

Más allá de la libertad de expresión....el derecho a la información

Ricardo Porto

Introducción

Las 392 fojas del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el famoso caso Clarín han puesto sobre la mesa dos formas de abordar la libertad de expresión.

Los votos de los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Eugenio Zaffaroni y Enrique Petracchi, sumados a la sentencia del juez de Primera Instancia, Horacio Alfonso y los dictámenes de la Procuradora General de la Nación Alejandra Gils Carbó, y de los fiscales José María Medrano y Fernando Uriarte se insertan en lo que los teóricos llaman la agenda moderna de la libertad de expresión.

Por su parte, la postura de Carlos Fayt y de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial representan la agenda clásica de la libertad de expresión. Los votos de Carmen Argibay y Juan Carlos Maqueda, si bien adoptan una postura intermedia, en términos prácticos, los acercan a esta última posición.

La doctrina en la materia sostiene que existen dos agendas de la libertad de expresión. La denominada tradicional o clásica, que reclama una actitud de no intervención del poder público y se vincula a la condena a la censura, a los secuestros y decomiso de medios y a la objeción a los delitos de prensa. Por otro lado, la moderna agenda de la libertad de expresión está centrada en ver al Estado como un garante del pluralismo y la diversidad; en la crítica a los monopolios mediáticos, entre otros tópicos.

Los clásicos

El voto de Fayt, y sobre todo la postura de la Cámara Federal, se acercan bastante a la doctrina clásica del derecho norteamericano, que supone que la libertad de expresión está mejor protegida por la idea de libertad negativa; es decir el menor grado posible de legislación.

En tal sentido, se ha interpretado casi literalmente la Primera Enmienda a la Constitución de los EE.UU cuando afirma que “El Congreso no hará ley alguna...que coarte la libertad de palabra o de imprenta...”. Anthony Lewis, titula su libro, precisamente, Ninguna Ley, en donde analiza los alcances de la Primera Enmienda y el caso Sullivan.¹

Esta posición clásica de la libertad de expresión sin interferencia estatal se inserta, entre otras, en la obra *On Liberty*, de John Stuart Mill, citado en el fallo de la Corte por distintos jueces, quien también ha contribuido a fundar la posición liberal en la materia.

Por cierto, la Primera Enmienda tuvo repercusión en nuestra constitución. En efecto, el artículo 32 dispone que “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta...”

Parte de la doctrina argentina ha interpretado el texto constitucional ratificando su tesis contraria a todo tipo de leyes sobre prensa, apoyados, básicamente, en lo señalado en el informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal de Argentina, en donde se afirmaba que “...ninguna nación del mundo había arribado a establecer principios regulares, pues dejando a los legisladores la facultad de reglamentar la prensa, algunos no habrían podido detenerse en la fatal pendiente que lleva hasta suprimirla o someterla al juicio del Poder Ejecutivo, como acontece en Francia.... Que en presencia de estas dificultades, los

1 Lewis, Anthony, Ninguna Ley El caso Sullivan y la Primera Enmienda. Sociedad Interamericana de Prensa. New Cork 1991.

publicistas de las repúblicas estaban en la Constitución de los Estados Unidos, contestes en declarar la libertad de prensa derecho reservado por el pueblo, y como la libertad de pensamiento, fuera del alcance de la legislación”.²

Fayt destaca especialmente esta postura asumida por Vélez Sársfield, miembro informante de esa Comisión.

Esta corriente de opinión concibe a la libertad de prensa como un derecho reservado al pueblo, de carácter absoluto y fuera del alcance de toda legislación. La máxima “La mejor ley de prensa es la que no se dicta”, sintetiza esta posición.

En el mismo orden de ideas, no resulta extraña la cita de Fayt de la Declaración de Chapultepec, elaborada en el seno de la Sociedad Interamericana de Prensa, entidad paradigmática de esta visión liberal de la comunicación.

Desde esta concepción, se arriba al análisis de la legislación en materia de radiodifusión con fuertes reparos en orden a las normas que limitan el accionar de los medios audiovisuales.

Se parte de la premisa que la mejor forma de defender la libertad de expresión pasa por robustecer el papel de los medios. Subyace en esta tesis, la idea de que los medios de comunicación son los titulares, virtualmente exclusivos de la libertad de expresión.

