

Suprema Corte:

—I—

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal revocó parcialmente la sentencia del juzgado de primera instancia que había rechazado la demanda promovida por Grupo Clarín SA, Arte Radiotelevisivo Argentino SA, Cablevisión SA, Multicanal SA, Radio Mitre SA y Teledigital Cable SA para que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 41, 45, 48 y 161 de la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual (en adelante “LSCA”).

En particular, el tribunal resolvió: (i) confirmar el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa planteada con relación a las sociedades accionantes Grupo Clarín SA y Teledigital Cable SA; (ii) rechazar el planteo de inconstitucionalidad deducido por Grupo Clarín SA y sus litisconsortes respecto del artículo 41, del artículo 45, apartado 1, incisos *a* y *b* —con excepción de la exigencia de limitación a una señal—, y apartado 2, incisos *a* y *b*, y del artículo 161 de la ley 26.522; (iii) declarar la inconstitucionalidad del artículo 45, apartado 1, inciso *c* y párrafo final; apartado 2, incisos *c* y *d* y párrafo final; apartado 3, en su totalidad; y apartado 1, inciso *b*, en cuanto refiere a la limitación a la titularidad del registro de una señal de contenidos, y artículo 48, segundo párrafo de la LSCA; y (iv) rechazar la acción de daños y perjuicios tal como fue promovida por las actoras.

Los fundamentos de la decisión fueron expuestos en el voto de la jueza preopinante, al que adhirieron en lo sustancial los restantes magistrados, aunque con algunas apreciaciones de su propia autoría.

La cámara sostuvo que Grupo Clarín SA y Teledigital Cable SA poseen legitimación para plantear la inconstitucionalidad de la ley 26.522 y para reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios. Destacó que Grupo Clarín SA es accionista directo e indirecto de sociedades que operan licencias de medios audiovisuales; en tanto que Teledigital Cable SA es titular de licencias en atención a lo dispuesto por la resolución 577/09 del Comité Federal de Radiodifusión (“COMFER”). Asimismo, la sentencia recurrida rechazó el argumento de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (“el AFSCA”) según el cual la parte actora no puede invocar derechos adquiridos al amparo de la ley anterior —esto es, la ley 22.285— en atención a la ilicitud de su posición. Enfatizó que esas cuestiones se hallan controvertidas en otras actuaciones, en las que no se ha adoptado aún una decisión definitiva.

Con relación al fondo de la cuestión controvertida, el tribunal expuso que la licencia para operar medios de comunicación audiovisual importa una situación jurídicamente protegida que genera derechos, y que ellos, a su vez, gozan del amparo constitucional que merece la propiedad.

Luego, con relación al artículo 41 de la ley 26.522, que regula la transferencia de licencias, la cámara entendió que esa disposición es compatible con la Constitución Nacional pues no afecta los derechos de propiedad y de libertad de comercio de las actoras. En esa dirección, apuntó que la norma instrumenta un sistema de autorización previa mediante acto fundado para la realización de transferencias de licencias que puede ser revisado judicialmente, y consideró que ello procura evitar los incumplimientos y fraudes que se pusieron en evidencia durante la vigencia del régimen anterior. Agregó que la nueva ley contempla aún la posibilidad de transferir una porción significativa del capital, de modo tal que la eventual afectación

de la libertad de comercio carece de entidad suficiente para configurar un agravio constitucional.

A los efectos de analizar la validez del artículo 45 de la ley 26.522, que establece límites a la multiplicidad de licencias, el tribunal trazó una diferencia entre los medios que utilizan el espacio radioeléctrico y aquellos que funcionan sobre otros soportes tecnológicos. En su opinión, la circunstancia de que el espacio radioeléctrico sea un recurso escaso justifica su asignación y administración con racionalidad y, por lo tanto, una mayor reglamentación estatal. Por el contrario, entendió que la regulación de los medios que no usan el espacio radioeléctrico sólo podría fundarse en razones de defensa de la competencia y del bien común, que deben conjugarse con el respeto a la libertad de información y de expresión, por lo que su reglamentación no puede ser restrictiva ni ir más allá de lo necesario.

Sobre la base de la referida distinción, la cámara decidió que los apartados 1, incisos *a* y *b* (con excepción de la exigencia de la restricción a una señal), y 2, incisos *a* y *b* del artículo 45, resultan constitucionalmente válidos en virtud de que esas limitaciones a la multiplicidad de licencias guardan proporción con los fines perseguidos por el legislador: a saber, asegurar la participación de distintos actores en la prestación de un servicio que aprovecha un recurso escaso, como lo es el espectro radioeléctrico.

El tribunal *a quo* precisó que las medidas implementadas constituyen un sacrificio sustancial en el derecho de los titulares de las licencias, por lo que su compatibilidad constitucional supone el resarcimiento de los daños causados por la actividad lícita del Estado. Sin embargo, sostuvo que en este proceso no se han acreditado los presupuestos necesarios para determinar la responsabilidad, por lo que

rechazó la acción de daños tal como fue promovida por la parte actora. Concluyó que la reparación debería ser determinada en un juicio ulterior y en base al resultado del procedimiento de adecuación dispuesto en el artículo 161 de la LSCA.

Por otro lado, la cámara resolvió que es inconstitucional la regulación de la multiplicidad de licencias que no utilizan el espacio radioeléctrico prevista en el artículo 45, apartado 1, inciso *c* y párrafo final; apartado 2, incisos *c* y *d* y párrafo final; apartado 3, en su totalidad; y apartado 1, inciso *b* LSCA —en cuanto se refiere a la limitación a la titularidad del registro de una señal de contenidos—, en tanto vulnera los derechos de libertad de expresión y de información de las sociedades actoras.

Sobre la base de la opinión del perito experto en economía, adujo que el conjunto de regulaciones previstas por las normas impugnadas produce un perjuicio tangible a la sustentabilidad de las empresas actoras, al tiempo que son innecesarias, irrazonables y desproporcionadas para alcanzar los fines queridos por el legislador. En la misma dirección, la sentencia recurrida subrayó que esas disposiciones destruyen la sustentabilidad financiera de un medio independiente, disminuyendo su capacidad competitiva y degradando su posicionamiento en el mercado de internet, lo que configuraría una forma de restringir en forma indirecta su libertad de expresión y de información. Por último, señaló que por estar en juego la libertad de expresión, la constitucionalidad del artículo 45 de la ley 26.522 debe analizarse aplicando el llamado “escrutinio estricto”.

Por otro lado, el tribunal *a quo* entendió que la norma genera una situación de privilegio incompatible con el principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Puntualizó que las reglamentaciones ponen a las actoras en una posición de desventaja frente a la televisión satelital y benefician a

los productores de contenido extranjeros. Ello llevó al magistrado que votó en segundo término a juzgar aplicable la doctrina de las “categorías sospechosas” adoptada en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Por lo demás, el tribunal *a quo* manifestó que para evitar los efectos perniciosos del abuso de la posición dominante es suficiente la legislación vigente sobre defensa de la competencia, de manera que las disposiciones antimonopólicas de la ley 26.522 aparecen redundantes.

Por otro lado, la cámara declaró la inconstitucionalidad del artículo 48, segundo párrafo, de la LSCA en tanto que, en relación con las licencias ya adjudicadas, la aplicación retroactiva de esa norma implicaría una alteración significativa del derecho inmaterial que surge de la licencia. Ello, entendió, vulnera el derecho de propiedad y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Finalmente, el tribunal resolvió que, con respecto a las normas que fueron declaradas constitucionales, los términos de la adecuación previstos en el artículo 161 de la ley no lucen arbitrarios ni irrazonables.

–II–

Contra la decisión del *a quo* se alzaron mediante recursos extraordinarios el Estado Nacional (fs. 3746/3766), la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (fs. 3724/3745), Cablevisión S.A. (fs. 3681/3701) y Grupo Clarín SA (fs. 3703/3723).

La cámara concedió los recursos extraordinarios del Estado Nacional y del AFSCA en lo concerniente a la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones de la ley 26.522, como así también en lo atinente a la interpretación de normas constitucionales y del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, y el del Estado Nacional en cuanto al supuesto apartamiento en que habría incurrido la sentencia respecto del considerando 10 de la decisión de la Corte Suprema del 22 de mayo de 2012. Los declaró inadmisibles en lo que hace al supuesto vicio de arbitrariedad que imputan al pronunciamiento apelado. Por su parte, concedió los recursos de Cablevisión SA y Grupo Clarín SA sustentados en cláusulas constitucionales y en la citada Convención.

La denegación parcial de los recursos extraordinarios del Estado Nacional y del AFSCA motivó la interposición de las quejas que también vienen en examen.

–III–

El Estado Nacional se agravia, en primer lugar, de la decisión que confirmó la legitimación de las sociedades actoras Grupo Clarín SA y Teledigital Cable SA. El recurrente postula que ninguna de ellas posee aptitud procesal en estas actuaciones en la medida en que, careciendo de aprobación de la autoridad administrativa pertinente, no serían —como lo pretenden— titulares legítimas de las licencias cuya explotación invocan para fundar su legitimación.

En lo que respecta al fondo de la cuestión, el Estado Nacional cuestiona la declaración de inconstitucionalidad parcial del artículo 45 de la LSCA, en cuanto establece limitaciones a la cantidad de licencias que puede concentrar un prestador de servicios de comunicación que no utiliza el espectro radioeléctrico. En este sentido, el recurrente considera arbitraria la distinción trazada por el tribunal *a quo* entre medios que utilizan el espacio radioeléctrico y medios que aprovechan otras tecnologías de comunicación. En particular, aduce que la sentencia omitió ponderar que el propósito central de la regulación es garantizar la libre circulación de ideas, en pie de igualdad,

evitando que las prestatarias puedan abusar de su posición dominante no solo para obtener beneficios económicos desproporcionados sino para fijar unilateralmente el contenido del debate público, en perjuicio del derecho a la información de los ciudadanos.

Asimismo, el recurrente sostiene que la diferente reglamentación de las licencias para prestar servicios de televisión por cable y por vínculo satelital obedece a la realidad del mercado de la comunicación en el país, en donde el grado de penetración de los primeros es casi total; mientras que los operadores de televisión satelital, amén de poseer una estructura de costos superior que la coloca en desventaja competitiva, posee una participación de mercado sensiblemente menor. De esa manera, concluye que la distinta regulación se justifica en atención a la menor capacidad de las prestadoras de esta segunda clase para excluir a otros potenciales medios de comunicación.

A su vez, el Estado Nacional afirma que las reglas generales en materia de defensa de la competencia son insuficientes para garantizar los fines antimonopólicos de la LSCA.

Por otro lado, agravia al Estado Nacional que la sentencia haya considerado que el artículo 48, segundo párrafo, de ley 26.522 importa la aplicación retroactiva de una norma que colisiona con el derecho de propiedad del grupo actor. Al respecto, alega que el *a quo* asimiló arbitrariamente el conjunto de prerrogativas que surgen de las licencias para operar servicios de comunicación al derecho real de dominio propio del ordenamiento civil, soslayando que la relación entre licenciatario y autoridad concedente se rige por los principios del derecho administrativo y es de *tracto sucesivo*.

Por último, entiende el apelante que es arbitraria la decisión de supeditar la constitucionalidad de las normas tenidas por válidas al resarcimiento de las actoras por la actuación lícita del Estado, ante los eventuales perjuicios que les causaría la adecuación a las disposiciones del artículo 45 de la LSCA. Según señala el apelante, la resolución es contradictoria con los propios fundamentos ofrecidos por los jueces que conformaron la mayoría en este punto en tanto ambos coincidieron en que la cuestión excedía el marco cognoscitivo de los términos en los que quedó trabada la presente acción declarativa de certeza. Además, el Estado alega que se trata de una decisión prematura que omite toda valoración de los reglamentos que rigen el proceso de adecuación y prevén específicamente mecanismos compensatorios para los licenciatarios que deban desprenderse de parte de sus activos.

–IV–

A su turno, la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) afirma que el fallo analizó la validez constitucional de la LSCA exclusivamente desde la perspectiva de las actoras, prescindiendo de toda valoración acerca de la protección de los derechos colectivos que la ley tuvo como objetivo central. En este sentido, sostiene que son inadecuados los fundamentos de la sentencia que dan primacía a las afectaciones económicas que hipotéticamente afrontaría el grupo actor como consecuencia de su adecuación a la nueva regulación, por sobre el resguardo del interés social que ésta procura alcanzar al impedir que las voces minoritarias sean censuradas como resultado de la monopolización de los medios de comunicación.

