursos para dotar a los hombres, les regala la palabra. Gracias a ella, era posible articular el saber, darle nombre al mundo y finalmente ser capaces de recibir el sentido moral y la justicia necesarias para vivir en comunidad.

Siguiendo esta misma tradición, Aristóteles reitera una y otra vez que lo propio del hombre es justamente poseer la palabra. La palabra nos ha sido dada como algo que es común porque es intrínsecamente diverso. La palabra lleva en su seno la diversidad (de sentido) y, en cuanto tal, nos constituye como seres humanos diversos, como seres humanos en plural. La diversidad de la palabra no le viene de fuera de ella misma. Ella misma es, inmediatamente, sin mediaciones, diversa, plural, repartida. Es por la diversidad y pluralidad intrínseca de la palabra que nos ha sido dada en común y que compartimos, es por esa diversidad y pluralidad que los animales que tenemos palabra, somos diversos, distintos, plurales; y no a la inversa. Es la originaria, constitutiva, pluralidad y diversidad de la palabra la que nos constituye en una comunidad que es necesariamente diversa, plural.

Por tanto, del mismo modo que la realidad en su conjunto, ninguna comunidad de los que tienen palabra es homogénea, ninguna comunidad política es una comunidad constituida por intereses homogéneos, idénticos. Toda comunidad política que se precie de tal es, por naturaleza, una comunidad intrínsecamente, constitutivamente, originariamente diversa, heterogénea. La unificación, la uniformización, de la palabra genuina, es decir, de la palabra intrínsecamente plural y constituyente de la pluralidad de los que la tienen, es en el fondo, imposible. Pero siempre está latente la posibilidad de que se pretenda que una de las instancias de esa pluralidad diversa se erija en única voz, silenciando la pluralidad de voces humanas, silenciando, sin más, la palabra propiamente dicha, y, por tanto, tendiendo a imposibilitar la comunidad intrínsecamente diversa de los que comparten, de los acomodados (a la vez que diversificados) por la

palabra.

Democratizar la palabra no es otra cosa que respetar esa diversidad y pluralidad originaria, intrínseca, de su ser frente a la posibilidad (siempre latente) de que alguien pretenda arrogársela para sí.

Los intentos (muchas veces, parcial o acabadamente, logrados) de anular la pluralidad y diversidad de la palabra son, por tanto, intentos de anulación, sin más, de la palabra, de aquello en lo que a los constituidos por la palabra nos va la vida en comunidad. La cuestión parece ser [es], entonces: “la palabra o la muerte”; o la palabra (intrínsecamente diversa y plural) o la muerte (de la comunidad política democrática, de la comunidad de los que tienen, y nunca deberían de dejar de tener, palabras) [recordando el título del libro del egipcio, discípulo de Lacan, Moustapha Safouan, *La parole ou la mort – Comment une société humaine est-elle possible?*]

A diferencia de otros bienes, la palabra no califica la existencia por el mero hecho de poseerla. Se requiere para ello de su ejercicio, de la puesta en juego del verbo en el ámbito en el que discurre la vida del hombre: la polis. En las instituciones que la componen, como la asamblea, el hombre libre asume su compromiso como ciudadano, pone en juego sus dichos, funda lo social con actos de palabras. Esto implica dar razones, argumentar, procurar convencer a los otros ciudadanos. Más importante aún, lo obliga a escuchar, a atender a las razones y argumentos, esto es, a la pluralidad y diversidad de palabras que animan la vida de la polis. El acallamiento equivaldría a su extinción; la vida en la polis está marcada por una tensión agonística que nos aleja tanto del silencio como de la voz única. Tensión insoluble e inherente a la vitalidad de la vida democrática. En cualquiera de las concepciones de la democracia a la que apelemos, encontraremos que los valores de la igualdad y el reconocimiento, el respeto de la pluralidad y la diversidad figuran entre los más relevantes. Darles cuerpo implica una postura activa y práctica lejos de las declamaciones sin efecto. De hecho, al igual que entre los griegos, la mera posesión formal de un derecho sin su efectiva aplicación no alcanza para otorgar condición de humana a la vida del hombre. Porqué tal como lo mostró Michel Foucault, *“el discurso [...] aparece como un bien, finito, limitado, deseable, útil que tiene sus reglas de aparición pero también sus condiciones de apropiación y de empleo; un bien que plantea, por consiguiente, desde su existencia (y no simplemente en sus ‘aplicaciones prácticas’) la cuestión del poder; un bien que es, por*