Las reglas de desconcentración y sus efectos

Apoyados en esta visión, el voto de Fayt y fundamentalmente la sentencia de la Cámara, ponen especial énfasis en la afectación económica que genera al Grupo Clarín las limitaciones a la multiplicidad de licencias contenidas en el artículo 45 de la Ley 26.522, y que consecuentemente lesionan su libertad de expresión.

Como se sabe, tales restricciones establecen reglas a nivel nacional y local.

En el primer caso, se estipula que ningún grupo de medios podrá contar con más de 10 canales de TV abierta o radios AM y FM, 24 emisoras de cable, ni podrá superar el 35 % de penetración en el mercado.

En el plano local, la restricción más importante indica que no se puede poseer una canal de TV abierta y una emisora de cable en una misma área de cobertura.

Existen otras restricciones, pero estas son las más importantes.

La Cámara encontró razonable la limitación de 10 licencias para medios de comunicación, como la radio y la TV abierta, que utilizan el espectro radioeléctrico, dado que es un recurso escaso y limitado.

No obstante, ese tribunal consideró que no había razones para limitar el número de emisoras de cable, toda vez que no utilizaban espectro.

Fayt fue más allá. En su voto aclaró que “...si bien es cierto que, por tratarse de un recurso limitado, la potestad reguladora, justificada por el interés general y los derechos de terceros, puede desplegarse con más intensidad, ello no importa la admisión de un ejercicio irracional, arbitrario y descontrolado de esta potestad”.

A continuación, cita el informe del perito, cuando afirma que el límite máximo de 10 licencias que ocupen espacio radioeléctrico es cuestionable, considerando más adecuado fijar límites relativos por medio de porcentuales.

Por cierto, Fayt coincide con la Cámara en puntualizar la irracionalidad de limitar la cantidad de emisoras de cable que un grupo puede poseer.

En verdad, tanto Fayt como la sentencia de Cámara han otorgado un valor sustancial a las pruebas periciales que explican cómo se afecta la rentabilidad del Grupo Clarín. “Ha sido la doctrina de esta Corte la de reconocer validez a las conclusiones del experto para la decisión de aquellos aspectos que requieren apreciaciones específicas de su saber técnico...de lo que solo corresponde apartarse ante la evidencia de errores manifiestos o insuficiencia de conocimientos científicos, circunstancias que, a criterio de este Tribunal, no concurren en el caso”, ha dicho Fayt, en su voto.

Esta aseveración representa una admisión un tanto acrítica del valor probatorio de la pericia económica, sobre todo, tratándose de un tema que ofrece diferentes matices y puntos de vista; dado que se analizó, no solo el complejo mercado comunicacional, sino también el impacto que sobre el mismo ejerce la convergencia tecnológica.

El voto de Fayt objeta las medidas de desconcentración impuestas por el artículo 45 de la Ley 26.522 por considerar que no son idóneas para lograr una mayor pluralidad de voces para el debate democrático. “Ello es así, pues destruir la sustentabilidad financiera de un medio independiente, disminuyendo su capacidad competitiva y degradando su posicionamiento en el mercado de Internet –donde compite con los grandes grupos de telecomunicaciones- es una forma de restringir por vía indirecta la libertad de expresión y de información, en violación de los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional y del artículo 13, incisos 1ª y 3ª, de la Convención Americana de Derechos Humanos”.

También se cita al perito para cuestionar la razonabilidad del máximo del 35% de penetración de mercado, cuando éste afirma que “...parecería que el 35% como porcentual es un porcentual fijado arbitrariamente. En realidad, lo que hace al fijarse ese 35 % y tener un límite implicaría que las empresas no invertirán, y tendrán una mala calidad, porque ya estarían aseguradas hasta un determinado tope, lo cual implicará una menor prestación, un menor bienestar para el usuario”.

En este punto, cabe recordar que en la Audiencia Pública los expositores ofrecidos por el Grupo Clarín citaron reiteradamente el caso *Comcast*, en donde la Cámara de Apelaciones del Distrito de Columbia, de los EE.UU, había considerado infundado el tope de penetración del 30% para los cables, fijados por la *Federal Communication Commission*, - F.C.C-, de los EE.UU.

