



Universidad Nacional de Lanús
Centro de Derechos Humanos

SE PRESENTAN COMO AMIGOS DEL TRIBUNAL

Señores Jueces y Juezas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Ana Jaramillo, Rectora de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa), *Ricardo Fava*, Director del Centro de Derechos Humanos de la UNLa, y *Victor Abramovich*, Director de la Maestría en Derechos Humanos de la UNLa y Abogado patrocinante (T 40 F 45 CPACF), con domicilio en Av. 29 de septiembre 3901, Lanús, y constituyendo domicilio legal en Belgrano 1338, 6to. Piso L, de la Ciudad de Buenos Aires, y domicilio electrónico en rfava@unla.edu.ar, en la causa Nro. G.439. XLIX-Rex-caratulada "Grupo Clarín c/ Estado Nacional-Poder Ejecutivo Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad s/ recurso extraordinario" a V.E. nos presentamos y decimos:

I. OBJETO

Que venimos a presentarnos como *Amicus Curiae* para someter a su consideración argumentos de derecho constitucional e internacional de los derechos humanos que entendemos relevantes para la resolución de la cuestión planteada en esta causa.

II. INTERÉS DE LA UNLa EN LA PRESENTE CAUSA

La Universidad Nacional de Lanús es persona jurídica de derecho público, con Sede en el partido de Lanús, provincia de Buenos Aires, con autonomía institucional, académica y autarquía económico-financiera. Fue creada el 7 de Junio de 1995 por Ley de la Nación N° 24.496.

La Universidad Nacional de Lanús tiene como misión primaria contribuir a través de la producción y distribución de conocimiento y de innovaciones científico tecnológicas, al desarrollo económico, social y

cultural de la región, a fin de mejorar su calidad de vida y fortalecer los valores democráticos en el conjunto de la sociedad, articulando el conocimiento universal con los saberes producidos por nuestra comunidad.

El Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús fue creado en el mes de diciembre de 1996 y depende directamente del Rectorado de la Universidad. Tiene como misión la investigación, la enseñanza y la promoción de los derechos humanos como componente de las políticas públicas y el sistema democrático.

En este marco, el Centro de Derechos Humanos desarrolla actividades de docencia, investigación y vinculación con la comunidad, mediante la promoción de diferentes modos de conceptualización de los derechos humanos como campo de las políticas públicas y como espacio de reflexión e intervención sobre la realidad. A lo largo de su existencia ha ido consolidando diferentes líneas de investigación, muchas de las cuales se ven reflejadas en la existencia de equipos de investigación, publicaciones y ofertas académicas.

En materia de docencia de posgrado, el Centro de Derechos Humanos provee una oferta integral, compuesta por el Doctorado en Derechos Humanos, la Maestría en Derechos Humanos, y distintos Cursos de Posgrado orientados a las líneas de investigación que constituyen ejes transversales de trabajo del Centro.

La Maestría en Derechos Humanos tiene como objetivo general la formación en Derechos Humanos, con especial consideración en las políticas públicas. Sus áreas prioritarias son la administración de justicia, las políticas sociales y las políticas de seguridad ciudadana.

En materia de investigaciones, el Centro de Derechos Humanos desarrolla distintos proyectos que aportan a la construcción crítica del campo académico de los derechos humanos, en torno a ejes temáticos claves: equidad y exclusión social; relación entre Estado y defensa y promoción de derechos, y mecanismos e instituciones de protección de derechos humanos.

Conforme a sus objetivos y a la misión institucional, el Centro de Derechos Humanos y la Maestría en Derechos Humanos realizan también actividades de cooperación, capacitación y/o debate sobre temas de actualidad para la comunidad en general¹.

En relación con el artículo 7 de la Acordada 7 de 2013, manifestamos que nuestra presentación sostendrá la constitucionalidad de la ley 26.552, que coincide con la posición del Estado Nacional en esta contienda. La Universidad no ha recibido asesoramiento de las partes en cuanto a los fundamentos de su presentación, ni se beneficiará patrimonialmente del resultado del proceso.

III. EL INTERES PÚBLICO INVOLUCRADO EN EL CASO. DOS VISIONES OPUESTAS SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESION.

El presente caso reviste un claro interés público. En él se encuentra en discusión nada menos que el papel del Congreso de la Nación como garante del acceso igualitario a la esfera pública y su capacidad legal para regular el funcionamiento de servicios de comunicación audiovisual con el propósito de evitar procesos de concentración de propiedad de medios que obstaculizan el pluralismo y la posibilidad de expresión y participación. En los diferentes argumentos constitucionales volcados por las partes del proceso y los tribunales actuantes, se exponen visiones contrapuestas de la libertad de expresión, su dimensión individual y social y el papel del Congreso (del Estado) como regulador y garante del ejercicio de los derechos fundamentales.