*naturaleza, el objeto de una lucha y de una lucha política".(La arqueología del saber, 1969.)*

De allí que, al hablar de democracia en nuestros días no podamos obviar la consideración de las relaciones sociales y de poder que facultan o entorpecen la circulación y el acceso a la palabra. Ocurre que en las sociedades contemporáneas se produce un fenómeno paradójico puesto que, por un lado se han multiplicado los medios de difusión de la palabra pero, por otro lado, al pensar la palabra como una mercancía como cualquier otra, la igualdad, pluralidad y diversidad se ven seriamente amenazadas.

En continuidad con el pensamiento de Karl Polanyi, la palabra, como el trabajo, la tierra o la moneda, si es objeto de comercio, solo puede ser considerada como mercancía ficticia. Según este pensador húngaro, lo propio de estos bienes o servicios es que no fueron creados para ser mercancías, se construyeron como tales. Como la tierra, el trabajo o la moneda, la palabra tiene el atributo de ser constitutiva de la vida social: produce lazos, permite la vida en común y la continuidad de la existencia del colectivo.

En este sentido, la definición de su producción y de su circulación no puede ser librada a las reglas comunes del intercambio. Su existencia es de interés público y su regulación es política.

¿Cómo garantizar el interés público ampliando las libertades y derechos de todos los ciudadanos a informarse y a formarse de acuerdo con sus propios criterios culturales e ideológicos? 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 mediante la ley velar y defender el efectivo cumplimiento de las libertades y los derechos de todos, contrarrestando las distorsiones que producen las asimetrías de producción y de circulación de la palabra, interviniendo en la limitación de la potencia de los actores. La industria de medios no puede regirse únicamente por consideraciones estrictamente comerciales y es necesario producir un marco institucional-regulatorio que haga posible la existencia de una pluralidad de organizaciones independientes en las diferentes esferas de actividad de los medios de comunicación.

Ahora bien, esto no significa únicamente legislar contra las posiciones dominantes que perjudican al consumidor por restricción de la competencia: lo que está en juego no es solo la libertad de elección del consumidor, sino la creación de condiciones de posibilidad para la existencia de multiplicidad de foros públicos como espacios imprescindibles para el despliegue de la democratización de la palabra. La concentración de

recursos, capacidades y tecnologías en la industria de medios no es únicamente una amenaza al individuo como consumidor, sino que es una amenaza al individuo como ciudadano y a los derechos colectivos.

El legislador propone en esta ley que hoy venimos a pensar un límite razonable que amplía las libertades individuales y colectivas profundizando la democracia.

Como plantean Mc Combs y Shaw (1986), los medios pueden establecer una agenda de cuestiones políticas y/o sociales que la sociedad en su conjunto llega a considerar importante, lo que produce un impacto capaz de generar un cambio cognitivo en los individuos. El éxito radica en que son capaces de plantear las cuestiones en las cuales la sociedad debe pensar a partir de la lectura de los asuntos políticos, económicos y culturales, basadas en una pequeña muestra del mundo real, es decir, en una realidad “editada”, como lo afirma Manuel Castells (2009).

Así, no es únicamente un límite a la concentración lo que intenta regular el Artículo 45 de la Ley de Medios, sino que en su esencia está lo que podríamos llamar principio del pluralismo regulado, basado en el intento de compatibilizar las nociones de cultura y palabra como mercados con las nociones de cultura y palabra como valores democráticos. Nunca más pertinente las afirmaciones de Ludwig Wittgenstein: *“Los límites de mi lenguaje son los límites de mi mundo”*.