Puede advertirse que, desde esta perspectiva, se pretende demostrar que los perjuicios económicos que las reglas contenidas en la Ley 26.522 le generan al Grupo Clarín terminarán, no solo perjudicando a la empresa, sino a la sociedad en general.

De allí que la mejor forma de asegurar la libertad de expresión y el derecho a la información se logre, según esta visión, protegiendo a los medios de comunicación.

Todo este conjunto de ideas va conformando un esquema institucional que asocia fuertemente los conceptos de libertad de expresión, medios de comunicación y derecho de propiedad.

La defensa de los derechos adquiridos

En esta línea de razonamiento se inserta el voto de Carmen Argibay, quien, si bien admite en líneas generales las medidas limitativas contenidas en el artículo 45, no acepta que las mismas se impongan antes del vencimiento de las respectivas licencias, pues se afectaría indebidamente el derecho de propiedad del Grupo Clarín. “Estimo que el esquema de limitaciones del artículo 45 LM es válido, hasta donde puede ser ello decidido en esta

causa; pero que las reglas adoptadas para hacerlo realidad no superan un examen estricto de constitucionalidad”.

A partir de esta afirmación, Argibay centra su crítica en el artículo 161 de la Ley 26.522, que, básicamente, establece que aquellos grupos que posean un número mayor de medios que los permitidos por el artículo 45 deben desprenderse de ellos en el plazo de un año, desde que la Autoridad de Aplicación fije los mecanismos de la adecuación.

Advierte Argibay que “El artículo 161 LSCA impone el cese de actividades de comunicación audiovisual en todos los mercados *simultáneamente*; es decir, pretende la concreción a un tiempo de todas las limitaciones establecidas en el artículo 45. En un mismo acto las empresas demandantes deberán retirarse de actividades que actualmente llevan a cabo en radio, televisión abierta, televisión por suscripción, registro de señales, tanto a nivel nacional como local”.

En ese orden de ideas, sostiene que este mecanismo implica una doble restricción de la libertad de expresión –individual y social-. La cancelación anticipada de licencias supone una restricción para propalar la línea editorial del Grupo Clarín, a la vez que también impide al público acceder a dichos contenidos.

Refuta los argumentos que afirman que la ley no busca limitar la libertad de expresión, sin expandirla. “Resulta en principio contradictorio invocar una restricción a la libertad de expresión como un medio para garantizarla”.

Sostiene expresamente Argibay que el Estado no cuenta con facultades para cancelar anticipadamente las licencias de medios de comunicación que se encuentren operativos.

Desde esa óptica, critica la decisión del Juez de Primera Instancia, que considera que el derecho a operar una estación de radio o televisión nace luego de la correspondiente autorización estatal.

Entiende que esta visión administrativista de la comunicación social desconoce los principios que rigen a esta actividad. “Nada similar sucede en el ámbito de las libertades básicas reconocidas por la Constitución, donde rige el criterio inverso, según el cual no es en absoluto un privilegio o concesión del Estado, sino un derecho propio y originario de todas las personas”.

Estos argumentos la llevan a concluir que el Grupo Clarín tiene derecho a continuar operando todas sus emisoras de radio, TV abierta y cable hasta la finalización de sus respectivas licencias.

El valor de la propiedad

Juan Carlos Maqueda adopta una postura similar a la de Carmen Argibay: Si bien admite la facultad estatal de reorganizar el sistema de licencias, afirma que éste no puede aplicarse mientras las mismas estén vigentes. La admisibilidad de las reglas impuestas en el artículo 45 en materia de limitación a la cantidad de medios, no se traslada a la forma en que se instrumenta el proceso de adecuación consagrado en el artículo 161.

El voto de Maqueda se encarga de precisar la forma en que el Estado Nacional, a través del COMFER, de la Comisión de Defensa de la Competencia y de la Secretaría de Comercio Interior fue autorizando al Grupo Clarín a aumentar el número de licencias. Incluso cita lo afirmado por el propio demandante, que expresa tener: 4 canales de TV abierta, 8 radios, 7 señales de contenidos, 180 servicios de radiodifusión por suscripción por vínculo físico y 36 canales de TV codificados.

Por lo tanto, afirma Maqueda, “...existe un derecho subjetivo digno de protección jurídica de quienes, como la actora, realizaron inversiones económicas y desarrollaron un proyecto periodístico con la legítima confianza de que su derecho se mantendría por los plazos legítimamente fijados en las licencias que le fueron concedidas”.