Con relación a la declaración de inconstitucionalidad parcial del artículo 45 de la LSCA, la recurrente estima arbitrario el razonamiento del *a quo* de acuerdo con

el que el Estado no puede reglamentar la actividad de los medios de comunicación que no utilizan el espacio radioeléctrico. En particular, postula que el criterio adoptado por la cámara es contrario a las potestades que, por mandato constitucional, el Estado está obligado a ejercer para preservar la competitividad del mercado y para evitar la formación de monopolios u oligopolios con capacidad para distorsionarla. Asimismo, refiere que en nuestro país existieron regulaciones similares hasta el año 1990 que jamás habían sido declaradas inconstitucionales. Por lo demás, enfatiza que la ley 26.522 se enmarca en el contexto regulatorio internacional, dentro del cual se verifican incluso limitaciones mucho más severas en países tales como Estados Unidos, Inglaterra y Francia, que prohíben incluso la tenencia cruzada de medios gráficos y de radiodifusión.

El AFSCA objeta también la sentencia en cuanto juzgó que el artículo 45 de la LSCA coloca a las actoras en desventaja frente a sus competidores extranjeros y a aquellos que prestan servicios de comunicación audiovisual mediante un vínculo satelital, afectando, de ese modo, su derecho a la igualdad. En opinión de la recurrente, las limitaciones a la concentración de licencias establecida en el artículo 45 de la LSCA son razonables y proporcionales con el fin de promover esa participación plural, y no impiden la sustentabilidad de la actividad empresarial que llevan adelante las actoras, la cual no puede depender legítimamente del abuso de una posición dominante en el mercado.

Por lo demás, el apelante apunta que el *a quo* soslayó que la compatibilidad entre el artículo 48, segundo párrafo, de la ley 26.522 y el artículo 17 de la Constitución Nacional se encuentra garantizada en tanto no sería lícito impedir modificaciones futuras al régimen de multiplicidad de licencias en caso de que razones de interés público lo hicieran necesario.

–V–

Por su parte, Cablevisión SA objeta la decisión de la cámara en cuanto declaró la validez constitucional de los artículos 41 y 161 de la ley 26.522. Grupo Clarín SA formula las mismas impugnaciones y cuestiona el rechazo parcial de la acción entablada contra el artículo 45 de la ley.

Sobre la base de una reconstrucción que efectúan del escenario histórico que dio lugar a la adopción del artículo 32 de la Constitución Nacional, las recurrentes postulan que el método de análisis de cualquier reglamentación de los medios de comunicación que no utilizan el espacio radioeléctrico —físicamente escaso— debe ser “estricto”, en el sentido de que se debe partir de la presunción de su inconstitucionalidad.

En este contexto interpretativo, precisan que el Estado no habría brindado razones suficientes para derribar la presunción de invalidez que pesaría sobre los artículos 41 y 45 de la LSCA y, por lo tanto, aducen que corresponde declarar su inconstitucionalidad sin reservas.

No obstante lo anterior, las recurrentes se agravian, en lo que respecta a la primera de las disposiciones referidas, por entender que el voto mayoritario no respondió adecuadamente las impugnaciones deducidas por ellas contra la sentencia de primera instancia. En este sentido, alegan que la sentencia recurrida es arbitraria en la medida en que omitió pronunciarse acerca de que las limitaciones a la transferencia de un porcentaje de las licencias establecido por la ley 26.522 las habría convertido retroactivamente en bienes indisponibles e intransferibles, afectando su valor de mercado y, en última instancia, el derecho de propiedad y la libertad de comercio.

En subsidio, refieren que el artículo 41 de la LSCA no resulta proporcional en relación con el fin cuya satisfacción persigue, puesto que existirían reglamentaciones alternativas y menos restrictivas de los derechos constitucionales presuntamente afectados que podrían garantizar con igual eficacia el objetivo de que los ciudadanos tengan certeza acerca de la identidad e idoneidad de los licenciarios, así como la necesidad de evitar la clase de fraudes verificados durante la vigencia de la ley anterior.

En lo atinente a la declaración de validez del plazo previsto por el artículo 161 de la LSCA para que los titulares de licencias se adecuen a los requisitos de la nueva normativa, las recurrentes se agravan pues el *a quo* no tuvo en cuenta la magnitud del eventual proceso que deberían llevar adelante para ajustar su estructura societaria a las previsiones de la ley. Asimismo, estiman que, independientemente de su extensión, cualquier plazo sería inconstitucional.

Grupo Clarín SA, por lo demás, objeta la constitucionalidad de las disposiciones del artículo 45 de la LSCA que la sentencia del *a quo* consideró válidas. Afirma que la norma contradice el contenido del artículo 13, inciso 3 de la Convención Americana y del principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que interpreta como una prohibición expresa de sancionar leyes especiales para combatir monopolios en materia de medios de comunicación.

Por su parte, postula que las limitaciones a la concentración de licencias previstas por el artículo 45 de la LSCA importa en los hechos una sanción aplicable exclusivamente a Grupo Clarín SA sobre la base de una caracterización como actor monopólico que, sostiene, le fue impuesta sin que se lo haya declarado tal en un juicio

llevado adelante con arreglo a las disposiciones vigentes sobre defensa de la competencia. De ese modo, concluye que la ley 26.522 en general, y su artículo 45 en particular, consagran un régimen discriminatorio en la medida en que sujetan a las empresas de comunicación audiovisual a limitaciones más estrictas en materia de libre competencia que las que resultan aplicables al resto de los emprendimientos lícitos.

Por último, sostiene que el avance tecnológico que tuvo lugar en los últimos años torna irrazonable la mayor regulación estatal del espacio radioeléctrico que, en el pasado, habría justificado su administración racional por razones de escasez. Afirma la recurrente, en este sentido, que la limitación de licencias para operar servicios de comunicación que aprovechan aquel soporte soslaya que la tecnología digital disponible actualmente ha multiplicado en diez veces la cantidad de señales que pueden transmitirse por esa vía, reduciendo proporcionalmente el carácter limitado del recurso.

–VI–

Las apelaciones son admisibles pues se encuentra en tela de juicio la inteligencia y aplicación de la ley federal 26.522 —Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual—, así como el derecho de propiedad y el derecho a la libertad de expresión consagrados en la Constitución Nacional (artículos 14, 17 y 32) y en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (artículos 13 y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos IV y XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y artículos 19 y 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos); y la decisión ha sido contraria al derecho que los apelantes han fundado en ellas (art. 14, inc. 3º, ley 48). Cabe recordar que en esa tarea, la Corte Suprema no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o del *a quo*, sino

que le compete realizar una declaración sobre el punto disputado según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 329:20; 331:735; entre otros).

Además, cabe atender a las causales de arbitrariedad que se vinculen de un modo inescindible con la prescindencia o deficiente interpretación de las normas federales citadas y de argumentos conducentes para la solución de la controversia.

–VII–

Por otra parte, ha sostenido la Corte Suprema, de manera reiterada, que las cuestiones de hecho y prueba, de derecho común y procesal —materia propia de los jueces de la causa— no son susceptibles de revisión por la vía excepcional del artículo 14 de la ley 48 máxime cuando la sentencia se sustenta en argumentos no federales que, más allá de su posible acierto o error, resultan suficientes para excluir la tacha de arbitrariedad invocada (Fallos: 323:2879, entre otros).

Sobre la base de tales principios, a mi entender, el recurso intentado en cuanto impugna por arbitrariedad el rechazo de la excepción de falta de legitimación es formalmente inadmisibile.

–VIII–

En el presente caso, Grupo Clarín SA, Arte Radiotelevisivo Argentino SA, Cablevisión SA, Multicanal SA, Radio Mitre SA y Teledigital Cable SA —que integran el mismo grupo económico según surge de fs. 73vta./74, 671/792, 864vta./865; en adelante “Grupo Clarín”— plantean la inconstitucionalidad de los artículos 41, 45, 48 y 161 de la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual (LSCA).

La ley 26.522 aquí controvertida vino a reemplazar a la Ley de Radiodifusión (ley 22.285), que fue sancionada por la última dictadura cívico militar el 15 de septiembre de 1980 y luego parcialmente modificada, entre otros, por el decreto de necesidad y urgencia 1005/99 dictado por el Presidente Carlos Menem. Su objeto fue introducir una reforma estructural del sistema regulatorio de los medios de comunicación audiovisual a fin de adecuarlo a la realidad del paradigma actual: un mercado de medios de comunicación concentrado que pone en riesgo la vigencia universal del derecho a la libertad de expresión, tanto en su dimensión individual como social.

Tal como surge de su artículo 1, la ley procura el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia de los servicios de comunicación audiovisual con el fin último de abaratar, democratizar y universalizar el aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. La actividad realizada por los servicios de comunicación audiovisual es considerada de interés público (artículo 2). En este sentido, la norma destaca que se trata de un instrumento fundamental para el desarrollo sociocultural de la población, por el que se exterioriza el derecho humano inalienable de expresar, recibir, difundir e investigar informaciones, ideas y opiniones.

Los artículos cuestionados en el *sub lite* están orientados a concretar esos fines. El artículo 45 modificó el régimen de restricciones a la concentración de licencias previsto por la ley 22.285. La nueva norma contempla una doble limitación para impedir la concentración de emitentes de servicios audiovisuales: por un lado, restringe la cantidad de licencias y, por el otro, establece un tope en base a la cuota de mercado. A su vez, la ley procura evitar otro tipo de concentración que los legisladores estimaron perjudicial; a saber, la que resulta de la convergencia en un mismo sujeto de

la posibilidad de distribuir un servicio de comunicación audiovisual y de controlar su contenido.

Por último, la ley 26.522 regula la tenencia cruzada de licencias para operar la televisión abierta y la televisión por cable. La Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual no alteró lo dispuesto por la ley 23.696 y permite a los medios gráficos operar licencias de servicios de comunicación audiovisual, aun cuando diversos regímenes de derecho comparado restringen la tenencia cruzada de licencias de medios gráficos con televisión abierta. Ese es el caso de Estados Unidos, a través de la “Federal Communications Commission Broadcast Ownership Rules”; Australia, por la “Broadcasting Services Act 1992”; Reino Unido, por la “Communications Act 2003”; y Alemania, por la “Rundfunkstaatsvertrag”.

El artículo 161 de la LSCA estableció un procedimiento a los efectos de que los titulares de servicios de comunicación audiovisual se adecuen a los requisitos previstos en la ley 26.522 y, en particular, a los límites a la multiplicidad de licencias dispuestos en el artículo 45.

Por su parte, el artículo 41 afianzó el carácter *intuitu personae* de la concesión de licencias al reafirmar el principio de intransferibilidad de las licencias y al reglamentar la facultad del Estado para autorizar con límites determinados la transferencia.

Finalmente, el artículo 48, segundo párrafo, asevera que los licenciarios de servicios de comunicación audiovisual no pueden sustraerse del acatamiento de las normas en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, sea de las que están actualmente vigentes o de las que se sancionen en el futuro.

En el *sub lite*, el Grupo Clarín impugna la validez constitucional de las normas descriptas sobre el presupuesto de que afectan su derecho de propiedad y de libertad de expresión.

La sentencia apelada, tal como fue expuesto, declaró la inconstitucionalidad del artículo 45 de la LSCA en cuanto restringe la concentración de licencias que no utilizan el espacio radioeléctrico. Juzgó, en lo sustancial, que el carácter ilimitado del medio de transmisión torna irrazonables e innecesarias las restricciones. A partir de ello, concluyó que esas reglamentaciones ocasionan un perjuicio tangible a la sustentabilidad económica de las empresas actoras. Subrayó que esas reglas no contribuyen a abaratar los precios ni a favorecer el acceso a los avances tecnológicos, y que además existe un régimen menos restrictivo para combatir los efectos disvaliosos de las concentraciones económicas: el régimen de defensa de la competencia. Concluyó que la afectación a los intereses patrimoniales de la empresa constituye una violación de los derechos de libertad de expresión y de información de los medios de comunicación demandantes. Por otro lado, declaró la inconstitucionalidad del artículo 48 de la ley 26.522 dado que consideró que esa norma viola el derecho a la propiedad de las actoras.

Por lo demás, y con la misma estructura argumental, la cámara rechazó el planteo de inconstitucionalidad deducido por el Grupo Clarín en relación a los artículos 41, 45 —en cuanto restringe la concentración de licencias que utilizan el espacio radioeléctrico— y 161 de la LSCA.

Tal como explicaré a lo largo de este dictamen, la sentencia apelada es arbitraria toda vez que evidencia graves defectos de fundamentación y razonamiento que impiden considerarla como acto jurisdiccional válido (Fallos 334:541; 330:3092;

329:646; entre otros) y, en definitiva, denota que la declaración de inconstitucionalidad es el resultado de un apartamiento de los fines previstos por el legislador, que fueron sustituidos por el tribunal arrogándose facultades ajenas. De este modo, los jueces han incumplido su misión de dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador al juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones que adoptó en el ejercicio de sus facultades propias (doctr. de Fallos: 329:5467, 318:1012, 302:973; 304:1007, 1733; 305:538; 308:1745).