Como corolario, para el desarrollo de la necesaria multiplicidad de organizaciones involucradas en la industria de los medios de comunicación audiovisual es necesario producir un espacio de regulación legal entre el mercado y el Estado limitando cualquier posición dominante.

Desde el informe compilado para la UNESCO por el Premio Nobel de la Paz, Sean Mac Bride, y editado en 1980 bajo el título *“Un solo mundo, voces múltiples”*, se ha establecido el criterio de lograr un flujo equilibrado en la circulación de la información como condición necesaria para el desarrollo y la democracia. Se trata entonces tanto de los contenidos como de las condiciones de su distribución y circulación.

El escenario económico nacional, proyectado sobre la industria de medios de comunicación audiovisual, hoy muestra una configuración preocupante: (i) una alta concentración de recursos, capacidades y tecnologías; y (ii) una reducida oferta comunicacional incapaz de responder al pluralismo y la diversidad de las demandas educativas, vocacionales, culturales y comerciales propias de una democracia.

El efecto de estas posiciones dominantes es la homogeneización y uniformización de las audiencias. Este privilegio se extiende al uso de (y acceso a) la palabra, a la posibilidad de presentar una mirada particular de la realidad como si fuera la mirada del conjunto. Como corolario—si se asume que la investigación académica actual reconoce que existe una relación constitutiva entre medios de comunicación y democracia—significa finalmente una tendencia al “disciplinamiento” de los ciudadanos alrededor de ideas, creencias y valores que ganan posiciones excluyentes en el terreno comunicacional, no por la dinámica de crítica, discusión, confrontación o debate propia del campo cultural en una democracia, sino como consecuencia de un poder económico en un mercado imperfectamente regulado.

Este escenario significa también en la Argentina dejar sin canales de expresión al pluralismo de ideas, valores y creencias y a la diversidad cultural de las muchas “Argentinas” que componen la Argentina, y limitar las potencialidades de un recurso crucial para el desarrollo de las economías regionales. Supone el sometimiento a un flujo determinado, de sentido vertical que impide el equilibrio y el intercambio horizontal.

Las limitaciones planteadas por el legislador no son solamente atributos posibles del Estado, sino un deber para contrarrestar el sobredimensionamiento de un sector mediático sobre el otro y así garantizar el interés público por la pluralidad y la diversidad de voces. La noción de bienestar general, no solo declarada en el preámbulo, sino efectivizada a través de todo lo largo de nuestra Constitución nacional, *“encuentra su correlato jurídico en la idea de “interés público” que, al decir de Gordillo “es no solo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen, también, un interés propio y directo”.* Esta afirmación proyectada en el sentido teleológico del derecho administrativo, 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, como individuos y como componentes de una comunidad, y sirve para fundar un sistema protector de nuestras libertades y derechos...” (Escola, El Interés Público Como Fundamento del Derecho Administrativo; Depalma; Bs. As., 1989, págs. 31/2).

Con relación a las limitaciones o restricciones de los derechos subjetivos, en ocasiones imprescindibles para garantizar los derechos de la comunidad, decía Bidart Campos que toda vez que los

derechos subjetivos que reconoce la Constitución son relativos y no absolutos, y se gozan de acuerdo a las leyes que reglamentan su ejercicio, 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, 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; ahí está el porqué, para evitar eso, los derechos individuales han de soportar determinadas limitaciones...”*

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 tardía intervención a través de la tutela de defensa de la competencia. Allí el daño ya estará consumado y las estructuras administrativas y jurídicas actuarán tardíamente en defensa de los ciudadanos procurando corregir excesos y reparar daños evitables. En tal sentido la CIDH *“reconoce que el Estado tiene la potestad de administrar el espectro radioeléctrico, de establecer previamente términos de duración de las concesiones y de decidir sobre su renovación a la finalización de los plazos respectivos”* (Comunicado de Prensa N° 29/07).