¹ En este marco, merecen destacarse la elaboración de distintos *amicus* y dictámenes jurídicos, en materias que son de su interés y conocimiento, presentados tanto a nivel provincial, nacional e internacional, como ante sede judicial y legislativa. Entre otros, pueden señalarse los siguientes dictámenes: "Propuestas de Reforma al Código Civil a la luz del Derecho a una Vivienda Adecuada", que fuera presentado ante la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación; el Dictamen presentado ante la Honorable Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires en ocasión del debate legislativo en torno al proyecto de Ley D-2724/12-13 de Acceso Justo al Hábitat; y el Dictamen "Derecho a la seguridad social y discriminación por orientación sexual. Dictamen sobre el proyecto de ley de seguridad social para los abogados de la Provincia de Buenos Aires", también presentado ante el Poder Legislativo de la Provincia de Buenos Aires.

En materia de elaboración de *amicus curiae*, merecen destacarse los antecedentes compuestos por la presentación por parte del Centro de Derechos Humanos de un *amicus curiae* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ocasión de la Opinión Consultiva OC-21 sobre las obligaciones de los Estados con relación a las medidas pasibles de ser adoptadas respecto de niños y niñas migrantes, así como la participación, de especial pertinencia en el tema que nos ocupa, del Centro de Derechos Humanos en la Presentación en sede judicial que, por la defensa de la constitucionalidad de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, presentaron en conjunto Universidades, sindicatos y organizaciones sociales y de derechos humanos. Todos estos documentos pueden consultarse en la página web de la Universidad Nacional de Lanús, en <http://www.unla.edu.ar/index.php/documentos-cdh>

Con frecuencia, en diferentes contextos históricos, las acciones afirmativas dirigidas a revertir patrones estructurales de exclusión social, son impugnadas en defensa de la igualdad de trato. Quienes históricamente resultaron privilegiados por las condiciones de la estructura social acuden a la igualdad formal en pos de no perder sus posiciones y beneficios. De la misma manera, las normas que procuran limitar la concentración de medios para asegurar el acceso igualitario a la esfera pública y la pluralidad de información y de expresión, suelen ser impugnadas con argumentos constitucionales basados en la afectación de la libertad de expresión. Los medios concentrados que pierden privilegios económicos y poder político con la legislación democratizadora, invierten la ecuación, y se presentan como víctimas de actos atentatorios de la libertad de expresión.

Es indudable que este conflicto entre miradas contrapuestas sobre cómo debe entenderse la libertad de expresión, está presente en el debate de la ley de servicios de comunicación audiovisual, en particular en relación con las normas que obligan a la desinversión, prohíben propiedad cruzada de medios, y fijan techos de propiedad y topes de concentración.

En nuestra opinión, la sentencia de la Sala I, de la Cámara Nacional de Apelaciones en Civil y Comercial Federal (La Cámara), al examinar la constitucionalidad de la ley de servicios de comunicación audiovisual, considera la libertad de expresión bajo una óptica liberal tradicional, como un derecho de autonomía, a la manera de un derecho civil individual. El derecho de libertad de expresión funciona para este enfoque como una *coraza protectora*, una *zona de exclusión estatal*. La esfera privada y la esfera pública se encuentran perfectamente separadas, y el derecho a la libertad de expresión procura que los ciudadanos estén protegidos de la acción intrusiva o la censura del Estado. Por eso cualquier norma sobre la prensa nace sospechada, y la mejor ley de prensa es la que no se dicta.

No todos los defensores del principio de autonomía llegan al extremo de exigir la absoluta inacción estatal. Sin embargo, desde este punto de vista tradicional, incluso en la administración de justicia argentina, cualquier regulación de medios trae consigo una presunción de invalidez que sólo puede ser desvirtuada si se supera un estricto escrutinio de razonabilidad: el legislador debe brindar razones de mucho para justificar

la limitación del derecho. Esta visión de la libertad de expresión sólo puede derivar obligaciones negativas del Estado. Deberes de respeto y no intervención. La autonomía individual sin injerencias públicas, bajo esta perspectiva, permitirá alcanzar una discusión pública de calidad, robusta y abierta.

Para Owen Fiss, sin embargo, “en la sociedad moderna, caracterizada por distribuciones de poder fuertemente desiguales y por una limitada capacidad de las personas para aprender todo que sería necesario para que puedan funcionar efectivamente como ciudadanos, esta suposición parece más problemática”. Según Fiss, “proteger la autonomía, colocando una zona de no interferencia alrededor del individuo o de ciertas instituciones producirá probablemente un debate público que estará dominado y, por lo tanto, constreñido por las mismas fuerzas que dominan la estructura social, no un debate que es “desinhibido, vigoroso y completamente abierto”².

Partiendo de ese diagnóstico, una *mirada estructural de la libertad de expresión* piensa el ejercicio de ese derecho en un contexto social signado por profundas desigualdades, donde los medios de comunicación son actores privados que ejercen prerrogativas otorgadas por las autoridades, y funcionan con un amplio poder de determinación y de condicionamiento de la esfera pública, que no es menor que el que puede ejercer un gobierno democrático. Unos reglamentan y los otros editan, pero no es posible otorgar a un poder un efecto inhibitor más fuerte que al otro.

