

Pluralismo y diversidad

Ramiro Álvarez Ugarte*

I. REGULACIÓN DEL MERCADO AUDIOVISUAL	3
A. <i>El decreto-ley 22.285: herencia y adaptación (1980-2004)</i>	4
B. <i>La ley 26.522 y las guerras comunicacionales (2004-2015)</i>	7
I. <i>Las medidas cautelares</i>	9
II. <i>El caso Clarín</i>	10
II. CENSURA INDIRECTA	15
A. <i>El nacimiento de un problema</i>	16
B. <i>El caso Río Negro</i>	17
III. LOS MEDIOS PÚBLICOS	20
IV. CONCLUSIÓN	21
V. REFERENCIAS	25

El derecho a la libertad de expresión es uno de los derechos fundantes de una comunidad política democrática. Junto a los derechos de reunión y de asociación busca garantizar un espacio de libertad para que los ciudadanos puedan organizarse y actuar políticamente (Nino 1996). Es, en este sentido, un complemento fundamental de las instituciones representativas sobre las que se estructuran los estados modernos. El derecho a la libertad de expresión permite interpelarlas y someterlas al escrutinio público. El objeto de estas interpelaciones es que las instituciones se vuelvan permeables a la opinión de los ciudadanos.

Lo que este derecho busca es garantizar la esfera pública de discusión que permite el funcionamiento de las instituciones democráticas (Habermas 1991). Sin embargo, ello no alcanza: ese espacio de deliberación tiende a reflejar la desigualdad que caracteriza a las sociedades modernas. Quienes tienen recursos acceden y quienes no se ven excluidos. Ello presenta un desafío para la igualdad de agencia

*Candidato a doctor en derecho en la Universidad de Columbia. Agradezco los generosos comentarios y sugerencias de Eleonora Rabinovich, Julio César Rivera (h), Roberto Gargarella y Sebastián Guidi. Los errores que subsisten son responsabilidad mía.

que supone el ejercicio de la ciudadanía democrática (O'Donnell 2010).

El derecho ha intentado enfrentar ese desafío a través de los principios de pluralismo y diversidad que complementan al derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto, en el sistema interamericano, la libertad de expresión tiene dos dimensiones: una *individual* que garantiza el ejercicio del derecho a los individuos en un sentido clásico y una *colectiva*, que impone al estado la obligación de incentivar un ecosistema de comunicación democrático.¹ Es de esta segunda dimensión de donde provienen los principios de pluralismo y diversidad que aquí tratamos.

Los órganos del sistema interamericano desarrollaron esa preocupación a través del cuestionamiento de la concentración de la propiedad de los medios de comunicación. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que resulta “indispensable ... la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar.”² La concentración de la propiedad afecta el principio de pluralismo porque impide el acceso equitativo a la esfera de deliberación que el derecho a la libertad de expresión pretende promover.

Ello impone al estado la obligación de adoptar políticas activas de promoción del pluralismo, en virtud de los deberes de protección y de adoptar disposiciones de derecho interno que surgen de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana. En este sentido, la CIDH utilizó ese lenguaje de obligaciones en la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, donde estableció que el Estado debe “equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo” (CIDH 2000, principio 12). En el mismo sentido, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH señaló que los Estados están obligados a “adoptar medidas positivas (legislativas, administrativas o de cualquier otra naturaleza) para rever-

¹ Corte I.D.H., La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30; Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 64; entre otros.

² Corte I.D.H., La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 34.

tir o cambiar situaciones discriminatorias existentes que comprometan el goce y ejercicio efectivo del derecho a la libertad de expresión de ciertos grupos, en condiciones de igualdad y no discriminación” (CIDH 2008, cap. IV, párr. 230). También señaló que deben “establecer condiciones estructurales que permitan la competencia en condiciones de igualdad y la inclusión de más y diversos grupos en el proceso comunicativo” (CIDH 2010C, párr. 226).

En general, estos principios se traducen en políticas públicas de distinto tipo. En la Argentina se han expresado en normativas tendientes a regular el mercado audiovisual, en casos judiciales nacidos a la luz de la distribución arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial y en la cuestión del uso y regulación de los medios públicos.

I. REGULACIÓN DEL MERCADO AUDIOVISUAL

Históricamente se ha considerado que la regulación de los medios audiovisuales es una facultad legítima del Estado. El argumento principal para justificar esa regulación es el carácter limitado del espectro radioeléctrico que estos medios utilizan para funcionar. Como se trata de un recurso escaso, el Estado debe administrar el otorgamiento de licencias y, al hacerlo, está facultado para adoptar medidas tendientes a promover la diversidad y el pluralismo. Esta es la lógica que siguió la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, donde resolvió que si bien los titulares de licencias de radiodifusión son emisores en un sentido relevante desde el punto de vista del derecho a la libertad de expresión, el Estado tiene un interés legítimo en hacer que los licenciarios operen en interés del público.³

Los principios de pluralismo y diversidad del sistema interamericano sugieren que no sólo es una facultad legítima del estado sino que, para los países signatarios de la Convención Americana, es también una obligación. En efecto, la Re-

³ *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, USSC. 395 U.S. 367 (1969). La Suprema Corte aceptó como legítima la llamada *fairness doctrine*, que requería a los radiodifusores dedicar tiempo a cuestiones de interés público y dar espacio a visiones contrarias sobre esos asuntos. Según el juez White –autor del voto de la mayoría– “no hay nada en la Primera Enmienda que impida al gobierno requerir a los licenciarios compartir la frecuencia con otros y manejarse como un actor con obligaciones para presentar aquellas visiones y voces que son representativas de su comunidad y que quedarían excluidas del espectro” (p. 389).

latoría Especial para la Libertad de Expresión consideró que los estados deben regular la radiodifusión con el objeto de “crear un marco en el cual sea posible el más amplio, libre e independiente ejercicio de la libertad de expresión por la más diversa cantidad de grupos o personas, de forma tal que se asegure al mismo tiempo que esta facultad no será usada como forma de censura y que se garanticen la diversidad y la pluralidad” (CIDH 2010a, párr. 12).

En la Argentina, la regulación del mercado audiovisual de medios de comunicación tiene una larga historia de cruces, tensiones y acuerdos entre actores privados y públicos (Mastrini 2005). Relatar esa historia excede los límites de este trabajo. Por ello, vale la pena comenzar el análisis con un breve repaso del decreto ley 22.285 –conocido como Ley de Radiodifusión– que fue el marco regulatorio que rigió en nuestro país hasta 2009 y bajo el cual se consolidó el sistema de medios de comunicación actualmente existente.

A. El decreto-ley 22.285: herencia y adaptación (1980-2004)

Este marco regulatorio sancionado en 1980 tuvo una incidencia enorme en la consolidación del ecosistema de medios de comunicación durante la democracia. La forma en la que el estado democrático recibió y adaptó las reglas de juego allí establecidas al cambiante mercado comunicacional es significativa: revela cómo la discrecionalidad en el ejercicio de facultades regulatorias puede utilizarse para beneficiar a unos y perjudicar a otros, lo que afecta la diversidad de la esfera pública.