Más adelante refuerza su opinión, señalando que la Corte ha expresado que ni el legislador ni el juez podrían, en virtud de una ley nueva o de su interpretación arrebatarse o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior; pues en este caso el principio de la no retroactividad deja de ser una norma infraconstitucional para confundirse con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad reconocida por la ley suprema.

La postura de Maqueda en su defensa del derecho de propiedad adquiere una convicción irreductible y sin fisuras cuando afirma “Que cualquier normativa que intente aplicarse a medios de comunicación, aún aquella que busque garantizar y promover el pluralismo y la diversidad, deberá siempre respetar los plazos de duración de las licencias en curso”.

Al dogmatismo de la frase le sigue una indisimulable referencia al caso concreto, cuando expresa que: “Es fundamental para una sociedad democrática que la legislación que pretenda fomentar la diversidad de voces y lograr la desconcentración de la propiedad de los medios de comunicación no termine confundiendo con una medida destinada únicamente a castigar la línea editorial e informativa de uno o un conjunto de medios”.

Maqueda desarrolla la línea ideológica que asocia fuertemente libertad de expresión y propiedad privada, señalando que la cancelación anticipada de una licencia interrumpe un proyecto comunicacional, produciendo una lesión a la libertad de expresión que no puede ser reparada pecuniariamente.

Con base a estos argumentos sostiene la inaplicabilidad, en este caso, de la jurisprudencia que admite la responsabilidad estatal por daños generados a terceros como consecuencia de una actividad lícita, desarrollada por el Estado.

Para que no queden dudas de la postura de Maqueda en cuanto a la valoración del derecho de propiedad, cita lo afirmado 200 años atrás por la Corte Suprema de los Estados Unidos: “...una legislatura no puede violar el derecho de propiedad privada pues hacerlo implica una herejía política absolutamente inadmisibles en el marco de un gobierno republicano libre”.

¿Leyes generales o específicas?

Por último, cabe realizar una referencia a la relación entre la regulación establecida en la Ley 26.522 orientada a desconcentrar el mercado de medios y la legislación general de defensa de la competencia.

La visión liberal, esgrimida fundamentalmente en el fallo de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial y en el voto de Carlos Fayt, más allá de cuestionar específicamente las reglas del artículo 45 de esa ley, consideran que las mismas resultan sobreabundantes.

De acuerdo a esta postura, las prácticas monopólicas, el abuso de posición de dominante u otro tipo de conductas anticompetitivas que puedan llevar a cabo los medios de comunicación pueden ser reprimidas por la Ley de Defensa de la Competencia 25.156.

En refuerzo a esta tesis ha sido citado el Principio 12 de la Declaración de Principios de la Libertad de Expresión que afirma lo siguiente: “Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos”.³

3 Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Principio 12.

Quienes sustentan esta visión, afirman que legislación antimonopólica específica contemplada en la Ley 26.522 se opone al mencionado Principio 12.

Por lo demás, se expresa que la Ley de Defensa de la Competencia tiene una modalidad de regulación correcta *ex post*, que es la admitida por la doctrina económica tradicional. En cambio, la Ley 26.522 regula *ex ante*; es decir presume –sin admitir prueba en contra– que tener más de 10 medios que usan espectro, 24 cables o más del 35% del mercado es inexorablemente disvalioso.

Los modernos

La visión moderna de la libertad de expresión está representada en los votos de los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Eugenio Zaffaroni y Enrique Petracchi, a los que debe sumarse la sentencia del juez de Primera Instancia, Horacio Alfonso y los dictámenes de la Procuradora General de la Nación Alejandra Gils Carbó, y de los fiscales José María Medrano y Fernando Uriarte.

El voto de Lorenzetti y Highton comienza por distinguir la dimensión individual y colectiva de la libertad de expresión.

Citan la famosa Opinión Consultiva 5/85 de la CIDH que sostiene que la libertad de expresión tiene un aspecto individual y otro social. "Dicha libertad requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo, pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno".⁴

Este doble fundamento de la libertad de expresión se asemeja a la tesis de la democracia deliberativa expuesta por Carlos Nino, citado en este voto, quien afirmaba que la libertad de expresión promueve la autonomía personal, pero también es clave para el enriquecimiento del debate colectivo.