#### **4. La razonabilidad del límite.**

Bidart Campos, afirmaba que el principio de razonabilidad -derivado de los arts. 28 y 33 de nuestra Carta Magna- importa, dentro de nuestro sistema constitucional, la exclusión de toda arbitrariedad o irrazonabilidad, en el ejercicio de las prerrogativas de los poderes públicos. Ello quiere decir que existe un patrón, un criterio, un estándar jurídico, que obliga a dar a la ley -y a los actos estatales de ella derivados inmediata o mediatamente- un contenido razonable, justo, valioso, de modo que alguien puede ser obligado a hacer lo que manda la ley o privado de hacer lo que la ley prohíbe, siempre que el contenido de esa ley sea razonable, sea justo, sea válido.

Razonable es todo aquello arreglado a la razón. Es lo que Bidart Campos expresa como *“adecuación medida de los medios al fin”*. Como sostiene el Dr. Horacio Corti en su *“Derecho Constitucional Presupuestario”*; la razonabilidad es una cualidad que debe respetar el Estado en toda su

actividad, ya sea en la reglamentación, en la creación institucional y en su ejecución. El artículo 28 de la Constitución Nacional sostiene que *“Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”*. Si la actividad estatal no debe alterar el ejercicio habitual de los derechos fundamentales; de esto se concluye que esos derechos deben sucederse de manera habitual, de tal forma de asegurar su ejercicio normal. En este sentido, nos negamos a pensar que la reglamentación por ley es sólo para restringir derechos y acotarlos. La actividad legislativa también permite desarrollar los derechos, estructurando instituciones para garantizar su ejercicio y creando las condiciones para que un mayor número de actores accedan a él. La ley configura también un mecanismo de incentivos para ampliar el goce de los derechos.

En su acción, el Estado debe reglamentarlos y asegurarlos sin alterarlos ni aniquilarlos. En ese equilibrio reside la razonabilidad.

El análisis de la doctrina judicial permite establecer que la aplicación del criterio de razonabilidad exige un análisis valorativo de la norma en cuestión, que tome en consideración el interés público (que es la finalidad de la norma) y los intereses subjetivos realmente afectados. De allí que la regla es que, a mayores beneficios, mayores serán los niveles admisibles de restricción a los derechos subjetivos. Sostiene al respecto Bidart Campos que *“cuanto más alta es la jerarquía del interés tutelado, mayor puede ser la medida de la reglamentación”* (Germán Bidart Campos *“La Corte Suprema. El Tribunal de las Garantías Constitucionales”*, Ed. Eddiar, pág. 107).

El Artículo 32 de la Constitución Nacional no impide al Congreso de la Nación dictar normas que regulen la libertad de expresión, ya que solo prohíbe el establecimiento de restricciones a esa libertad. De allí que se encuentre facultado para establecer regulaciones siempre que las mismas sean razonables y tengan en mira garantizar esa libertad, tal lo expresado por la SCJN en el precedente *“Ramos”*.

La consideración de la comunicación como un derecho humano y como un bien social a ser protegido de cualquier restricción directa o indirecta que impida su ejercicio como consecuencia del control— privado o público— de insumos, recursos, frecuencias o soportes, es parte ya de la tradición regulatoria del mundo desarrollado y forma parte indisoluble de principios que integran el corpus de la Constitución de la



Nación Argentina.

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, invocando que es necesario poseer los instrumentos de acceso a los contenidos mediante las reglas económicas del mercado.

Más aún, y en forma abarcadora, el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica expresamente destaca que la protección regulatoria no debe limitarse al empleo de frecuencias radioeléctricas, en tanto recurso natural sujeto a la jurisdicción federal, sino también a la concentración de papel para periódicos o a la de *“enlaces y aparatos usados en la difusión de información”*, los que deben ser comprendidos por la regulación específica para que su concentración *“no restrinja”* en forma indirecta la libertad de expresión. Cabe incluir en esta definición a aquellos sistemas de comunicación audiovisual regulados por la ley en debate, tanto cuando emplean espectro radioeléctrico como cuando se accede a ellos por vínculo físico como los servicios de distribución por cable.