Desde el punto de vista del pluralismo, el decreto-ley 22.285 era bastante restrictivo en relación a la concentración de la propiedad: limitaba la capacidad de ser licenciarios a las personas jurídicas comerciales, limitaba a cuatro la cantidad de licencias que podía poseer una misma persona física o jurídica y prohibía ser titulares de licencias de radiodifusión a las empresas periodísticas. Ello impedía el ingreso al mercado audiovisual a los principales medios de comunicación de la prensa gráfica. Desde el punto de vista procedimental, el decreto-ley concentraba el poder de policía en el COMFER, una autoridad de aplicación que sería conformada por miembros de las Fuerzas Armadas. Ello significó que desde el retorno de la democracia el COMFER estuvo siempre intervenido por el poder ejecutivo.

El panorama legal heredado de la dictadura sería modificado en numerosas oportunidades por el sistema democrático, pero su reforma integral demostró ser muy difícil.⁴ Ello generó que el mercado de la radiodifusión se expanda de manera caótica, con un marco legal anacrónico y sin un plan de ordenamiento del espectro radioeléctrico ya que el heredado de la dictadura (el PLANARA) fue suspendido en 1984 a la espera de una renovación integral del marco legal. Como ello no ocurrió, el efecto de la suspensión fue la desprotección: cientos de radiodifusores quedaron en una situación de ilegalidad sin poder acceder a las licencias pertinentes por obstáculos de los que no eran culpables. Ello generó cientos de reclamos judiciales que buscaban bloquear la actividad de contralor de las autoridades administrativas en materia de radiodifusión y de telecomunicaciones. El poder judicial adoptó numerosas medidas de protección en ese sentido: medidas cautelares de no innovar que impedían el decomiso o cierre de las estaciones.⁵ A esta actividad de protección del poder judicial se sumaron los llamados *permisos precarios provisorios* en 1991, con los que el COMFER buscó dar una apariencia de legalidad a la actividad radiodifusora de numerosos ciudadanos que no podían acceder al sistema de licencias impuesto por la ley 22.285.

Uno de los cambios más profundos en el mercado de la radiodifusión se produjo a partir del proceso de privatización de amplios sectores de la economía a comienzos de la década del noventa. La ley de Reforma del Estado No. 23.696 autorizó al ejecutivo a intervenir en el mercado audiovisual para “regular el funcionamiento de aquellos medios que no se encuentren encuadrados en las disposiciones vigentes” que, como vimos, eran muchos. Asimismo, habilitó a las empresas periodísticas nacionales a ser titulares de licencias de radiodifusión. Allí nacieron los llamados *multimedios*: empresas periodísticas y de comunicación horizontal y verticalmente integradas (Loreti 1995, 150–51; Eliades 2003). La forma en que el decreto-ley 22.285 receptó cambios beneficiosos a los principales actores de la comunicación lo consolidó como el marco jurídico preferido por los actores con más peso en el mercado y más influencia en el sistema político.

⁴ El decreto-ley fue modificado en más de 224 oportunidades según Infoleg. Ver <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verVinculos.do?modo=2&id=17694>.

⁵ Sobre el punto, ver Tau Anzoátegui (2001), 75 (argumentando que frente a la inactividad de Estado se desarrolló una “verdadera corriente jurisprudencial sobre el funcionamiento de estaciones de radiodifusión sonora con modulación”).

Además de las medidas de no innovar y los permisos precarios provisorios, las radios comunitarias comenzaron a cuestionar el artículo 45 del decreto-ley que les impedía acceder a licencias. Tuvieron éxito en los tribunales: en 2003 la Corte Suprema eliminó esa restricción en el caso *Asociación Mutual Carlos Mujica c. COMFER*. Allí, el tribunal sostuvo que

“... entre la radiodifusión y la prensa escrita existe una diferencia técnica fundamental, lo que determina que el derecho a la utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas como medio de expresión o comunicación admita mayor reglamentación y que ese derecho deba ser ejercido dentro de los límites que impone la naturaleza reducida del medio utilizado, los derechos de terceros y el interés público. Pero tal reglamentación no puede ser arbitraria y excluir de un modo absoluto, sin sustento en un criterio objetivo razonable, a determinadas personas jurídicas de la posibilidad de acceder a una licencia de radiodifusión por no haberse constituido en una sociedad comercial, pues ello importa, en definitiva, una irrazonable limitación al derecho a expresarse libremente y de asociarse o no hacerlo ... [L]a participación de una asociación mutua en un concurso público para acceder a una licencia de radiodifusión, en el supuesto de ser seleccionada, facilita el pluralismo de opiniones que caracteriza a las sociedades democráticas, e importa un verdadero contrapeso o poder equilibrador de los grupos económicos.”⁶

La Corte ratificó esa jurisprudencia una semana después en el caso *Cooperativa de Servicios Públicos y Sociales Villa Santa Rosa Limitada c. Estado Nacional*. Al hacerlo, estaba recogiendo los reclamos de un movimiento global altamente organizado que veía en la radiodifusión no comercial posibles soluciones a los sesgos en materia de cobertura y contenidos que producía la radiodifusión con fines de lucro.⁷ Luego de esos fallos, el Congreso sancionó en 2005 la ley 26.053

⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Asociación Civil Carlos Mujica c. COMFER*. LL 2003 -E- 897.

⁷ Sobre los medios de comunicación comunitarios y la valoración que de ellos ha hecho el sistema interamericano de derechos humanos, ver CIDH (2010c), párr. 233 y ss.

que modificó el artículo 45 y se adaptó a la declaración de inconstitucionalidad emitida por la Corte. Sin embargo, mantuvo la exclusión de aquellas sociedades sin fines de lucro que prestasen servicios públicos.⁸

B. La ley 26.522 y las guerras comunicacionales (2004-2015)

La llegada de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual No. 26.522 en 2009 estuvo precedida por un largo proceso de organización de diversos actores vinculados al mundo de la comunicación, nucleados alrededor de la *Coalición por una Radiodifusión Democrática*. Este grupo reunía “a casi todos los sujetos del campo comunicacional que buscaban un cambio en las reglas de juego del sistema mediático” (Segura 2011c). Fue creado en 2004 y se dio a conocer a través de un documento fundacional, conocido como los *21 Puntos Básicos por el Derecho a la Comunicación*. Ese documento sirvió de base para la elaboración del proyecto de ley que derivaría en la LSCA (Baranchuck 2010; Segura 2011c).

La Coalición empujó la elaboración del proyecto en el marco de un agudo conflicto entre el gobierno nacional y el Grupo Clarín desatado a partir de la llamada crisis del campo de marzo de 2008. Hasta ese momento el Grupo Clarín había sido aliado del gobierno nacional. Había ofrecido coberturas periodísticas positivas respecto del gobierno (DsD 2009) y había sido beneficiado por medidas tomadas durante el gobierno de Néstor Kirchner, como la extensión de los plazos

⁸ La cuestión de las cooperativas que prestan servicios públicos y la forma en que la ley 26.053 lidió con ellas es una muestra del tipo de conflictos generados por la creciente confluencia de servicios de radiodifusión y telecomunicaciones. Las empresas de servicios públicos que, por ejemplo, prestan servicios telefónicos, suelen recibir generosos subsidios del Estado y en muchas ocasiones, como ocurre en la Argentina, son beneficiarias de monopolios o cuasi monopolios legales. Al prohibir el ingreso al mercado audiovisual de las cooperativas prestatarias de servicios públicos la ley 26.053 optó por resguardar los mercados existentes y posponer la cuestión, en cierta medida ineludible, de la llamada convergencia digital. Sobre la cuestión de la convergencia digital, ver los trabajos de Martín Becerra (Becerra 2003; Becerra 2015). El trámite legislativo de la ley 26.053 es muy significativo en este sentido: allí se expresaron distintas posiciones que fueron desde permitir el ingreso de las empresas y cooperativas prestatarias de servicios públicos al mercado audiovisual hasta mantener separados ambos mercados. Además de los argumentos razonables respecto de la mejor forma de regular mercados en procesos de convergencia, en la discusión de la ley se evidenciaron los distintos intereses en juego: las empresas de telecomunicaciones, las proveedoras de servicios de cable, las empresas radiodifusoras y los medios de comunicación sin fines de lucro.

de las licencias de radiodifusión y la aprobación en el último día de su mandato de la fusión entre Cablevisión y Multicanal (Marino, Mastrini, and Becerra 2010, 14).

