

*La problemática en torno a la libertad  
expresiva en Argentina*

*Problems Around the Freedom of  
Expression in Argentina*

Marcelo A. López Alfonsín\* y Elisabeth I. Berra\*\*  
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v12i13.39>

\* Doctor en Derecho, UBA. Docente de grado y posgrado. Juez contencioso-administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

\*\* Abogada, UBA. Candidata a Magíster en Derecho con orientación en Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo. Docente de Derecho Constitucional Profundizado y Procesal Constitucional, UBA. Docente de Bases Constitucionales del Derecho Privado, UBA. Docente de Derecho Constitucional y Político, UCES.

Lex



*La espera.* Óleo sobre tela (90 x 70 cm).

## RESUMEN

En el presente trabajo nos proponemos reseñar el marco constitucional que ampara la libertad de información en la Argentina, para con posterioridad adentrarnos en la decisión de la Corte Suprema a favor de la constitucionalidad de la ley de medios. Para ello, preliminarmente entendemos necesario realizar algunas consideraciones acerca de los puntos que han generado mayor debate en la sanción de la mencionada legislación. Por último, se desarrollarán los términos en los que se presenta esta cuestión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a fin de poder determinar si el Tribunal argentino se ha pronunciado en el mismo sentido.

**Palabras clave:** *libertad de prensa, derechos humanos, constitucionalidad.*

## ABSTRACT

In this paper we propose to outline the constitutional framework that protects freedom of information in Argentina, to subsequently enter into the decision of the Supreme Court in favor of the constitutionality of the law on media. To do this, we understand preliminarily needed some considerations about the points that have generated more debate on the sanction of the aforesaid legislation. Finally, it will develop the terms in which this issue is presented in the Inter-American System of Human Rights, in order to be able to determine if the Argentine Court has ruled in the same sense.

**Key words:** *freedom of the press, human rights, constitutionality.*



## 1. Introducción

No es materia discutible el carácter de libertad preferida que ostenta el derecho a expresar libremente las ideas, en tanto es considerado piedra angular del Estado de Derecho. Esta interpretación ha sido consolidada prácticamente de manera unánime tanto por la doctrina como por la jurisprudencia internacional.

Ello por cuanto entre las libertades de expresión e información y el sistema democrático existe una vinculación directa, dado que cualquier forma de restricción ilegítima realizada al libre debate de ideas y opiniones no solo lesiona tales libertades, sino que obstaculiza el pleno desarrollo del proceso democrático. La visualización de los derechos fundamentales de expresión e información como columna vertebral del Estado constitucional implica otorgarles categoría de derechos humanos básicos no solo respecto de los individuos, sino también en orden al sistema mismo, dado que si se cercenan o violentan severamente estas libertades, se pone en riesgo la vigencia de los demás valores y principios inherentes al Estado constitucional de Derecho.<sup>1</sup>

Siguiendo esta línea argumental, se han desarrollado una multiplicidad de teorías que permiten justificar este *status* de privilegio del que goza la libertad de expresión en una sociedad democrática. Estas se dividen en principales y adicionales. Dentro del primer grupo se encuentran las siguientes: 1) de la verdad y la libre discusión mediante el mercado de ideas, 2) de la autorrealización personal, y 3) la que concibe a la libertad de expresión como ejercicio del autogobierno. Mientras que las segundas son: 1) la válvula de seguridad, 2) la tolerancia, 3) la tradición romántica, y 4) la *public choice theory*.<sup>2</sup>

El Máximo Tribunal argentino se ha enrolado prácticamente desde sus orígenes en esta postura. En efecto, desde el año 1960 ha señalado lo siguiente:

<sup>1</sup> Marcela I. Basterra. *Derecho a la información vs. derecho a la intimidad*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2012, p. 47.

<sup>2</sup> Puede ampliarse de Enrique Tomás Bianchi y Hernán Víctor Gullco. *El Derecho a la Libre Expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros*. La Plata, Buenos Aires: Librería Editora Platense, 1997, p. 8-14.

Entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el artículo 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre libertad de prensa protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica. Ha de concluirse, entonces, que tiene máxima jerarquía constitucional la exigencia de que el uso legítimo de la libertad de prensa no pueda ser sancionado cuando se la ejerce contra las manifestaciones radicalmente ilícitas de la dictadura. Y va de suyo que ese requerimiento debe prevalecer sobre cualquier interpretación de normas legales, por responsables que sean los intereses que ellas tutelen.<sup>3</sup>

Sin perjuicio de lo expuesto, pareciera ser que la Corte se ha apartado de su inveterada doctrina al momento de examinar la constitucionalidad de la denominada ley de medios, alejándose de esta forma de los estándares elaborados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia.

## 2. Protección constitucional del derecho a la información

En el diseño constitucional argentino existen varias cláusulas tuitivas de la libertad de expresión. En primer término el artículo 14 de la Constitución Nacional establece: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber (...) de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa (...)”.

Con excelente criterio se ha sostenido que la libertad de expresión se justifica al menos en tres razones; ello en tanto constituye en principio uno de los derechos naturales y sustantivos del ser humano. Se inserta así dentro del catálogo de la primera generación de derechos identificada con el constitucionalismo clásico del siglo XIX, que reconoce esta prerrogativa como anterior al Estado. Sin embargo, la libertad de información posee un valor adicional en relación a los restantes derechos personales que componen el plexo jurídico, y aquí es donde aparece su segunda justificación, de tipo social, que se vincula directamente con la teoría del libre mercado de ideas. Uno de los mayores exponentes de esta doctrina es John Stuart Mill,<sup>4</sup> quien pone de manifiesto la gran diferencia que existe entre creer que una idea es verdadera porque no ha podido ser refutada cada vez que se la puso a prueba, y partir de la premisa de su veracidad impidiendo por ello la posibilidad de que se la refute. El tercer fundamento es el político, donde la protección de la libertad expresiva en las repúblicas democráticas se sustenta en la imperiosa necesidad de promover el debate sobre cuestiones de interés público a fin de que los ciudadanos puedan formar su propio criterio y de esta forma contribuyan a

<sup>3</sup> CSJN, fallos 248:291: “Abal, Edelmiro y otros c. Diario *La Prensa*”, sentencia del 11/11/1960.