De la misma manera, a la luz de estos mandatos y de la comparación con las reglas de propiedad cruzada actualmente vigentes tanto en la Unión Europea como en los Estados Unidos, resulta necesario llamar la atención sobre los problemas ocasionados por la captura cuasi monopólica de los mercados. La concentración de soportes diversos para el acceso a la información y los bienes culturales, tales como los periódicos, las emisoras de radio, las señales de televisión abierta y las plataformas de acceso a contenidos audiovisuales (como la televisión por vínculo físico, también proveedora de internet y eventualmente de telefonía digital) afectan los principios de diversidad y pluralismo que son esenciales en el sistema democrático en la formación de la opinión pública.

De la correcta interpretación de estas directrices, que integran los principios constitucionales de la Argentina y se reflejan en la normativa específica para el sector audiovisual nacional a través de la Ley 26.522 en su artículo 45, surge como conclusión necesaria, la consagración del principio que separa la información y la cultura de la mera consideración economicista y que privilegia la libertad de expresión y el derecho de acceso ciudadano a la diversidad de fuentes.

En el mismo orden, la integración vertical en el mercado audiovisual es objeto de regulación de modo tal de impedir que un solo operador que controle tanto la producción de contenidos audiovisuales y su cadena de valor agregada junto a la red de distribución puede llegar a incidir de tal modo en la audiencia al punto de llegar a obstaculizar la competencia en un determinado mercado, por ejemplo, al negar el transporte y emisión de determinados contenidos.

Igualmente, la experiencia internacional en términos de regulación, establece limitaciones a la propiedad cruzada de las diferentes redes de distribución para tratar de salvaguardar la independencia y mayor competencia de los proveedores de servicios y facilidades. Así aparecen las restricciones a la propiedad cruzada de operadores de televisión por aire y por cable o de distribuidores de contenidos y productoras.

Nos encontramos aquí frente al análisis de la constitucionalidad de los arts. 41, 161, 45 y 48 de la ley 26.522, cuya articulación, constituye ciertamente el corazón de la norma, toda vez que son el eje en función del cual se plasman en el derecho positivo vigente los principios que se derivan de esas normas del Derecho Supranacional y de los estándares regulatorios del derecho comparado vigente.

Inicialmente parece prudente considerar que para el análisis de la constitucionalidad de las normas 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. Vale decir, 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.

En consecuencia, tratándose de la utilización del espectro radioeléctrico, recurso limitado declarado patrimonio común de la humanidad y cuya administración está delegada a los Estados, en virtud de tratados y normas internacionales, como servicio público o como actividad de interés público, deviene imprescindible la actividad regulatoria sobre la materia.

Volvamos entonces al análisis de la regulación en el derecho comparado. Allí, mientras en Europa predominó la convicción de que se aseguraba mejor calidad de servicio audiovisual y mayor pluralismo informativo con el monopolio del Estado, 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.

Ahora bien, con ese cuadro de restricciones a la concentración, ¿cuál es la situación?: existen infinidad de medios audiovisuales con pluralidad de titulares. Valga simplemente referenciar que, durante la década de los 90, Europa pasó de 100 canales privados nacionales o regionales a 1000, es decir, aparecieron más de cien canales de televisión por año y en progresión aún mayor se produjo el avance los sistemas de radio. Mientras, en Estados Unidos, hoy sólo de televisión pública tiene casi 700 prestadores (estados, educativas, no comerciales) y de las comerciales hay miles. Sólo en Nueva York funcionan 26 canales de televisión abierta gratuita.

Está claro, entonces, que las reglas de regulación de la propiedad de los medios audiovisuales para impedir la concentración y las prácticas monopólicas no privaron al público de Europa y EE.UU. de una gran oferta de medios de comunicación, con multiplicidad de voces. El desafío es entonces que las oportunidades del progreso tecnológico se traduzcan en más oportunidades para la diversidad, en lugar de una oportunidad, para el acaparamiento por los prestadores tradicionales.