La crisis política desatada por el conflicto agropecuario y el conflicto entre el Grupo Clarín y el gobierno representó la oportunidad política que la Coalición necesitaba. El quiebre de la relación de *comodidad* entre medios y estado permitida por la llamada ley de Radiodifusión generó las condiciones necesarias para el cambio legislativo.⁹

El proyecto eventualmente presentado por el poder ejecutivo era sumamente complejo y estaba profusamente argumentado, con base en estándares internacionales y derecho comparado. Fue objeto de numerosas modificaciones en un trámite parlamentario relativamente acelerado que estuvo marcado por las tensiones generadas a raíz del enfrentamiento entre Clarín y el gobierno.¹⁰ Desde la sociedad civil el proyecto recibió muchos apoyos y algunas críticas¹¹ y fue mod-

⁹ Existen numerosos trabajos que exploran a la Coalición para una Radiodifusión Democrática desde la perspectiva de los movimientos sociales. Ver, en particular, los trabajos de María Soledad Segura (Segura 2011a; Segura 2011b; Segura 2011c). Sobre esta cuestión, en otro trabajo he realizado un análisis respecto de la *oportunidad política* presentada al grupo promotor nucleado alrededor de la Coalición para una Radiodifusión Democrática. Desde mi punto de vista, la situación inédita de un cambio posible a un régimen legal que parecía inmodificable llevó a la Coalición a dejar de lado ciertas cuestiones relevantes de los *21 puntos* (como la cuestión de la distribución de la publicidad oficial o los medios públicos no gubernamentales) a favor de un cambio tangible y deseado. Ver Álvarez Ugarte (2013).

¹⁰ Existen distintas posiciones respecto de si el proceso de debate en el Congreso fue adecuado o no. Algunos sostienen que el debate fue satisfactorio, y señalan hacia el proceso de discusión que tuvo lugar en los meses posteriores al anuncio público del proyecto de ley y su presentación al Congreso por parte del poder ejecutivo (Segura 2011c). También señalan a las múltiples modificaciones que recibió el proyecto inicial, entre las que se destaca la exclusión de las empresas prestatarias de servicios de telecomunicaciones del mercado audiovisual. Otros, por el contrario, criticaron el ritmo acelerado impreso al trámite parlamentario y la falta de voluntad de incorporar muchas de las críticas realizadas por la sociedad civil y por actores opositores (Gargarella 2009).

¹¹ Entre los apoyos, ver el documento preparado por el Centro de Estudios Legales y Sociales en el que analizó de manera positiva al proyecto desde el punto de vista de los estándares interamericanos de derechos humanos (CELS 2009). Para una posición un poco más crítica, ver la presentación de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) durante el trámite parlamentario (ADC 2009).

ificado durante el trámite parlamentario. Entre las principales características de la ley se destacan tres que parecen especialmente relevantes.

En primer lugar, se creó la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) como autoridad de aplicación, conformada por siete miembros nombrados por el poder ejecutivo, tres de los cuales serían nominados por una comisión bicameral del Congreso y dos por el Consejo Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual. Este fue uno de los puntos en los que mayores críticas recibió el proyecto. Por ejemplo, la Asociación por los Derechos Civiles consideró que otras alternativas –como el establecimiento de un sistema de nominación y confirmación por parte del órgano legislativo– hubiera arrojado mejores resultados (ADC 2009, 4).

En segundo lugar, la ley creó tres categorías de empresas licenciatarias: las administración estatal, administración privada con fines de lucro, y administración privada sin fines de lucro. Entre ellas se dividiría el espectro radioeléctrico en tres partes iguales. Además, estableció un límite de diez años para la titularidad de las licencias, prorrogables por otros diez.

En tercer lugar, la norma estableció numerosas restricciones a la titularidad de licencias por una misma persona física o jurídica. Las nuevas limitaciones obligarían a muchas empresas a iniciar procesos de desinversión para adecuarse a la nueva normativa si ésta era aprobada. Fue el punto que, previsiblemente, generó mayor resistencia entre los grandes medios de comunicación.

Así como el enfrentamiento entre el Grupo Clarín y el gobierno nacional sirve para comprender mejor el proceso de discusión del proyecto y sanción de la ley, es también útil para analizar el proceso de implementación de la misma. Este tipo de normas complejas, que buscan dar forma a mercados consolidados, suelen ser difíciles de llevar de los libros a la práctica. Era previsible que muchos de los actores afectados intentarían obstaculizar la implementación de la norma planteando reclamos judiciales de distinto tipo.

I. Las medidas cautelares

Numerosas medidas cautelares impidieron la implementación de la LSCA durante tres años. Una de ellas había sido obtenida por el diputado Enrique

Thomas, quien logró que la Cámara Federal de Mendoza suspenda en su totalidad la implementación de la LSCA. La Corte Suprema intervino en el caso y consideró que esa decisión violaba la división de poderes al impedir, por vía judicial y de manera genérica, la implementación de una ley sancionada por el poder legislativo.¹²

Unos meses después llegó al tribunal otra medida cautelar concedida al Grupo Clarín. La misma consideraba que el plazo de un año para la desinversión establecido en el artículo 161 de la ley era demasiado breve para proceder a la adecuación y podría vulnerar derechos adquiridos. Se trataba de un caso más preciso y a pedido del principal afectado. Al intervenir, la Corte Suprema debía enfrentar su larga jurisprudencia según la cual las resoluciones cautelares no habilitan la vía extraordinaria del artículo 14 de la ley 48 ya que no son sentencias *definitivas* ni son equiparables a ellas. Sin embargo, el tribunal también consideró que si el procedimiento *de fondo* se demoraba demasiado tiempo se “permitiría a la actora excepcionarse por el simple transcurso del tiempo de la aplicación del régimen impugnado.”¹³ Por ello la Corte consideró que era necesario fijar “un límite razonable para la vigencia de la medida cautelar”. La fecha límite que se estableció en virtud de intervenciones judiciales posteriores fue el 7 de diciembre de 2012.

II. *El caso Clarín*

La decisión de fondo en el caso *Clarín* llegó el 29 de octubre de 2013.¹⁴ En este fallo, la Corte Suprema rechazó la impugnación del Grupo Clarín a la ley. El fallo es complejo y un análisis detallado de su contenido excede los límites de este trabajo. Ello es en parte consecuencia de que no hay un voto mayoritario de la Corte con unidad de criterio, sino una serie de razones parciales expresados por los jueces y juezas de la Corte que coinciden en el resultado pero por distintos

¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Thomas, Enrique c. Estado Nacional s/ amparo*. Sentencia del 15 de junio de 2010.