<sup>4</sup> John Stuart Mill. *On Liberty* (traducción española: *Sobre la libertad*). Madrid: Alianza Editorial, 1986.

perfeccionar el sistema democrático.<sup>5</sup> Al respecto, la teoría del autogobierno postula que la finalidad de la libertad de expresión es ensanchar los contornos de la discusión pública para el efectivo ejercicio de la soberanía popular.

Este artículo 14, que protege la libertad de expresión sin censura, previa data de la Constitución histórica de 1853, como consecuencia de la época en la que se sancionó la Ley Suprema originariamente, hacía referencia a la facultad de comunicar las ideas a través de la prensa escrita. Actualmente, este concepto abarca el derecho a buscar, recibir y difundir ideas e informaciones por cualquier medio de comunicación.

Como puede observarse, la norma le concede una protección especial frente a la censura previa; en efecto, la libertad de información, independientemente de su *status* de libertad preferida, al igual que el resto de los derechos, puede ser reglamentada por la legislación, tal como expresamente lo establece el dispositivo constitucional, y aquí se encuentra con la valla impuesta por el artículo 28 que prescribe lo siguiente: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Por consiguiente serán tachadas de inconstitucionales las reglamentaciones que alteren o desnaturalicen la libertad de expresar libremente las ideas por la prensa; cabe recordar que es aplicable el principio *in dubio pro libertate*, que rige la interpretación constitucional de las libertades y garantías. Esto significa que en caso de duda, debe estarse a favor del derecho a la información.

Ahora bien, lo que sí es absoluto es la prohibición de censura previa. Se trata de un concepto amplio y genérico que abarca tanto la censura administrativa como la judicial; protege la expresión de todo pensamiento, extendiéndose a la prensa escrita y a todo tipo de medios. También alcanza a otras medidas que pueden ser asimilables a la censura previa por sus efectos pero que estrictamente no encuadran en esta noción; tal es el caso del monopolio de los medios de comunicación, la distribución discriminatoria de pauta oficial, la publicación coactiva de determinada propaganda, noticia u opinión, supeditar la creación de nuevos medios a autorización gubernamental, las trabas para la producción o importación de los elementos necesarios para el funcionamiento de los órganos de prensa, la intervención gubernamental de empresas periodísticas, entre otros.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> María Angélica Gelli. *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2001, p. 80-83.

<sup>6</sup> Adrián Ventura. “El derecho a la libertad de expresión”. En *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, ed. Daniel A. Sabsay, coordinación Pablo L. Manili. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 413.

En este mismo orden de ideas, Sagüés<sup>7</sup> enseña que existen distintas teorías para abordar el tema de la censura previa. Estas son básicamente las siguientes:

1) Teoría permisiva, que considera a la censura judicial como “no censura”. Para esta postura la censura comprende a la administrativa o legislativa, por motivos de naturaleza política. Por el contrario, cuando son los jueces quienes prohíben la publicación de un pensamiento por cualquier medio de difusión, no estamos en presencia de un caso de censura previa sino de un supuesto de legítima defensa de la intimidad, la honra o la imagen de una persona.

2) Teoría de la admisión excepcional de la censura judicial. Si bien parte de la premisa que por principio general toda censura judicial es inconstitucional, admite ciertas excepciones, tales como la tutela de un derecho humano superior, áreas exentas de la prohibición de censura, medios de difusión con blindaje anticensura más tenue, y conductas directamente censurables según el derecho involucrado. Dentro de esta misma tesis existen posiciones más permisivas aún —provenientes del Derecho Civil—,<sup>8</sup> que consideran a la censura judicial como una herramienta idónea para evitar lesiones a la intimidad o al honor de los individuos.

3) Teoría del rechazo frontal de la censura judicial. Para esta concepción la libertad de expresión es un derecho privilegiado por su función de garante del sistema democrático. Esta corriente es la adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>9</sup> cuando sostuvo que “(...) el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y expresión”.

En segundo lugar, el artículo 32 constitucional prohíbe al Congreso Federal “(...) dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal (...)”. Este precepto contiene dos disposiciones prohibitivas; por un lado, veda al Congreso la posibilidad de dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta. Siguiendo lo dispuesto por la norma, hay que distinguir entre las reglamentaciones que con exclusividad regulan el ejercicio de la libertad de prensa o el desarrollo de la actividad de las empresas periodísticas y las que se aplican a los demás derechos. Esto implica que las leyes civiles, comerciales, tributarias, laborales o penales que reglamenten situaciones comunes al ejercicio de los distintos derechos constitucionales son en principio constitucionales. Mientras que las normas que

<sup>7</sup> Néstor P. Sagüés. “Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. LL, 2005-C, p. 1279.

<sup>8</sup> Julio C. Rivera y Anahí Malick. “Prohibición cautelar de la publicación de una biografía no autorizada”. ED, p. 151-157.

<sup>9</sup> Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros). Sentencia de 05/02/01. Serie C N° 73.

regulan aspectos específicos de la libertad de prensa tienen una fuerte sospecha de inconstitucionalidad. Por otro lado, impide establecer sobre aquella la jurisdicción federal. Se trata de una aplicación de la distribución de competencias entre el Estado federal y las provincias en materia jurisdiccional.<sup>10</sup>

En tercer término, la libertad de expresar libremente las ideas por la prensa surge de manera implícita del artículo 33 constitucional, que consagra lo que se denomina derechos no enumerados, con la siguiente fórmula de redacción: “(...) las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Al respecto cabe recordar que la libertad de expresión puede ser entendida como un desprendimiento de uno de los principios cardinales sobre los que se asienta la forma republicana de gobierno; concretamente estamos haciendo referencia a la publicidad de los actos estatales.

Cuarto, la Ley Suprema otorga una protección peculiar a las fuentes de información periodísticas en el tercer párrafo del artículo 43. Si bien la cláusula constitucional hace referencia a la acción de habeas data, lo cierto es que la protección de la confidencialidad de estas fuentes se extiende también a otros ámbitos.

Por último, con la última reforma constitucional llevada a cabo en el año 1994 adquieren jerarquía constitucional diversos instrumentos internacionales de conformidad con lo establecido por el artículo 75, inciso 22, que también otorgan protección a este derecho fundamental. Entre estos se destacan el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969), que en el artículo 13 establece que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión...”. Asimismo, en el inciso 2° prescribe que “[...] este derecho no podrá estar sujeto a la censura previa sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás (...)”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), específicamente en los artículos 18 —la libertad de pensamiento y de manifestar creencias o religión— y el 19, protege la libertad de expresión en idénticos términos que el Pacto de San José de Costa Rica.