Antes que mirar la cuota del mercado, las reglas sobre integración vertical, tales como las establecidas en el artículo 45, apartado 2, incisos c) y d), así como apartado 3 de la Ley 26.522, 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.

Durante muchos años, reglas estipuladas por la Comisión Federal de Comunicaciones -FCC, USA- como PTAR y Fin Syn Rules establecieron límites para que los mayores operadores televisivos no pudieran privilegiar su propia producción. Las normas de uso del prime time regularon durante 25 años la relación entre productores de programas y cadenas de televisión a fin de evitar un abuso de posición. Fueron creadas para limitar el número de horas de programación que las cadenas podían suministrar a sus afiliadas durante las horas de máxima audiencia, procurando que las estaciones locales programen contenidos de productores independientes. Tal principio puede asimilarse a la relación entre el titular de una red de distribución de señales que es, a la vez, propietario de señales, en relación con las señales independientes.

Asimismo, el criterio de prohibir la posesión simultánea de televisión por aire y televisión por cable en el mismo mercado (conocida como Regla CBCO, Sección 202, h, de la FCC) también protegió la transparencia en la oferta de canales y contenidos a los usuarios por parte de los titulares de los sistemas de televisión paga.

El principio que regula la propiedad simultánea de contenidos y plataformas tiene, en el espíritu consagrado por el legislador en la Ley 26.522, un celoso cuidado respecto de las consecuencias negativas - tanto en el plano económico como editorial- que la integración vertical puede tener para competidores y ciudadanos.

La limitación a una sola 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 en cuanto al beneficio de los contenidos propios, tanto en su rédito económico como en el perjuicio a la pluralidad de voces. Más aún, la reciente digitalización de los servicios de distribución de contenidos por vínculo físico, agrega al mercado una importante cantidad de bienes y servicios que deben ser ofrecidos con la máxima transparencia al usuario a fin de no perjudicar a otras productoras independientes y favorecer la diversidad de opciones editoriales del usuario.

### **5. Regulación igualitaria**

En el fallo de Cámara, con acertado fundamento del voto de la Dra. NAJURIETA, quedó resuelto que esas disposiciones son compatibles con la Constitución Nacional, toda vez que (a) nadie tiene derecho a la inalterabilidad del ordenamiento jurídico, por lo que no es lícito paralizar el ejercicio del poder normativo del Estado con fundamento en el marco jurídico preexistente y (b) que es razonable que sean diversos los actores que presten servicios de comunicación audiovisual (conf. art. 21), así como que la autoridad de aplicación deba efectuar “reservas” de frecuencias del espectro a favor de determinados sujetos (conf. art. 89). Ello así ya que, conforme lo dispuesto por el legislador, las actividades en cuestión son de “*interés público*”. Esas limitaciones guardan directa concordancia y pertinencia con los principios fundantes del nuevo régimen. En efecto, los artículos 1º, 3º y concordantes de la Ley 26.522 dejan en claro que, entre otros objetivos, procura “*el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de abaratamiento, democratización y universalización del aprovechamiento de las*

*nuevas tecnologías de la información y la comunicación”.*

Además, debe tenerse presente que (a) 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, desde la perspectiva de actores y del público usuario; ambas cuestiones de inocultable interés público; (b) que la regulación no puede objetarse desde la perspectiva de derechos adquiridos, porque nadie tiene derechos irrevocablemente adquiridos en contra del interés público y porque no es absoluto ninguno de los derechos que ampara la Constitución; (c) no hay afectación a derecho alguno, ni discriminación, cuando la regulación recae sobre personas que se encuentren en una misma situación o condición y, en el caso, la Ley estable dispositivos regulatorios que aplican a todos los licenciatarios de servicios de comunicación audiovisual, sin excepción alguna.

A la luz de lo dicho no existe óbice ni impedimento para que el legislador regule la cantidad de licencias que no utilizan espectro y el máximo de población a la cual puede llegar un prestador, como tampoco para que limite la cantidad de señales.