¹³ Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares*. Sentencia del 5 de octubre de 2010.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional*. Sentencia del 29 de octubre de 2013.

motivos.¹⁵ Sin embargo, es posible destacar algunos puntos que se vinculan a los principios de pluralismo y diversidad que motivan este comentario.

En primer lugar, desde el primer momento el tribunal alineó su interpretación sobre los derechos involucrados con los estándares jurídicos interamericanos. Así lo hizo al identificar la dimensión individual y colectiva del derecho a la libertad de expresión y al destacar los múltiples precedentes en los que la Corte Interamericana postuló este principio (cdo. 18). Sostuvo el tribunal en relación al principio de pluralismo:

“Que desde esta perspectiva el debate democrático exige el mayor pluralismo y las más amplias oportunidades de expresión de los distintos sectores representativos de la sociedad. De lo contrario, no existirá un verdadero intercambio de ideas, lo que generará como consecuencia directa un empobrecimiento del debate público afectando las decisiones que se tomen de manera colectiva. La libertad de expresión, desde esta visión, se constituye fundamentalmente en precondición del sistema democrático” (cdo. 22).

Con muchas citas a la Corte Interamericana y a autores como Owen Fiss y Carlos Nino, la Corte sostuvo que “vivimos en sociedades pluralistas, diversas, con multiplicidad de opiniones que deben encontrar el lugar mediático donde expresarse” y consideró que el Estado puede plantearse como objetivo legítimo “promover las oportunidades reales de expresión por parte de los ciudadanos y robustecer, así, el debate público” (cdo. 25). Esto lo puede hacer a través de marcos jurídicos generales que busquen establecer límites a la concentración en la propiedad o titularidad de licencias de radiodifusión de un modo que incentive el pluralismo en el debate público (cdo. 27).

En segundo lugar, la Corte destacó que el Grupo Clarín no había logrado demostrar que se afectara su libertad de expresión, ni de manera *directa* ni *indirecta* (cdo. 29). Para el tribunal, la parte actora “no aportó elemento probatorio

¹⁵ En efecto, el voto “mayoritario” de la Corte está firmado sólo por Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco. Los jueces Enrique Petracchi y Eugenio R. Zaffaroni votaron *según su voto*, y los jueces Juan Carlos Maqueda y Carmen Argibay votaron en disidencia parcial. El juez Carlos Fayt votó en disidencia. En lo que sigue me referiré al voto de Lorenzetti-Highton como el fallo de la Corte Suprema, con esta salvedad.

alguno que demuestre de qué modo resultaría afectada su libertad de expresión, ni ha acreditado que exista una restricción concreta a dicha libertad que permita invalidar una norma de regulación de la competencia” (cdo. 36).

En tercer lugar, la Corte sometió a la LSCA a un análisis de constitucionalidad bajo los parámetros del *test tripartito* desarrollado por la Corte Interamericana. Este estándar exige analizar si las limitaciones a la libertad de expresión (a) fueron establecidas a través de una ley en sentido formal y material que utiliza un lenguaje claro y preciso (principio de legalidad), (b) si persiguen un objetivo legítimo del Estado y (c) si son necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan, estrictamente proporcionadas a la finalidad perseguida, e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr (CIDH 2010C, párr. 67 y ss.).

La Corte realizó ese análisis en relación a los artículos 45 (que limita la cantidad de licencias que puede poseer un sólo actor), 161 (que establece un plazo de un año para la desinversión) y 41 (que prohíbe la transferencia de licencias). El tribunal consideró que todas estas disposiciones superaban el test tripartito.

En efecto, dio por satisfechos los primeros dos puntos del test rápidamente y consideró que era obvia la idoneidad de estas medidas para satisfacer los objetivos del Estado que, como vimos, eran legítimos (cdo. 43). Al realizar el análisis de proporcionalidad, consideró que las pérdidas de ingresos y beneficios que derivarían de la desinversión sería un resultado ineludible de un proceso de reestructuración de mercado como el que ordena la ley (cdo. 44), que no se compromete la sustentabilidad económica de las empresas que integran el Grupo Clarín (cdo. 45) y que las limitaciones previstas en el artículo 45 son razonables (cdo. 46).

Cabe destacar, de todas formas, que en su voto Lorenzetti y Highton consideraron que no era necesario analizar el requisito de *necesidad*, al que interpretaron como requiriendo evaluar si había mecanismos menos gravosos para alcanzar el objetivo legítimo del Estado (cdo. 50). Ello les permitió no entrar en una cuestión espinosa de la ley: la limitación por igual de las licencias que utilizan el espectro radioeléctrico de aquellas que no lo hacen. Para ellos analizar esa cuestión “implicaría un indebido juicio de la necesidad de la medida ... una decisión que corresponde al legislador y que los jueces no pueden revisar” (cdo. 51).

Petracchi no estuvo de acuerdo con ese criterio: en su voto señala específicamente que la situación de concentración de la propiedad en el mercado audiovisual argentino vuelve a la norma *necesaria* (cdo. 23) y consideró que esa concentración justifica, también, una regulación específica sobre el mercado de la televisión por cable (cdos. 24-26).

La mayoría de la Corte también rechazó los argumentos del Grupo Clarín en contra del artículo 161. En primer lugar, consideró que la defensa de los *derechos adquiridos* no era válida ya que ello llevaría a concluir que “aún 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” (cdo. 57). En segundo lugar, rechazó la inconstitucionalidad del plazo de un año previsto en el artículo 161.

Una pluralidad de la Corte rechazó del mismo modo la inconstitucionalidad del artículo 48 de la ley sobre la base de argumentos similares a los que utilizó para rechazar la invocación de supuestos *derechos adquiridos*. En este punto es tal vez donde haya habido mayor desacuerdo: la disidencia parcial de los jueces Maqueda y Argibay recayó justamente sobre esta cuestión: ellos hubieran garantizado a Clarín la posibilidad de continuar explotando las licencias durante el plazo por el cual habían sido concedidas.

Finalmente, la mayoría del tribunal también aceptó la constitucionalidad del artículo 41, que estableció la intransferibilidad de las licencias de radiodifusión. La Corte consideró que la prohibición de transferencias constituye “un medio adecuado para la consecución del fin social que persigue” (cdo. 71).

Hacia el final del voto de la mayoría, el tribunal decidió hacer algunas precisiones en calidad de *óbiter dictum* que resultan muy significativas.

En efecto, el tribunal señaló que el principio de pluralismo que defendió a lo largo de la sentencia “perdería sentido sin la existencia de políticas públicas transparentes en materia de publicidad oficial”, sería “desvirtuad[o] 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” y si “los medios públicos, en lugar de satisfacer las necesidad de información de todos los sectores de la sociedad, se convierten en espacios al servicio de los intereses gubernamentales” (cdo. 74).

El tribunal también realizó una advertencia al AFSCA como autoridad de aplicación. Señaló que ésta debe “ajustarse estrictamente a los principios establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales ... 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 [a] información plural” (cdo. 74).

¿Cómo leer estas advertencias de la Corte? Tal vez haya dos cuestiones a considerar, que es útil destacar a los fines de evaluar la futura evolución de esta cuestión que –al momento de publicarse este comentario– continúa siendo discutida en los tribunales.