<sup>10</sup> Ver de María Angélica Gelli, *op. cit.*, pp. 267-268.

### 3. La Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual

En el año 2009, el Congreso argentino, a instancias de un proyecto impulsado por el Poder Ejecutivo, sancionó la Ley 26.522,<sup>11</sup> Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. La finalidad declarada era la necesidad de sustituir el Decreto Ley 22.285<sup>12</sup> de Radiodifusión, dictado por el último gobierno militar en 1980, actualizando así el sistema de comunicaciones.

Sin perjuicio de lo expuesto, no pueden soslayarse las innumerables críticas que se fueron desarrollando durante el trámite parlamentario de la Ley de Medios. Así, se ha sostenido que esta no fue precedida de consensos genuinos, sino que fue fruto de una premura irrazonable que solo encuentra explicación en el interés del gobierno en turno de aprovechar una mayoría parlamentaria coyuntural para lograr una ley a la medida de sus necesidades. Paradójicamente, se ha aprobado una norma cuya supuesta finalidad fue garantizar ampliamente la libertad de expresión, pero al hacerlo no fueron oídas las opiniones críticas; de haber sido atendidas mínimamente, le hubieran dado a la norma un mayor grado de legitimidad.<sup>13</sup>

La nueva ley se compone de 166 artículos, divididos en doce títulos compuestos a su vez por distintos capítulos. Se trata de una norma con notas al pie y numerosas aclaraciones. No es una legislación convencional; de hecho tiene una técnica legislativa que muchos reconocen de vanguardia. Por nuestra parte consideramos que si bien esta redacción es valiosa en su intento por salir del formato tradicional, puede ser un poco confusa y extensa, situación agravada por la cantidad de aspectos técnicos abarcados, lo que hace que por momentos resulte de difícil comprensión para un público no experto, circunstancia que no queda revertida por la inclusión de definiciones o aclaraciones al pie de página, novedad legislativa solo reservada hasta ahora para los códigos de fondo en el Derecho Argentino.

Las principales objeciones en torno a la normativa estaban relacionadas con el contexto político-social en el que fue sancionada. Ello por cuanto el gobierno en ejercicio a través de los discursos públicos criticaba severamente la actividad de los medios de comunicación. A modo de ejemplo puede citarse la cobertura periodística del denominado *lock-out agrario*, que evidenció el gran descontento existente en el sector oficial con los medios de prensa. Esto generó que se relanzara el denominado “Observatorio de los Medios”, creado durante la presidencia de Néstor Kirchner.<sup>14</sup> A estos avances sobre la libertad de expresión en Argentina hay que adicionarle la distribución discrecional de la pauta oficial bajo la lógica amigo-enemigo y

<sup>11</sup> Publicada en el B.O. N° 31.746, del 10/10/2009.

<sup>12</sup> Publicada en el B.O. N° 24.506, del 19/09/1980.

<sup>13</sup> Ricardo Gil Lavedra. “Ley de Medios. Algunos reparos constitucionales”. *El Dial*, DC1255.

<sup>14</sup> Marcela I. Basterra. “Libertad de expresión. Regulación y abusos. La Ley Argentina de Medios Audiovisuales”. *LL Suplemento de Derecho Constitucional*. 4 de noviembre de 2010.

el cepto publicitario, entre otros. Son justamente estas circunstancias las que ponen en tela de juicio el objetivo de la novel legislación.

Independientemente de ello, no puede discutirse que era una deuda pendiente la sanción de una ley que regulara la materia, como tampoco puede desconocerse que la citada normativa ha traído consigo un importante avance al resolver un serio problema que padecía la antigua legislación, esto es, su déficit democrático.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sostenido que “(...) la primera regla general que deben cumplir tanto las reglamentaciones como las restricciones para ser legítimas, según la Convención Americana, es ser compatibles con el principio democrático o, en otras palabras, ‘incorporar las exigencias justas de una sociedad democrática’”.<sup>15</sup>

A su vez, ha especificado el alcance de la misma estableciendo un “test tripartito” para verificar su correcto cumplimiento por parte de los Estados, recogido de la jurisprudencia del sistema. Así, la Comisión IDH destacó tres condiciones específicas que se derivarían del artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos (CADH), a saber:

(1) La limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material; (2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana; y (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr; y estrictamente proporcional a la finalidad perseguida. Asimismo, el sistema interamericano ha establecido que los tres requisitos deben cumplirse en simultáneo y que corresponde a la autoridad que impone las limitaciones demostrar que dichas condiciones han sido cumplidas.<sup>16</sup>

El primero de los recaudos es compatible con otro criterio sentado anteriormente por la Corte IDH, en su Opinión Consultiva N° 6/86, al interpretar la expresión “leyes” contenida en el artículo 30 de la CADH sobre restricción de derechos. En dicha oportunidad, puntualizó:

(..) la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se

<sup>15</sup> CIDH. *Informe Anual 1994*. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV, Apartado A. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995.

<sup>16</sup> CIDH. *Informe Anual 2008*. Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, pp. 135-136.

establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no solo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente.<sup>17</sup>

También, la CIDH ha indicado que la regulación debe estar redactada de manera clara y precisa,<sup>18</sup> aspecto que ha sido tenido en cuenta en la redacción de la LSCA, incorporándose a tal efecto definiciones del vocabulario técnico (artículo 4º) y notas al pie a lo largo del articulado.

En cuanto al segundo requisito, esto es, que la limitación esté orientada al logro de objetivos autorizados por la CADH, es dable destacar que tal como la propia ley aclara, su finalidad es “la regulación de los servicios de comunicación audiovisual en todo el ámbito territorial de la República Argentina y el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de abaratamiento, democratización y universalización del aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación” (artículo 1º).