El servicio satelital posee características tecnológicas que requieren una solución excepcional; dado que el satélite emite un único “cono”, llamado “piada” o “footprint” de enorme alcance, superior a las fronteras de los países, por lo que no puede limitarse su capacidad de penetración a través de una norma jurídica. Es por eso que el legislador ha decidido ponerle un límite a la cantidad de abonados. La cobertura del satélite no es ilimitada antes bien, está sujeta a la limitación del 35% de los abonados del servicio de televisión paga como mercado único, tal como se estableció como parámetro en la autorización de la operación conjunta de cablevisión-multicanal. Los actores pueden elegir en qué lugares prestar servicio, no tratándose de 24 localidades sino 24 unidades de negocio más amplias que eso, en virtud de las extensiones de licencias que avala el decreto reglamentario.

Así, entonces, el artículo 45, apartado primero, párrafo final, establece con claridad que: *“La multiplicidad de licencias —a nivel nacional y para todos los servicios— en ningún caso podrá implicar la posibilidad de prestar servicios a más del treinta y cinco por ciento (35%) del total nacional de habitantes o de abonados a los servicios referidos en este artículo, según corresponda.”* 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.

Pero, además, la norma permite tener una señal de contenidos para incorporar en la programación del cable y satélite, de modo tal que a la emisión de los canales de aire, se suma la posibilidad de generar una señal de contenidos para emisión por cable y satélite, dando un amplio margen para que las empresas del sector a través de la venta retransmitan sus producciones. Por otra parte, permite evitar que la sumatoria de la participación excesiva en “sub-mercados” constituya de hecho una posición dominante en el sector.

En el orden local, y en cuanto a los servicios de radiodifusión sonora, la norma habilita hasta una licencia por modulación de amplitud y una por modulación de frecuencia, siendo este último caso pasible de ser llevado a dos licencias, cuando existan más de ocho licencias en el área primaria de servicios, siendo razonable la reglamentación si tenemos en cuenta la limitación del espectro radioeléctrico, el extenso alcance territorial de estas emisiones y la necesidad de fomentar la diversidad de opiniones dando protección a las lenguas y culturas de cada comunidad. Dicha ratio se corresponde, por ejemplo, con los límites de concentración en mercados determinados de los Estados Unidos.

## **6. Consideraciones finales**

Quizá estemos 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.

Después de treinta años de democracia, forjada por un proceso en el que las demandas y la movilización de muy diversos actores sociales, se adelantó y marcó el rumbo a sus gobernantes, afrontamos la oportunidad histórica de avanzar hacia la desconcentración de licencias de medios audiovisuales. El

aprovechamiento o la pérdida de esta oportunidad de democratizar la palabra y fortalecer la diversidad y el pluralismo discursivo, está en nuestras manos.

Cabe pensar finalmente lo que en último análisis está en juego: se trata de velar por 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 externa: 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.

Una noción formal de la democracia es sin duda una *conditio sine qua non*, sin la cual no se puede hablar de democracia, pero no es una condición suficiente. Hay que sumar a las notas formales de la democracia los límites y vínculos substanciales o de contenido, es decir relativos a qué cosa no es lícito decidir o no decidir: nos referimos a aquello impuesto por los derechos fundamentales establecidos en las constituciones modernas. Estos límites y vínculos son impuestos por los derechos constitucionales establecidos y se identifican con lo que podemos llamar: la esfera de lo indecidible: diseñada por los derechos de libertad y los derechos sociales.

Tanto la política como el mercado (activados y legitimados la una por el ejercicio de los derechos políticos y la otra por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía) se configuran como la esfera de lo decidible, pero rígidamente delimitada por la esfera de lo indecidible diseñada por el conjunto de los derechos fundamentales.

Podríamos identificar el grado de legitimidad o de ilegitimidad del ordenamiento de un estado constitucional de derecho con el grado de efectividad o con el grado de ineficiencia de las garantías de los derechos constitucionalmente establecidos. Lo que caracteriza la modernidad jurídica: es la separación entre las siguientes esferas o niveles de poder: a) entre Estado y Pueblo, b) Entre esfera pública y esfera privada, entre fuerzas políticas e instituciones públicas, entre poderes mediáticos y libertad de la cultura y de la

información.