En primer lugar, el tribunal parece dar cuenta de la tensión que existe entre la plena vigencia de la libertad de expresión y la actuación del estado como *amigo* de la misma (Fiss 1996). Esta tensión responde al hecho de que en muchas ocasiones el estado ha invocado los principios de pluralismo y diversidad para avanzar de modo discriminatorio sobre voces críticas. Ello obliga a los tribunales a someter la actuación de las autoridades administrativas al más estricto escrutinio constitucional.¹⁶

En segundo lugar, estas advertencias parecen ser el resultado de la acción *meramente declarativa* que le tocaba resolver. En efecto, el artículo 322 de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que estas acciones buscan “hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, el alcance o modalidades de una relación jurídica”. En otras palabras, la acción intentada por el Grupo Clarín fue un ataque frontal a la constitucionalidad de la ley, que la cuestionaba en su totalidad sin darle la oportunidad de ser aplicada. Este tipo de cuestionamientos,

¹⁶ El sistema interamericano de derechos humanos ha tratado diversos casos en los que detectó que la actuación del estado estaba dirigida a silenciar voces críticas más que a promover una real pluralidad de voces. Por ejemplo, la CIDH ha detectado violaciones a la libertad de expresión en Venezuela y Ecuador, ya sea a través de la *Ley Resorte* en el caso venezolano (CIDH 2009, cap. I, párr. 515 y ss.) o por medio de una autoridad administrativa controlada por el poder ejecutivo, como en el caso del Ecuador (CIDH 2010b, cap. I, párr. 217 y ss.)

que en el derecho constitucional estadounidense se conoce como *facial challenge*, suelen tener pocas posibilidades de éxito a menos que la ley cuestionada padezca de una inconstitucionalidad manifiesta e incontrovertible.¹⁷ Como lo señaló la Corte, no era el caso: la búsqueda de un ecosistema comunicacional capaz de satisfacer los principios de pluralismo y diversidad exigen la intervención activa del Estado. Sin embargo, las apreciaciones del tribunal en el considerando 74 pueden leerse como advertencias de cara a cuestionamientos a la ley en su aplicación (*as applied*) que seguramente ocurran en la medida en que avance un proceso de implementación que hasta el momento ha encontrado numerosos obstáculos.

II. CENSURA INDIRECTA

El vínculo entre la *censura indirecta* y los principios de pluralismo y diversidad se vuelve más claro luego del fallo de la Corte Suprema en el caso *Clarín*. En efecto, y como vimos, para la Corte existe una relación estrecha entre las prohibiciones de censura indirecta contenidas de manera no taxativa en el artículo 13.3 de la Convención Americana y esos principios de pluralidad y diversidad que sirven como principios rectores de la LSCA y la justifican a los ojos del tribunal.

Sobre el tema, la CIDH ha precisado qué es la censura indirecta y ha identificado las razones por las cuales es un problema difícil de resolver.

“... los mecanismos de censura indirecta suelen esconderse detrás del aparente ejercicio legítimo de facultades estatales, muchas de las cuales se ejercen por los funcionarios en forma discrecional. En consecuencia, estas formas de censura indirecta son particularmente difíciles de detectar, ya que no es fácil determinar con exactitud la línea que separa al ejercicio legítimo de una facultad de la restricción ilegítima de un derecho. Desde este punto de vista, una facultad legítima del Estado puede configurar una violación del derecho a la libertad de expresión si (a) el ejercicio de la facultad estuvo motivado en la posición editorial del sujeto afectado y (b) el ejercicio tuvo por objeto condicionar el libre ejercicio del derecho a la lib-

¹⁷ Sobre la distinción en el derecho constitucional de los Estados Unidos entre *facial challenge* y *as applied*, ver los trabajos de Fallon (2000); Metzger (2009) y Kreit (2010).

ertad de pensamiento y de expresión” (CIDH 2010b, cap. V, párr. 11).

En esta sección analizaremos la jurisprudencia del tribunal en materia de censura indirecta y veremos cómo ella se fue construyendo a partir de abusos específicos que el tribunal no ha dudado en cuestionar pero que, en la práctica, han demostrado ser muy difíciles de erradicar.

A. El nacimiento de un problema

La distribución arbitraria de los presupuestos con que cuenta el estado en concepto de publicidad es uno de los principales mecanismos de censura indirecta. Ya en 2003 la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH había advertido sobre la cuestión (CIDH 2003, Cap. V, párr. 7). En la Argentina, la problemática se puso en el centro de la escena a partir de numerosas investigaciones que detectaron la distribución discriminatoria y la utilización de esos recursos públicos como *premio* o *castigo* (ADC 2005; ADC 2007; ADC 2008). Gracias a la discrecionalidad que permitía la falta de regulación, el gobierno podía premiar a medios amigos con fondos públicos y, de ese modo, garantizar coberturas favorables a sus intereses. A la vez, podía usar esos fondos como una forma de penalizar a los medios críticos (ADC 2005).

En 1997 la Corte Suprema había tenido la oportunidad de intervenir en un caso de censura indirecta, pero la mayoría del tribunal entendió que no había allí un problema de libertad de expresión. En el caso *Emisiones Platenses* (1997) la mayoría había considerado que la distribución discriminatoria de publicidad oficial realizada por la Municipalidad de La Plata, que beneficiaba a un diario local y excluía a otro, no constituía una violación del derecho ya que ello supondría la existencia de “una regla que impusiera a la comuna el deber de ampliar el marco de la libertad de prensa mediante la distribución de la publicidad oficial en favor de las empresas periodísticas en los términos requeridos en la demanda” (cdo. 16).

En su disidencia, los jueces Fayt, Petracchi y Bossert habían mostrado preocupación por lo que llamaron “la estructura económica de la información” (cdo. 12). Los jueces disidentes consideraron que la distribución discriminatoria de

publicidad oficial es contraria a la libertad de expresión garantizada por la Constitución Nacional y la Convención Americana de Derechos Humanos.

“Si el otorgamiento de la propaganda oficial es un arbitrio discrecional de la autoridad competente, que se concede o retira a modo de recompensa o de castigo; si ello gravita sobre la fuente preferente de financiamiento del medio, no es aventurado sostener que unos serán proclives a endulzar sus críticas al gobierno de turno para mantener la que les fue asignada y otros, para alcanzarla. Esto, claro está, no es consistente con la amplia protección de que goza la libertad de prensa en nuestro ordenamiento que no admite un condicionamiento de esta especie ... [L]a moderna práctica constitucional ha advertido que los perjuicios y atentados a la libertad de prensa hallan orígenes diversos. Pueden desprenderse no sólo de violaciones groseras al derecho de expresar las ideas por ese medio, sino también de perturbaciones más delicadas pero no menos efectivas, como la manipulación de las materias primas para las publicaciones, la limitación del acceso a las fuentes de información, la creación de monopolios estatales o privados en el área, el acorralamiento impositivo o, en fin, mediante el manejo discrecional en la entrega de la publicidad oficial. Cada una de éstas minan las bases sobre las que asienta la prensa, que sigue siendo condición necesaria para un gobierno libre y el medio de información más apto y eficiente para orientar y aun formar una opinión pública vigorosa, atenta a la actividad del gobierno y que actúa, en la práctica, como un medio de contralor de las instituciones y sus hombres y rinde un servicio de inestimable valor afianzando la salud del sistema y las instituciones republicanas” (cdos. 20, 21 y 24).

B. El caso Río Negro

En 2007 la situación era distinta no sólo por los cambios en la integración de la Corte Suprema. Además de los informes de la CIDH y el monitoreo de la ADC, la cuestión de la distribución discriminatoria de publicidad oficial formaba parte

del debate público.¹⁸ En el caso *Río Negro* la Corte Suprema volvió sobre sus pasos y quienes habían formado la disidencia del caso *Emisiones Platenses*, diez años después, conformaron una nueva mayoría .