Estos dos valores señalados por Nino se insertan en una concepción amplia y multifacética de la libertad de expresión. Por un lado, una noción clásica, vinculada a la protección de un ámbito de autonomía individual, que impone límites a las acciones de los poderes públicos. Por otro lado, una conceptualización más amplia que permite hablar de derecho social a la comunicación. Desde este punto de vista, la libertad de expresión, además de proteger el derecho individual del emisor, garantiza el derecho de todas las demás personas de acceder a la mayor cantidad y diversidad de informaciones e ideas; algo necesario para que puedan elegir sus propios planes de vida y ejercer su derecho colectivo a autogobernarse. La libertad de expresión es, bajo esta postura, una precondition del debate robusto que exige el sistema democrático para su buen funcionamiento. Esta doble dimensión del derecho a la libertad de expresión puede imponer obligaciones positivas en cabeza del Estado para garantizarla efectivamente.⁵

Para el voto mayoritario, en relación al primer significado de la libertad de expresión, como derecho individual, solo se admite una mínima actividad regulatoria estatal.

Por el contrario, en su faz colectiva, la libertad de expresión se constituye en una piedra angular de la democracia y el autogobierno, por lo cual se justifica una intervención del Estado a fin de generar un debate abierto, plural y desinibido.

La legislación impugnada por el Grupo Clarín se inserta en esta dimensión de la libertad de expresión. "La sanción de la Ley 26.522, que modificó el régimen anterior se funda en el

⁴ Opinión Consultiva 5/85. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁵ Nino, Carlos. La Constitución de la Democracia Deliberativa. Gedisa España 1997.

interés público y en la defensa de la libertad de expresión en su faz colectiva", expresa el voto de la mayoría.

Citando precedentes de la CIDH, se afirma que la libertad de expresión es una precondition del sistema democrático, por lo cual puede decirse que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre: "La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública y para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Es por eso que, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada, no es plenamente libre. La libertad de expresión es por lo tanto no sólo un derecho de los individuos sino de la sociedad misma".⁶

Owen Fiss, reiteradamente citado por los sostenedores de esta visión de la libertad de expresión, afirma: "En algunos casos, los órganos del Estado tratarán de asfixiar el debate libre y abierto, y la Primera Enmienda constituye entonces el mecanismo de éxito ya acreditado, que frena o evita esos abusos del poder estatal. En otros casos, sin embargo, el Estado puede verse obligado a actuar para promover el debate público: cuando poderes de carácter no estatal ahogan la expresión de opiniones. Habrá de asignar recursos públicos – repartir megáfonos- a aquellos cuyas voces de otra forma no serán oídas en la plaza pública".⁷

En similares términos se ha expresado la CIDH, cuando señala que la libertad de expresión puede verse también afectada sin la intervención directa de la actividad estatal. Tal supuesto puede llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica medios encaminados a impedir la circulación de ideas y opiniones.

El voto de Lorenzetti y Highton, luego de destacar la relevancia de los medios de comunicación en la formación del discurso público, que justifica la regulación estatal, precisa que "Si estos medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por uno solo, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas 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 la democracia".

Todo este bagaje conceptual conduce a la legitimación general de las reglas para la desconcentración de medios establecida en el artículo 45 de la Ley 26.522.

Además, se diferencia del argumento central de la sentencia de la Cámara, que distingue entre medios que usan o no el espectro radioeléctrico. Para ese tribunal, no hay razón para establecer un máximo de licencias en el caso del cable, toda vez que no utilizan un bien escaso y limitado como el espectro. Conforme a ello, considera inconstitucional el límite de 24 licencias de servicios por suscripción, que fija la ley.

Para Lorenzetti y Highton: "...la política regulatoria podría establecer la cantidad de licencias de las que un sujeto puede ser titular, porcentuales máximos a nivel nacional y local y todas aquellas limitaciones y combinaciones que considere adecuadas para incentivar el pluralismo en el debate público. Este tipo de política regulatoria del Estado puede recaer sobre licencias de cualquier naturaleza, ya sea que utilicen espectro radioeléctrico o no. Ello es así, pues el fundamento de la regulación no reside en la naturaleza limitada del espectro como bien público, sino, fundamentalmente, en garantizar la pluralidad y diversidad de voces que el sistema democrático exige, que se manifiesta tanto en los medios que usan espectro como en aquellos cuyas tecnologías no utilizan tal espacio".