La decisión apelada está fundada en apreciaciones que revelan un notable sesgo en la conceptualización de la libertad de expresión y del derecho de propiedad, que ignora los paradigmas de la realidad económica actual y prescinde absolutamente de la dimensión social y pública de los intereses en juego que inspiraron la sanción de la nueva ley. Además, la sentencia se aparta de las circunstancias particulares del caso al omitir toda valoración a la situación de los demandantes, cuya concentración empresarial —según veremos— pone en peligro la vigencia efectiva de derechos humanos fundamentales.

En primer lugar, los jueces no han considerado los retos que plantea en la actualidad la adecuada tutela del derecho a la libertad de expresión en el sector de los medios audiovisuales que, por su propia naturaleza y por la evolución tecnológica, se ha transformado en un campo propicio para las concentraciones económicas. Al desatender esa realidad, la sentencia centra su concepción de la libertad de expresión en el derecho de los emitentes a multiplicar su voz. Así asigna a la libertad de expresión un contenido decimonónico que se limita a prohibir la intervención estatal en la esfera privada del individuo y relega la contracara de ese derecho que demanda una protección activa del Estado.

En tal sentido, la sentencia diluye la faz social del conflicto al prescindir de la dimensión instrumental del derecho a la libertad de expresión, en cuanto es un medio para garantizar los bienes jurídicos esenciales de la convivencia democrática: la soberanía del pueblo y la libertad de información para que se elabore el libre consenso en una democracia. El pluralismo ínsito en la libertad de opción es claramente incompatible con la alta concentración de medios en un solo grupo empresario. En ese orden de ideas, la sentencia recurrida incurre en la falacia de acentuar el papel esencial de la libertad de expresión mientras, a renglón seguido, no garantiza la vigencia efectiva de ese derecho.

En segundo lugar, la sentencia denota una visión parcializada del conflicto que se revela en el notable énfasis que pone en preservar los intereses patrimoniales de los demandantes, sin que se advierta igual tesón en respetar los derechos de la ciudadanía a contar con una mayor pluralidad informativa, de ideas y de contenidos. Para ello, la sentencia adopta una interpretación sesgada sobre la protección constitucional de la propiedad al estilo neoclásico del siglo XIX, con total prescindencia de la evolución jurídica operada en la delimitación de ese derecho y de los intereses colectivos que justifican la actuación del Estado para poner límites a la actividad económica a través de las legislaciones contemporáneas.

La libertad de empresa de los medios de comunicación no puede jugar en el plano del derecho constitucional un papel autónomo desligado de la efectividad del entramado de derechos, garantías y valores que la Carta Magna consagra en beneficio de toda la ciudadanía. Sin embargo, la sentencia recurrida se enfoca en el interés pecuniario de las empresas actoras a llevar adelante sus actividades sin injerencias, e interpreta que esta exclusión del poder estatal constituye una garantía para su libertad de expresión.

El error del razonamiento consiste en soslayar que el desarrollo del derecho de la competencia en el sector de los medios de comunicación social viene a contrarrestar la fuerte tendencia hacia la concentración económica, que ha sido generada por factores relacionados con el aumento del poder de decisión de las empresas de comunicación, que incluso en ocasiones aparece potenciado por secretas connivencias con poderes económicos y financieros.

Para decidir un conflicto entre bienes jurídicos constitucionales —en el caso, el derecho de propiedad de un particular y el pluralismo informativo que es la base del debate democrático— hay que ponderar el lugar que cada derecho tiene en el orden de valores constitucionales, para establecer su importancia relativa frente a otros. La determinación del peso de los bienes en colisión surge implícito en el propio texto constitucional, cuando se advierte que en un Estado de Derecho es irrenunciable la protección de los derechos de las personas a la libre expresión y a la recepción de información plural, y que la justicia debe estar al servicio del interés general de garantizar la efectividad de esos derechos y libertades.

En el *sub lite*, la sentencia recurrida omite hacer mérito de la evolución del derecho en cuanto al rol del Estado en materia económica, en especial, ante el peligro de las concentraciones mediáticas derivado de la irrupción de nuevas tecnologías, que hoy viene asociado al creciente poder de las grandes corporaciones en el siglo XXI.

La libertad de empresa, para ser tal, debe estar asociada a la libre competencia. El Estado debe respetar la libertad de empresa, que implica la posibilidad de su titular de constituirla y de decidir sobre las distintas opciones relacionadas con la actividad económica que desempeña, de acuerdo con las exigencias

de la economía general y los derechos de usuarios y consumidores, que, a su vez, configuran un límite legítimo a la autonomía privada. En otras palabras, la restricción de la autonomía privada no puede tener otra justificación que la de servir a intereses generales y asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales. Ello es coherente con el principio adoptado invariablemente por la Suprema Corte según el cual los derechos que protegen la propiedad y la libertad de comercio (artículos 17 y 14 de la Constitución Nacional) no son absolutos (Fallos: 327:4995, 311:1565 y 315:952), sino que se encuentran sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio (artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional). A su vez, el análisis de la razonabilidad de esa reglamentación, no puede prescindir de la naturaleza de los derechos involucrados y del interés comunitario existente

El mundo de las ideas no ha escapado a los procesos de liberalización y utilización de nuevas tecnologías, por lo que no ha sido inmune al peligro de la proliferación de prácticas anticompetitivas y de una tendencia irrefrenable a la concentración del poder económico. La existencia de estos peligros demanda una disciplina jurídica que se ocupe de ellos.

En especial, la regulación de las concentraciones en el ámbito de los medios de comunicación exige examinar la situación de un mercado, que no es cualquiera sino uno en que el bien de intercambio es particularmente sensible —la información— y en el cual se pone en juego cada día la vigencia efectiva de derechos fundamentales y libertades públicas que exceden lo meramente material y económico.

En efecto, los problemas que plantean las concentraciones de medios no tienen un origen diferente a los que se suscitan ante cualquier concentración empresarial: la acumulación de poder de mercado puede asfixiar a los competidores y

ser utilizado para establecer barreras a la entrada de nuevos participantes. Sin embargo, cuando las concentraciones afectan el mercado de las comunicaciones, entonces, las consecuencias sociales se manifiestan sobre un bien muy sensible desde el punto de vista de las libertades individuales, a saber, la información.

De ahí que la libertad de empresa en materia de medios de comunicación no puede ser efectiva sin un desarrollo normativo que la ponga al servicio de los derechos y valores fundamentales, vinculados a la libertad de expresión y la soberanía del pueblo. Para que esa soberanía siga estando en sus manos es necesaria la libertad, que se realiza en primer término a través de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, entre ellos, la libertad de expresión y pensamiento.

La sentencia apelada despacha estos reparos con el argumento retórico de que el problema de la concentración económica es una cuestión propia de la autoridad en materia de defensa de la competencia, y que ese ámbito de actuación resulta ajeno a este caso.

De ese modo, se ha descalificado el rol del legislador e ignorado los objetivos principales de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. Con ese razonamiento simplificado elude considerar el aspecto principal de la controversia, relativo a que en el caso no se trata de controlar los abusos de posición dominante que perjudican la eficiencia económica, sino que se trata de una disciplina y de una autoridad de aplicación —el AFSCA— que están al servicio de los derechos y libertades públicas de naturaleza no económica.

La función que en una sociedad democrática desempeñan los medios de comunicación demanda que exista una regulación y una autoridad específica que vaya más allá de la mera protección de la competencia, dado que está en juego el derecho

de los ciudadanos a la libre expresión y a recibir una información plural. El objetivo de esa normativa, más que sancionar el abuso de posición dominante, es evitar su creación, o en su caso, restringirla a un límite adecuado para garantizar la pluralidad de emitenes. Ello constituye un requisito indispensable para el mantenimiento de una opinión pública libre que requiere, por un lado, que la ciudadanía reciba información plural y diversificada y, por otra parte, que existan múltiples canales para la expresión de sus ideas, a modo de reaseguro de una participación amplia e inclusiva en el debate público.

En tercer lugar, la sentencia recurrida pronuncia su tesis simplificada sobre la protección constitucional del derecho de propiedad y libertad de expresión del Grupo Clarín con absoluta prescindencia de la situación particular de aquél y de su labilidad para perjudicar los bienes jurídicos constitucionales a los que venimos refiriendo. Precisamente, la situación de concentración empresarial de los demandantes detona especialmente las alertas para la vigencia efectiva del pluralismo que es el presupuesto esencial del debate democrático.

Como ya he señalado, la LSCA no ha incluido en su regulación la situación de los medios gráficos, como sucede en otras legislaciones. Sin embargo, el tribunal *a quo* no podía desconocer que el grupo accionante es titular de uno de los diarios que históricamente ha tenido mayor inserción en el mercado a partir de su fundación en 1945, el diario Clarín, y que aquélla se acrecentó en el año 1977 al sumarse la adquisición durante la última dictadura cívico militar del paquete mayoritario de acciones de la única fábrica productora de papel de diario en el país, Papel Prensa SA. La formación de ese oligopolio vertical lo colocó en una situación de ventaja sobre sus competidores, en razón del control del insumo básico de la prensa escrita.

Tampoco puede soslayarse que otro de los pasos trascendentes en la conformación del oligopolio mediático que constituyeron las actoras fue la fusión de las empresas Multicanal SA y Cablevisión SA. Oportunamente, en mi carácter de Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, planteé la nulidad absoluta de esa transferencia accionaria en los autos caratulados “Cablevisión SA s/acuerdo preventivo extrajudicial”. En esa oportunidad, denuncié que un fondo especulativo extranjero, Fintech SA, redujo ilegalmente la deuda de obligaciones negociables de la empresa Cablevisión SA a través de la realización de un acuerdo preventivo extrajudicial; a la par que acordaba con el Grupo Clarín la fusión oligopólica con la empresa Multicanal SA. El acuerdo incluía el traspaso del control de las compañías fusionadas en favor de Grupo Clarín SA en un 60%, que así pasó a concentrar una inmensa porción del mercado del cable, TV, radios, diarios, revistas e internet. Estimé que ello constituía una violación a los artículos 1, 2, 6 y 7 de la ley n° 25.156 y denuncié que los fondos fueron aportados por sociedades constituidas en los paraísos *offshore* de Delaware e Islas Vírgenes Británicas que ofrecen anonimato y subreglamentación bancaria, lo cual impedía conocer el origen del dinero (cf. dictamen n° 119.349 del 18 abril de 2008).

El acuerdo preventivo extrajudicial fue homologado desoyendo mis planteos como Fiscal General. No obstante, la mencionada fusión fue objetada por los organismos administrativos pertinentes, a saber, la autoridad de aplicación de la ley de defensa de la competencia a través de las resoluciones SCI 257/07, SCI 1101/09 y ME 113/10; y el COMFER a través de la resolución 577/09. Tal como lo advirtió este Ministerio Público a fs. 3178/203 de esta causa, los organismos competentes consideraron que esa operación vulnera tanto la ley de defensa de la competencia como los límites a la concentración de licencias previstos en la anterior ley que regía la

radiodifusión —ley 22.285—. Estas cuestiones están pendientes de resolución ante los estrados judiciales.

Uno de los peligros de la instauración de monopolios en el mercado es la utilización de ese poder para escalar en la propiedad de otras parcelas de la actividad de los medios de comunicación.

En el caso, la actora se reconoce como un “multimedia periodístico” (fs. 74) y es —según sus propias expresiones— el grupo más importante y diversificado del país y uno de los más relevantes de habla hispana, cuya presencia, fundamentalmente, opera en los medios escritos, radio, televisión por aire y cable, producción audiovisual, industria gráfica e internet (cf. de la “Memoria y Estados Contables al 31 de diciembre de 2010”, fs. 671/792, específicamente fs. 677; asimismo cf. pg. 8 de la “Memoria y Estados Contables al 31 de diciembre del año 2012”, presentado por la parte actora ante la Comisión Nacional de Valores —CNV—, información pública disponible en www.cnv.gov.ar).