En ese caso el tribunal tuvo por acreditado que el gobierno de Neuquén había suspendido la contratación de publicidad oficial en el diario Río Negro luego de que éste publicara una serie de artículos críticos del gobernador.¹⁹ La Corte consideró que "... no existe un derecho subjetivo por parte de los medios a obtener publicidad oficial. Sin embargo, el Estado no puede asignar los recursos por publicidad de manera arbitraria, en base a criterios irrazonables" (cdo. 4).

"... el comportamiento de la Provincia del Neuquén configura un supuesto de presión que lejos de preservar la integridad del debate público lo puso en riesgo, afectando injustificadamente, de un modo indirecto, la libertad de prensa y el legítimo interés que el diario 'Río Negro' y sus lectores tienen en el comportamiento de los funcionarios políticos de dicha provincia en el ejercicio de sus funciones. Tal como se manifestó ut supra el gobierno debe evitar las acciones que intencional o exclusivamente estén orientadas a limitar el ejercicio de la libertad de prensa y también aquellas que llegan indirectamente a ese resultado. Es decir, basta con que la acción gubernamental tenga ese objetivo para que se configure un supuesto de afectación a dicha libertad. Es por ello, que no resulta necesario la asfixia económica o quiebre del diario, supuesto que, por otro lado, se configuraría en casos de excepción. Por lo demás, la afectación económica debe examinarse no sólo en relación a la pérdida por no recibir publicidad oficial, sino también por la disminución en la venta de diarios en tanto muchos lectores se verán obligados a informarse por otros medios acerca de la gestión pública" (cdo. 9).

¹⁸ En particular, diversos informes de monitoreo habían señalado no sólo que la distribución continuaba siendo discrecional sino que los presupuestos publicitarios del gobierno federal habían crecido exponencialmente. En 2007, por ejemplo, el gasto se incrementó un 55 por ciento respecto de 2006, las campañas públicas destacaban la figura de funcionarios públicos y los presupuestos se concentraban en medios de la Ciudad de Buenos Aires (ADC 2007).

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Editorial Río Negro c. Provincia de Neuquén*. Sentencia del 5 de septiembre de 2007. Fallos, 330: 3908.

La Corte volvió a intervenir en relación a este tema en numerosos casos. En *Radiodifusora Pampeana S.A.* ratificó lo sostenido en el caso *Río Negro*, esta vez ante una discriminación sufrida por una radio de la provincia de La Pampa.²⁰ En un breve fallo, el tribunal ratificó la decisión de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal favorable a la *Editorial Perfil*, uno de los principales medios afectados por la distribución discriminatoria realizada por el gobierno nacional.²¹ Esta jurisprudencia, sin embargo, no logró modificar las prácticas estatales.

La dificultad del tribunal para encontrar una solución definitiva al problema se vio expresada en la sentencia del caso *Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. c. Estado Nacional*.²² Allí, la Corte invocó su función de intérprete supremo de la Constitución (cdos. 6 y 7) para insistir sobre la necesidad de que el estado nacional cese de utilizar su presupuesto publicitario como un mecanismo de censura indirecta. El tribunal reiteró la necesidad de que el Estado distribuya la publicidad oficial de acuerdo a pautas “objetivas, cuantificables y generales” (cdo. 8).

Cabe destacar que en 2010 la CIDH sugirió que la solución para este problema debe provenir del poder legislativo. En efecto, señaló que “... [u]n régimen legal adecuado en materia de distribución de la pauta estatal debe necesariamente disminuir la discrecionalidad de los funcionarios públicos para efectuar esa distribución, de forma tal que estos fondos públicos no sean utilizados de un modo que restrinja la libertad de expresión” (CIDH 2010b, cap. V, párr. 20). A efecto de guiar a los estados en la producción de esos regímenes regulatorios, la CIDH estableció una serie de principios rectores entre los que se destacan la definición de los objetivos de la publicidad oficial, el establecimiento de criterios claros de distribución, la planificación adecuada, criterios claros de contratación, entre otros (CIDH 2010b, cap. V, párr. 33 y ss.). Si bien en 2009 el poder ejecutivo emitió el decreto 984/09 como forma de regulación, él no cumple con el objetivo de limitar la discrecionalidad sino que sólo busca ordenar los procesos de contratación internos de la administración. Los últimos datos disponibles de-

²⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Radiodifusora Pampeana S.A. c. Provincia de la Pampa*. Sentencia del 22 de diciembre de 2008.

²¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Editorial Perfil S.A. y otro c. Estado Nacional*. Sentencia del 2 de marzo de 2011. Fallos, 334: 109.

²² Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. c. Estado Nacional*. Sentencia del 11 de febrero de 2014.

muestran que la distribución discrecional y discriminatoria a nivel nacional no ha cesado (Crettaz 2014).

III. LOS MEDIOS PÚBLICOS

Para la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, los medios públicos

“... pueden (y deberían) desempeñar una función esencial para asegurar la pluralidad y diversidad de voces necesarias en una sociedad democrática. Su papel es fundamental a la hora de proveer contenidos no necesariamente comerciales, de alta calidad, articulados con las necesidades informativas, educativas y culturales de la población. Sin embargo, para que los medios públicos puedan realmente cumplir su función, debe tratarse de medios públicos independientes del Poder Ejecutivo; verdaderamente pluralistas; universalmente accesibles; con financiamiento adecuado al mandato previsto por la ley; y que contemplen mecanismos de rendición de cuentas y de participación de la comunidad en las distintas instancias de producción, circulación y recepción de contenidos” (CIDH 2010a, párr. 83).

La CIDH también consideró que “la radio y la televisión públicas no pueden ser utilizadas como herramientas de comunicación o propaganda de los gobiernos, sino como espacios informativos y culturales autónomos que actúen al servicio de los intereses de la sociedad en su conjunto” (CIDH 2010a, párr. 89). Finalmente, también estableció la necesidad de que los medios públicos “garanticen acceso a la información sobre todos los aspectos vinculados a su gestión” (párr. 94).

De acuerdo a estos criterios es difícil juzgar a la LSCA como satisfactoria en su regulación de los medios estatales, al menos por dos razones. En primer lugar, la ley es poco precisa respecto de las obligaciones de pluralismo de los medios públicos: el artículo 121.b, que establece la obligación de “respetar y promover el pluralismo político, religioso, social, cultural, lingüístico y étnico”, es ambiguo en relación a los estándares interamericanos, que son mucho más precisos.