La autonomía en la expresión es un bien relevante que debe ser protegido, y el Estado tiene deberes de respeto y no intervención, por ejemplo la prohibición de censura, la abstención de censura indirecta o restricciones abusivas, evitar la criminalización de la expresión y las responsabilidades ulteriores abusivas. Pero la finalidad principal de la libertad de expresión, en esta concepción estructural, es asegurar la calidad del discurso público, y en particular el acceso igualitario a la esfera pública. De allí que el Estado no es el enemigo potencial de la libertad de expresión, sino que como ocurre con otros derechos sociales, puede ser el principal garante de su ejercicio. En las formulaciones más fuertes de este enfoque, el Estado está no

² Owen Fiss, *Libertad de Expresión y Estructura Social*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política-ITAM-, Editorial Fontamara, México, 1997, pp. 51.

sólo autorizado a intervenir en la esfera de la comunicación social, sino que tiene el *deber de intervenir*, para asegurar que las distintas voces puedan ser oídas y la información diversa circule adecuadamente.

La autonomía, en esta concepción, debe ser protegida en función de su aporte a enriquecer el debate público abierto y plural. En ocasiones podría tener que ser limitada, por ejemplo cuando la expresión de opiniones de algunos ahoga las voces de otros, como ocurre respecto de la libertad de expresión reclamada por grupos de medios concentrados que obstaculizan el acceso a la expresión de otros medios de prensa y de diversos sectores sociales con dificultades expresivas.

Como señala Owen Fiss: “Lo que hace el principio de autonomía es crear una presunción muy fuerte contra la interferencia del Estado en la expresión de la opinión. Pero, bajo el principio del debate público (enfoque estructural), no existe tal presunción contra el Estado. El Estado se sitúa en pie de igualdad con otras instituciones, y le está permitido, es alentado, y en ocasiones se le exige tome medidas o dicte decretos que enriquezcan el debate público, incluso si esa acción supone una interferencia con la expresión de opiniones de algunos y por lo tanto, una negación de la autonomía”³.

Este enfoque estructural de la libertad de expresión es en nuestra opinión el que debería prevalecer en la interpretación de las normas constitucionales y en especial, en la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana.

IV. EI DEBER DE GARANTIA DEL DERECHO A EXPRESION E INFORMACION ANTE CONTROLES PARTICULARES EN EL ARTÍCULO 13.3. DE LA CONVENCION AMERICANA.

La interpretación que se brinde al artículo 13 de la Convención Americana resulta clave para establecer la base constitucional de la regulación sobre concentración de medios que la ley 22.522 contiene en diversas disposiciones, como el artículo 41, 45,48 y 161, entre otros.

³ Owen Fiss, *Libertad de Expresión y Estructura Social*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política-ITAM-, Editorial Fontamara, México, 1997, pp. 52.

La interpretación de la Corte IDH y de la CIDH será una guía ineludible de interpretación para los tribunales argentinos, quienes ejercen además un control de convencionalidad de las normas nacionales.

Para los órganos del sistema interamericano de derechos humanos la libertad de expresión tiene un sentido dual. Por un lado, el derecho de cada persona a expresar ideas e información. Por otro lado, el derecho de todas las personas a recibir información y conocer el pensamiento de los demás, y participar activamente en ese proceso comunicativo. Esto significa que la libertad de expresión tiene además de su dimensión de derecho individual, una dimensión de derecho social o colectivo.

El Estado además de su obligación de respeto, tiene fuertes obligaciones positivas. Entre ellas, principalmente, el deber de garantizar el ejercicio del derecho de expresión a quienes estén en situación de desventaja para su ejercicio a consecuencia de la estructura social o las condiciones del mercado. El Estado también tiene un deber de protección dirigido a impedir que actores no estatales, entre ellos los propios medios de comunicación, a través de abusos de controles del mercado o barreras de acceso, impidan el ejercicio del derecho a la expresión.

En la evolución de la jurisprudencia del sistema interamericano, el derecho a la libertad de expresión, como otros derechos, ha sido leído gradualmente con mayor énfasis en su dimensión social, ampliándose el papel del Estado como garante y sus deberes positivos de protección, que lo obligan decididamente a intervenir en las relaciones sociales estructuralmente desiguales.

En tal sentido, la Corte IDH en un caso resuelto el 3 de marzo de 2009 (“Ríos vs. Venezuela”) expresó:

“Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la responsabilidad que entraña para los medios de comunicación social y para quienes ejercen profesionalmente estas labores, el Estado debe minimizar las restricciones a la información y *equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo*. En estos términos se puede explicar la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios, que deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan, y el

esfuerzo por asegurar *condiciones estructurales* que permitan la expresión equitativa de las ideas”⁴.

En el mismo caso, la Corte IDH se refirió al deber de garantía del Estado ante controles de particulares consagrado en el artículo 13.3.