6 Opinión Consultiva 5/85. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

7 Fiss, Owen. La ironía de la Libertad de Expresión. Gedisa Editorial.

Economía y libertad de expresión

Uno de los temas centrales en este caso es la afectación económica y el daño patrimonial que le ocasiona al Grupo Clarín la desinversión de medios impuesta como consecuencia de la aplicación conjunta de los artículos 45 y 161 de la Ley 26.522.

Analizando el informe pericial, el voto de los jueces Lorenzetti y Highton reconoce que la modificación del régimen de licencias vigente tiene virtualidad para afectar las economías de escala, densidad y alcance propia de toda industria de red, así como las sinergias que se obtienen a partir de la utilización de recursos en forma compartida. Ciertamente, la rentabilidad del grupo podría verse afectada.

No obstante ello, advierten que el proceso de adecuación que exige la Ley 26.522 no pone en riesgo la sustentabilidad económica u operativa de las empresas que componen el Grupo Clarín, aun cuando puedan conllevar una disminución de sus beneficios o rentabilidad,

Adoptando una visión contraria a la sostenida por Fayt, afirman que el informe pericial evidencia cierto dogmatismo.

Zaffaroni, en su voto, afirma que “La sustentabilidad que se lesionaría sería la del actual volumen operativo en el mercado. Esta es la consecuencia natural de la vigencia de cualquier disposición antimonopólica o de desconcentración –sin perjuicio de la eventual responsabilidad estatal que pudiera surgir como resultado de actos lícitos del propio Estado– pero siguiendo el curso de lo planteado por la actora, el corolario sería la inconstitucionalidad de cualquier disminución de renta de una persona jurídica dedicada a esa actividad, haciendo constitucionalmente inviable toda regulación antimonopólica específica en esta área”.

Sostiene Zaffaroni que estos argumentos se basan en viejas teorías norteamericanas contrarias a toda disposición antitrust, como la *Sherman Act*, de 1890, la *Clayton Act* y la *Federal Trade Commission Act* de 1914, para las cuales la concentración era el resultado natural y por lo tanto inevitable de una economía mercado. Estas doctrinas se insertan en un universo discursivo más amplio, conforme el cual toda norma que pretendiera alguna redistribución de la renta sería socialismo o subversión de valores.

Una de las preguntas decisivas que formuló el Juez Lorenzetti a los abogados del Grupo Clarín en la Audiencia Pública fue como era posible sostener que la venta de medios impuesta por la ley, al afectar su rentabilidad, le ocasionaría una grave pérdida de la libertad de expresión. De ser así, señaló Lorenzetti, los restantes medios que no cuentan con la envergadura del Grupo Clarín carecen de libertad de expresión.

Por el contrario, como se afirma en el voto: “La realidad muestra que existe en el país una gran cantidad de medios nacionales y locales de pequeñas y medianas dimensiones que operan sin inconvenientes en el sector....lo que lleva a concluir que de acuerdo con las constancias de la causa, en el caso no se encuentra afectado el derecho a la libertad de expresión del Grupo Clarín, en tanto no ha sido acreditado que el régimen de licencias que establece la ley ponga en riesgo su sustentabilidad económica”.

El voto del juez Petracchi plantea con claridad la relación entre la envergadura económica de los medios y su independencia editorial. “Ningún dato de la realidad confirma que es la dimensión de un medio de comunicación la que, por sí, determina la existencia de una voz crítica en la sociedad, o bien una voz complaciente. Por el contrario, son sobrados los ejemplos de estructuras mediáticas pequeñas o medianas que ejercen su actividad en forma independiente, y, a la inversa, de concentraciones mediáticas de grandes dimensiones que son condescendientes con los gobiernos de turno”.

Desde esta perspectiva, las limitaciones impuestas por el artículo 45 de la Ley 26.522, contar con máximo de 10 medios que usan espectro, 24 cables, alcanzar hasta el 35% del mercado, no poseer en un misma ciudad un cable y un canal de TV abierta y contar un mínimo de señales, resulta absolutamente razonable para una empresa multimedia, no

comprometen la sustentabilidad económica del grupo ni impiden alcanzar una dimensión de significativa importancia en el mercado comunicacional.