Cada uno de estos fines es compatible con los objetivos autorizados por la CADH, según la interpretación realizada por los propios órganos de aplicación de la misma. En efecto, la CIDH tiene dicho que “(...) la regulación sobre radiodifusión debería aspirar a promover y expandir el alcance del derecho a la libertad de expresión y no a restringirlo. En esa medida, el marco jurídico debería asegurar que los medios de comunicación pudieran servir de vehículo para el ejercicio libre, vigoroso, abierto, plural y diverso de la libertad de expresión”.<sup>19</sup>

En lo concerniente a la defensa de la competencia, ha subrayado lo siguiente:

Los monopolios u oligopolios en los medios de comunicación atentan contra la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana, por cuanto impiden la diversidad y pluralidad de voces necesarias en una sociedad democrática.<sup>20</sup> Tanto la CIDH como la Corte Interamericana han sostenido la importancia de la intervención estatal para garantizar competencia y promover pluralismo y diversidad. Entre las medidas efectivas que los

<sup>17</sup> Corte IDH. La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 22.

<sup>18</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA. “Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente”. 2010, párr. 17.

<sup>19</sup> *Ibid.* Párr. 24.

<sup>20</sup> El principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (aprobada por la CIDH en octubre de 2000) establece 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”.

Estados deben adoptar se encuentran las leyes antimonopólicas que limiten la concentración en la propiedad y en el control de los medios de radiodifusión.<sup>21</sup>

Finalmente, el último requisito de este “test tripartito”, aquel vinculado con la razonabilidad y la proporcionalidad, fue analizado por el Máximo Tribunal argentino en el fallo “Grupo Clarín c. Poder Ejecutivo Nacional”,<sup>22</sup> que se estudiará con posterioridad.

### **3.1. Su interpretación constitucional**

Preliminarmente, corresponde recordar que el Grupo Clarín, Arte Radiotelevisivo Argentino, Cablevisión, Multicanal, Radio Mitre y Teledigital Cable interpusieron acción declarativa en los términos del artículo 322 del CPCCN con el objeto de que se declare la

<sup>21</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Op. cit.* Párr. 116.

<sup>22</sup> CSJN. “Grupo Clarín y otros c. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa”. Sentencia del 29/10/2013.

inconstitucionalidad de los artículos artículos 41<sup>23</sup>,45<sup>24</sup>, 48 —segundo párrafo—,<sup>25</sup> 161<sup>26</sup> y concordantes de la Ley 26.522, como también la inaplicabilidad de dichas disposiciones respecto de las licencias y señales con las que contaban con anterioridad a la sanción de la norma. El magistrado de grado rechazó la demanda y dispuso el levantamiento de la medida cautelar dictada en autos.

<sup>23</sup> Ley N° 26.522, artículo 41. “Transferencia de las licencias. Las autorizaciones y licencias de servicios de comunicación audiovisual son intransferibles. Excepcionalmente se autoriza la transferencia de acciones o cuotas partes de las licencias luego de cinco (5) años de transcurrido el plazo de la licencia y cuando tal operación fuera necesaria para la continuidad del servicio, respetando que se mantenga en los titulares de origen más del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito o por suscribirse y que represente más del cincuenta por ciento (50%) de la voluntad social. La misma estará sujeta a la previa comprobación por la autoridad de aplicación que deberá expedirse por resolución fundada sobre la autorización o rechazo de la transferencia solicitada teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos solicitados para su adjudicación y el mantenimiento de las condiciones que motivaron la adjudicación. La realización de transferencias sin la correspondiente y previa aprobación será sancionada con la caducidad de pleno derecho de la licencia adjudicada y será nula de nulidad absoluta. Personas de existencia ideal sin fines de lucro. Las licencias concedidas a prestadores de gestión privada sin fines de lucro son intransferibles”.

<sup>24</sup> Ley 26.522, artículo 45. “Multiplicidad de licencias. A fin de garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local se establecen limitaciones a la concentración de licencias. En tal sentido, una persona de existencia visible o ideal podrá ser titular o tener participación en sociedades titulares de licencias de servicios de radiodifusión, sujeta a los siguientes límites: 1. En el orden nacional: a) Una (1) licencia de servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital. La titularidad de una licencia de servicios de comunicación audiovisual satelital por suscripción excluye la posibilidad de ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual; b) Hasta diez (10) licencias de servicios de comunicación audiovisual más la titularidad del registro de una señal de contenidos, cuando se trate de servicios de radiodifusión sonora, de radiodifusión televisiva abierta y de radiodifusión televisiva por suscripción con uso de espectro radioeléctrico; c) Hasta veinticuatro (24) licencias, sin perjuicio de las obligaciones emergentes de cada licencia otorgada, cuando se trate de licencias para la explotación de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico en diferentes localizaciones. La autoridad de aplicación determinará los alcances territoriales y de población de las licencias. La multiplicidad de licencias —a nivel nacional y para todos los servicios— en ningún caso podrá implicar la posibilidad de prestar servicios a más del treinta y cinco por ciento (35%) del total nacional de habitantes o de abonados a los servicios referidos en este artículo, según corresponda. 2. En el orden local: a) Hasta una (1) licencia de radiodifusión sonora por modulación de amplitud (AM); b) Una (1) licencia de radiodifusión sonora por modulación de frecuencia (FM) o hasta dos (2) licencias cuando existan más de ocho (8) licencias en el área primaria de servicio; c) Hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva por suscripción, siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión abierta; d) Hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva abierta siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión por suscripción. En ningún caso la suma del total de licencias otorgadas en la misma área primaria de servicio o conjunto de ellas que se superpongan de modo mayoritario podrá exceder la cantidad de tres (3) licencias. 3. Señales: La titularidad de registros de señales deberá ajustarse a las siguientes reglas: a) Para los prestadores consignados en el apartado 1, subapartado “b”, se permitirá la titularidad del registro de una (1) señal de servicios audiovisuales; b) Los prestadores de servicios de televisión por suscripción no podrán ser titulares de registro de señales, con excepción de la señal de generación propia. Cuando el titular de un servicio solicite la adjudicación de otra licencia en la misma área o en un área adyacente con amplia superposición, no podrá otorgarse cuando el servicio solicitado utilice la única frecuencia disponible en dicha zona”.

<sup>25</sup> Ley 26.522, artículo 48. “(...) 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”.

<sup>26</sup> Ley 26.522, artículo 161. “Adecuación. 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”.

Apelado que resultó este pronunciamiento, la Alzada sostuvo la constitucionalidad de los artículos 41 —transferencia de licencias— y 161 —plazo de desinversión—, mientras que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 45 y 48 del citado marco normativo.