Sin pretender agotar las diversas y múltiples participaciones del grupo, se puede señalar, además de su participación en la empresa Papel Prensa SA (cf. fs. 686 y la “Memoria y Estados Contables al 31 de diciembre de 2012”, ps. 8 y 20), que es propietaria de la totalidad del paquete accionario de Arte Gráfico Editorial Argentino (AGEA), principal editor de diarios del país y uno de los productores de contenidos editoriales —según la actora— de mayor relevancia de América Latina. Esta sociedad distribuye el diario Clarín, el diario Muy, el diario Deportivo Olé, el diario La Razón, la revista Jardín de Genios, la revista de Cultura Ñ, la revista Pymes, el diario de Arquitectura, la revista Tiki Tiki, la revista Elle y Clarín Rural (cf. fs. 681/685 y fs. 710; v. también el citado balance del año 2012, ps. 14 y 18 y del “Estado

Consolidado de Resultado Integral” p. 17). También presta contenidos en internet en el segmento de clasificados y en sitios como clarín.com, ole.com.ar, entremujeres.com y biencasero.com. Asimismo, controla Tinta Fresca Ediciones SA cuya actividad es el mercado editorial de libros de texto (cf. fs. 685 y p. 14 del balance 2012).

Por intermedio de otra empresa de su propiedad —Artes Gráficas Rioplatense SA (AGR)— el grupo satisface las demandas de impresiones especiales de sus productos —revista Viva, Shop & Co.— y de terceros. La actora, en sus estados contables, describe a esa sociedad como líder en servicios de impresión de la República Argentina (cf. fs. 685 y 710 y ps. 14 y 19 del balance 2012). Señala, a su vez, que en el año 2000 se asoció con el grupo Techint, adquiriendo el 50% de Imprintpost Tecnologías SA, cuya actividad es la confección en impresión de facturas, folletos de propaganda, tarjetas, etiquetas, formularios y la prestación de servicios de ensobrado. En el año 2011, según lo informó en su Memoria y Estados Financieros Consolidados por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2012 —información pública, reitero, presentada ante la CNV—, adquirió parte del paquete accionario de Cúspide Libros y lanzó al mercado Librocity.com que constituye una tienda de venta *online* de libros (p. 19).

Es la titular, a su vez, de la Compañía Inversora en Medios de Comunicación (Cimeco), que participa en forma mayoritaria de la distribución de los principales diarios regionales de Argentina. En la provincia de Córdoba —a través de La Voz del Interior y el diario Día a Día— capta, según ella misma lo sostiene, el 59,4% del mercado. También controla el diario Los Andes en la provincia de Mendoza (cf. “Memoria y Estados Financieros Consolidados...”, p. 20 y fs. 685/686).

El grupo, por otra parte, explota portales en internet y por una empresa subsidiaria —GC Gestión Compartida SA— brinda servicios de esa naturaleza a terceros y otras empresas subsidiarias. Asimismo, incluye la producción de contenidos digitales a través de Contenidos de Medios Digitales (CMD). El Grupo Clarín se define como líder en la generación de contenidos digitales y a través de CMD desarrolló —sostiene— la más amplia red de portales y contenido digital de la Argentina, que cubre noticias, entretenimientos, deportes, avisos clasificados, venta directa, *e-commerce*, fotografía digital, video, blogs, foros de chat, música, contenido de telefonía móvil (*ringtones*, SMS y juegos) y un navegador. Esta red —señala en sus balances presentados ante la autoridad administrativa— apunta también a replicar en internet la presencia y la importancia de los distintos medios *off-line* de los que dispone el Grupo Clarín (cf. “Memoria y Estados Financieros Consolidados...”, p. 24, fs. 689/690, fs. 710).

En lo que hace estrictamente al campo audiovisual explota a través de diversas sociedades —entre ellas: Artear y Radio Mitre y con otras en forma indirecta— los siguientes medios: (i) 4 licencias de televisión abierta distribuidas en la Ciudad de Buenos Aires (canal 13), Bahía Blanca (canal 7), Córdoba (canal 12) y Bariloche (canal 6); (ii) 8 señales de contenidos, a saber, El Trece Digital, Todo Noticias, Volver, Magazine, Quiero Música en mi idioma, TYC Sports, TYC Max y Canal Rural (24,99% del paquete accionario, “Estados Financieros Consolidados al 31 de diciembre de 2012”) —además, en su estado contable reconoce acuerdos y participación accionaria en Pol-Ka Producciones (posee el 54,6% de las acciones, fs. 710 y p. 17 del “Estados Financieros Consolidados al 31 de diciembre de 2012”), Ideas del Sur (participación que asciende al 30% de las acciones, cf. “Estados Financieros Consolidados al 31 de diciembre de 2012”, p. 43) y Patagonik Film Group

(33,33% de las acciones, cf. “Estados Financieros Consolidados al 31 de diciembre de 2012”, p. 43)—; (iii) ocho licencias de radiodifusión sonora en AM y en FM distribuidas en la Ciudad de Buenos Aires (AM 790 Radio Mitre y FM 99.9), Córdoba (AM 810 Radio Mitre Córdoba y FM 102.9), Bahía Blanca (FM 96.3), San Miguel de Tucumán (FM 99.5), Santa Fe (FM 99.3), San Carlos de Bariloche (FM 92.1) y en Mendoza (FM 100.3); (iv) A través de Cablevisión (Multicanal y Teledigital) y otras sociedades en las que participa en diversos puntos del país explota 180 licencias de servicio de radiodifusión por vínculo físico y también el servicio de internet (cf. fs. 73 vta./74 vta., 1843, 1845 vta./1849 vta., fs. 2200).

Estos hechos aparecen omitidos en la sentencia apelada, pese a su singularidad y relevancia para la solución del presente caso. Ello torna arbitraria a la decisión por haberse apartado de las constancias de la causa y por haber incurrido en defectos en la consideración de extremos conducentes (Fallos: 329:3749, 320:2749; 323:1989, entre otros).

En suma, la arbitrariedad de la sentencia radica en que analiza la validez de una ley a partir de una noción sesgada del derecho de propiedad y de la libertad de expresión, así como prescinde de la trascendencia social del conflicto. Más grave aún, los jueces han omitido resolver el caso sobre la base de la situación particular del grupo económico demandante, por lo que la decisión se transforma en una declaración de inconstitucionalidad en abstracto dado que no tiene conexión real con el asunto bajo estudio. Asimismo, resulta claro que la cámara se pronunció por la inconstitucionalidad de normas legales votadas ampliamente por el Congreso, en base a apreciaciones sobre el mero acierto o conveniencia de la norma, arrogándose así facultades legislativas, aspecto vedado a los tribunales (Fallos 273:418).

El razonamiento de la sentencia desconoce los grandes desafíos que se presentan en el siglo XXI para una adecuada protección de la libertad de expresión. Ello vicia la fundamentación a la que acude la cámara para tratar la constitucionalidad de todas las normas aquí cuestionadas.

El derecho humano a la libertad de expresión está consagrado en la Constitución Nacional (artículos 14 y 32) y en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (artículo 13 de la Convención Americana; artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Esa libertad comprende tanto el derecho de cada individuo a expresar su pensamiento y a difundirlo a través de cualquier medio apropiado, como el derecho colectivo a recibir todo tipo de información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, párrafo 30).

Ese derecho adquiere una preponderancia singular en el ámbito de los derechos fundamentales pues se despliega en una doble dimensión: por un lado, constituye un derecho inalienable de los individuos, y, por el otro, es una precondition esencial para el funcionamiento de un gobierno democrático. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “la libertad de expresión e información es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática” (Corte IDH, OC-5/85, párrafo 70). Por su parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos destacó que “el discurso sobre asuntos públicos es más que una expresión; es la esencia del

autogobierno” (Corte Suprema de los Estados Unidos, “Garrison v. Louisiana”, 379 U.S. 64, 1964). Ese entendimiento también ha sido resaltado invariablemente por la Corte Suprema de la Nación (CSJN, Fallos: 310:510; 314:1517; 319:3428; entre otros).

En efecto, la información, las ideas y las valoraciones que son elaboradas y provistas a la esfera pública por parte de los medios de comunicación influyen en forma sustancial la opinión de los ciudadanos sobre los asuntos públicos. A partir de esa opinión, los ciudadanos ejercen su derecho de voto —esto es, eligen sus gobernantes— así como participan en el diseño de las políticas públicas. Los medios de comunicación intervienen, entonces, activamente en la elección de los gobernantes y en el diseño de las políticas de gobierno.

Por último, la dimensión social del derecho a la libertad de expresión comprende la función de los medios de comunicación como socializadores, educadores informales y formadores de cultura, según lo ha enfatizado la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (v. “Estándares de Libertad de Expresión para una Radiodifusión Libre e Incluyente”, 2009, párrafos 6 y 7).

Precisamente las razones expuestas han justificado la enorme protección que han recibido a lo largo de la historia las informaciones, las expresiones y las opiniones (CSJN, Fallos: 310:510; 314:1517; 319:3428; Corte Suprema de los Estados Unidos, “New York Times vs. Sullivan”, 376 US 254, 1964; “Gertz v. Robert Welch”, 418 US 323, 1974) y la importancia de asegurar que el debate sobre cuestiones públicas sea desinhibido, robusto y amplio. A su vez, la dimensión social de los derechos en juego requiere que la protección no se centre solo en los emisores, sino también, y más aún, en los receptores (Corte IDH, OC-5/85, ya citada, párrafo 30).

Ahora bien, la evolución tecnológica que ha operado en materia de medios de comunicación a partir del siglo XX ha incrementado de modo exponencial el rol de esos medios en su dimensión social. De hecho, con el desarrollo de la radio y televisión y el surgimiento de nuevas tecnologías digitales de comunicación se ha aumentado notablemente el poder que tienen los medios de influir en la vida política y social de los ciudadanos.

A su vez, la economía moderna conduce inexorablemente a la concentración de la propiedad de los medios de comunicación, como lo revela la existencia mundial de conglomerados mediáticos.

En el Libro Verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación en la perspectiva de la sociedad de la información, la Comisión Europea ha destacado la relación entre la tendencia de las empresas de medios hacia la diversificación de sus actividades y el auge de las concentraciones. Tal tendencia se traduce en una serie de cambios sustanciales en el mercado de servicios de información: la combinación de convergencia tecnológica, la liberalización de las telecomunicaciones y el crecimiento de internet y de los servicios en línea, que impulsaron las fusiones verticales, mediante las cuales se integran diferentes fases del proceso productivo (Com (97) 623, diciembre de 1997). Ante ese panorama, se ha propiciado la definición de un modelo de defensa de la competencia que no solo vele por el buen funcionamiento del mercado, sino también por los derechos e intereses de los usuarios de servicios y, en concreto, en el caso de los medios de comunicación, de los receptores de la información.

Este cambio de paradigma trajo consigo un replanteo profundo en la protección del derecho a la información, a la libertad de expresión y a la libertad de prensa. Originariamente, el resguardo de esos derechos se centró en prohibir que los oradores individuales y la prensa fueran censurados por el Estado. Ello exigía una actitud pasiva del Estado en la protección de esos derechos y se llegó a afirmar que la mejor regulación en materia de libertad de expresión era su ausencia.

La Corte Suprema de la Nación también ha advertido en Fallos 315:1492 que hasta fines del siglo XIX la cuestión de pensar y expresar el pensamiento se resolvía en la lucha de los individuos frente al Estado, pero en nuestro tiempo y a raíz de la revolución técnica los contendientes han cambiado: quienes se enfrentan son el Estado y los grupos, y los grupos entre sí (considerandos 8° y 9°, en los que cita la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, “Miami Herald Publishing Col., Division of Knight Newspapers, Inc. v. Tornillo”, 418 US 241, 1974).

A partir de este nuevo paradigma se ha reconocido que la ausencia de protección estatal deja a las expresiones, a la información y a las ideas a la merced de censuras que provienen de la dinámica de un mercado que tiende a la concentración y de los poderes no estatales, esto es, los actores privados y la llamada “censura empresarial”. Ello ha sido apuntado por la Corte Interamericana en la ya citada Opinión Consultiva 5/85 del siguiente modo “Más aún, en los términos amplios de la Convención, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica ‘medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones’” (párrafo 56).

En efecto, la protección estatal procura evitar que la concentración mediática afecte tanto el derecho de los emisores como de los receptores, que requieren esas informaciones, expresiones e ideas para su desarrollo personal, social y político. En suma, la regulación busca asegurar el debate libre y robusto sobre asuntos de interés público que exige todo régimen democrático.

Estas nuevas circunstancias han sido acogidas en diversos instrumentos internacionales elaborados en la segunda mitad del siglo XX, que reflejan la existencia de un consenso universal según el cual el resguardo del derecho de la libertad de expresión demanda una protección activa por parte del Estado y, en especial, para garantizar la expresión equitativa de ideas.

Numerosas decisiones dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los últimos 20 años han reconocido la importancia de una intervención estatal activa para la vigencia de la libertad de expresión (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, ya citada, párrafos 33, 34 y 56; “Kimel vs. Argentina”, sentencia del 2 de mayo de 2008, párrafo 57; “Tristán Donoso vs. Panamá.”, sentencia del 27 de enero de 2009, párrafo 113; “Ríos y otros vs. Venezuela”, sentencia del 28 de enero de 2009, párrafos 106 y 107; y “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”, sentencia del 29 de noviembre de 2011, párrafo 45).