El artículo 13.3 de la Convención Americana dispone que “no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. Una interpretación literal de esta norma permite considerar que protege en forma específica la comunicación, difusión y circulación de ideas y opiniones, de modo que queda prohibido el empleo de “vías o medios indirectos” para restringirlas. La enunciación de medios restrictivos que hace el artículo 13.3 no es taxativa ni impide considerar “cualesquiera otros medios” o vías indirectas derivados de nuevas tecnologías. *Además, el artículo 13.3 de la Convención impone al Estado obligaciones de garantía, aún en el ámbito de las relaciones entre particulares, pues no sólo abarca restricciones gubernamentales indirectas, sino también “controles... particulares” que produzcan el mismo resultado. Para que se configure una violación al artículo 13.3 de la Convención es necesario que la vía o el medio restrinjan efectivamente, aunque sea en forma indirecta, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones*⁵.

Esta relación que establece la Convención y refuerza la interpretación de la Corte IDH entre concentración de medios y obstáculos al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, coincide con la opinión de los Relatores temáticos de los diversos sistemas de protección de derechos humanos. Así, en cuanto a las

⁴ Caso *Ríos y otros Vs. Venezuela*, sentencia del 28 de enero de 2009, párr. 106. El destacado nos pertenece.

⁵ Caso *Ríos contra Venezuela*. Párrafo 340. Opinión Consultiva OC-5/8, *supra* nota 71, párr. 48. *Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos. También el informe de la Relatoría de Libertad de Expresión de la CIDH, sobre “Concentración de Medios de Comunicación”, del año 2004, y el Principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la OEA.

medidas concretas destinadas a garantizar la diversidad de tipos de medios de comunicación, la Declaración de los Relatores de Libertad de Expresión de ONU, OEA, OSCE Y CADHP, es unívoca:

“En reconocimiento de la particular importancia que la diversidad de los medios de comunicación tiene para la democracia, para prevenir la concentración indebida de medios de comunicación o la propiedad cruzada de los mismos, ya sea horizontal o vertical, se deben adoptar medidas especiales, incluyendo leyes anti-monopólicas. Tales medidas deben implicar el cumplimiento de estrictos requisitos de transparencia sobre la propiedad de los medios de comunicación a todos los niveles. Además deben involucrar un monitoreo activo, el tomar en cuenta la concentración de la propiedad, en caso que sea aplicable, en el proceso de concesión de licencias, el reporte con antelación sobre grandes combinaciones propuestas, y la concesión de autoridad para evitar que tales combinaciones entren en vigor. Se debe proveer apoyo a aquellos que deseen establecer nuevos tipos de medios de comunicación, con base en criterios equitativos y objetivos aplicados en forma no discriminatoria”⁶.

Esta posición por lo demás es coherente con una tendencia de la jurisprudencia con cierto desarrollo en el sistema interamericano de imponer a los Estados el deber de actuar positivamente para brindar protección especial a grupos o sectores sociales en situación de desigualdad estructural, e incluso de establecer reparaciones que apunten a transformar los factores estructurales que determinan prácticas extendidas de discriminación y exclusión.

Esta obligación positiva se proyecta también como deber de protección frente a la acción de actores no estatales, o particulares, que tienen capacidad de afectar el ejercicio de los derechos humanos consagrados en la Convención. La Corte IDH incluso ha impuesto a los Estados responsabilidad internacional por tolerar prácticas extendidas de violencia por actores no estatales en perjuicio de grupos sociales estructuralmente discriminados.

⁶ Relatores de Libertad de Expresión de ONU, OEA, OSCE y CADHP, *Declaración Internacional sobre Diversidad en la Radiodifusión*, 12 de diciembre de 2007.

Consideramos importante para ilustrar el cambio de enfoque mencionado, seguir algunas intervenciones del SIDH en asuntos referidos a problemas de igualdad relacionados con diversas formas de violencia, o con asuntos relativos a la participación política y el acceso a la justicia. Estos precedentes marcan una línea jurisprudencial que tiende a una lectura en clave social de numerosos derechos civiles de la Convención Americana, y afirma la existencia de deberes de acción positiva y no sólo de obligaciones negativas de los Estados. Esos deberes positivos suelen ser impuestos con mayor intensidad, como resultado del reconocimiento de que ciertos sectores sociales viven en condiciones estructurales de desventaja en el acceso o ejercicio de sus derechos básicos.

Si observamos la evolución de la jurisprudencia sobre igualdad en el sistema interamericano, concluiremos que el SIDH demanda a los Estados un rol más activo y menos neutral, como garantes no sólo del reconocimiento de los derechos, sino también de la posibilidad real de ejercerlos. En ese sentido, la perspectiva histórica sobre la jurisprudencia del SIDH marca una evolución desde un concepto de igualdad formal, hacia un concepto de igualdad sustantivo que se comienza a consolidar en la etapa actual del fin de las transiciones a la democracia, cuando la temática de la discriminación estructural se presenta con más fuerza en el tipo de casos y asuntos considerados por el SIDH. Así, se avanza desde una idea de igualdad como no discriminación, o una idea de igualdad como protección de grupos subordinados. Eso significa que se evoluciona desde una noción clásica de igualdad, que apunta a la eliminación de privilegios o de diferencias irrazonables o arbitrarias, que busca generar reglas iguales para todos, y demanda del Estado una suerte de neutralidad o “ceguera” frente a la diferencia. Y se desplaza hacia una noción de igualdad sustantiva, que demanda del Estado un rol activo para generar equilibrios sociales, *la protección especial de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación*. Esta última noción presupone un Estado que abandone su neutralidad y que cuente con herramientas de diagnóstico de la situación social para saber qué grupos o sectores deben recibir en un momento histórico determinado medidas urgentes y especiales de protección.