Para así decidir, en forma previa puntualizó que la licencia de radiodifusión no es una prerrogativa temporal y provisoria sujeta al arbitrio de la administración; por lo tanto, los derechos de los demandantes gozan de la protección constitucional de la propiedad. Inmediatamente después distingue entre los servicios que utilizan el espacio radioeléctrico y los que no, para señalar que los primeros, en tanto afectan recursos limitados, son susceptibles de mayor regulación estatal, a diferencia de las restricciones que recaen sobre los segundos, cuyo sustento es la defensa de la competencia y el bien común pero que además deben ser compatibles con el régimen de tutela de la libertad de expresión.

Siguiendo la doctrina inveterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Cámara destacó que nadie tiene derecho al mantenimiento de las leyes ni a la inalterabilidad del marco legal, máxime cuando se trata, como en el caso, de un medio limitado y es indispensable asegurar la participación de todos los prestadores incluidos en la legislación. Ahora bien, si los medios empleados para alcanzar dicha finalidad importan un “sacrificio sustancial en el derecho de los titulares de las licencias, la compatibilidad constitucional de las nuevas restricciones a las licencias adjudicadas o explotadas conforme un régimen anterior supone el resarcimiento de daños causados por la actividad lícita del Estado por razones de interés general”.

En este escenario, entendió que los apartados 1, inciso b y 2, incisos a y b del artículo 45 que regulan el espacio radioeléctrico cumplen adecuadamente con el estándar de proporcionalidad respecto de los fines seguidos por el legislador, a diferencia del inciso c, y del párrafo final del apartado 1º —incisos c y d—, del párrafo final del apartado 2º, como también del 3º en su totalidad, que imponen restricciones a medios que no utilizan el espectro radioeléctrico. Para así sentenciar, afirmó que las limitaciones impuestas sobre medios que no utilizan espacio radioeléctrico son innecesarias, desproporcionadas y además no resultan idóneas para el objetivo denunciado de garantizar una mayor pluralidad de voces.

También tachó de inconstitucional el artículo 48, segundo párrafo, en el entendimiento de que aniquila el derecho constitucional de propiedad así como el acceso a la tutela judicial efectiva. Por último, apuntó que la solución adoptada tenía consecuencias directas sobre el artículo 161 de la normativa que postuló compatible con la Constitución, ya que al admitir parcialmente la cuestión constitucional planteada, las actoras tenían el deber de adecuar la titularidad de sus licencias a lo dispuesto por el artículo 45 pero en los términos en los que este precepto superó el control de constitucionalidad. Por consiguiente, el carácter limitado de la obligación contenida en el artículo 161 más el tiempo transcurrido llevaban a concluir que dicho dispositivo legal no aparecía como irrazonable ni menoscababa derechos de las demandantes.

Contra este pronunciamiento, el Estado, el AFSCA, Cablevisión y Grupo Clarín interpusieron sendos recursos extraordinarios, cuyo tratamiento originó la sentencia que se comenta. La Corte declaró la constitucionalidad de los artículos 41, 45, 48 y 161 de la ley medios. La mayoría estuvo compuesta por cuatro votos, aunque solo dos comparten los fundamentos (Lorenzetti y Highton); el resto realiza una argumentación diferente pero coincide en el *holding* (Zaffaroni y Petracchi). Por su parte, Maqueda y Argibay votaron en disidencia parcial, mientras que Fayt se pronunció en disidencia total.

Sin duda, esta circunstancia dificulta la tarea de determinar si estamos en presencia de un precedente que no solo dé respuesta al caso concreto sino que también resulte de utilidad para ser aplicado en casos análogos posteriores. Para estos fines es indispensable distinguir la *ratio decidendi* de lo que se ha manifestado superficialmente y solo en atención al supuesto concreto en análisis.<sup>27</sup>

Sin perjuicio de ello, el voto de la mayoría del Tribunal (Lorenzetti y Highton) responde a una sólida argumentación jurídica que básicamente abarca dos tópicos: por un lado, las dos dimensiones de la libertad de expresión, y por otro, el alcance del derecho de propiedad de los titulares de las licencias. En la sentencia puede apreciarse como un presupuesto no explicitado: este es un asunto a resolver en términos de mercado —defensa de la competencia, derechos del consumidor— y no en que esté en juego de manera central la libertad de expresión. En la línea argumentativa de los mencionados Ministros, el acento está puesto en una realidad del sistema de medios de comunicación que apareció con sus deformidades ya en el transcurso de las audiencias públicas que se llevaron a cabo en el marco de este trascendental proceso. La gran definición en este sentido es el frágil contenido del derecho de los licenciatarios como derecho adquirido en los términos clásicos de nuestro Tribunal, incluidos en la garantía de inviolabilidad de la propiedad privada, consagrada por el artículo 17 de la Constitución Nacional.

Cabe recordar que la Corte en su actual composición nunca tuvo una posición definitiva en relación con este derecho fundamental, tal como se desprende de la poco feliz jurisprudencia vinculada a la emergencia económica decretada en enero de 2002 y la consiguiente devaluación monetaria que quebró el principio de intangibilidad de los depósitos financieros sancionada por el Congreso durante el año 2001. A la fecha, no hay un pronunciamiento definitivo sobre la constitucionalidad o no del corralito, por lo cual es dable concluir que al analizar las licencias concedidas a la parte actora, la conclusión sea: no hay daño actual, mas si así lo considerara, concorra oportunamente por la vía indemnizatoria correspondiente. Semejante conclusión no fue prevista siquiera por las leyes de Ecuador y de Venezuela al momento de modificar el mercado de medios en dichos países, hoy justamente analizados de manera

<sup>27</sup> Juan Vicente Sola. “El largo camino del caso ‘Grupo Clarín’”. LL AR/DOC/4093/2013, p. 1.

conjunta con la Argentina en el marco de audiencias convocadas por la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Los votos de la minoría del Tribunal hacen hincapié en distintas cuestiones. Merecen destacarse los aspectos del conflicto político entre el actual gobierno y el grupo empresario que marca el juez Maqueda. Este aparece como el pronunciamiento más realista de la cuestión debatida en el derrotero judicial de una medida cautelar resuelta a casi cuatro años de la entrada en vigencia de la ley. Sin embargo, es el juez Fayt quien se encarga de apuntar al meollo del tema de la libertad de expresión. Para ello, el argumento principal tiene en cuenta la relación entre esta libertad preferida y las características del sistema republicano democrático conforme a los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Con un criterio diametralmente opuesto al sentado en el voto de la mayoría, Fayt resaltó el valor del derecho a la información como una “libertad preferida” dentro del plexo normativo, con las consecuencias que ello trae aparejado. Pero, además, tal como adelantábamos, la diferencia sustancial está en la óptica desde la que fue analizada la problemática.