En la ya citada Opinión Consultiva 5/85 el tribunal regional expresó que “así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los

medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas” (párrafo 34).

En sentencias más recientes, la Corte Interamericana fue enfática al sostener que “[...] Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la responsabilidad que entraña para los medios de comunicación social y para quienes ejercen profesionalmente estas labores, el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo” (“Kimel”, párrafo 57; “Ríos”, párrafo 106; “Fontevicchia y D’Amico”, párrafo 45).

En el mismo sentido, se han manifestado en forma consensuada los relatores para la libertad de expresión de todos los sistemas de protección de los derechos humanos: CIDH, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, 2000; e “Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión” en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2012, Anexo, puntos G, 1 y 2; Declaración Conjunta sobre Diversidad en la Radiodifusión, 2007 y Declaración sobre Diez Desafíos Claves para la Libertad de Expresión en la Próxima Década, 2010, del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos para la Libertad de Expresión y la Relatora

Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

En particular, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana del año 2000 dispone en su principio 12 que “los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos”.

Contrariamente a lo afirmado por los actores aquí recurrentes, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana precisó el significado de la anteúltima disposición en su Informe Anual de 2004. Con este fin, realizó una interpretación integral del principio 12, tomando en cuenta su objeto, “que enfatiza la inconsistencia de los monopolios y oligopolios en los medios de comunicación social con la libertad de expresión y los parámetros democráticos que aseguran una distribución equitativa en la propiedad de los mismos” (párrafo 92). A la luz de esto, apuntó que lo que se prohíbe es el dictado de normas dirigidas solo a los medios de comunicación que, bajo la apariencia de ser normas antimonopólicas especiales, en realidad restrinjan la libertad de expresión (párrafo 94).

No obstante, seguidamente aclaró que esta disposición “no limita en manera alguna la obligación del Estado de garantizar a través de la legislación la pluralidad en la propiedad de los medios”, ni “impide [...] la existencia de un marco

regulatorio antimonopólico que incluya normas que garanticen la pluralidad atendiendo la especial naturaleza de la libertad de expresión” (párrafo 94). De hecho, la Relatoría observó que “el marco del derecho de la competencia en muchas ocasiones puede resultar insuficiente, particularmente en cuanto a la asignación de frecuencias radioeléctricas” (párrafo 94).

En el ámbito de la comunidad europea y ante las repetidas peticiones formuladas por el Parlamento Europeo para que se adopte una regulación en materia de concentración de medios, la Comisión Europea elaboró el Libro Verde sobre Pluralismo y concentración de los medios de comunicación en el mercado interior. Con base en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Comisión desarrolló un concepto eminentemente funcional del pluralismo como componente de la libertad de expresión que tiene como finalidad garantizar al público la libertad de información. El pluralismo se sitúa al servicio de la diversidad de información, de modo que “se podrá, por ejemplo, denegar un permiso de radiodifusión, la toma de control de un periódico, una estructura de empresa monolítica, la participación en un mercado de comunicación, etc.” (Libro Verde citado, COM (92) 480, diciembre de 1992, págs. 15-16).

A nivel universal, entre otros pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos, la Observación General n° 34 emitida en el año 2011 afirma que “[...] ‘debido al desarrollo de los modernos medios de información pública, se requieren medidas eficaces para impedir un control de dichos medios que lesione el derecho de toda persona a la libertad de expresión’ [...] Por consiguiente, los Estados partes deberían adoptar medidas adecuadas, en forma compatible con el Pacto, para impedir un excesivo predominio o concentración de los medios de comunicación por

grupos mediáticos bajo control privado, en situaciones monopolísticas que pueden menoscabar la diversidad de fuentes y opiniones” (párrafo 40).

En conclusión, la evolución tecnológica de los medios de comunicación, así como el cada vez mayor compromiso democrático, demandan que el Estado actúe positivamente para resguardar el ejercicio efectivo y universal de ese derecho. En el actual contexto de concentración mediática, esa obligación implica la adopción de medidas concretas a fin de garantizar una distribución más equitativa de los medios de comunicación. De otro modo, los medios en vez de ser un instrumento de la libertad de expresión, se transforman en un vehículo para restringirla, en palabras de la Corte Interamericana (OC-5/85, ya citada, párrafo 34).

Además, el reparto equitativo de la expresión no solo está fundamentado en la vigencia universal del derecho de libertad de expresión, sino también en el funcionamiento de nuestro régimen democrático. De lo contrario, el derecho de cada persona a tener un voto se torna ilusorio, en tanto la posición individual de los votantes no habrá sido el resultado de un debate público, amplio y plural, sino de una opinión fuertemente marcada por los conglomerados mediáticos.

En suma, el Estado tiene tanto una obligación de abstención —no censurar el debate libre, democrático y plural— como un deber positivo de poner un freno a la censura y a los impedimentos que provienen de poderes no estatales a los efectos de asegurar la existencia de ese debate. Solo en ese ámbito protectorio puede imperar el derecho de libertad de expresión, que es un derecho inalienable del ser humano y una pieza elemental de todo gobierno democrático.

Al desconocer la evolución descrita en materia de protección del derecho a la libertad de expresión y al prescindir de su dimensión social, la decisión

apelada ha sustituido al legislador en la actividad que le es propia, sin siquiera haber ponderado los intereses colectivos que palpitan bajo este conflicto.

A la vez, la sentencia apelada ha pasado totalmente por alto el marco deliberativo que precedió a la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. Su sanción, el 10 de octubre de 2009, fue el resultado de un largo proceso en el que se fomentó y garantizó la participación ciudadana y en el que se gestó una amplia base de consenso, que se reflejó en el texto que fue finalmente aprobado por las mayorías legales de ambas cámaras del Congreso de la Nación. Ese proceso fue instado desde 1983 por diversas organizaciones sociales, sindicatos y universidades, que bregaron por reemplazar el marco regulatorio impuesto por el gobierno de facto por un régimen que promoviera la democratización de las comunicaciones. La participación ciudadana en la sanción de la ley aquí controvertida incluyó una consulta pública a través de la realización de foros en todo el país, lo que permitió la incorporación de aportes concretos de la sociedad civil al texto del proyecto original (cf. Diario de sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación - Período 127°- Reunión 10° - 6° Sesión ordinaria (Especial) - 16 de septiembre de 2009 – págs. 1051/53; 1096; 1099/101 y 1125).

-X-

El artículo 45 de la ley, cuya constitucionalidad se encuentra aquí controvertida, constituye uno de los instrumentos centrales escogidos por los legisladores de la ley 26.522 para lograr el cometido central de la norma: un reparto más equitativo del derecho a la libertad de expresión frente al paradigma de la sociedad actual que tiende a la concentración mediática.

De acuerdo con el texto del artículo 45 de la ley 26.522 y con sus debates parlamentarios, el fin de los límites previstos a la concentración mediática es garantizar los principios de pluralidad —que significa que una mayor cantidad de voces participe del debate público—, de diversidad —que implica que voces distintas y que representen los distintos sectores de nuestra sociedad puedan participar de ese debate— y respeto por lo local, que permite que los actores y los intereses locales intervengan en ese debate.

En concreto, el referido artículo 45 contempla restricciones a la multiplicidad de licencias en el ámbito nacional y local.

En el ámbito nacional, esa norma dispone que: (i) un sujeto no puede tener más de una licencia de servicios audiovisuales sobre soporte satelital y, si ese servicio satelital es por suscripción —o sea, pago—, el titular no puede tener otra licencia de ningún otro tipo (apartado 1, *a*); (ii) un sujeto puede tener hasta diez licencias de radio, televisión abierta y televisión por suscripción con uso de espectro radioeléctrico, y ese sujeto, además, solo puede ser titular de una señal de contenidos (apartado 1, *b*); (iii) un sujeto puede tener hasta veinticuatro licencias de cable en diferentes localizaciones (apartado 1, *c*). Además, la norma prevé un límite general y adicional para todos los supuestos enumerados: la multiplicidad de licencias en ningún caso puede implicar la posibilidad de prestar servicios a más del 35% del total nacional de habitantes o de abonados, según corresponda (apartado 1, último párrafo).

En el orden local, el artículo 45 prevé que: (i) un sujeto puede tener hasta una radio AM (apartado 2, *a*); (ii) un sujeto puede tener una radio FM o hasta dos, cuando existan más de 8 en el área primaria de servicio (apartado 2, *b*); (iii) un sujeto puede tener hasta una licencia de televisión por suscripción, siempre que no fuera

titular de una licencia de televisión abierta (apartado 2, *c*); (iv) un sujeto puede tener hasta una licencia de televisión abierta siempre que no fuera titular de una licencia por suscripción (apartado 2, *a*). Además, la norma prevé una limitación general y adicional para todos los supuestos enumerados: la suma del total de licencias otorgadas en la misma área primaria de servicio no puede exceder la cantidad de tres licencias (apartado 2, *in fine*).

Por último, la norma restringe la titularidad de señales de contenidos y establece que: (i) un sujeto que tiene hasta diez licencias de radio, televisión abierta y televisión por suscripción con uso de espectro radioeléctrico en el orden nacional solo puede tener una señal de contenidos (apartado 3, *a*); y (ii) un sujeto que tiene una licencia de televisión por suscripción solo puede tener una señal de contenidos (apartado 3, *b*).

La disposición normativa examinada vino a reemplazar el régimen de restricciones a la multiplicidad de licencias previsto por la ley 22.285, que, en lo pertinente, establecía un límite referido a la cantidad de licencias para impedir la concentración mediática. Efectivamente, ese régimen disponía, por un lado, que en distintas localizaciones un operador podía detentar hasta 24 licencias de servicios de radiodifusión sonora o de televisión y, por otro, que en una misma localización podía concentrar hasta una licencia de radiodifusión sonora, una de televisión y una de servicios complementarios de radiodifusión —entre otros, televisión por cable—. En la versión original de la ley 22.285, esa norma, además, prohibía a los medios gráficos operar licencias de radiodifusión, lo que fue dejado de lado por la ley 23.696 —publicada en el Boletín Oficial del 23 de agosto de 1989— que posibilitó la convergencia entre ambas actividades vinculadas con la información.

Los redactores de la ley 26.522 entendieron que el criterio de restringir el número de licencias no era un límite adecuado porque no reflejaba por sí solo la influencia del medio de comunicación audiovisual en el debate público. Como expliqué anteriormente, la ley actual dispone una doble limitación para impedir la concentración de emittentes de servicios audiovisuales: por un lado, restringe la cantidad de licencias y, por el otro, establece un tope en base a la cuota de mercado.

A su vez, la ley procura impedir otro tipo de concentración que los legisladores estimaron perjudicial, a saber, la que resulta de la convergencia en un mismo sujeto de la posibilidad de distribuir un servicio de comunicación audiovisual y de controlar su contenido. Ello explica las limitaciones previstas en el apartado 3 del artículo 45 de la LSCA, cuando cercena la titularidad de señales de contenidos a quien tiene licencias para distribuir servicios.

Aun cuando diversos regímenes de derecho comparado restringen la tenencia cruzada de licencias de medios gráficos con televisión abierta, como se vio, la ley 26.522 no alteró lo dispuesto por la ley 23.696 y permite a los medios gráficos operar licencias de servicios de comunicación audiovisual. Por el contrario, nuestros legisladores han optado por otro modo de regular la tenencia cruzada: limitar la convergencia de licencias para operar la televisión abierta y la televisión por cable.

El razonamiento de la decisión apelada, en cuanto afirma que las limitaciones previstas en el artículo 45 a la multiplicidad de licencias de servicios que no utilizan el espacio radioeléctrico vulnera la libertad de expresión del Grupo Clarín, analiza la controversia a la luz de una concepción hoy perimida de la libertad de expresión que, como ya expuse, veía a la censura estatal como el único peligro a la vigencia de ese derecho.

Por un lado, la decisión apelada considera únicamente la libertad de expresión y de información que, como veremos, fue infundadamente invocada por el Grupo Clarín, y no repara en la irrenunciable protección de los derechos de las personas a la libre expresión y a la información plural, que resulta incompatible con la elevada concentración de medios de comunicación.

El tribunal omite ponderar que los fines invocados por el Estado — pluralidad, diversidad y respeto por lo local— son un instrumento para asegurar la vigencia efectiva del derecho universal a la libertad de expresión, que no solo es un derecho inalienable de todos los seres humanos, sino la piedra fundamental de todo gobierno democrático.