En un informe reciente de la CIDH se sistematizan algunas decisiones jurisprudenciales del sistema que marcan esta evolución en el concepto de igualdad en relación con los derechos de las mujeres⁷.

Hay algunas consecuencias muy claras a partir de la adopción de una idea de igualdad estructural en el sistema interamericano. La primera es que las acciones de índole afirmativa que adopta el Estado no pueden ser en principio invalidadas bajo una noción de igualdad formal. En todo caso la impugnación de acciones afirmativas deberá basarse en críticas concretas de su razonabilidad en función de la situación de los grupos beneficiados en un momento histórico determinado. La segunda consecuencia es que los Estados no sólo tienen el deber de no discriminar, sino que ante ciertas situaciones de desigualdad de índole estructural, tienen la obligación de adoptar acciones afirmativas o positivas de equilibrio para asegurar el ejercicio de los derechos por ciertos grupos subordinados. Una tercera consecuencia es que también pueden violar el principio de igualdad, prácticas o políticas que son en apariencia neutrales, pero que pueden tener un *impacto o un efecto discriminatorio* sobre ciertos grupos desaventajados⁸.

Otra consecuencia relevante reside en la forma en que el SIDH estableció que los Estados tienen un deber de acción preventiva diligente para evitar prácticas de violencia contra las mujeres, aún frente a la actuación de actores no estatales, con base no sólo en el artículo 7 de la Convención de Belem do Para sino también en la propia Convención Americana. La responsabilidad del Estado provenía de no haber adoptado medidas preventivas con debida diligencia para evitar que esa forma extendida de violencia existiera y se reprodujera en perjuicio de un grupo o colectivo determinado. La CIDH valora fundamentalmente la existencia de un patrón o “pauta sistemática” en la respuesta Estatal, que expresa a su juicio una suerte de tolerancia pública con la situación de violencia denunciada no sólo en perjuicio de la víctima sino con relación a otros casos idénticos o con características comunes.

Para la Corte IDH *el deber de protección frente a actos de particulares impone al Estado la prevención con*

⁷ CIDH, “El Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”, 20 de enero de 2007, pp. 33-51.

⁸ En tal sentido sostuvo la Corte IDH en el caso “Jean y Bosico.” La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

*debida diligencia de riesgos reales e inmediatos que sean prevenibles y evitables*⁹.

El enfoque, como dijimos, va más allá de la situación particular de la víctima individual, pues se proyecta a la evaluación de la situación de discriminación y subordinación de un grupo social determinado. La situación estructural califica los deberes de prevención del Estado y sus obligaciones reparatorias en el caso particular, pero además justifica el tipo de recomendaciones de alcance general que fija la Corte IDH y que incluyen por ejemplo cambios en las políticas públicas, en la legislación y en los procedimientos judiciales y administrativos

Una mirada estructural e igualitaria de la libertad de expresión, en su dimensión social, se proyecta indudablemente sobre la manera de realizar un examen de ponderación de las normas que regulan la concentración de medios de comunicación en la ley 26.552.

En esta concepción no se resta importancia al ejercicio de la libertad de expresión y a los derechos de propiedad de las empresas de medios, pero se entiende que las normas antimonopólicas son normas de implementación del deber de garantizar el acceso igualitario a la esfera pública y por lo tanto encuentran en ese mandato positivo su justificación. La libertad de expresión está en ambos lados de la ecuación y por lo tanto no es posible sospechar de la validez de la norma regulatoria, ni imponer al legislador una carga adicional o rigurosa de justificación de la norma.

La regulación de la concentración de medios a fin de evitar que distorsionen los procesos sociales de expresión y obstaculicen a personas o sectores sociales la posibilidad de expresarse, es parte de las vías idóneas que el Estado puede seguir para implementar su deber de protección ante la acción de actores no estatales. El punto es particularmente relevante para los medios de comunicación, que si bien son actores privados, funcionan bajo licencias o autorizaciones públicas, al punto que la ley 26.522 en su artículo 2, los define como actividad social de interés público.

De tal manera, la libertad de expresión, si bien impone deberes negativos al Estado, también le impone obligaciones positivas, de garantía y de protección, que lo obligan a regular la concentración de medios,

⁹ CIDH, Informe 54/01, "Maria Da Penha Maia Fernández". Brasil, del 16 de abril de 2001. Ver también Demanda de la CIDH ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Campo Algodonero: Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez (Casos 12.496, 12.497 y 12.498) contra los Estados Unidos Mexicanos, 4/11/ 2007.

siempre que existan condiciones estructurales de desigualdad que funcionen como obstáculos para la expresión plural y diversa de ideas e información. Incluso el Estado argentino, podría ser responsabilizado a la luz del artículo 13.3 por su inacción si tolerara la actuación de medios monopólicos o dominantes en el mercado, o situaciones extendidas o estructurales de exclusión de otros medios o de sectores sociales con dificultades expresivas.