En efecto, la postura mayoritaria partió de la clásica distinción entre la faceta individual y la dimensión institucional de la libertad de expresión, para concluir que mientras respecto de la primera las facultades regulatorias del Estado son mínimas, en relación a la segunda la administración tiene el deber de realizar acciones tendientes a garantizar un debate “desinhibido, fuerte y ampliamente abierto”<sup>28</sup> que priorice la verdad antes que la monopolización del mercado. Para alcanzar esta finalidad —sostiene el Máximo Tribunal— es indispensable asegurar el acceso igualitario de todos los medios de prensa: “Vivimos en sociedades pluralistas, diversas, con multiplicidad de opiniones que deben encontrar el lugar mediático donde expresarse”. Y es aquí donde cobra vital importancia la diferencia entre la dimensión individual y la institucional de la libertad de expresión, ya que la protección de la segunda exige una intervención activa, y el interés del Estado en la regulación es incuestionable. Para cumplir con dicha finalidad, el Estado puede establecer un “tope” a la cantidad de licencias de las que un sujeto puede ser titular, sea que utilicen el espectro radioeléctrico o no, porque el justificativo no es la naturaleza limitada del espectro como bien público, tal como había aseverado la Cámara, sino garantizar la pluralidad y diversidad de voces que una sociedad democrática exige.

En el caso —señaló—, la legislación cuestionada regula el mercado de medios de comunicación sin establecer distinciones en torno a los sujetos alcanzados, motivo por el cual no corresponde el desplazamiento de la carga probatoria; en consecuencia, es la parte actora la que debe demostrar que la ley afecta sus derechos constitucionales. A tal efecto, el grupo Clarín ofreció una pericia económica para comprobar que el régimen de licencias previsto

<sup>28</sup> SC EEUU, 376 US 254. “New York Times vs. Sullivan” (1964).

en el artículo 45 menoscaba su libertad de informar al privar a la empresa de sustentabilidad operativa y económica. Sin embargo, independientemente que fue acreditado que dicha modificación sobre el sistema de licencias tiene virtualidad para afectar la economía y provocar una disminución de la rentabilidad, no se evidenció que ello tenga entidad suficiente como para poner en riesgo la sustentabilidad económica u operativa de las empresas demandantes. Por estos argumentos, concluyó que no se ha lesionado el derecho a la libertad de expresión del grupo Clarín.

Fayt, por su parte, se ocupó de aclarar que los derechos alegados por la parte actora no son exclusivamente de índole patrimonial sino que lo que principalmente está en juego es la libertad de expresión de las demandantes. Por consiguiente, con excelentes lineamientos lleva a cabo un estricto test de proporcionalidad de conformidad con el artículo 28 constitucional y con la interpretación que del mismo ha venido desarrollando la propia Corte, es decir, sin alterar el núcleo duro —contenido mínimo— de los derechos involucrados.

Por su parte, Argibay declaró la constitucionalidad de los artículos 41 y 45 de la ley de medios de comunicación audiovisual. En relación al primero, puntualizó que el dispositivo legal reglamenta aspectos comerciales de las licencias pero que no incide sobre la comunicación de contenidos, por lo que resulta constitucionalmente válido toda vez que se dirige a garantizar un interés legítimo del Estado. Respecto del segundo, manifestó que tiene un doble propósito: uno inmediato —modificar la estructura actual del mercado de medios de comunicación— y otro mediato —introducir mayor diversidad, pluralidad y respeto por lo local en los servicios de comunicación audiovisual—. Sin embargo, este esquema no altera el derecho a la libre expresión de ideas porque las prohibiciones no se relacionan con la información difundida, es decir, alcanzan a cualquier medio de comunicación y no solo a aquellos que transmiten una ideología determinada, además porque los fines que persigue la norma: promoción de la competencia de mercado, la defensa del consumidor, así como mayor diversidad y pluralidad en servicios de comunicación, son constitucionalmente válidos.

Ahora bien, no puede soslayarse que el cumplimiento de lo establecido en el artículo 45 repercute de alguna manera en el ejercicio del derecho a la información de la actora, por lo que es lógico exigirle al Estado la demostración de que no ha recortado la expresión de ideas. En forma complementaria, identifica dos momentos diferenciados; primero el efecto de esta restricción cuando ya esté vigente el nuevo esquema de medios, pero aquí la consideración judicial resulta prematura; segundo, las consecuencias que produce sobre la estructura actual del mercado de comunicación, donde, en su criterio, el conflicto no lo genera el artículo 45 sino el procedimiento seleccionado para implementarlo previsto en el artículo 161, en tanto impone el cese de actividades de comunicación audiovisual en todos los mercados simultáneamente.

Entonces, es en la fase de la implementación donde aparece el meollo de la cuestión, ya que se advierten dos problemas sustanciales. Uno está vinculado con quienes al momento en que se sancionó la normativa tenían la titularidad de un número mayor de licencias al permitido en la nueva legislación, y que en virtud de lo dispuesto por el artículo 48 no pueden alegar derechos adquiridos al respecto. El otro se halla constituido por la obligación de adecuación del artículo 161 que restringe la libertad de expresión que se ejercita a través de los medios del grupo Clarín (dimensión individual) y también del público de acceder a dichos contenidos (dimensión colectiva). En tanto esta limitación no ha sido adecuadamente justificada por las demandantes, no puede ser convalidada en sede judicial. Este es un criterio que se robustece, a poco que se tiene presente el contexto de tirantez entre el gobierno en ejercicio y los medios de prensa en el que fue sancionada la ley, y además si se considera que estas restricciones son impuestas únicamente sobre el mercado de comunicaciones, en palmaria violación de lo prescripto en la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión (Principio 12) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, tampoco se contemplan las consecuencias que el cese compulsivo de licencias trae para las personas que integran la audiencia de los medios afectados.

En virtud de estos argumentos, y diferenciándose de lo señalado en el voto mayoritario, recuerda que las limitaciones al derecho a la información deben ser valoradas a través de un escrutinio constitucional estricto, lo que significa que “las restricciones a la libertad de expresión son inconstitucionales, a menos que quien las defienda demuestre que ellas sirven a un fin estatal impostergable que no puede ser alcanzado por otra vía menos restrictiva”. Sin embargo, el Estado no ha cumplido con dicha carga.

Concluye que los artículos 48 y 161 no son válidos, pero que aún así corresponde efectuar algunas distinciones. En efecto, en el supuesto de medios de comunicación que utilizan el espectro radioeléctrico, aun cuando el Estado cuente con amplias facultades regulatorias, por tratarse de un bien público, la revocación anticipada de una licencia vulnera el derecho a la libertad de expresión, salvo que el titular de la misma cuente en esa área con otra. La eventual procedencia de la responsabilidad del Estado por actividad lícita deberá ser demostrada y decidida en cada caso. En el caso opuesto, cuando se trata de licencias que no se apoyan en el espectro radioeléctrico, el impedimento estatal para el ejercicio de una licencia en curso es inválido, ya que vulnera la libertad de expresión. En esta hipótesis, la ejecución del esquema contenido en el artículo 45 de la ley 26.522 deberá quedar supeditada al vencimiento de cada una de las licencias ya otorgadas o, en todo caso, su cancelación por motivos atribuibles al licenciatario.

Lamentablemente, pareciera ser que esta vez la Corte tuvo una mirada más atenta a las coyunturas políticas que a los derechos fundamentales en juego. En este sentido, y a modo de aporte a esta discusión aún no asumida en su plenitud por los operadores jurídicos, nos parece

que los tiempos políticos llevaron a desaprovechar una excelente oportunidad para encuadrar la cuestión en el marco de un debate no solo nacional sino regional, y que tiene que ver con la definición del papel de la libertad de expresión en la consolidación de un modelo democrático como el adoptado por la Carta de la OEA del año 2001.

#### 4. El debate en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Dos elementos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos son constitutivos de sus mecanismos de protección: el derecho a la información y la democracia republicana.

El derecho a la información ha sido consagrado de manera expresa por el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica en los siguientes términos: “(...) toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia ha abonado un concepto amplio de libertad de expresión, toda vez que solo una exégesis de este tipo es compatible con los postulados básicos del Estado constitucional de Derecho. En este orden de ideas sostuvo en “Herrera Ulloa”<sup>29</sup> lo siguiente: “En su dimensión social, la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista, implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común, tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros, como el derecho a difundir la propia”.

El derecho a la información y la libertad de expresión son dos caras de una misma moneda,<sup>30</sup> y constituyen la columna vertebral del sistema democrático. Por ello, cada vez que se ponen en discusión sus alcances se debate ni más ni menos que los cimientos del régimen.

Como consecuencia de este carácter de libertad preferida que se le reconoce al derecho a expresar libremente las ideas, sus organismos están siempre en alerta a fin de no debilitar las garantías de las personas, únicos titulares de los derechos humanos (artículo 2. 2 del Pacto de San José de Costa Rica).

Esto ha ocurrido en el marco de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), en su reunión en Guatemala el 6 y 7 de junio de 2013, que ha enfrentado

<sup>29</sup> Corte IDH. Caso “Herrera Ulloa v. Costa Rica”. Sentencia de 02/07/04. Serie C No. 107.

<sup>30</sup> Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros). Sentencia de 05/02/01. Serie C No. 73.

posiciones políticas bien diferentes en su contenido ideológico. Por un lado, hay países que buscan fortalecer al principal órgano de protección del sistema, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a partir de la consolidación de los compromisos asumidos en el año 2001, al firmar la “Carta Democrática”, y por otro, algunos miembros de la OEA impugnan el papel que la CIDH y su Relatoría para la Libertad de Expresión han venido desarrollando desde entonces.

Esta Relatoría ha manifestado posteriormente a la última asamblea de la OEA su preocupación por la aprobación de la Ley Orgánica de Comunicación en Ecuador. Estimamos oportuno repasar algunos de los argumentos utilizados en este llamado de alerta, fundados en la incompatibilidad de algunas de sus disposiciones con los estándares internacionales en la materia.

Según la norma, todas las personas que se sirvan de cualquiera de los medios de comunicación para expresar sus ideas u opiniones están suministrando un servicio público “que deberá ser prestado con responsabilidad y calidad, respetando los derechos de la comunicación establecidos en la Constitución, los instrumentos internacionales y contribuyendo al buen vivir de las personas”. La legislación impone a quienes utilicen dichos medios múltiples obligaciones relacionadas con la forma en que se deben presentar los contenidos: la prohibición de omitir o dejar de publicar información que las autoridades consideren de interés público, la obligación de emitir juicios críticos (o negativos) de valor cuando presenten información sobre conductas que afecten bienes jurídicos como el ambiente, el deber de circular exclusivamente información “verificada, contrastada, precisa y contextualizada”. La Relatora señala que cualquier regulación legal sobre estas materias debe atender muy cuidadosamente a la naturaleza de cada medio, para no incurrir en restricciones innecesarias que comprometan de manera desproporcionada el derecho a la libertad de expresión. Es que “resulta problemático el establecimiento de un régimen de obligaciones o un régimen administrativo sancionatorio único que abarque a todos los medios de comunicación sin realizar diferenciaciones pertinentes. En este sentido, lo que podría resultar legítimo en el limitado ámbito de la radiodifusión —dado el uso de un bien público como las frecuencias de radio y televisión abierta— puede no resultar legítimo cuando se aplica a la televisión por cable, a la prensa escrita en general, a los medios escritos especializados o a los que se producen y difunden a través de Internet”.

En lo referido al régimen de sanciones y de faltas previsto en la ley, la Relatora advierte que el mismo puede resultar ambiguo y exorbitante. Entre ellas, señala con preocupación una falta denominada “linchamiento mediático”, que justifica casi sin ambages la censura previa. No debemos olvidar que en lo que hace a una máxima garantista ya clásica, el Estado debe ser neutral respecto a los contenidos emitidos por los medios de comunicación, salvo las restricciones expresamente autorizadas por el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica. Este principio liminar del sistema de derechos humanos se ve en peligro, también, con

la obligación que establece la ley de contar cada medio de comunicación con un “defensor de sus audiencias y lectores”. Es que la posibilidad de que el Estado imponga a los medios la obligación de incluir en su nómina y sala de redacción a una persona elegida a través de un procedimiento diseñado por el Estado, cuyas atribuciones y responsabilidades podrían ser fijadas por el propio Estado y a quien la prensa podría tener que otorgar espacios para la publicación de errores y correcciones, tiene un tufillo fascista que merece ser denunciado sin tapujos.

El avance sobre la libertad de prensa se consolida, a su vez, con la obligación legal de que ciertos cargos sean de desempeño exclusivo de “periodistas profesionales”. Se deja de lado aquí lo resuelto por la Corte Interamericana en 1985 en la Opinión Consultiva OC 5/85<sup>31</sup> relativa a una ley de regulación de colegiación obligatoria de periodistas de Costa Rica. Y que ya las cortes de Brasil y Colombia han declarado incompatible con sus respectivas constituciones.

Por último, cabe destacar la advertencia de la Relatora en relación con los “Códigos de Ética” cuyo contenido establece el propio texto legal. Con claridad meridiana, el informe señala que “para evitar una injerencia indebida de los Estados en el contenido de la información que los medios deciden publicar, la implementación de esos estándares éticos y el control sobre su cumplimiento no pueden quedar en manos de organismos estatales. El principio de autorregulación no se limita solo a la fijación de esos estándares éticos, sino que se extiende necesariamente al control y a los mecanismos de implementación de los mismos. Los Estados no pueden asumir el rol de guardián de la ética periodística sin crear con ello un mecanismo de control de contenidos incompatible con la Convención Americana”.

Estos puntos que hemos señalado del informe nos parecen de gran actualidad en Argentina. Es que se debe tener en claro que en el debate que se está dando en el seno de la Organización de Estados Americanos, del cual el Informe de la Relatoría sobre la Libertad de Expresión aquí analizado no es ajeno, sino que se enfrentan dos posiciones ideológicas del régimen democrático: los que reafirman la concepción de la democracia republicana como garantía institucional de los derechos humanos, y los que defienden una visión de la democracia plebiscitaria de contenido autoritario, en la que la libertad de expresión es un elemento casi decorativo. Ese debate no saldado en Latinoamérica va a definir el futuro del sistema regional de derechos humanos, por lo que debemos pronunciarnos claramente por una u otra postura.

<sup>31</sup> Corte IDH. “La colegiación obligatoria de periodistas” (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13/11/85. Serie A No. 5.

## 5. Conclusiones

Estamos convencidos de que en términos genéricos la nueva Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual ha sido un grande avance legislativo, y de que ha venido a saldar una de las deudas pendientes del Congreso argentino. Sin embargo, lamentablemente se ha desaprovechado la oportunidad de positivizar una reglamentación en materia de derecho a la información de conformidad con los excelentes estándares internacionales que han sido desarrollados en la última década.

En oportunidad de comentar el fallo de Cámara en este caso, resaltamos que el control judicial había actuado con el criterio tutelar que la libertad de información exige. Asimismo destacamos que la Alzada supo separar la paja del trigo y dio un gesto de intransigencia democrática que debe ser valorado en momentos en que en la sociedad se debate ni más ni menos que la naturaleza misma del sistema republicano de gobierno.<sup>32</sup>

Lamentablemente, el extenso fallo de la Corte Suprema sobre la constitucionalidad de los artículos cuestionados por el grupo Clarín de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual no nos aproxima a la misma reflexión.

Nuestro compromiso es con la democracia republicana como garantía institucional del único régimen político que a través del tiempo ha servido para la defensa de la dignidad humana. Consideramos indispensable reasegurar el papel protagónico que ostenta el derecho a la información en toda sociedad pluralista, para garantizar el debate “desinhibido, robusto y amplio”<sup>33</sup> que debe imperar en estas.

Vale recordar la postura de John Stuart Mill en el sentido de que la democracia no es solo la imposición de la regla de las mayorías, sino que en este régimen tiene un lugar de destacada importancia la discusión pública. En consonancia, no cualquier voluntad del pueblo es soberana, sino que recibe este carácter aquella que se forma en un debate “vigoroso y abierto”; de ahí la trascendencia de reglas claras que permitan que ese debate se desarrolle.

<sup>32</sup> Marcelo López Alfonsín A. y Elisabeth I. Berra. “El control judicial y la ley de medios. A propósito del caso ‘Grupo Clarín S.A. c. Poder Ejecutivo Nacional’”. MJ-DOC-6253-AR.

<sup>33</sup> SC EEUU, 376 U.S. 254. “New York Times vs. Sullivan”.

## REFERENCIAS

- Basterra, Marcela I. *Derecho a la información vs. derecho a la intimidad*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2012.
- \_\_\_\_\_. “Libertad de expresión. Regulación y abusos. La Ley Argentina de Medios Audiovisuales”. *LL Suplemento de Derecho Constitucional*. 4 de noviembre de 2010.
- Bianchi, Enrique Tomás y Hernán Víctor Gullco. *El Derecho a la Libre Expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros*. La Plata, Buenos Aires: Librería Editora Platense, 1997.
- CIDH. *Informe Anual 1994*.
- \_\_\_\_\_. *Informe Anual 2008*. Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.
- Gelli, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2001.
- Gil Lavedra, Ricardo. “Ley de Medios. Algunos reparos constitucionales”. *El Dial*, DC1255.
- López Alfonsín, Marcelo A. y Elisabeth I. Berra. “El control judicial y la ley de medios. A propósito del caso ‘Grupo Clarín S.A. c. Poder Ejecutivo Nacional’”. MJ-DOC-6253-AR.
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA. “Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente”. 2010.
- Rivera, Julio C. y Anahí Malick. “Prohibición cautelar de la publicación de una biografía no autorizada”. ED.
- Sagüés, Néstor P. “Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. LL, 2005-C.
- Sola, Juan Vicente. “El largo camino del caso ‘Grupo Clarín’”. LL AR/DOC/4093/2013.
- Stuart Mill, John. *On Liberty* (traducción española: *Sobre la libertad*). Madrid: Alianza Editorial, 1986.
- Ventura, Adrián. “El derecho a la libertad de expresión”. En *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, ed. Daniel A. Sabsay, coordinación Pablo L. Manili. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

Recibido: 2/04/2014

Aprobado: 19/04/2014