De este modo, nos encontramos frente a un caso donde la libertad de expresión y de información se encontraría, en todo caso, en ambos lados de la ecuación: esto es, la libertad de expresión y de información de todas las personas — que el Estado procura garantizar a través del artículo 45 de la LSCA impugnado— está en tensión con esos mismos derechos invocados por los medios de comunicación accionantes. A su vez, esta tensión no puede analizarse seriamente sin considerar los valores democráticos que subyacen a la fuerte protección que ha amparado a lo largo de la historia a los derechos en cuestión.

Éste es el verdadero conflicto que debe decidir la Suprema Corte. El estándar de escrutinio estricto, al que recurrió el tribunal *a quo* para resolver el caso, no es aplicable cuando la libertad de expresión se halla en ambos lados de la controversia. La utilización de ese estándar implicaría desoír el derecho a la libertad de información del resto de los ciudadanos. Ello no sería congruente con nuestros compromisos internacionales, que afirman que la obligación de respetar las libertades de opinión y

expresión es vinculante para todos y cada uno de los poderes de los Estados partes, incluso el judicial (Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 34, ya citada, párr.7).

La falacia del razonamiento de la decisión apelada se pone de manifiesto a tenor de las observaciones que efectuó la Corte Interamericana en la ya citada Opinión Consultiva 5/85, que luego de enfatizar la dimensión individual y social de la libertad de expresión, sostuvo que “Las dos dimensiones mencionadas de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista” (párrafo 33).

En atención a los fines del artículo 45 de la LSCA —un reparto equitativo de la libertad de expresión— y a la coyuntura actual donde la tendencia a la concentración mediática se configura como un obstáculo a la vigencia universal de la libertad de expresión, la valoración constitucional de esa norma requería determinar si las limitaciones a la multiplicidad de licencias allí previstas conllevan efectivamente a garantizar y enriquecer el debate público abierto, desinhibido y vigoroso, esto es, democrático, plural y libre.

Sin embargo, la sentencia omite absolutamente la ponderación de los intereses colectivos en juego para centrarse en el interés patrimonial de las actoras. Los

jueces no pueden minusvalorar la complejidad del proceso mediante el cual el legislador elige entre las diferentes políticas posibles, para sustituirlas por su voluntad.

–XI–

Por otra parte, la distinción en la que se funda la sentencia apelada entre las licencias de servicios de comunicación audiovisual que requieren de espacio radioeléctrico y las licencias que usan otras plataformas tecnológicas es arbitraria, en tanto omite ponderar que en la actualidad las dificultades a la participación de una pluralidad y diversidad de actores en el debate público no provienen únicamente de la escasez del medio utilizado para transmitir los servicios audiovisuales, sino de un conjunto de obstáculos económicos, técnicos y políticos que impiden la participación en el debate público y que el artículo 45 de la ley 26.522 procura combatir.

La prueba irrefutable de esos obstáculos a la participación es el escenario actual de concentración mediática, que implica una decreciente porción de las personas que puede expresar sus opiniones e ideas a través de los medios de comunicación. Esa concentración se da tanto en el ámbito de los servicios audiovisuales que dependen del espacio radioeléctrico, como en aquéllos que no tienen un límite físico. De hecho, en el contexto de las licencias para operar servicios de televisión por cable, durante casi diez años no se permitió la entrada de nuevos actores (Resoluciones 726/2000 y 275/2009 del COMFER). Por eso, la concentración en el mercado de la televisión por cable fue una de las preocupaciones de los legisladores (cf. Diario de sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación - Período 127°- 10° Reunión - 6° Sesión ordinaria (Especial) - 16 de septiembre de 2009 – págs. 1138/9).

Es justamente la concentración mediática la que impide el acceso al debate público, más que el carácter limitado del recurso de transmisión. La

concentración ubica a los conglomerados mediáticos en una posición dominante para restringir la participación de nuevos actores en el debate público de diversas maneras.

Por un lado, la concentración los coloca en una posición de enorme ventaja competitiva en términos económicos, dado que pueden impedir la entrada de nuevos actores a través de la fijación de precios y la oferta de otros productos, que ponen a los otros participantes en una posición no competitiva. En el mismo orden, la concentración del mercado posibilita la captación de la publicidad, lo que contribuye a acentuar las diferencias competitivas. Por otro lado, la concentración —y en definitiva la acumulación de un poder inconmensurable, como lo ha definido la Corte Suprema en Fallos 315:1492, considerando 8°— coloca a esos conglomerados mediáticos en una posición de enorme ventaja competitiva en términos políticos, en atención a su posibilidad de influir activamente en el diseño de políticas públicas. Usufructuando esa posición de poder, los medios inciden en el dictado de actos administrativos y legislativos en su beneficio, impidiendo la participación de otros actores en el debate público.

Un claro ejemplo de las barreras de ingreso en el mercado de los servicios audiovisuales que no utilizan el espacio radioeléctrico —televisión por cable— es el soterramiento del tendido de la red de cable en los principales municipios del país y, en particular, en la ciudad de Buenos Aires. Allí, Cablevisión SA y Multicanal SA —que según datos brindados por las propias empresas a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia concentran más del 85% del mercado—, junto con el tercer prestador existente, Telecentro SA, gozaron de los beneficios derivados de la ley local 1.877, sancionada en 2005. La norma contemplaba de manera exclusiva para estos prestadores la posibilidad de mantener el tendido aéreo. Ello implicaba que cualquier nuevo actor que quisiera entrar en el mercado de la TV por cable en la ciudad, según la

ley, debía soterrar la totalidad del tendido. Esta regulación generaba una barrera de acceso valuada en cientos de millones de pesos. Esta situación fue atendida recién en septiembre de 2011 a través de la ley local 3875, que prevé la entrega de subsidios que llegan hasta los \$4,5 millones por prestador. Sin embargo, esa ayuda se centra en las licenciatarias existentes, sin advertir que la mayor restricción en el acceso la sufren quienes pretenden ingresar a ese mercado.

Lo expuesto revela que en el ámbito de los medios masivos de comunicación que no utilizan el espacio radioeléctrico también existen fuertes condicionamientos a la participación plural y diversificada. Ello demanda la intervención estatal a los efectos de garantizar el debate público robusto y desinhibido. La prueba de ello son las regulaciones del derecho comparado que limitan la concentración mediática, aún con relación a los servicios que no utilizan el espacio radioeléctrico. La convergencia entre prensa escrita y medios audiovisuales se encuentra restringida en diversos regímenes del derecho comparado anteriores a la LSCA, por ejemplo, en Estados Unidos por la “Federal Communications Commission Broadcast Ownership Rules”; en Australia por la “Broadcasting Services Act 1992”; en Reino Unido por la “Communications Act 2003”; y en Alemania, por la “Rundfunkstaatsvertrag”.

De hecho, los estándares internacionales en materia de libertad de expresión, desconcentración de los medios de comunicación y facultades regulatorias del Estado no distinguen según el medio de transmisión que utilizan.

A su vez, como el propio Grupo Clarín expone en su recurso extraordinario, los avances tecnológicos operados en los últimos años ponen en jaque la idea de que el espacio radioeléctrico es un medio limitado. En efecto, las nuevas

tecnologías permiten un mayor aprovechamiento del espacio radioeléctrico, reduciendo proporcionalmente el carácter limitado del recurso.

En suma, el paradigma de la escasez del espacio radioeléctrico para justificar una mayor o menor reglamentación de la libertad de expresión ha devenido obsoleto en tanto no condice con los avances tecnológicos y no se hace cargo de que el mayor obstáculo a la participación de nuevos actores en el debate público es la tendencia de la concentración mediática en la sociedad moderna. Por el contrario, de acuerdo con una concepción del derecho a la libertad de expresión propia del siglo XXI y respetuosa de los estándares de derechos humanos la asignación del espacio en el debate público debe guiarse por criterios de distribución equitativos y democráticos.

–XII–

En sentido coincidente con lo aquí expuesto, cabe recordar que en este mismo caso, en el marco del trámite de la medida cautelar, la Corte advirtió en Fallos 335:705 que el Grupo Clarín no hacía más que mencionar la libertad de expresión, sin aportar algún elemento probatorio que acredite de qué modo se vería afectada esa libertad (considerando 10°). Y prosiguió: “[...] Ello resulta necesario, porque en todo el derecho comparado existen normas de organización del mercado en el campo de los medios de comunicación, sin que su constitucionalidad haya sido cuestionada de modo genérico. Debe existir una afectación concreta de la libertad de expresión para invalidar una norma de regulación de la competencia, lo que en el caso no se ha demostrado, al menos en el campo de la medida cautelar” (considerando citado).

Esa falta de prueba invocada por la Corte Suprema en el ámbito de la medida cautelar se mantiene en esta instancia. En efecto, el Grupo Clarín no ha acreditado que las limitaciones a la multiplicidad de licencias del artículo 45 vulneren

su derecho a la libertad de expresión, esto es, su capacidad de participar en el debate público a través de la expresión y la difusión de sus ideas, máxime teniendo en cuenta que nadie tiene derecho a valerse de una acumulación de licencias para expresar sus ideas. El derecho que aseguran los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, así como el previsto en los instrumentos internacionales citados, es a participar en condiciones equitativas en el debate público. Los actores no han demostrado que ese derecho haya sido violentado por la ley 26.522, menos aun teniendo en cuenta los restantes medios de comunicación y de empresas vinculadas a la información que son controladas por ese grupo económico —diarios, revistas, provisión de papel, internet, entre otros—.

De la pericia económica —en la que se fundó especialmente la decisión apelada— no surge que el artículo 45 de la ley 26.522 le impida al Grupo Clarín expresar y difundir sus ideas. Además, esa prueba pericial no es un elemento suficiente para la resolución del presente caso.

Por un lado, el perito no repara que nos encontramos frente a un caso donde la libertad de expresión se encuentra en ambos lados de la ecuación. En efecto, las opiniones del experto en economía no contienen ninguna referencia a cómo afecta la libertad de expresión del resto de los ciudadanos la concentración de licencias que son operadas por el Grupo Clarín.

Por otro lado, y más importante aún, ese análisis meramente económico no refleja los valores cívicos que pretende amparar la ley 26.522. La distribución democrática del poder de la comunicación constituye un fin en sí mismo y no un medio para alcanzar buenos resultados, cuya eficacia deba ser probada empíricamente. Es un valor democrático, al igual que el principio según el cual cada persona tiene

derecho a un voto. Sería impensable que para mantener la vigencia de ese derecho exigiéramos la comprobación empírica de que conduce a resultados deseables.

Ese valor democrático explica las medidas gubernamentales que procuran limitar la concentración en materia de medios de comunicación y, en particular, la ley 26.522. La limitación a la concentración mediática hace a la vigencia de los valores cívicos y no solo a intereses de consumidores. Dicho en otras palabras, el peligro más grave de la concentración mediática no es que se ofrezcan peores programas televisivos ni que el precio del abono sea más elevado, sino la afectación a nuestro régimen democrático —aún cuando es evidente que la concentración económica pocas veces ha sido una herramienta adecuada para procurar precios bajos y contenidos adecuados, sino que en general asegura que esas cuestiones sean fijadas unilateralmente por pocos sujetos—.

Tal como expliqué, la protección de nuestra democracia no puede ser relegada únicamente a las limitaciones previstas por la Ley de Defensa de la Competencia —como pretende la sentencia— que han sido pensadas para proteger intereses económicos de los consumidores —sin desmedro de su importancia—, pero no específicamente los valores cívicos que involucra el debate público plural y libre. En efecto, la ley 26.522 pretende asegurar no solo la competencia económica de los medios de comunicación, sino también la competencia política. La petición económica, sobre la que se fundó la sentencia apelada, no contiene ninguna referencia a las cuestiones cívicas involucradas.

Por lo demás, la constitucionalidad del artículo 45 de la ley 26.522 no puede juzgarse apenas por la restricción de los ingresos económicos que son percibidos por el grupo accionante a partir de su explotación de licencias en una

situación de concentración —cuya ilegitimidad había sido advertida por los órganos administrativos pertinentes, v. resoluciones SCI 257/07, SCI 1101/09, ME 113/10 y COMFER 577/09, aunque la adopción de una decisión definitiva al respecto está pendiente de resolución en otras actuaciones—.

En efecto, el perito sostiene que la norma afecta la sustentabilidad económica del grupo accionante, pero para ello considera los ingresos obtenidos por el grupo en una situación de concentración. Para más, esa sola afirmación no puede llevar a la declaración de inconstitucionalidad de la norma en tanto que cualquier norma que limite la concentración —y, por lo tanto, que persiga el fin loable de garantizar el debate público democrático— tendrá algún impacto sobre los ingresos económicos de quienes se han valido hasta entonces de una situación privilegiada. Lo determinante para su declaración de inconstitucionalidad sería que un medio de comunicación no pudiera operar en esas condiciones de mercado. La pericia económica no prueba esa hipótesis que, además, se ve contrarrestada por el hecho irrefutable de que existen actualmente en nuestro país otros medios de comunicación que operan sin ostentar esa situación de multiplicidad de licencias.