En segundo lugar, la LSCA puede juzgarse en este aspecto por sus resultados: en ninguno de los puntos destacados que surgen de los estándares interamericanos los medios públicos nacionales han cumplido, en los últimos años, esos estándares. Piénsese, por ejemplo, en los mecanismos de rendición de cuentas de los que habla la CIDH. La LSCA en su artículo 130 establece un *Consejo Consultivo Honorario de los Medios Públicos* al que le compete, entre otras cosas, convocar a audiencias públicas para evaluar la programación, los contenidos y el funcionamiento de *Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado*. Ese Consejo Consultivo podría funcionar como una instancia de control adecuado pero recién se constituyó el 15 de enero de 2015. Otro ejemplo significativo es el vinculado a la utilización de los medios estatales “como herramientas de comunicación o propaganda de los gobiernos”: la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación reconoció expresamente el uso del programa Fútbol para Todos con ese objetivo.²³ Finalmente, y en términos de transparencia, cabe destacar que *Radio y Televisión Argentina S.E.* negó el acceso a contratos con la productora *PPT* a la periodista Mariel Fitz-Patrick, quien llevó su reclamo a los tribunales de manera exitosa.²⁴

IV. CONCLUSIÓN

Los principios de pluralismo y diversidad son fundamentales para la conformación de un ecosistema de medios de comunicación democrático. Sin cierta igualdad *real* de acceso al debate público, los ideales democráticos de deliberación y discusión quedan mutilados: sólo participan quienes pueden acceder a los medios de comunicación, que actúan como grandes *gatekeepers*, o quienes cuentan con recursos propios para financiar su propia expresión. Esta situación replica en el debate público las desigualdades estructurales que padecen nuestras sociedades. En este sentido, los principios de pluralismo y diversidad se vuelven especialmente relevantes para América Latina.

²³ Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación. Respuesta del 3 de julio de 2012 a un pedido de acceso a la información pública realizado por la ADC el 1 de junio de 2012 (en archivo con el autor).

²⁴ *Vé* Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal No. 11. *Fitz-Patrick, Mariel c. Estado Nacional*. Sentencia del 11 de junio de 2013.

Estos principios requieren la intervención activa del estado como distribuidor de recursos. En estos casos, la posición de que el estado puede de alguna manera no intervenir y que un *muro* puede levantarse entre el discurso y las autoridades públicas es demasiado inocente: como explica Fiss, en toda distribución hay una interacción necesaria entre el estado y los ciudadanos (Fiss 1996, 28). La no intervención del estado en estos casos es especialmente problemática en sociedades marcadas por profundas desigualdades como la Argentina: los mecanismos del mercado reproducirían en el ecosistema de medios de comunicación las desigualdades que cruzan a nuestra sociedad de punta a punta. Los principios de pluralismo y diversidad que analizamos en este comentario tienen el objetivo expreso de orientar al estado en la forma de intervención: *debe* hacerlo pero esa obligación no puede constituirse en la excusa para acallar voces críticas. No es un equilibrio fácil de lograr.

Tal vez la clave de la dificultad radique en la función de mediación que ejercen los medios de comunicación en relación al libre debate democrático. Nino, en un texto recientemente rescatado por la Revista Argentina de Teoría Jurídica, señalaba que los medios de comunicación constituyen

“... uno de los más importantes instrumentos de poder social, y, como tales son codiciados por todos los sectores o grupos que procuran ejercer ascendencia o influencia sobre el resto de la sociedad. La regulación de los medios tiene el efecto de distribuir ese poder y no es por nada que sea objeto de casi tantas expectativas, tensiones y presiones como el establecimiento de una estructura constitucional” (Nino 2013).

Esta lógica de botín de guerra que Nino resalta explica, como vimos, las dificultades para reformar el decreto-ley de radiodifusión de la dictadura y también explica el uso que se da a los fondos públicos tanto en relación a la distribución de publicidad oficial como en relación a los medios públicos. Sin embargo, los principios que deben guiar la acción están allí: los de pluralismo y diversidad ofrecen razones específicas que es posible postular en el lenguaje de las obligaciones que surgen de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país en materia de derechos humanos. Estos se vinculan, en última instancia, con una visión vigorosa sobre la democracia que supone una ciudadanía plural y diversa que nece-

sita dialogar y deliberar hacia su interior para resolver los problemas comunes que la aquejan.

Vale la pena la cita extensa de Nino sobre este punto.

“La democracia es un procedimiento de solución pacífica de conflictos mediante la obtención de consenso, y no hay consenso genuino sin una previa confrontación de ideas, en la que se consideren imparcialmente todos los puntos de vista. Incluso es posible concebir a la democracia como una forma institucionalizada de discusión tendiente a determinar qué principios de moralidad social son aceptables desde una perspectiva imparcial y racional. Cuanto más amplia y libre sea esa discusión más probabilidades hay de que los principios que son consensualmente adoptados para dirimir conflictos y establecer un esquema de cooperación son los principios que serían aceptados si se tomaran en cuenta racional e imparcialmente todos los intereses relevantes. Esto implica que es fundamental que el debate democrático sea lo más amplio posible y que todos los que participan en él puedan expresar sus intereses y los principios que los podrían legitimar, así como que conozcan los intereses e ideales de los demás. En una sociedad compleja ello no puede lograrse solo a través de los oradores callejeros sino que requiere el acceso a los medios de comunicación masiva. Esos medios son indispensables para enriquecer el debate público, proveyendo toda la información que es necesaria para adoptar decisiones colectivas, reflejando en forma imparcial los diversos intereses involucrados y proporcionando un foro para las diversas ideas y propuestas sin hacer discriminación alguna sobre la base de su contenido” (Nino 2013).

Esto, sin embargo, no sólo ha demostrado ser sumamente difícil de hacer en la práctica sino que también implica riesgos. En efecto, si bien el estado puede y debe adoptar medidas activas de promoción de la libertad de expresión en el sentido resaltado por Fiss en *The Irony of Free Speech*, quienes se muestran escépticos ante esa posibilidad tienen fundadas razones para hacerlo. El estado en innumerables ocasiones ha utilizado su poder para perseguir discursos críticos, grupos disidentes y minoritarios. Las falencias en términos de rendición de cuen-

tas que muestran los estados de América Latina sólo agrava el problema: los principios de pluralismo y diversidad habilitan el ejercicio de facultades estatales que pueden ser fácilmente abusadas, precisamente porque los mecanismos de *accountability* son poco eficientes.²⁵

Esa historia pesa, o debería pesar, sobre quienes creemos en la necesidad de garantizar a todos el acceso a la palabra en los medios masivos de comunicación. Esa historia es también la razón por la cual la actuación del estado en este sentido debe someterse al más estricto control constitucional para impedir que a través de su función regulatoria restrinja un derecho fundamental. Como lo sostuvo la Corte Suprema en el caso *Clarín*, la LSCA en sí misma no viola la Constitución Nacional. Por el contrario, ella responde a una obligación del estado sobre la que se sostiene una actividad reglamentaria legítima. Sin embargo, y como vimos, la Corte Suprema también formuló advertencias que deberían ser tenidas en cuenta durante el proceso de implementación de la ley. Martín Becerra, al realizar un análisis retrospectivo a cinco años de la sanción de la norma, llegó a la siguiente conclusión.

“... [l]os objetivos inclusivos de esa norma fueron postergados por una política de comunicación que priorizó en el discurso la guerra con el grupo Clarín y, en los hechos, posicionó a otros grupos concentrados en la disputa por la rentabilidad del sector, como Telefónica, Fintech o Cristóbal López ... la política aplicada por el gobierno registra mucho más incumplimiento que respeto por el texto de la ley audiovisual. Hoy el sector audiovisual está, al menos, tan concentrado como en 2009. Cambiaron, sí, algunos nombres. Por ejemplo, Daniel Hadad fue sustituido por Cristóbal López (quien, además, ensanchó el multimedios con Radio 10 y C5N como cabeceras, al comprar *Ámbito Financiero* e *Ideas del Sur*). El grupo Clarín crece en el mercado del cable, donde ostenta posición dominante e incrementa año tras año su facturación. Telefónica fue indultada de la incompatibilidad legal múltiple en la que incurre al gestionar, a través de la marca *Telefe*, una gran cantidad de canales de tv en el país. Al real dueño de la licencia de Canal 9, Ángel (a) El Fan-

²⁵ Sobre el punto, ver *en general* Mainwaring and Welna (2003) y Peruzzotti (2006).

tasma González, se le admitió la operación de la emisora a través de una figura fronteriza con el testaferrismo. En diciembre último el oficialismo certificó su abandono del objetivo desconcentrador que inspiró la ley audiovisual con la sanción de la ley ‘Argentina Digital’. Esta habilita la apertura del sector audiovisual a las telefónicas, con un modelo de mercado convergente, concentrado y extranjerizado”.