Esta mirada estructural sobre el artículo 13 de la Convención parte de un principio de igualdad fuerte. En nuestra opinión es también el principio de igualdad que recoge nuestra Constitución Nacional, en particular a partir de la lectura de los artículos 42, 75 inciso 19, y en particular del artículo 75 inciso 23¹⁰.

V. EL EXAMEN CONSTITUCIONAL DE RAZONABILIDAD DEL ARTÍCULO 45 DE LA LEY DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL.

El artículo 45 de la ley 26.522 contempla restricciones a la multiplicidad de licencias en el ámbito nacional y local, apelando a diversas vías de regulación que procuran evitar la conformación de monopolios, y los abusos de posiciones dominantes de mercado. Entre estas medidas, la ley establece techos de propiedad de licencias fijados por localización y porcentuales de audiencia; prohibiciones de propiedad cruzada de medios de comunicación; y eliminación de barreras de acceso al mercado.

El artículo regula diferentes servicios de comunicación audiovisual, como radiodifusión sonora, televisión abierta y radiodifusión televisiva por suscripción con uso de espectro radioeléctrico, radiodifusión por cable, y los registros de señales de contenidos.

El fallo de la Cámara declara la invalidez de varias disposiciones de este artículo. En efecto, el examen de razonabilidad realizado por la Cámara considera al artículo 45 *de una manera unidireccional*, como una norma que *restringe la libertad de expresión y el derecho de propiedad*.

En tal sentido a los elementos propios del examen ordinario de razonabilidad, como son la definición de la licitud del fin perseguido, y la idoneidad y proporcionalidad del medio regulatorio empleado, incorpora una

¹⁰ Ver al respecto, Saba, Roberto, "(Des)igualdad estructural", en Alegre, M. y Gargarella, R. "El Derecho a la Igualdad. Aportes para un Constitucionalismo Igualitario", Lexis Nexis, ACIJ.

suerte de presunción de invalidez que agrava la carga de justificación de la norma y la somete a un “escrutinio estricto”. En particular respecto de la regulación de servicios de comunicación que no usan espectro limitado, como la televisión por cable regulada en el artículo 45 apartado 1 inciso c.

Este punto no es meramente teórico, sino que tiene un indudable impacto en el parámetro utilizado para el examen de razonabilidad de la norma. En la perspectiva utilizada por los jueces de la Cámara Federal Civil y Comercial, la libertad de expresión es el derecho restringido por la norma cuestionada, y por lo tanto al tratarse de un derecho fundamental, su restricción debe sujetarse al cumplimiento de los requisitos estrictos de razonabilidad. La Cámara concluye que la norma adolece en ciertos puntos de un “*vicio de exceso de la regulación restrictiva*” que cambia las reglas de juego retroactivamente, provocando un perjuicio no reparable por vía por una compensación económica pues que afecta la libertad de expresión.

Pero a la luz de los precedentes señalados, la libertad de expresión es también la *justificación de la norma*, su *fundamento*, y en todo caso, *está en ambos extremos de la ecuación*. Este elemento clave para la interpretación de la normativa no está adecuadamente considerado en el análisis de razonabilidad y en la evaluación del peso de la prueba como base de la validez de las normas cuestionadas.

Los jueces brindan diferentes argumentos para justificar este tipo de análisis. Pero nos interesa señalar en este punto, que el punto de partida es considerar al artículo 45 sólo como una *norma de restricción* de derechos constitucionales, sin advertir su función como *norma de implementación de obligaciones positivas* de igual raíz constitucional. En efecto la regulación tendiente a impedir la concentración de medios no es sólo una *facultad* que puede ejercer el Estado argentino en pos de alcanzar el pluralismo y la diversidad informativa, sino que se trata de una *obligación* que el Estado debe cumplir con el fin de asegurar el ejercicio efectivo de la libertad de expresión por toda la población, y en especial con el propósito de garantizar el acceso igualitario a la esfera pública.

En el razonamiento del tribunal de alzada los *márgenes de regulación* varían considerablemente respecto de *los medios que usan espectro*, que es un bien público limitado, de los que no lo usan, por ejemplo la televisión por cable. Para la Cámara la regulación de medios que no usan espectro resulta “innecesaria” y

por lo tanto presupone que es desproporcionada respecto del fin de buscar pluralidad. El voto del juez Guarinoni, directamente habla de presunción de invalidez de la regulación y de la necesidad de examinarla bajo un *escrutinio estricto*.

Si bien la normativa comparada ha reconocido que las facultades de regulación del Estado son más fuertes con relación al uso de espectro, en el enfoque de la libertad de expresión que proponemos, lo relevante es la existencia de estructuras sociales distorsionadas que funcionen como barreras para la expresión, sin que importe la plataforma que se pretende utilizar. Si existe monopolio en el mercado de televisión por cable, y esto debe considerarse a partir del examen de las condiciones estructurales del mercado en un momento histórico determinado, la regulación no es sólo permitida, sino que resulta un imperativo para garantizar la libertad de expresión.

En el fallo Ríos, la Corte IDH, habla claramente de las “*condiciones estructurales*” que pueden impedir el ejercicio de la libertad de expresión. En varias decisiones sobre patrones estructurales se ha impuesto al Estado un deber de actuar con debida diligencia para prevenir riesgos de afectación de derechos por actores no estatales, incluso con deberes de monitoreo de la situación. Este estándar es mucho más amplio y dinámico que la clasificación de uso del espectro¹¹.

Existen por lo demás numerosos informes técnicos que dan cuenta de que el mercado de cable es monopólico, y que existen fuertes barreras de acceso. Esta situación no resultó adecuadamente valorada por la Cámara en su examen de la norma regulatoria¹². La Cámara presupone que la regulación es innecesaria por que la plataforma es técnicamente ilimitada, sin advertir las limitaciones que impone la estructura concentrada del mercado local en sus condiciones reales de existencia. En todo caso, no aporta

¹¹ Esa posición por lo demás es acorde con el enfoque estructural en Fiss, quien señala: “es verdad que otras redes informativas actúan bajo la autorización del gobierno o en condiciones de escasez de espectro. Pero los peligros de los que hablo no se limitan a estos casos, porque las distorsiones del debate público surgen de factores sociales ante que de factores legales o técnicos”, Ver O. Fiss, op cit. Página 28.

¹² Ante la ausencia de regulaciones que si existen en otros países, las fusiones y adquisiciones producidas en el mercado de proveedores de televisión por suscripción en Argentina redujeron las oportunidades de emisión a través de soportes como el cable o la televisión digital y se sumaron al proceso de concentración de la propiedad en la televisión abierta. La operación conjunta entre los dos mayores proveedores de TV por cable del país (Cablevisión y Multicanal) iniciada en 2007 permitió que un mismo grupo con posición dominante en el mercado de producción audiovisual y televisión abierta, se quedara también con un porcentaje superior al 60% del mercado de televisión por cable (alrededor de 3 millones de abonados).

la parte actora elementos que desvirtúen el examen que al respecto realizó el legislador al disponer la regulación de techos de propiedad en este ámbito.

Bajo el prisma que sugerimos, no es posible presuponer la invalidez de la norma que procura desconcentrar el mercado y le corresponde a quien impugna la ley regulatoria, determinar que su alcance es irrazonable, desproporcionado, o su finalidad ilegítima. Es el que cuestiona la ley quien debe brindar evidencia sólida que muestre la supuesta arbitrariedad de la “política legislativa” que la norma expresa.

Entendemos que los motivos para invalidar la norma de alcance general votada por el Congreso con amplias mayorías, deberían ser de suficiente peso, de modo que el poder judicial no se arrogue ligeramente la definición de políticas públicas por encima de las competencias de los órganos de representación de la voluntad popular.

No es tarea de esta presentación cuestionar asuntos de hecho y prueba que deben ser contestados por las partes del caso.

Si nos parece adecuado analizar a la luz de los estándares y principios constitucionales de interpretación que resumidamente expusimos, como este tipo de razonamientos dejan en evidencia un punto de partida inadecuado en el examen de razonabilidad.

La Cámara se basa por ejemplo en una pericia técnica económica para concluir que la norma que fija techos de propiedad provocará un perjuicio tangible a las estrategias de articulación horizontal y a la sustentabilidad de las empresas actoras, sin aportes a la finalidad de pluralismo perseguida por el legislador. La Cámara sostiene que la sustentabilidad financiera y económica de una empresa (*la talla crítica*) guarda correspondencia con el grado de independencia y de eficacia en su función de expresar, comunicar e informar opiniones e ideas. Sostiene que cuando se conjuga reducción de audiencia, disminución de publicidad privada y oficial, ello conduce a inseguridad económica que afecta a la actividad periodística.

Respecto a la cuota máxima del mercado (el 35% del total nacional de habitantes o abonados a los servicios referidos en el artículo 45 de la ley 26.522), la Cámara se basa exclusivamente en la remisión a un fallo de un tribunal de apelaciones de los EEUU que consideró arbitrario el límite del 30% a la luz de la Primera Enmienda, señalando su impacto negativo en la competencia con empresas telefónicas.

Obsérvese que el tribunal basa la arbitrariedad de los topes de propiedad en la supuesta falta de sustentabilidad de las empresas actoras, sin considerar datos fácticos que dan cuenta de su carácter monopólico y dominante en el mercado. En la sentencia no hay mención a la situación del mercado de televisión por cable y al total de audiencia que detentan las empresas accionantes.