El análisis de sustentabilidad económica realizado por el perito parte de la premisa de una situación de concentración, cuyo mantenimiento es inconcebible en el marco de un gobierno democrático.

El perito se expide sobre la conveniencia económica de la concentración horizontal y vertical, sin considerar los perjuicios que ella causa al resto de la población que también tiene un derecho a participar en el debate público y a recibir información plural. La afirmación sobre esa conveniencia beneficia al prestador oligopólico es una obviedad, pero no tiene entidad para fundar la invalidez de una

norma que pretende garantizar el ejercicio equitativo del derecho a la libertad de expresión y, en definitiva, de la democracia.

Asimismo, el perito manifiesta que el artículo 45 de la LSCA causa dos inequidades. En primer lugar, afirma que la norma pone en desventaja a la televisión por cable frente a la satelital. Por otro, que la norma beneficia a las sociedades extranjeras. Sobre esas consideraciones, y sin efectuar un análisis de la totalidad de la norma en crisis y del ordenamiento jurídico, la decisión apelada funda, en parte, su declaración de inconstitucionalidad.

En primer lugar, el tribunal omite considerar que los titulares de servicios audiovisuales sobre soporte satelital solo pueden tener una licencia de ese tipo y si, además, ese servicio satelital es por suscripción — o sea, pago—, el titular no puede tener otra licencia de ningún tipo (artículo 45, apartado 1, inciso *a*). A su vez, la norma establece un límite general y adicional para todos los supuestos, incluso los titulares de servicios satelitales: la imposibilidad de prestar servicios a más del 35% del total nacional de habitantes o de abonados, según corresponda. De este modo, el legislador, considerando las particularidades tecnológicas del servicio satelital, ha establecido límites concretos a su capacidad de participar en el debate público con el mismo fin de procurar un reparto equitativo de la libertad de expresión.

En segundo lugar, el tribunal omite considerar los límites a la participación extranjera en términos de propiedad de medios de comunicación y en términos de contenido. No solo la ley 25.750 establece límites concretos a la propiedad extranjera de servicios de comunicación locales (artículo 2), sino que también la propia ley 26.522, aquí impugnada, prevé diversos límites a los contenidos

que pueden ser distribuidos por los medios a los efectos de favorecer la producción nacional, local y propia (artículo 65 y siguientes).

Estas cuestiones permiten desechar las valoraciones del tribunal *a quo* en relación a un supuesto trato discriminatorio del grupo aquí accionante, que incluso ha llevado a uno de los magistrados a considerar que corresponde aplicar en el *sub lite* la doctrina de las categorías sospechosas. La utilización de esa categoría elaborada por los tribunales extranjeros y adoptada por la Suprema Corte para proteger los derechos de los grupos vulnerables de nuestra sociedad carece de todo sustento cuando los actores configuran un conglomerado oligopólico mediático.

Para más, el Grupo Clarín se agravia de las medidas previstas en el artículo 45 para impedir la tenencia cruzada entre licencias de televisión abierta y las licencias de cable. Sin embargo, más allá de los agravios dogmáticos y conjeturales efectuados, las pruebas producidas en las actuaciones no acreditan que la sustentabilidad comercial de las actoras dependa de esa integración horizontal de licencias. En efecto, el sentido de esas prohibiciones es eludir que esa multiplicidad de licencias coloque a las licenciatarias en una posición dominante en la que puedan crear barreras de acceso para el resto de los actores al debate público. Si bien el perito económico efectúa alegaciones generales sobre la conveniencia de esa integración, ello no es suficiente para derribar la constitucionalidad de una norma sobre la base de la afectación de la libertad de expresión del Grupo Clarín. En efecto, esas referencias generales no prueban que esa integración horizontal sea necesaria para la sustentabilidad del grupo demandante. Las opiniones generales del perito se contraponen, además, con el hecho de que existen en nuestro país licenciatarios de televisión abierta que operan sin tener, además, licencias de televisión por cable. Por último, cabe destacar que el derecho comparado prohíbe la tenencia cruzada de

licencias de diversos modos. Mientras algunos países prohíben la tenencia de licencias de medios gráficos con televisión abierta, nuestros legisladores han optado por otro modo de regular la tenencia cruzada a los efectos de impedir, en definitiva, la concentración mediática que es el principal obstáculo a la participación de nuevas voces en el debate público.

Además, el Grupo Clarín alegó que la norma controvertida afecta su sustentabilidad económica y, en definitiva, pone en juego su independencia periodística. Sin embargo, los agravios de los actores en este sentido no son más que una conjetura infundada, que no ha sido objeto de prueba concreta en esta causa. La postura de los demandantes implicaría que todos los licenciatarios que no gozan del grado de concentración de licencias que tienen las actoras no son sustentables y, por lo tanto, no son independientes. Ello no se condice con lo que acontece en nuestro mercado.

Finalmente, los accionantes efectúan diversos planteos sobre las posibles aplicaciones de la norma en sustento de la inconstitucionalidad peticionada. Sin embargo, cabe recordar que el análisis de constitucionalidad de las leyes no puede llevarse a cabo sino en el ámbito de las previsiones en ellas contenidas y de modo alguno sobre la base de los posibles o eventuales resultados obtenidos en su aplicación, pues ello importaría valorarlas en mérito a factores extraños (CSJN, Fallos 325:2600; 324:754; 311:1565; entre otros).

De lo expuesto surge que, en definitiva, el Grupo Clarín no ha demostrado la afectación de su derecho a la libertad de expresión y pretende sustentar en sus intereses económicos la declaración de inconstitucionalidad de una norma, que procura la consecución de valores de mayor jerarquía constitucional: el reparto

equitativo de la libertad de expresión y la promoción del régimen democrático. A los efectos de resguardar el derecho de propiedad de los medios de comunicación, el artículo 161 establece un régimen de adecuación, cuya constitucionalidad será tratada más adelante.

—XIII—

En conclusión, el artículo 45 de la LSCA contiene limitaciones a la multiplicidad de licencias a los efectos de contrarrestar la tendencia actual a la concentración en materia de medios de comunicación y, en definitiva, a preservar la libertad de información y de expresión. La norma procura un reparto plural de la libertad de expresión, en respuesta a las demandas actuales —que han sido acogidas ampliamente en los instrumentos internacionales— en materia de libertad de expresión y a fin de garantizar la vigencia de nuestro sistema democrático. En el *sub lite*, el planteo de inconstitucionalidad de esa norma no puede prosperar en tanto que el Grupo Clarín no ha acreditado que ella le impida participar del debate público, expresando y difundiendo sus ideas, en condiciones de equidad. Lo absurdo del planteo se pone de manifiesto a poco que se repasa la enorme cantidad de empresas vinculadas a la elaboración y distribución de información que concentra el grupo económico demandante, lo que ha sido silenciado por la decisión apelada.

Para más, tampoco ha demostrado que las limitaciones que estableció la LSCA a la propiedad de licencias para explotar servicios de comunicación no estuvieran justificadas a los efectos de garantizar el interés superior de la sociedad: permitir el efectivo ejercicio de la libertad de expresión, que es un derecho inalienable de todos los seres humanos y la piedra angular de todo gobierno democrático.

Por otro lado, el Grupo Clarín se agravió de la decisión apelada en cuanto rechazó el planteo de inconstitucionalidad del artículo 161 de ley 26.522, que dice “Los titulares de licencias de los servicios y registros regulados por esta ley, que a la fecha de su sanción no reúnan o no cumplan los requisitos previstos por la misma, o las personas jurídicas que al momento de entrada en vigencia de esta ley fueran titulares de una cantidad mayor de licencias, o con una composición societaria diferente a la permitida, deberán ajustarse a las disposiciones de la presente en un plazo no mayor a un (1) año desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición. Vencido dicho plazo serán aplicables las medidas que al incumplimiento —en cada caso— correspondiesen. Al solo efecto de la adecuación prevista en este artículo, se permitirá la transferencia de licencias. Será aplicable lo dispuesto por el último párrafo del artículo 41”.

Esa norma establece un mecanismo a través del cual los titulares de servicios de comunicación audiovisual deben adecuarse a los requisitos previstos en la ley 26.522 y, en particular, a los límites a la multiplicidad de licencias. Para ello, la norma previó el plazo de un año desde que la autoridad de aplicación estableciera los mecanismos de transición. Ese plazo fue, luego, prorrogado por esa autoridad a través de las resoluciones 297/2010 y 1295/2011. En el caso del Grupo Clarín, el plazo fue, de hecho, extendido a través de la obtención de decisiones cautelares por las que se suspendió la aplicación de esa norma (CSJN, Fallos 333:1885; 355:705; cf. sentencia *in re* G.1156, L. LXVIII “Grupo Clarín S.A. y otros /s medidas cautelares”).

En lo sustancial, el reproche de los apelantes es que “...aunque el plazo transcurrido pueda ser en sí mismo un plazo razonable —cuestión que no puede

afirmarse sin considerar la magnitud de las eventuales adecuaciones y desinversión requeridas de prosperar las irrazonables y arbitrarias pretensiones del Estado y de la autoridad de aplicación— un plazo, cualquiera sea su extensión siempre sería inconstitucional porque ha sido establecido para obligar a cumplimientos en un todo contrarios a derechos constitucionales y convencionales...” (fs. 3700/vta y 3717).

El agravio así expuesto debe ser desestimado. En primer lugar, cabe recordar que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal constituye la *última ratio* del orden jurídico y su declaración únicamente resulta procedente cuando se comprueba, con claridad y precisión argumentativa, la lesión al derecho constitucional invocado (Fallos: 328:91, entre muchos otros). La actora, empero, se limita a sostener, en forma dogmática y genérica, la supuesta inconstitucionalidad de la norma sin brindar razones concretas que sostengan su parecer.

En efecto, su agravio —haciendo un esfuerzo interpretativo— parece, antes bien, estar ligado a reiterar sus agravios constitucionales contra las limitaciones que impuso la ley 26.522 a la multiplicidad de licencias. De ahí que descartadas tales objeciones por las razones expuestas, el agravio pierde todo sustento.

Para más, las argumentaciones no comprueban —en base a la ponderación de elementos de juicio concretos o a una explicación racional del punto— que el plazo fijado para la desinversión o los procedimientos establecidos al efecto por la autoridad de aplicación resulten irrazonables.

En suma, el cuestionamiento constitucional en relación al artículo 161 se sostiene en meras conjeturas y, por lo demás, no toman en consideración el tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia de la ley 26.522 a la fecha de esta intervención, extremo que desdibuja aún más el endeble planteo sobre este punto.

Por otra parte, puesto que el procedimiento de adecuación constituye el mecanismo legal que la LSCA previó para armonizar la inmediata aplicación de la norma con los derechos de los licenciatarios, razones de orden metodológico recomiendan en este punto tratar los argumentos vinculados con el reclamo de daños y perjuicios efectuado por el Grupo Clarín.

El Estado Nacional recurre la decisión en cuanto postula la eventual existencia de un derecho de la parte actora a ser resarcida en función de su adecuación al régimen de la ley 26.522 en aquellos puntos en que fue estimada constitucional.

La decisión de la cámara sobre este tema refleja una alta dosis de ambigüedad en su razonamiento que lleva al recurrente a un evidente estado de incertidumbre, pues si bien en la parte dispositiva se rechaza la pretensión de daños y perjuicios, en la motivación de la sentencia apelada la vocal preopinante —reflexiones a las que adhirió el vocal que intervino en segundo término— parece reconocer la existencia de un derecho de la actora a ser resarcida, aunque en otro proceso, por la responsabilidad del Estado por su actividad lícita.

Si bien la sentencia cuestionada rechaza el reclamo de daños, el criterio de los jueces de la causa, indudablemente, importó anticipar juicio sobre la existencia —en cabeza de la parte demandada— de una obligación de resarcir a la actora, temperamento que implica prejuzgar, sin apoyar tales conclusiones en elementos de juicio idóneos, lo que acarrea su arbitrariedad.

Efectivamente, la configuración de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, requiere acreditar, en modo exacto, la existencia de un daño cierto, concreto y cuantificable económicamente a un derecho adquirido —en forma

regular— que es sacrificado, en lo que interesa, por una nueva regulación legislativa (Fallos: 301:403, entre otros).