La LSCA bien podría tratarse de un caso más de distancia entre el derecho *en los libros* y *en la realidad*. De todas formas, ella ofrece principios razonables y oportunidades de incidencia que el marco jurídico anterior –autoritario y concentrador de poder, como señalara en su momento Loreti– no permitía.

Como surge del análisis de Becerra, la LSCA no vino a resolver los problemas de concentración en medios de comunicación de la Argentina. La LSCA no estableció, en ese sentido, el ecosistema de comunicación democrático que prometía. Pero el derecho no puede ofrecer soluciones mágicas a problemas complejos: ofrece herramientas que, eventualmente, pueden ser aprovechadas –o desaprovechadas– por actores políticos, sociales y económicos. El futuro, en este sentido, no está escrito.

V. REFERENCIAS

ADC. 2005. *Una Censura Sutil: Abuso de Publicidad Oficial Y Otras Restricciones a La Libertad Ed Expresión En Argentina*. New York: Open Society Institute.

———. 2007. “La Publicidad Oficial Del Poder Ejecutivo Nacional Durante 2007.” Buenos Aires: Asociación por los Derechos Civiles.

———. 2008. “La Publicidad Oficial Del Poder Ejecutivo Nacional Durante 2008.” Buenos Aires: Asociación por los Derechos Civiles.

———. 2009. “Aportes Para La Discusión Legislativa Del Proyecto de ley de Servicios de Comunicación Audiovisual.” Buenos Aires: Asociación por los Derechos Civiles.

Álvarez Ugarte, Ramiro. 2013. “Una Mirada Desde Los Movimientos So-

ciales Al Pasado, Presente Y Futuro de La Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual.” *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 14 (Julio).

Baranchuck, Mariana. 2010. “Una Historia Sobre La Promulgación de La Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual (O El Largo Camino Hacia La Democratización de Las Comunicaciones).” In *Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual. Historia, Antecedentes Europeos Y Principales Artículos.*, edited by AFSCA. Buenos Aires: AFSCA.

Becerra, Martín. 2003. *Sociedad de La Información: Proyecto, Convergencia Y Divergencia.* Grupo Editorial Norma.

———. 2015. *De La Concentracion a La Convergencia. Políticas de Medios En La Argentina Y En América Latina.* Buenos Aires: Paidós.

CELS. 2009. “Posición Del CELS Sobre El Proyecto de Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual.” Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

CIDH. 2000. “Declaración de Principios Sobre Libertad de Expresión.” Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

———. 2003. “Informe Anual de La Relatoría Especial Para La Libertad de Expresión.” Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

———. 2008. “Informe Anual de La Relatoría Especial Para La Libertad de Expresión.” Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

———. 2009. “Informe Anual de La Relatoría Especial Para La Libertad de Expresión.” Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

———. 2010a. “Estándares de Libertad de Expresión Para Una Radiodifusión Libre E Incluyente.” Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

———. 2010b. “Informe Anual de La Relatoría Especial Para La Libertad de Expresión.” Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

———. 2010c. “Marco Jurídico Interamericano Del Derecho a La Libertad de Expresión.” Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Crettaz, José. 2014. “La Pauta Oficial, Otra Vez Para Medios Afines.” *La Nación*, Marzo. Buenos Aires. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1673141-la-pauta-oficial-otra-vez-para-medios-afines>.

DsD. 2009. “Clarín, Bajo Emoción Violenta.” *Diario Sobre Diarios*. Disponible en: <http://www.diariosobrediaros.com.ar/dsd/notas/4/126-clarin-bajo-emocion-violenta.php#.VZblYhOrSHo>.

Eliades, Analía G. 2003. “Historia Legal de La Radio Y La Televisión En Argentina.” *Oficios Terrestres* 13: 3256. Disponible en: https://www.perio.unlp.edu.ar/sites/default/files/eliades-_hist_radioytv.pdf.

Fallon, Jr., Richard H. 2000. “As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing.” *Harvard Law Review* 113 (6): 1321–70.

Fiss, Owen M. 1996. *The Irony of Free Speech*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.

Gargarella, Roberto. 2009. “La Nueva Ley de Medios Puede Ser Inconstitucional.” *Clarín*, Septiembre. Buenos Aires.

Habermas, Jürgen. 1991. *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.

Kreit, Alex. 2010. “Making Sense of Facial and As-Applied Challenges.” *William & Mary Bill of Rights Journal* 18: 657.

Loreti, Damián M. 1995. *El Derecho a La Información: Relación Entre Medios, Público Y Periodistas*. Paidós.

Mainwaring, Scott, y Christopher Welna, eds. 2003. *Democratic Accountability in Latin America*. Oxford Studies in Democratization. Oxford ; New York: Oxford University Press.

Marino, Santiago, Guillermo Mastrini, y Martín Becerra. 2010. “El Proceso de Regulación Democrática de La Comunicación En Argentina.” *Oficios Terrestres* XVI (25). Disponible en: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/45366>.

Mastrini, Guillermo, ed. 2005. *Mucho Ruido, Pocas Leyes : Economía Y Políticas de Comunicación En La Argentina, 1920-2004*. Buenos Aires, Argentina:

La Crujía.

Metzger, Gillian E. 2009. "Facial and as-Applied Challenges Under the Roberts Court." *Fordham Urban Law Journal* 36: 773.

Nino, Carlos Santiago. 1996. *La Constitución de La Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa.

Nino, Carlos Santiago. 2013. "La Filosofía de Una Ley de Radiodifusión." *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 14 (Julio).

O'Donnell, Guillermo A. 2010. *Democracia, Agencia Y Estado: Teoría Con Intención Comparativa*. Prometeo Libros.

Peruzzotti, Enrique. 2006. "La Política de Accountability Social En América Latina." *Democratización, Rendición de Cuentas Y Sociedad Civil: Participación Ciudadana Y Control Social*, 245264. Disponible en: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/606_Cached.pdf.

Segura, María Soledad. 2011a. "De Lo Alternativo a Lo Público. Las Tomas de Posición de Las Organizaciones Sociales En Vistas a Democratizar Las Comunicaciones (Argentina, 2001-2009)." *Derecho a Comunicar*, no. 2: 205226.

———. 2011b. "Democracia Y Derechos Humanos En La Reforma Comunicacional: Los Argumentos Y Sus Condiciones de Producción." *Sociodicea. Instituto de Estudios Comparados En Ciencias Sociales Y Penales (INECIP)*, 42-51.

———. 2011c. "La Sociedad Civil Y La Democratización de Las Comunicaciones En La Argentina. La Experiencia de La Coalición Por Una Radiodifusión Democrática." *Argumentos. Revista de Crítica Social*, no. 13.

Tau Anzoátegui, Carlos A. 2001. *Régimen Jurídico de Las Telecomunicaciones Y La Radiodifusión*. Buenos Aires: La Ley.