A la vez, dicha regulación aparece como adecuada para permitir la coexistencia de otras voces, conformándose así un escenario plural de medios.

Propiedad y derechos adquiridos

Se observa en el voto de Lorenzetti y Highton un abordaje diferente en orden a la valoración del derecho de propiedad, que los efectuados en los votos de Maqueda, Fayt y Argibay.

En el voto mayoritario se señala que “La entidad de los objetivos que persigue la ley y la naturaleza de los derechos en juego, las restricciones al derecho de propiedad de la actora - en tanto no ponen en riesgo su sustentabilidad y solo se traducen en eventuales pérdidas de rentabilidad- no se manifiestan como injustificadas. Ello es así en la medida en que tales restricciones de orden estrictamente patrimonial no son desproporcionadas frente al peso institucional que poseen los objetivos de la ley”.

Asimismo, Lorenzetti y Highton se refieren a la temática de derecho administrativo que enfrentó las visiones del Juez Horacio Alfonso y el voto de Carmen Argibay.

En este contexto, explican que el Congreso diseñó un sistema de multiplicidad de licencias basado en el interés público, estableciendo la obligación de los licenciarios de adecuarse al tope máximo de licencias fijado por ley. “De manera que no se está en presencia de un caso de expropiación por razones de utilidad pública, ni de revocación de actos administrativos por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, ni de rescate de un servicio público. Se trata de un sistema de desinversión por el cual los sujetos que se encuentran obligados a adecuarse al nuevo régimen legal en materia de multiplicidad de licencias...que sobre la base de estos principios, el argumento del grupo actor según el cual el nuevo régimen no puede afectar las licencias que fueron otorgadas o prorrogadas bajo el sistema anterior y cuyos vencimientos aún no se han producido, llevaría a reconocer que, aún cuando el interés público lo exija, existen relaciones jurídicas que no son susceptibles de ser modificadas, conclusión contraria a la doctrina de esta Corte, según la cual nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de un régimen jurídico”.

Luego, agregan que sostener que existen relaciones jurídicas que resultan insusceptibles de modificación, implicaría sobreponer el interés privado de un particular por encima del interés de la comunidad. De acuerdo a esto, concluyen afirmando que la existencia de derechos adquiridos de ningún modo puede eximir a un sujeto de un nuevo régimen normativo.

Específicamente, aclaran que el titular de una licencia no tiene un derecho adquirido al mantenimiento de dicha titularidad frente a normas generales que en materia de desregulación, desmonopolización y defensa de la competencia modifique el régimen existente al tiempo de su otorgamiento. “En otros términos nadie tiene el derecho adquirido al mantenimiento de la titularidad de una licencia hasta el plazo de su finalización, circunstancia que no impide que quien considera afectado su derecho de propiedad pudiera reclamar por daños y perjuicios”.

Petracchi, sobre el particular, afirma que el argumento del Grupo Clarín es inadmisibles, pues en él se omite considerar que la existencia de derechos adquiridos puede dar lugar a una indemnización pecuniaria, pero de ningún modo implica un privilegio para ser eximido del cumplimiento de la legislación vigente.

Por otra parte, se señala en el voto de Lorenzetti y Highton, que el sistema de adecuación permite que los titulares de licencias transfieran a terceros las excedentes, con lo cual se mitigan los daños patrimoniales sufridos. No obstante ello, los eventuales perjuicios que pudiera sufrir el licenciario como consecuencia del proceso de desinversión podrían ser reclamados con fundamento en los principios de responsabilidad del Estado por su actividad lícita.

El famoso Principio 12 y el Informe de 2004

Como fuera señalado anteriormente, en el voto de la minoría se recogió una de las tesis del Grupo Clarín, que sostenía que el Principio 12 de la Declaración de Principios de la Libertad de Expresión afirma 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, pero que en ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación.

De acuerdo a ese razonamiento, las reglas antimonopólicas contenidas en la Ley 26.522 se oponían al citado principio. Continuando con esta línea argumental, la Ley de Defensa de la Competencia resultaba suficiente a los efectos de evitar las prácticas anticompetitivas.