El derecho a ser resarcido impone, entonces, la carga de acreditar un nexo de causalidad adecuado y exclusivo (Fallos: 312:2022; 328:2654) entre el daño y la nueva normativa que lo genera, de forma de postular, con elementos ciertos y no sobre la base de meras licencias académicas, la existencia de un deber de la comunidad de resarcir el perjuicio originado a un derecho individual que se sacrifica por el interés general (Fallos: 315:1026, 319:2666, 330:2464, entre otros).

La reflexión del tribunal *a quo*, además, no establece con precisión cuál sería el daño al derecho que titulariza la parte actora. En rigor, en el razonamiento del *a quo* la comprobación de un daño objetivo, cierto y cuantificable económicamente y, en especial, el nexo causal son meramente conjeturales; de manera que difícilmente se pueda llegar a anticipar del modo en que se lo hizo la procedencia de una pretensión resarcitoria. Nótese que en las apreciaciones de la sala ni siquiera se toma en cuenta la dimensión efectiva que, eventualmente, puede llegar a tener en la especie la posibilidad que otorga la LSCA en su artículo 161 de transferir licencias para adecuarse a su esquema.

De este modo, la sentencia es arbitraria en tanto dictó una condena de futuro jurídicamente inadmisibles. Sentencia o condena de futuro es, en este entendimiento, la que sin relación alguna con el pasado, sin nexo directo o inmediato con éste, se refiere a etapas temporales posteriores (Fallos: 314:881), en el caso, la futura desinversión limitada que deberá realizar la demandante.

Por las razones expuestas, si bien en el plano de lo nominal la sentencia no parece generar en el apelante un agravio concreto, lo cierto es que las apreciaciones

de la cámara llevan a postular su responsabilidad sin elementos de juicio, razonamiento que, entiendo, reflejan apreciaciones prematuras y carentes de rigor que deben ser dejadas sin efecto.

–XVI–

Por otro lado, el Grupo Clarín se agravia de la decisión apelada en cuanto rechazó el planteo de inconstitucionalidad del artículo 41 de ley 26.522. Esa norma establece, como principio, la intransferibilidad de las licencias de servicios de comunicación audiovisual. Sin perjuicio de ello, autoriza excepcionalmente su transmisión luego de transcurridos cinco años desde su adjudicación, cuando la operación fuera necesaria para la continuidad del servicio, y siempre que los titulares originales retengan al menos el cincuenta por ciento del capital suscrito o por suscribirse y que éste represente más del cincuenta por ciento de la voluntad social. La transferencia, en tales casos, está sujeta a la previa aprobación de la autoridad de aplicación.

Tanto la sentencia del juez de primera instancia como el tribunal *a quo*, al pronunciarse en el marco de los recursos de apelación deducidos contra aquélla, rechazaron la demanda declarativa de certeza por medio de la cual las actoras cuestionaron la validez constitucional de esa norma, por considerarla lesiva de su derecho de propiedad y de libertad de comercio. A mi modo de ver, igual temperamento desestimatorio corresponde adoptar en esta instancia.

Los agravios de las actoras se fundan en la hipotética afectación del contenido patrimonial de las licencias para operar servicios de comunicación audiovisual que se produciría como consecuencia de las modificaciones al régimen de transferibilidad establecidas por la LSCA. Las licencias otorgadas al amparo del

régimen anteriormente vigente, empero, no concedían a quienes las explotaban el derecho a disponer libremente de ellas. Por el contrario, el sistema original de la ley 22.285 prohibía categóricamente esa posibilidad.

En el año 1999 se dictó el decreto de necesidad y urgencia 1005/99, con el que se pasó a un régimen que, si bien permitía la transferencia de las licencias, la condicionó a la autorización de la autoridad de aplicación (cf. artículos 45, 46 y 85 inciso *i* de la ley 22.285, modificada por el decreto de necesidad y urgencia 1005/99). De este modo, el nuevo régimen previsto por el artículo 41 aquí controvertido reglamenta la facultad del Estado de autorizar en determinadas circunstancias la transferencia de licencias para la explotación de servicios de comunicación audiovisual. Si bien las condiciones en las que el Estado se encuentra facultado a autorizar las transferencias han sido modificadas, no se alteró en lo substancial el derecho inherente a la explotación de las licencias, puesto que la posibilidad de transferir las licencias siempre requirió la autorización de la autoridad de aplicación.

Los recurrentes soslayan estas cuestiones que son inherentes a la naturaleza jurídica del derecho a explotar las licencias de servicios de comunicación audiovisual. En cambio, pretenden asimilar ese derecho al conjunto de prerrogativas del derecho real de dominio, desconociendo que los derechos que conceden las licencias a sus poseedores se rigen, en gran medida, por disposiciones y principios de derecho público.

La adjudicación de una licencia para operar servicios de comunicación audiovisual depende de una habilitación estatal cuyo otorgamiento está orientado, en rigor, a la satisfacción de un interés social relevante, a saber, la participación de una pluralidad de voces en el debate público. Las consideraciones realizadas a lo largo de

este dictamen explican por qué la comunicación audiovisual es considerada una actividad social de interés público —más precisamente, un servicio, tal como lo define la ley—, y no meramente una actividad comercial. Ellas explican asimismo que la expresión y la información no son una mercancía, sino que comprometen nuestros valores cívicos esenciales.

De ahí que el otorgamiento de la licencia se encuentre sujeta, entre otras cosas, a procedimientos administrativos específicos (cf. artículos 2, 3, 32 y 36 de la ley 26.522) que tienden a satisfacer ese interés general y cuya validez, por lo demás, no ha sido puesta en tela de juicio por las actoras. No corresponde, pues, concebir los derechos que surgen de las licencias para operar medios de comunicación audiovisual desde una perspectiva estrictamente mercantilista, como si se tratara de mercancías fungibles y transables sin ningún tipo de reglamentación, ignorando que su contenido patrimonial —si bien lícito— está asociado al cumplimiento de los fines de interés social para los cuales la habilitación se concede: ejercer el derecho a informar.

El derecho de los operadores de servicios de comunicación audiovisual a explotar las licencias se debe correlacionar, entonces, con el fin social que cumplen sus actividades. Las limitaciones establecidas en el artículo 41 de la ley 26.522 a la libre disposición de las licencias constituyen, en ese orden, un medio adecuado para la consecución de un fin público, a saber, asegurar el debido reconocimiento *intuitu personae* que la habilitación conlleva a la identidad de quien ejerce su titularidad.

Para más, cabe señalar, que tal como se desprende de la sentencia recurrida, el régimen del decreto 1005/99 condujo a la consagración de un sistema extraordinariamente endeble, proclive a maniobras fraudulentas que redundaron en la imposibilidad generalizada de conocer con certeza quién resultaba ser el titular de un

medio de comunicación o de una señal de contenidos (cf. informe de la Sindicatura General de la Nación obrante a fs. 2001/36). Este es uno de los aspectos que la ley 26.522 procura superar de modo de adecuarse a los estándares de transparencia en la concesión de licencias, acogidos por los instrumentos internacionales (v. Declaración Conjunta sobre Diversidad en la Radiodifusión ya citada).

Así las cosas, las objeciones del Grupo Clarín a la validez constitucional del artículo 41 de la LSCA resultan inadmisibles pues cabe recordar, en este sentido, la tradicional jurisprudencia de la Corte Suprema, pacíficamente aceptada, de acuerdo con la cual nadie posee un derecho irrevocablemente adquirido al mantenimiento de un ordenamiento jurídico (Fallos: 325:2875, 329:976, 330:3565, 333:108, entre muchos otros). En el caso, las modificaciones introducidas a la posibilidad de transferir licencias no restringen irrazonablemente derechos amparados por el régimen anterior. Por un lado, inclusive en dicho régimen, la posibilidad de transferir licencias se encontraban sujetas a la autorización de la autoridad administrativa (artículo 85, inc. i.-, ley 22.285 —texto según decreto 1005/99—). Por el otro, existen razones de índole superior vinculadas con el interés público de la actividad, que justifican la existencia de restricciones a la posibilidad de transferir las licencias.

—XVII—

Finalmente, el Estado y el AFSCA se agraviaron de la sentencia apelada en cuanto declara la inconstitucionalidad del artículo 48, segundo párrafo, de la ley 26.522. Dicha disposición establece que “El régimen de multiplicidad de licencias previsto en esta ley no podrá alegarse como derecho adquirido frente a las normas generales que, en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, se establezcan por la presente o en el futuro”.

Esa norma reafirma que los licenciarios de servicios de comunicación audiovisual no pueden sustraerse del acatamiento de las normas en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, sea de las que están actualmente vigentes o las que se sancionen en el futuro.

Esto último es la consagración del principio, señalado en el punto anterior de que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentos (Fallos: 268:228; 272:229; 330:2206 y 333:108, entre muchos otros) y resulta acorde a las facultades que tiene el Estado para introducir cambios legislativos en respuesta a los nuevos desafíos legales y sociales. Esta necesidad se acentúa en el contexto de la desregulación, desmonopolización y defensa de la competencia de los medios de comunicación, no solo por la importancia de los derechos e intereses que subyacen en el propósito del Estado de repartir equitativamente el ejercicio de la libertad de expresión, sino también porque la evolución tecnológica y el cambio de las restantes variables del mercado pueden demandar una adecuación de la legislación a los efectos de garantizar un debate público plural y diversificado.

Por lo demás, las actoras no han demostrado que el artículo 48 les cause un gravamen o perjuicio actual que habilite la intervención del Poder Judicial. En esta instancia, sus planteos lucen conjeturales, lo que incluso ha sido reconocido por los propios accionantes (fs. 79/vta.). La Corte Suprema de la Nación ha dicho que no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas, sino que es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos (CSJN, Fallos: 2:253; 24:248; 94:444; 94:51; 130:157; 243:177; 256: 103; 263:397 y muchos otros). Para que exista una colisión efectiva, el agravio invocado debe tener concreción suficiente. En el presente caso, las actoras afirman que “Esta disposición [el artículo 48] no provoca a mis mandantes un daño patrimonial directo, pero al pretender impedir que aleguen

derechos adquiridos incluso contra normas de ilegalidad manifiesta, amenaza en colocar a mis mandantes y a sus bienes en un estado de indefensión absoluto...” (fs. 79/vta.). De ello surge que el planteo de inconstitucionalidad efectuado en relación al artículo 48 de la ley 26.522 está fundado en un mero temor, pero no en un perjuicio actual que haya sido demostrado por la parte accionante sobre quien recaía la carga de la prueba.

Al respecto, tiene dicho la Corte Suprema, de manera reiterada, que “el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen y que para ello es menester que precise y acredite fehacientemente el perjuicio que le origina su aplicación, resultando insuficiente la invocación de agravios meramente conjeturales” (Fallos: 324:3345, 307:1656 y 316:687). Los agravios prematuros, hipotéticos o futuros no son aptos para sustentar la vía del recurso extraordinario pues la procedencia del remedio federal exige un gravamen concreto y actual (Fallos: 323:1755, 2332; 324:1648). Debe recordarse que la tacha de inconstitucionalidad de una norma es una medida extrema y, en modo alguno, puede valorarse sobre la base de los resultados potenciales de su aplicación (Fallos: 324:3345).

En suma, entiendo que el planteo de inconstitucionalidad del artículo 48 no puede prosperar.

–XVIII–

Toda vez que las consideraciones antedichas llevan a propiciar la modificación de la sentencia apelada, corresponderá -de compartirse el criterio aquí expuesto- que la Corte Suprema adecue la distribución de las costas irrogadas en todas

las instancias del pleito al contenido de su pronunciamiento (cfr. art. 279 del CPCCN y Fallos: 324:2397, considerando 13). Por lo tanto, estimo que resulta inoficioso el examen de los recursos interpuestos en este punto.

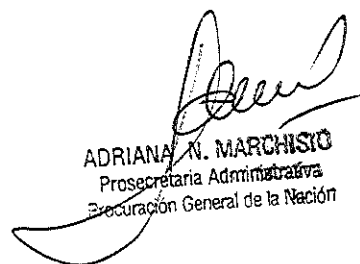
–XIX–

Por los motivos expuestos, entiendo que corresponde declarar procedentes los recursos extraordinarios, admisibles las quejas, y revocar la resolución recurrida en cuanto declaró la inconstitucionalidad del artículo 45, apartado 1, inciso *c* y párrafo final; apartado 2, incisos *c* y *d* y párrafo final; apartado 3, en su totalidad; y apartado 1, inciso *b*, en cuanto refiere a la limitación a la titularidad del registro de una señal de contenidos, y del artículo 48, segundo párrafo de la LSCA, así como también respecto del reconocimiento anticipado de daños a la parte actora, y confirmarla en cuanto a las restantes cuestiones.

Buenos Aires, julio 12 de 2013.

ES COPIA

ALEJANDRA MAGDALENA GILS CARBÓ


ADRIANA N. MARCHISIO
Prosecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación