

SE PRESENTA EN CARÁCTER DE AMIGA DEL TRIBUNAL

Excma. Corte:

Cynthia Ottaviano, Defensora del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual, patrocinada por la Dra. María José Guembe T°72 F°259 CPACF, con domicilio constituido en Bmé. Mitre 1864, piso 8°, C.A.B.A, en autos: “Grupo Clarín S.A. y otros C/ Poder Ejecutivo Nacional y otros/ Acción meramente Declarativa- G 439. XLIX”, a V.E. digo:

Objeto

En virtud de la disposición del presidente del Tribunal del 21 de agosto del corriente año que tuvo a la Defensoría del Público como Amiga del Tribunal, acompañó los fundamentos de hecho y de derecho que considero relevantes a fin de enriquecer el debate en la presente causa.

La racionalidad política y jurídica de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (LSCA): el derecho social a la comunicación como presupuesto de ciudadanía

Así como la sociedad moderna produjo un nuevo sujeto social, el ciudadano moderno, la sociedad mediática actual (Verón: 1992) es productora de una ciudadanía nueva, la ciudadanía comunicacional. Si la ciudadanía moderna supuso el reconocimiento de derechos civiles, políticos y sociales característicos del constitucionalismo liberal y del constitucionalismo social de mediados del siglo XX, el contenido de la ciudadanía comunicacional implica el reconocimiento de un conjunto de derechos que se inscriben en el constitucionalismo multicultural de fines del siglo XX y comienzos del XXI, en el que la profundización de la democracia y de la igualdad se vinculan no sólo con derechos redistributivos, sino con derechos de reconocimiento de las identidades colectivas, plurales y diversas.

Así, la racionalidad política y jurídica de la LSCA se inscribe en un paradigma propio de una sociedad mediática, en la que el ciudadano es productor y receptor de ideas, informaciones y opiniones, no de manera pasiva, y la comunicación es comprendida como un bien social al ser parte fundamental de su formación. Según ha explicado la jurisprudencia interamericana, la libertad de expresión es un derecho con dos dimensiones: una individual, consistente en el derecho de cada persona a expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones; y una dimensión colectiva o social, que refiere al derecho de la sociedad a procurar y recibir cualquier información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada¹. Hoy resulta impensable el ejercicio de buena parte de los derechos sin la mediación de los medios masivos de comunicación. Esto exige el reconocimiento de las necesidades informacionales y comunicacionales como derechos que dan sentido y concreción a la ciudadanía.

Ahora bien. El ejercicio del derecho a la comunicación como condición de ciudadanía no puede ser garantizado sobre la base de un formalismo positivista que lo proclame, sin reconocer la estructura de relaciones sociales y económicas que hacen al campo de la comunicación un orden conflictivo y de disputas. La lógica interna del derecho social, como señala

¹ CortelDH, Casos Kimel Vs. Argentina, Claude Reyes y otros, López Álvarez Vs. Honduras. Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Ivcher Bronstein Vs. Perú, La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile; Opinión Consultiva OC-5/85, entre otros.

Ewald (1997), se basa en una sociología que torna objetivo el conjunto de relaciones sociales como un orden conflictivo. Es en este sentido que la LSCA reconoce y regula la actividad prestada por los SCA en base a transacciones que incorporan el conflicto entre intereses diferenciados y en ciertos casos antagónicos, de los sujetos que ocupan posiciones dominantes y subalternas en el campo comunicacional. En “Ponzetti de Balbin” VE consideró necesario distinguir “el derecho empresario, el derecho individual y el derecho social, que se encuentran interrelacionados y operan en función de la estructura de poder abierto que caracteriza a la sociedad argentina” (cons. 7). Recuperando esta distinción, la LSCA se constituye en un instrumento político de intervención destinado a compensar y corregir asimetrías entre los titulares del derecho empresario, del derecho individual y del derecho social a la comunicación.

Las necesidades de saber, aprender, conocer, expresarse, escuchar, dar y recibir información, comunicarse, entre otras, conforman un conglomerado indivisible de condiciones que nos constituyen como seres humanos y hacen a nuestra vida misma. Los servicios de comunicación audiovisual son el vehículo por el que se concreta el derecho a la comunicación y a la libertad de expresión conforme lo establece el art. 2 de la LSCA. Es que nos encontramos ante un nuevo paradigma de la comunicación audiovisual. La información, primero, fue del Poder; luego, de la empresa informativa; más tarde, de los periodistas; y ahora mismo del público, como sujeto universal. La idea de que la información es el objeto de un derecho humano y la libertad el único modo de ejercitar con sentido ese derecho, llevan a la conclusión revolucionaria de que la información pertenece al público (Soria, 1991:13). El público no es un sujeto pasivo del derecho a comunicar, sino un sujeto central que en una democracia participativa se involucra en la resignificación de la información y es también parte esencial para decidir cómo quiere recibir la información a partir de la cual toma cotidianamente todo tipo de decisiones, siempre y cuando pueda elegir.

La etapa empresarial de la información hizo que los derechos orbitaran alrededor del sujeto empresario. Es aquí que las categorías libertad de expresión y libertad de prensa se enuncian sólo desde el sujeto emisor y se centran en la facultad de dar, de difundir y transmitir. La información es una mercancía. En la etapa profesionalista, el sujeto profesional de la información, el periodista, reclama el reconocimiento del rol que ocupa como intermediario entre los hechos y el público. Se formula la concepción de la información como bien social y se habla de la responsabilidad social de los medios de comunicación. Finalmente, la etapa universalista tiene su formulación paradigmática con el reconocimiento jurídico internacional del derecho humano a la libertad de expresión, no como mera libertad, sino como derecho humano. Su puntapié inicial fue la Declaración Universal de los DDHH. El derecho humano a la comunicación, que es la expresión universalista de la libertad de expresión se encuentra consagrado en diversos tratados internacionales, destacándose el art. 13 de la CADH. La información no es una mercancía, sino un derecho. Esta es la concepción universalista del derecho a la comunicación, que implica el reconocimiento de la titularidad universal de este derecho, indivisible del resto de los derechos humanos con los que nos conforman como personas, no sólo individualmente sino, en forma simultánea en lo social o colectivo. Los servicios de comunicación audiovisual son parte integrante e inescindible del derecho humano a la comunicación.

En esa inteligencia, la LSCA establece un derecho de reconocimiento, de preferencias o de discriminaciones positivas a favor de los grupos silenciados en la esfera pública. Reconoce al público como un sujeto de derecho y también la legitimidad de las organizaciones sin fines de lucro y de los pueblos originarios en el terreno de la construcción social de sentidos. Esto es un cambio de mirada

respecto de quienes han sido tomados en cuenta únicamente como consumidores de información sin derecho a elegirla ni a discutirla, o de quienes han sido excluidos de una actividad por no concebirla como un negocio. Asimismo, el surgimiento de la categoría jurídica de Público se relaciona con el mencionado devenir del “derecho universal a la información”.

Esta política de reconocimiento no tendría implicancias democratizadoras e igualitarias si la LSCA no hubiese alterado, a su vez, la matriz regulatoria de la estructura económica que condiciona el reparto de la palabra y de los discursos. Según Pisarello (2007) la ampliación de los derechos civiles, sociales, políticos, culturales requiere un cambio en la concepción liberal de los derechos patrimoniales, entendidos como tendencialmente absolutos, que condujeron, por ejemplo, a la concentración de los SCA. Por ello, la ley incorpora previsiones para desmercantilizar la comunicación, partiendo de su definición como una actividad social de interés público (art. 2), en línea con la Directiva Europea 2007/65/CE que justifica esta definición en que “las actividades, los bienes y los servicios culturales son de índole a la vez económica y cultural, porque son portadores de identidades, valores y significados, y por consiguiente no deben tratarse como si solo tuviesen un valor comercial”. En esta misma clave, la desconcentración de los SCA que establece la ley en su art. 45, implica una redistribución cuyo objetivo más amplio responde a las exigencias de una política de reconocimiento cultural basada en el derecho a la comunicación como derecho humano.

A excepción de la Ley 14.241 de Organización de los Servicios de Radiodifusión (1953), la racionalidad política de todos los antecedentes legislativos de la radiodifusión argentina se basaron en la doctrina de la Seguridad Nacional, siendo el último de ellos la Ley de Radiodifusión (22.285/1980) sancionada por la dictadura cívico-militar. La información era considerada una mercancía y la comunicación fuente de negocios que dejaba fuera a cualquier actor sin fines de lucro, con excepción de la iglesia católica. Hasta 1983, el Estado ejerció un control autoritario sobre la política comunicacional a través de la censura, la sujeción de la información a los valores de “veracidad, objetividad y oportunidad”, y a los valores de la moralidad cristiana. Los medios de comunicación debían colaborar con esos objetivos. Las audiencias eran consideradas objetos de control, sin capacidad de hacer ni decir.

Desde la recuperación democrática se presentaron 73 proyectos de Ley de Radiodifusión. Ninguno logró avanzar debido a la extraordinaria presión de los medios privados. Las únicas propuestas de modificación a la Ley de Radiodifusión que consiguieron aprobarse hasta 2009 fueron aquellas que profundizaron la concepción de la radiodifusión como una actividad comercial en los 90s. A través de las leyes 23.696 y 24.124 y los decretos 1771/91, 1062/98 y 1005/99 se habilitó la participación de las empresas de prensa en la privatización de los canales de televisión, el traspaso de las radios y canales municipales, provinciales y nacionales al sector privado, y se amplió la cantidad de licencias que podían ser otorgadas a una misma persona física o jurídica, elevando su número de 4 a 24. El resultado fue la conformación de multimedios nacionales en una primera instancia, y la concentración y extranjerización del sistema de medios en etapas sucesivas. En este marco, las audiencias seguían cautivas del poder instituido; no ya de una junta militar genocida sino de un mercado hegemonizado por las empresas. Se pasaba así del poder autoritario del Estado al poder de los medios concentrados.

En este escenario, la sanción de la LSCA no hubiese sido posible sin una fuerte demanda social que articuló a más de 300 organizaciones e instituciones, con el apoyo de 36 universidades públicas y los casi 40 gremios de la comunicación, en una Coalición por una Radiodifusión Democrática. La voluntad social primó sobre la empresarioestatal. En 2004 esta

coalición aportó 21 puntos claves que fueron tomados, años después, por el Poder Ejecutivo Nacional para redactar un proyecto de Ley. Recién entonces las audiencias fueron reconocidas como sujetos de derechos, actores decisorios de la comunicación, base de toda democracia, en concordancia con el sistema interamericano. Ese proyecto se discutió en 2009 en 24 foros en todo el país, con más de 10 mil participantes que presentaron más de 1.300 propuestas que se tradujeron en 120 modificaciones. En el Congreso se realizaron audiencias públicas y se discutió en comisiones. El amplio debate y la participación, además de la mayoría expresada en votos en el Congreso, otorgan una extraordinaria legitimidad a la LSCA. Por ello dijo el Relator Especial de Naciones Unidas en materia de Promoción y Protección de la Libertad de Expresión, Frank La Rue: “Yo creo que Argentina está sentando un precedente muy importante. No sólo en el contenido de la ley, porque el proyecto original que vi es lo más avanzado que hay en el mundo en ley de telecomunicaciones, sino además en el procedimiento que se siguió, el proceso de consulta a nivel popular. Me parece que esta es una ley realmente consultada con su pueblo.” (Télam, 14/7/09).

Para concluir es necesario, entonces, reconocer que acorde con la sociedad mediática en la que vivimos, la mirada debe estar puesta en el derecho de las audiencias, como soberano, y su posible vulneración antes que en el de las empresas, ya que la comunicación es un derecho humano.

La concentración de los SCA afecta los derechos del público

La concentración en el mercado de proveedores de SCA en Argentina restringe las oportunidades de nuevos prestadores, ante la imposibilidad de competir con los grupos económicos ya consolidados, lo que se traduce en pérdida de diversidad.

Al proceso de integración horizontal que tuvo este sector se sumó la integración vertical entre proveedores de señales, distribuidores, comercializadores y operadores de sistemas televisivos (por cable, satelitales y de televisión abierta), permitiendo prácticas de exclusión de operadores en muchos segmentos y mercados geográficos. En 2007 la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) analizó los problemas en el sector de distribución de programas de televisión y advirtió que cuando un proveedor de señales televisivas se encuentra integrado con un operador de cable es altamente probable que incluya en su grilla las señales propias, excluyendo las de sus competidores y, en particular, las de los productores más pequeños, con el consecuente impacto en la diversidad y variedad de la programación ofrecida. Al mismo tiempo, el productor de señales integrado con un cableoperador negará a otros operadores sus propias señales para empobrecer la oferta de los competidores (Lozano, 2008).

Un ejemplo emblemático del impacto de la concentración fue relatado en las audiencias públicas celebradas en el Congreso en el proceso de sanción de la LSCA por Luis Bonetto, quien aseguró que: “[Conformamos] desde enero de 2005 Sembrando Satelital. Desde ese entonces tenemos una larga vigilia frente a las grandes cadenas de cableoperadores para poder participar en la grilla [...] no nos permiten ingresar, aun cuando nuestra señal es libre y gratuita [...] Parece ilógico, pero ni siquiera podemos vernos en la ciudad de Córdoba, sitio de nuestra propia emisión...”.

El Grupo Clarín S.A. es el mayor exponente de esta realidad. En 1997, Multicanal y Cablevisión (propiedad de CEI-TISA) adquirieron por partes iguales VCC, y al año siguiente se dividieron los 670.000 abonados que tenía esa empresa repartidos en grandes centros urbanos, no como sujetos de derechos, sino como meros consumidores. Multicanal y Cablevisión pasaron así a controlar alrededor del 70% del mercado del cable, compuesto por 5 millones de hogares en

todo el país. A principios del 2000, el fondo de inversión estadounidense Hicks, Muse, Tate & Furst adquirió todas las acciones de Cablevisión. La compra potenció la estrategia de expansión, y tanto Cablevisión como Multicanal continuaron, ya sin una competencia de peso, con el proceso de adquisición de los operadores de menor tamaño (Lozano, 2008).

Desaparecieron entonces las siete señales propias de noticias, deportes, infantiles y de entretenimiento de VCC: Cablín, El canal de la mujer, Bravo, El Chef, Cablesport, Supercine y SofTV, que fueron reemplazadas por las señales propias de Multicanal y Cablevisión (Lozano, 2008).

Juan Cebrián, productor de Musiknet TV, dio testimonio de una situación similar en las audiencias públicas del Congreso: “En el año 94 lanzamos Telemúsica, con la necesidad de dar un lugar a nuestra música, a nuestro contenido y a la música latina ...duró cuatro o cinco años más, hasta que los grandes grupos compraron a Pramer, que era la productora de Eurnekian [...] Y obviamente un día alguien dijo: “¿Qué hace ese tipo independiente ...Yo tuve que cerrar mi productora en el año 2000; [...] y aguantarme la presión del Grupo Clarín, que el día que tomó Cablevisión me echó de una patada en el culo”.

Es que, tal como señaló, Gustavo Granero, de FATPREN: “La monopolización de los canales de cable en pocas manos generó que se eliminen noticieros, que cientos de compañeros queden en la calle, que en la actualidad, por ejemplo, un canal de aire en San Juan pretenda fusionarse con un cable para eliminar puestos de trabajo y uniformar la información”.

La posición dominante de los grupos empresarios les permite, además de excluir y silenciar voces, aplicar prácticas comerciales discriminatorias (*dumping*). Por ejemplo, el mismo servicio de TV paga es ofrecido a diferentes tarifas en distintos mercados geográficos del país según exista o no competencia, compensando la pérdida de ganancias en un mercado con las ganancias de otro con el sólo objeto de eliminar a posibles competidores. Esta operatoria fue constatada por la CNDC que en “R. Lloveras c/ Cablevisión” (2002) verificó la aplicación de tarifas diferenciadas por zona en Río Cuarto: los precios más elevados se aplicaban donde estas empresas tenían posición dominante, mientras que caían en las áreas donde enfrentaban competencia.

Otro caso paradigmático fue el de Punta Alta. Tal como refería el diario *Ámbito Financiero* (18/3/2008, p. 10), “El monopolio ‘Clarín’ llega a regalar el abono de su empresa de cable para terminar con la competencia, allí donde ésta aún sobrevive. Multicanal/CableVisión de la localidad de Punta Alta (...) está cobrando menos de \$40 mensuales a sus abonados, contra los casi \$90 que cobra en casi todo el resto del país. El precio, además incluye los paquetes de películas HBO y Movie City, y hasta el fútbol codificado. Esto, obviamente, afecta de manera directa a su único competidor sobreviviente, Punta Alta Visión, que se ve forzado a no pasar de los \$47 mensuales a riesgo de quedarse sin abonados. (...)”.

En el contexto actual, donde la política de Televisión Digital Abierta todavía se encuentra en desarrollo, la aplicación de tarifas abusivas en localidades donde no existe competencia de proveedores de servicios de TV paga excluye a los grupos económicamente más desaventajados.

Lo expuesto hasta aquí, las conductas predatorias como las barreras que impiden el acceso a nuevos sujetos de derecho, produce afectaciones concretas en los derechos del público que represento. Así lo demuestran las numerosas denuncias recibidas por esta Defensoría desde su creación, el 14 de noviembre pasado. Por su fuerza reveladora, didáctica y federal paso a reproducir algunas de ellas: “Tengo una hija pequeña y quisiera acceder al canal Paka-Paka sin tener

que pagarle a Cablevisión el extra por el servicio HD, como lo vengo haciendo hace más de un año. En abril de 2011 envié en reiteradas ocasiones mails a la empresa pidiéndoles que incorporaran el canal a la grilla básica, denunciando que estaban contraviniendo lo que dicta la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual de la Democracia y quebrantando nuestros derechos constitucionales a acceder a una TV de calidad que estimule el desarrollo y el bienestar de los chicos y las chicas argentinos...” [Actuación 452/13 (C.A.B.A)]. “...En la ciudad de Mar del Plata el monopolio Cablevisión no cumple con la normativa, no incluye en su programación a CN23, Paka-Paka, Telesur, tampoco cumple con la grilla y tampoco respeta la tarifa fijada por la ley entre otras violaciones los canales locales N° 10 y N° 8 no transmiten programación local los días de la semana limitándose a retransmitir los programas de Canal 11 y Canal 13”. [Act. 441/13 (Mar del Plata)]. “[En Tandil]...Cablevisión no ha incluido en su grilla de programación los canales de la televisión digital. Me parece que eso [...] priva en primer lugar a los argentinos de acceder a esos contenidos que en muchos casos son científicos, educativos y tienen —me parece— un valor agregado que no encontramos en otras señales de televisión de la Argentina [...] desde hace meses se están produciendo contenidos, y no solamente no tenemos posibilidad de acceder a esos productos desde la única empresa que ofrece el servicio de televisión por cable...” [Act. 22/13, Audiencia Pública Provincia y Ciudad de Bs. As. (28/6/13)]. “...soy el dueño de un canal de aire, nacido con la nueva ley de medios, hace 4 años funcionamos en la ciudad de Funes, provincia de Santa Fe y sólo salimos por aire, o sea que solo nos puede ver muy poca gente que es la que no cuenta con sistema de cable, me reuní varias veces con las dos empresas de cable de la ciudad, una es una empresa local y la otra es del Grupo Clarín, ninguna de las dos nos quiere incorporar, cuando la ley de medios exige que los sistemas de cable tomen los canales locales del área de cobertura, ellos dicen que al no tener licencia no tienen obligación, pero nosotros contamos con todos los papeles presentados en el AFSCA y pagamos todo lo que nos piden, además la gente del pueblo quiere ver canal 10 en el cable, estamos declarados de interés general por el concejo de la ciudad y [...] uno de los cables no cuenta con canal local...” [Act. 202/13 (Funes, Santa Fe)]; “Qué se puede hacer en Mar del Plata, donde somos ‘cautivos obligados’ de esta empresa ya que no podemos acceder a otro proveedor de cable, que permanentemente nos aumenta la tarifa [...] somos jubilados, a dónde vamos a ir para que no nos sigan aumentando?” [Act. 89/13]. “En la localidad de Rawson, partido de Chacabuco, provincia de Buenos Aires, Cablevisión S.A. es el único proveedor de servicios de televisión y limita su programación en esta localidad, discriminatoria y abusivamente, a solo aprox. 35 canales cuando publicita que su programación es de 75 canales de conformidad con el paquete más económico “Cablevisión Clásico” [...], a los usuarios de los servicios de comunicación audiovisual se nos impide ejercer la libertad de elección y se nos dispensa un trato discriminatorio que restringe irrazonablemente el acceso a la información y a la diversidad cultural”. [Act. 78/13].

No resulta necesario un profundo análisis para entender que la concentración del Grupo Clarín acota la diversidad de información y de bienes culturales a los que pueden acceder las audiencias. Solo en pocas ciudades el público tiene la posibilidad de elegir su proveedor de TV por cable. La imposibilidad de elegir cómo informarse es una vulneración concreta de los derechos del público que ocurre minuto a minuto.

Es que en el ámbito audiovisual, la concentración en la producción de bienes simbólicos redundará en una limitación de emisores de la información, una estandarización de géneros y estilos, una unificación de la línea editorial y un mayor poder para el establecimiento de agenda pública. El escenario concentrado reduce la diversidad de opiniones, con su consiguiente impacto sobre la consolidación democrática. Los grandes grupos mediáticos no suelen brindar información acerca de ellos mismos ni del mercado/mapa mediático en general. Es decir, tanto

las composiciones accionarias como los conflictos que pueden tener lugar entre trabajadores de los medios y las patronales carecen de visibilidad mediática o bien, cuando trasciende, son presentados bajo el rótulo de “ataques a la libertad de expresión” (Informe FIP, 2011).

La operación de concentración comercial de Cablevisión S.A. y Multicanal S.A., como la adquisición de distintos cableoperadores del país por parte de las empresas mencionadas, de propiedad del Grupo Clarín y el fondo estadounidense Fintech Advisory, permitió la concentración del mercado audiovisual y de televisión abierta. Existe por tanto una situación paradójica: mientras se reconoce a la comunicación como derecho humano de carácter universal cuyo titular es el público, el acceso a la información y a los bienes culturales se rigen en los hechos por los intereses del sujeto empresario.

Al respecto, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA, tiene dicho que: “Si estos medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por sólo uno, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas, o sólo una, ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia. La democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático”².

El Grupo Clarín S.A. además controla directa o indirectamente, tal como surge del Dictamen de la Procuradora General de la Nación en estos autos, una licencia de TV abierta en la C.A.B.A., Canal 7 de Bahía Blanca, Canal 12 de Córdoba y Canal 6 de Bariloche; ocho señales de televisión: el Trece Digital, TN, Volver, Quiero Música, Magazine, TYC Sports, Tyc Max y Canal Rural, participación accionaria en Polka Producciones y Patagonik Film Group; 9 licencias de radiodifusión sonora en AM y en FM en la C.A.B.A., Radio Mitre AM 790 y La 100 FM 99.9, AM 810 y FM 102, 9 de Córdoba, FM 96.3 de Bahía Blanca, FM 99.5 San Miguel de Tucumán, Fm 99.3 Santa Fe, FM 92.1 San Carlos de Bariloche y FM 100.3 en la ciudad de Mendoza. Y por medio de Cablevisión S.A. y sus empresas absorbidas explotan 180 licencias de servicios de comunicación audiovisual por vínculo físico.³

Corresponde aclarar que el proceso de transferencia de licencias de SCA de Cablevisión S.A fue rechazado por el COMFER bajo el anterior régimen legal por infracción al régimen de multiplicidad de licencias (Res. 577-COMFER/09).

El contenido de la ciudadanía comunicacional, como se desarrolló, implica el reconocimiento de un conjunto de derechos que se inscriben en el constitucionalismo multicultural, en el que la profundización de la democracia y la igualdad se vinculan no sólo con derechos redistributivos, sino con derechos de reconocimiento de las identidades colectivas, plurales y diversas. Desde esta perspectiva, la concentración de los medios, y por ende, la unicidad de los discursos, es un factor estructurante de diversos tipos de injusticia simbólica, que se traduce en dominación cultural.

² CIDH, *Informe Anual 2003*, disponible en www.cidh.org/relatoria

³ El grupo participa además en Papel Prensa SA, es propietario de Arte Gráfico Editorial Argentino que distribuye Clarín, Muy, Olé, La Razón, Genios, Jardín de Genios, Ñ, Pymes, Tiki Tiki, Elle y Clarín Rural; y el diario de Arquitectura. Presta contenidos en internet (clasificados, clarin.com, ole.com.ar, entremujeres.com y biencasero.com). Asimismo, controla Tinta Fresca Ediciones SA. A través de Artes Gráficas Rioplatense SA imprime sus productos —Viva, Shop & Co.— y de terceros. Tiene participación en Impropost Tecnologías SA. Es dueño en parte de Cúspide Libros y Librocit.com, titular de la Compañía Inversora en Medios de Comunicación (Cimeco), que distribuye los principales diarios regionales de Argentina. Cuenta con los diarios La Voz del Interior y Día a Día de Córdoba, captando el 59,4% del mercado. Controla el diario Los Andes de Mendoza. Explota portales en internet y a través de GC Gestión Compartida SA brinda servicios a terceros y otras empresas subsidiarias. Produce contenidos digitales a través de Contenidos de Medios Digitales (CMD), rubro del que se define como líder en 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. (Cfr. dictamen de la Procuradora Gral. de la Nación).

De allí que resulte imperante la regulación estatal de la cantidad de licencias, de acuerdo con la finitud del espectro radioeléctrico, pero también la necesidad de regular e impedir la propiedad cruzada y la superposición de roles que habilita a multiplicar las licencias en cuanto a producción, siendo también el encargado de la distribución. En palabras de Owen Fiss: “Los actores privados pueden amenazar el debate público tanto como los actores estatales. En segundo lugar, que el Estado a veces puede ser el único poder en una sociedad capaz de contener estas fuerzas. Ninguna de las proposiciones niega que el poder del Estado podría ser utilizado con el propósito de suprimir el debate público. Más bien reflejan la creencia de que el efecto en el debate público de la censura de los llamados ‘actores privados’, no sólo el provocador, sino también los gerentes de los medios de comunicación o los económicamente poderosos no es cualitativamente diferente de la censura estatal, y que la amenaza que ambas significan para la democracia a veces podría justificar la expansión de la autoridad regulativa del Estado”⁴.

Los límites a la concentración. El artículo 45 de la LSCA

La intervención de los Estados se torna imprescindible para garantizar un reparto equitativo de los medios y preservar la diversidad de las manifestaciones culturales. Así lo afirma un estudio de 2008 de la UNESCO, según el cual las autoridades deben “exigir la desinversión en las operaciones mediáticas actuales cuando la pluralidad esté comprometida o se alcancen niveles inaceptables en la concentración de la propiedad”, como ocurre en la Argentina.

Desde la perspectiva de los derechos del público, el examen de constitucionalidad del art. 45 de la LSCA debe tener en cuenta las obligaciones del Estado de promover el pluralismo informativo y proteger la diversidad cultural. Esta obligación fue remarcada por la Corte IDH en *Kimel vs. Argentina* (2008): “Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo.”

En tal sentido la Relatoría de la CIDH, en su informe del año 2011 recomendó: “Promover políticas y prácticas efectivas que permitan el acceso a la información y la participación igualitaria de todos los sectores de la sociedad para que sus necesidades, opiniones e intereses sean contemplados en el diseño y la toma de decisiones sobre políticas públicas. Asimismo, adoptar medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar el pluralismo, incluyendo leyes antimonopólicas”.

A su vez, la denominada cláusula para el progreso que desarrolla el art. 75 de la CN, pone en cabeza del Congreso la obligación de dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural. Es importante remarcar que la obligación del Estado como garante del pluralismo informativo y la diversidad cultural requiere de mecanismos específicos en este campo, distintos a los de Defensa de la Competencia, que solo actúa sobre precios y condiciones de mercado. Siguiendo con este razonamiento, el art. 45 de la LSCA constituye el mecanismo regulatorio específico que propende de un modo más extenso, a promover el “pluralismo informativo” y, a través de él, la dimensión social del derecho a la información, así como proteger la diversidad cultural, permitiendo que organizaciones comunitarias sin fines de lucro, medios

⁴ Democracia y disenso, una teoría de la libertad de expresión, editorial Adhoc, 2002, página 42.

universitarios o educativos, pueblos originarios, y comunidades con diferentes identidades, tengan una participación en la esfera pública, como formadores de sujetos, de actores sociales y de diferentes modos de comprensión de la vida y del mundo, con pluralidad de puntos de vista y debate pleno de ideas. Y a su vez, que el público pueda elegir entre diferentes patrones sociales de representación, interpretación y comunicación.

Si la LSCA reconoce el derecho a la comunicación como un derecho social, la constitucionalidad del art. 45 debe ser analizada a la luz de los estándares internacionales de DESC. Los límites a la concentración apuntan a asegurar la satisfacción de por lo menos niveles básicos del derecho a la comunicación, de contenido universal, utilizando el máximo de los recursos disponibles, tal como ordena el PIDESC. Como señaló V.E en Quisberth Castro, el Estado debe adoptar medidas económicas, técnicas y legislativas para lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos. En base a esta obligación, las limitaciones a la multiplicidad de licencias buscan prevenir la inequidad distributiva en los transportes de la comunicación, mejorando la situación de quienes no pueden prestar SCA en las condiciones de reparto vigentes. Del mismo modo en que el principio de relatividad de los derechos es doctrina de V.E, la CorteIDH considera que las restricciones al ejercicio de derechos no constituyen una medida regresiva per se, siendo necesario analizar la afectación del derecho individual con relación a las implicaciones colectivas de la medida (Acevedo Buendía vs. Perú, 2009). Así, la restricción de derechos patrimoniales en la que se basa este reparto debe analizarse a la luz de la ampliación de la totalidad de los derechos que se pretenden garantizar con la desconcentración. La desconcentración de los medios resulta una medida positiva para reducir ventajas estructurales y dar trato preferente apropiado a los grupos vulnerables, a fin de conseguir su plena participación e igualdad dentro de la sociedad. En definitiva, esta norma efectiviza el principio de igualdad sustantiva en relación a la libertad de expresión.

Lo dispuesto por el artículo 45 está en sintonía con las diferentes relatorías sobre libertad de expresión (ONU, OSCE, OEA, CADHP) “Enfatizando la naturaleza compleja de la diversidad, que incluye la diversidad de medios de comunicación (tipos de medios) y de fuentes (propiedad de los medios), así como la diversidad de contenido (producto de medios)... Notando que la concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación, directa o indirecta, así como el control gubernamental sobre los mismos constituyen una amenaza a la diversidad de los medios, a la vez que generan otros riesgos, tales como la concentración del poder político en manos de los propietarios o de elites gobernantes” (Declaración conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 2007).

En ese sentido podemos identificar la estructura del sistema de la LSCA, comenzando por aquella que establece un número máximo de licencias que puede poseer una persona, ya sea de existencia física o ideal (art. 45, inc. 1, ap. a), b) y c), 1er párr.). Coordinadamente la norma se refiere al establecimiento de cuotas de mercado máximas que se fijan en el 35%, para impedir el pensamiento único. Asimismo, regula razonablemente la existencia de límites cruzados a la multiplicidad de licencias en función del área de cobertura. Por último, se busca evitar que el propio titular del SCA sea propietario de gran cantidad de las señales que integren su servicio y así monopolice la información de las audiencias, como se explicó.

Los ejemplos internacionales en la misma línea abundan. En Francia, la actividad de la radio está sujeta a un tope de población cubierta con los mismos contenidos, en tanto que en TV se admite hasta 1 servicio nacional y 1 de carácter local (hasta 6 millones de habitantes) y están excluidos los medios gráficos que superen el 20 % del mercado. En Estados Unidos en cada área no se pueden superponer periódicos y TV abierta. Asimismo, las licencias de radio no pueden

superar el 15% del mercado local, la audiencia nacional no puede superar el 35% del mercado y no se pueden poseer en simultáneo licencias de TV abierta y radio. En Italia, se autoriza hasta 1 licencia por área de cobertura y hasta 3 en total. Y para radio se admite 1 licencia por área de cobertura y hasta 7 en total, además de que no se puede cruzar la titularidad de las licencias locales con las nacionales. En Inglaterra, la suma de licencias no puede superar el 15% de la audiencia y los periódicos con más del 20% del mercado no pueden ser licenciarios y no pueden coexistir licencias nacionales de radio y TV. En ninguno de estos países sería posible la situación actual de Grupo Clarín SA. La pregunta es en qué país podría existir si no fuera éste, donde aún cuando la ley lo impide, las dilaciones judiciales lo aceptan.

En cuanto al número de 24 licencias establecido en nuestra ley para la titularidad de un SCA cuando se trate de la explotación de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico en diferentes localizaciones, debemos decir que corresponde al margen de decisión de los legisladores. Ese número fue contemplado en el mensaje enviado por el Poder Ejecutivo y en los proyectos de los diputados Lozano (Expte: 4232-D-2009) y Bonasso (Expte: 4168-D-2009).

Lo cierto es que la eventual declaración de inconstitucionalidad tanto de la cantidad de licencias, como del límite de las señales que integran un servicio de comunicación audiovisual, permitiría que un grupo económico acapare todas las señales que brinda su propio servicio y que sea titular de todos los servicios de comunicación audiovisual, con el límite del art.45, pto.1 c) último párr.

Reforzando aquello que señala el público en las audiencias públicas convocadas por esta Defensoría, ocurre que se levantan en la provincia del Chaco escuchando la temperatura de Buenos Aires y están al tanto de los choques en la General Paz, pero no conocen el estado del puente que une Resistencia con Corrientes. También así se había señalado en las audiencias públicas del Congreso de la Nación, previas a la sanción de la LSCA: "Retransmiten, en la mayor parte de su programación, los contenidos de la Capital Federal [...] Digo esto porque a los medios más grandes, más importantes de la provincia o, en todo caso, de la ciudad de Formosa, que es la capital, acuden los principales comerciantes o negociantes del lugar para emitir su publicidad y quedan marginados, de alguna manera, los medios pymes o comunitarios más pequeños y, obviamente, eso tiene que ver con la falta de capacidad económica para sostener una programación buena y poder tener capacidad de competir con los grandes medios." Néstor Fabián Sinsig, Asociación de Radiodifusores de Formosa.

Este dato marca lo que aún queda pendiente para garantizar el respeto de las identidades locales, reconocidas en el art. 45, en su relación con los artículos 2, 3° párr. in fine y 65 inc.3 d) e) g) y h).

El art. 45 permite que nuevos competidores accedan a SCA y que los ciudadanos gocen de distintas fuentes de información, de entretenimiento y cultura. En razón de lo expuesto, de mantenerse la suspensión de los distintos segmentos del art. 45 se estaría desnaturalizando toda la inteligencia de ley.

La razonabilidad de la intransferibilidad

El artículo 41 busca transparentar el régimen de transferencia de licencias, volviendo al principio de intransferibilidad. Este principio presenta excepciones al habilitar el traspaso de hasta el 49% del capital accionario de una licencia siempre que se verifiquen los siguientes extremos: 5 años de transcurrido el plazo de la licencia; que la operación sea

necesaria para la continuidad del servicio; que se mantenga en los titulares de origen más del 50% del capital y; que represente más del 50% de la voluntad social.

Los SCA realizan una actividad de interés público, por lo tanto corresponde que la autoridad evalúe al potencial adjudicatario y su propuesta comunicacional en función de los objetivos de la ley. Desde la perspectiva de las audiencias es fundamental la plena transparencia acerca de quiénes son los licenciatarios. No se trata de parámetros económicos sino democráticos: conocer quién está hablando y qué intereses están representados por ese discurso. Esto solo puede ser garantizado por el Estado, conforme a los estándares internacionales de DDHH que le exigen garantizar el acceso a la información de la ciudadanía. El régimen de transferencia sin la mediación del Estado permitió acuerdos entre privados que encubrieron la identidad de los licenciatarios, en un contexto en que los SCA construyeron su legitimación presentándose como “mediadores neutrales” entre el poder político-económico y las audiencias (Vommaro, 2008).

V.E. deberá tener en cuenta que permitir la transferencia de licencias sin previo contralor implicaría convalidar acuerdos de hecho entre particulares que pueden perjudicar los derechos de las audiencias.

En el juego democrático del debate parlamentario generado en el marco de la LSCA, los poderes políticos de la Nación ejercieron plena y regularmente sus potestades y, previa deliberación y discusión, escogieron dentro de las alternativas jurídicamente posibles, aquella que consideraron más adecuada a la protección de los intereses del público. Por consiguiente, intentar que por conducto de una acción judicial el Poder Judicial de la Nación legisle y “derogue” normas ampliamente debatidas, constituye una clara e inconstitucional invasión a la zona de reserva legislativa que violentaría el principio republicano de división de los poderes consagrado en el art. 1º de la Constitución Nacional.

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta oportuno destacar que estamos ante lo que la doctrina ha dado en llamar “cuestión de discrecionalidad técnica no justiciable”. Así lo entendió V.E. en “Prodelco” (Fallos 321:1252) cuando frente a un planteo que en definitiva incumbía una cuestión de discrecionalidad técnica sostuvo que el control de legalidad administrativa y el control de constitucionalidad que compete a los jueces en ejercicio del poder jurisdiccional, no comprende la facultad de sustituir a la Administración en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad, por lo cual, cabe considerar que, menos aún, puede aceptarse la intervención judicial en estos casos.

La legalidad del plazo de adecuación

El art. 161 de LSCA es la herramienta diseñada por el legislador para que los límites a la concentración previstos en el art. 45 tornen efectivo el cambio de paradigma y hagan realidad la diversidad de información que el público espera. Esto implicará el cambio real, desde aquel paradigma autoritario, mercantilista y liberal, en el que la información servía a la doctrina de la Seguridad Nacional, al actual centrado en la perspectiva de los derechos humanos.

Recordamos que el plazo de adecuación previsto por el art. 161 fue prorrogado por las Resoluciones 297-AFSCA/10 y 1295-AFSCA10, y en el caso particular fue extendido por las medidas cautelares dictadas en distintos incidentes de la presente causa. De manera que el año previsto por el legislador se cuadruplicó. Cabe preguntar, primero, cuál sería la consecuencia de la aplicación del art. en cuestión.

La respuesta surge de la última parte del primer párrafo del art. 161: “vencido dicho plazo serán aplicables las medidas que al incumplimiento –en cada caso- correspondiesen”. De ello se desprende que se iniciará un procedimiento

administrativo en el que quien se considere afectado podrá articular todas las defensas que estime adecuadas. Por su parte, cabe destacar que no existe la obligación de “vender”. La ley ordena adecuarse y tal adecuación podrá concretarse por diversos métodos.

A los fines de comprender que el art. 161 no viola los derechos constitucionales, resulta necesario recordar que el vínculo jurídico que une a un licenciatario con su licencia, en nada se asemeja al concepto de propiedad que establece el Código Civil. Es un vínculo de naturaleza administrativa, que presenta caracteres especiales, imposibilitando la aplicación de los principios rectores del derecho de la propiedad, tal como se los conoce en el derecho privado. No existe afectación del derecho de propiedad en los términos del art. 17 de la CN. No hay dueños de licencias, sino licenciatarios temporales, con obligaciones que permiten esa temporalidad.

Por otra parte, cabe recordar que cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares -cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general-, esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito (doctrina de Fallos: 301:403; 305:321; 306:1409, entre otros). También ha dicho V.E. que los jueces deben actuar con suma prudencia cuando se trata de resarcir daños causados por actos administrativos dispuestos por razones de interés general, verificando si tales daños efectivamente se han producido y son una consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado. Se enfatizó que es necesario acreditar la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue. (El Jacarandá S.A. c. Estado Nacional, 2005).

Como se ha dicho, el art. 161 sólo manda a adecuar la actividad de los licenciatarios al nuevo paradigma de la comunicación democrática. Sobre la cuestión, en un caso donde la empresa Cablevisión cuestionó una ordenanza de la Municipalidad de Pilar -que modificó las condiciones de instalación y funcionamiento de sistemas de comunicación, telefonía, televisión por cable, iluminación, energía eléctrica, circuito cerrado de televisión, radiodifusión, antenas comunitarias de comunicación o televisión y/o cualquier otro servicio que requiera la ocupación del suelo, subsuelo y espacio aéreo para su tendido, fundándose en razones de paisaje urbano y del patrimonio privado de vecinos, así como de estética urbana y seguridad pública-, la empresa de cable invocó tener un derecho adquirido, en tanto el municipio la autorizó a tender el cable sin necesidad de soterrarlo. La Corte recordó entonces que los decretos y normas reglamentarias, en cuanto a su derogación o reemplazo, participan del mismo régimen que las leyes, en tanto ningún derecho adquirido puede impedir su remoción del ordenamiento jurídico pues, de lo contrario, se admitiría el postulado de la inamovilidad del derecho objetivo. Al respecto, es pacífica la doctrina del Tribunal en torno a que “la modificación de leyes por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna, ya que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a la inalterabilidad de los mismos”. (Fallos:267:247;268:228;291:359;308:199;311:1213; 315:839; 318:1531; 321:2683;323:3412;325:2875).

Palabras finales

Cabe preguntar, entonces ahora, cuál sería la consecuencia de la no aplicación del art. 161. Recordamos que la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH (2000) afirmó 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”. Y que en el informe 2009 aprobado por la CIDH, la Relatoría Especial de Libertad de Expresión indicó que: “Es claro que la concentración de la propiedad de los medios de comunicación conduce a la uniformidad de contenidos que éstos producen o difunden.... Los Estados deben intervenir activamente para evitar la concentración de propiedad en el sector de los medios de comunicación”.

De eso se trata la LSCA. No fue 1 año como plantea el art. 161, tampoco los 4 actuales, cuál es el criterio de urgencia, entonces, que merece la operatividad de leyes anti monopolísticas ya que lo que está en juego no es el derecho de propiedad de un grupo, sino el derecho a la comunicación de todos, es decir la democracia en su pleno sentido. Cabe recordar que el Relator Especial de la ONU destacó: “Creo que es muy importante el ejercicio y el proceso de consulta, y creo que es importante la urgencia de esta ley. La ley actual es una ley de 25 años, de la dictadura militar, y ningún país de América latina puede quedarse con legislación que sea producto de sus viejas dictaduras militares. Dentro de esa visión del pluralismo yo creo que la libertad de expresión es romper los moldes formales, romper los monopolios, romper la imposición y abrirse a la diversidad y el pluralismo y esta es una de mis intenciones” (Télam, citada).

Está en manos de esta Corte ahora profundizar la democracia permitiéndonos avanzar hacia el futuro o hacernos retroceder treinta años y llevarnos al viejo y perimido paradigma comunicacional.

Desarmado el mito de la homogeneidad sociocultural, los medios de comunicación constituyen una de las arenas más evidentes de representación y disputa de los colectivos sociales por el acceso igualitario a los derechos (Caletti, 2007). De ahí que la esfera pública sea considerada hoy, en uno de sus niveles, como esfera mediática y como cultura mediática (Kellner, 2011). A diferencia del supuesto liberal, no se sustentan en la autorregulación mercantil, sino más bien en las formas políticas en que se preserva la diversidad sociocomunicacional. Proteger el nuevo foro, el ágora contemporánea, alentar la multiplicidad de voces, fomentar su existencia desde la diversidad y el pluralismo significa elaborar los mecanismos que impidan la monopolización y la homogeneización de los múltiples sentidos culturales. Los medios de comunicación constituyen pilares cruciales de ese foro de la sociedad contemporánea y como tales deben permitir el acceso igualitario de las audiencias en tanto nuevos sujetos de derecho.

Petitorio

En virtud de todo lo expuesto, solicito a ese Tribunal la aplicación plena e inmediata de la Ley 26.522.

Se tengan en consideración los argumentos desarrollados, a fin de resolver a consecuencia de ello.

Proveer de conformidad, SERA JUSTICIA