Además se examina la sustentabilidad económica de una empresa confundiendo con frecuencia en el razonamiento cuestiones que apuntan a pérdida de niveles de rentabilidad, con la escala económica que se ha denominado "*talla crítica de un medio de comunicación*" que es el tamaño requerido por un medio para resultar competitivo en un mercado determinado, como el local. Es evidente que una norma que haga perder posiciones de mercado a un grupo concentrado afectará su tamaño y su rentabilidad. Pero el problema de la "talla crítica" no apunta a la situación particular del grupo regulado, sino a la posibilidad de otras empresas de medios y actores sociales de competir si se conforman respetando los topes de propiedad, y de propiedad cruzada fijados por la ley.

En consecuencia, la pregunta sobre la razonabilidad de la regulación del artículo 45 no debe ser como afecta la nueva regulación la estructura del grupo hegemónico, tal cual funciona en la actualidad. Sino si una empresa de medios es sustentable en un mercado como el local (no en abstracto) si funciona ajustada a la nueva normativa que propone el legislador. La sustentabilidad no equivale a alcanzar los niveles de rentabilidad ni dominio de mercado del grupo hegemónico, porque eso es precisamente lo que el legislador quiere evitar a través de la regulación.

Tampoco se trata de un tamaño que pueda considerarse en función de parámetros abstractos (como lo hace el tribunal importando jurisprudencia de los EEUU) sin advertirse las características de los mercados locales.

En efecto, la cita del caso "COMCAST" del año 2009 que realiza la Cámara, así como la del caso "Turner Broadcasting System Inc. Vs. FCC" no es en absoluto pertinente tomando en cuenta qué se debate en cada uno de los casos. En ese antecedente no se discutía sobre temas de límites de concentración ni tampoco de propiedad. En el juicio se dirimía sobre la aplicación de las reglas del must carry en los sistemas de cable de Turner. Las reglas del must carry en la Argentina no se hallan cuestionadas ni en este ni - hasta donde sepamos - en ningún otro expediente. Como podrá observarse, no es esa la situación del mercado de los servicios de comunicación audiovisual en la Argentina, donde no se han verificado estos índices de crecimiento de redes propiedad de diversos actores; muy por el contrario, si bien han mejorado tecnológicamente las redes existentes desde 1999, se ha incrementado su nivel de concentración. Han sido las actoras precisamente quienes han llevado adelante el más importante proceso de concentración de redes de televisión por cable verificado en la Argentina.

Lo que en el fallo bajo análisis (Comcast v. FCC) para la justicia norteamericana resultó arbitrario¹³, no lo es para el mercado de los servicios de comunicación audiovisual en la Argentina, altísimamente concentrado y con fuertes barreras de entrada regulatorias hacia las prestadoras de servicios públicos de telefonía y en el caso de las cooperativas de servicios públicos con reglas antipredatorias exigentes¹⁴. Por empezar se trata de un mercado mucho más grande, que permite que existan grandes empresas sin dejar al resto de las empresas sin poder alcanzar las mismas economías de escala que resultarían indispensables para lograr la sustentabilidad. Por otra parte, en el mercado norteamericano, las empresas de cable compiten con las de telecomunicaciones. En Argentina el mercado del cable está expresamente protegido de la entrada de las telecomunicaciones, por lo tanto resulta conveniente promover la competencia en su interior.

¹³ Señaló el tribunal en Estados Unidos que la FCC no había demostrado que permitir a un operador de cable prestar servicio a más de un 30%¹³ de todos los suscriptores de cable, amenazaría con reducir la competencia y la diversidad en la programación. Contempló para ello que existían abundantes pruebas de que la competencia era cada vez mayor entre los proveedores de video: los proveedores de satélite y fibra óptica de video [telefónicas] habían entrado en el mercado y crecieron en cuota de mercado desde que el Congreso aprobó la Ley de 1992, y particularmente en los últimos años. Los operadores de cable, por lo tanto, ya no tenían el poder y la capacidad de bloquear la programación que se refería al Congreso en 1992. En segundo lugar, durante el mismo período se había producido un aumento espectacular tanto en el número de redes de cable como en la programación disponible para los abonados. Y este fue el punto crucial de los considerados del decisorio de la justicia norteamericana al descalificar la pauta del 30%, circunstancia que hace inaplicable dicho precedente en la Argentina en la que se verifica una situación fáctica sustancialmente distinta. Pero nada de esto se cita en el fallo.

¹⁴ Artículo 30 ley 26522.

IV. PETITORIO:

Esperando que este aporte pueda contribuir a justa resolución del caso a V.S. solicitamos:

1. Se tenga a la Universidad Nacional de Lanús (UNLa) como presentada en carácter de amigo del tribunal. Contamos con la conformidad del consorcio demandado
2. Se tengan en cuenta los fundamentos de derecho expuestos en este documento en lo que estime pertinente.

Será Justicia.

Ana María Jaramillo

Rectora
Universidad Nacional
de Lanús

Ricardo Fava

Director
Centro de Derechos
Humanos
Universidad Nacional
de Lanús

Víctor Abramovich

Director
Maestría en derechos
Humanos
Universidad Nacional
de Lanús