La alteración de estas separaciones nos ingresa en un proceso de desconstitucionalización que significa una regresión premoderna y, lo que es más grave, redundante en el desarrollo de poderes desregulados o poderes salvajes. Una expresión de la que habla Kant en la *Metafísica de las Costumbres* cuando se refiere a una libertad salvaje y desenfrenada, en ausencia de límites y reglas, que él veía en el estado natural opuesto al estado jurídico o de derecho. Uno de los peligros inherentes al desenfreno de estos poderes salvajes es, sin duda, la apropiación privada de la esfera pública.

Un factor de crisis de la democracia puede ser la ausencia de garantías de la información. Hablamos de garantías del ejercicio independiente de la misma libertad al interior de los grandes medios pero también al derecho de los ciudadanos a una información no condicionada por relaciones impropias de subordinación. Garantías al derecho activo de la libertad de quien hace la información, y al derecho pasivo a la no desinformación de quienes son destinatarios de la misma. La censura, la autocensura, el control de la opinión y de la información: hacen que el pensamiento, la opinión y la información más que derechos fundamentales se conviertan en mercancías, bienes patrimoniales ligados a la dinámica del mercado.

Los servicios audiovisuales son hoy un lugar público decisivo para la formación del sentido común y del consenso. Por ello que su regulación equivale a una regulación de la información y 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, ignorado por el pensamiento liberal, que es la subordinación de la libertad de información a la propiedad de los medios. La cuestión más radical aquí en juego podría plantear 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, incluso subalternos (Gayatri Spivak, 1988). Lo que podemos llegar a ver en nuestras sociedades es que un poder patrimonial, el poder empresarial de la propiedad se sobrepone 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 y la consiguiente dependencia de hecho de los primeros respecto de los segundos. Se trata de dos derechos radicalmente diversos: el uno es un derecho fundamental de todos, el otro es un derecho patrimonial de tan sólo los propietarios. Si la relación entre ambos derechos es invertida: la propiedad se devora la libertad. La ley del mercado termina subordinando a sí misma, de hecho, las reglas del estado de derecho y de la democracia constitucional.

Hay sin duda diversos factores posibles de crisis como la homologación de los consensos y la denigración de los que disienten. O también transformación de la información en una fábrica de consenso lo cual redundaría en una crisis de libertad. Todo ello comporta el quiebre de la solidaridad social, el debilitamiento del sentido moral y la destrucción del espíritu público, la degradación de la opinión pública que debiendo versar sobre cuestiones públicas, sobre el bien común, termina fundida en los intereses particulares.

Las democracias modernas se han descubierto frente a un problema que han heredado irresuelto: el de la concesión y la disciplina propietaria de los medios. La cuestión se ha vuelto dramática con el desarrollo de la televisión devenida en espacio público por excelencia, dotada de una capacidad de influencia y sugestión incomparable con la de los periódicos.

En relación a estas concesiones, se han confundido en un único derecho dos derechos estructuralmente distintos y virtualmente en conflicto: la libertad de información y de manifestación del pensamiento que es un derecho fundamental de libertad; y la propiedad de los medios que es un derecho patrimonial singular de la empresa. El resultado es 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 difíciles. 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 desarrollo 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.

Por ello es necesario: que el nexo entre forma y sustancia de la democracia se realice a través de la construcción de un sistema de garantías y de instituciones de garantía.

Bajo estos términos lo que tenemos por delante es un desafío cultural: la defensa y profundización de la democracia. En un doble sentido, este desafío es cultural: por un lado, el nexo entre democracia y constitución es un hecho cultural. Pero además el desarrollo de la cultura es un factor esencial en la construcción de la democracia. A ello mismo pretende coadyuvar la norma que hoy nos ocupa.

#### **7. Petitorio.**

A mérito de lo expuesto tenga VE por presentado el memorial de mi representada, ordenando su agregación a las presentes actuaciones.

Proveer de conformidad que

**ES JUSTO.**