Al respecto, en el voto de Petracchi se hace referencia al Informe 2004 de la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión, que afirma que "...la existencia de prácticas monopólicas y oligopólicas en la propiedad de los medios de comunicación social afecta seriamente la libertad de expresión y el derecho de la información de los ciudadanos...Las reglas generales de concentración de la propiedad diseñadas para reformar la competencia y proveer a bajo costo mejor servicio son insuficientes para el sector de la radiodifusión, solo proveen niveles mínimos de diversidad, muy lejanos de aquello que es necesario para maximizar la capacidad del sector de la radiodifusión para entregar a la sociedad valor agregado. La excesiva concentración de la propiedad debe ser evitada...no solo por sus efectos sobre la competencia, sino por sus efectos en el rol clave de la radiodifusión en la sociedad, por lo que requiere específicas y dedicadas medidas. Como resultado, algunos países limitan esa propiedad, por ejemplo, con un número fijo de canales o estableciendo un porcentaje de mercado".⁸

Sobre el particular, cabe recordar que la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, en su dictamen había advertido que las leyes generales de defensa de la competencia, pensadas para relaciones de consumo, no eran aptas para resolver aspectos referidos a la desconcentración de medios de comunicación, en donde está en juego el valor cívico de garantizar el pluralismo y la diversidad de las opiniones.

En esta misma inteligencia, Petracchi cita la Declaración Conjunta sobre Diversidad en la Radiodifusión, emitida por los relatores sobre libertad de expresión, en donde se dice que "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 antimonopólicas".

En el voto de Petracchi se da cuenta del alto grado de concentración del mercado audiovisual argentino, en donde, por caso, según se desprende de la pericia, el Grupo Clarín cuenta con un 45% de penetración en el segmento del cable.

Gils Carbó, en su dictamen, puso especial énfasis en la magnitud del Grupo Clarín, detallando su gran envergadura, no solo en el plano particular de la radiodifusión, sino en el mundo de las comunicaciones en general. No tomar en cuenta este dato de la realidad, sostuvo la Procuradora, torna abstracta la sentencia de la Cámara Federal.

Qué dice exactamente Comcast

Como fuera señalado, en la Audiencia Pública los expositores ofrecidos por el Grupo Clarín citaban el caso *Comcast*, en donde la Cámara de Apelaciones del Distrito de Columbia, de los EE.UU, había considerado infundado el tope de penetración del 30% para los cables, fijados por la FCC, de los EE.UU.

El voto de Lorenzetti y Highton se ocupa de advertir que en ese caso se trató de una medida tomada por una Agencia Gubernamental, un órgano administrativo; a diferencia del caso en cuestión, en donde ese porcentaje se establece en una ley del Congreso.

Petracchi da un paso más y se ocupa de analizar en profundidad el caso *Comcast*. En tal sentido, recuerda que la causa se originó con motivo de la reglamentación de la Ley del Cable, que facultaba a la FCC a fijar cuotas máximas en el mercado nacional del cable. Sobre la base de tal facultad, la FCC estableció que ninguna empresa podía prestar el servicio a más del 30% de los abonados en todo el país. Tal decisión dio origen a distintas impugnaciones judiciales.

Al respecto, la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia recordó que esa cuota había sido declarada constitucional en 1992, cuando se sancionó la Ley del Cable. No obstante, frente a la impugnación presentada años más tarde por *Comcast*, la Corte sostuvo que si bien el número del 30% podía haber sido válido varios años atrás, cuando el mercado de cable estaba más concentrado, la situación había variado sustancialmente, fundamentalmente por imperio de las nuevas tecnologías, haciéndose más competitivo, lo cual lo tornaba, ahora, injustificado.

De acuerdo a ello, Petracchi se encarga de precisar que “Es importante señalar que la Corte de Apelaciones no dijo que la restricción al número máximo de suscriptores fuera inconstitucional, ni tampoco que el 30% fuera, en sí mismo, un número arbitrario. Lo único que resolvió el tribunal en *Comcast* fue que la nueva realidad del mercado –altamente competitivo- ya no representaba una amenaza para la diversidad y la libre competencia y, por ende, la restricción del 30% no se encontraba justificada”.

En consecuencia, agrega Petracchi, “...la cita de este precedente no es pertinente para fundar la postura del Grupo Clarín. Puede advertirse, sin dificultad, que la situación tomada en cuenta por el tribunal norteamericano difiere sustancialmente del mercado de la televisión por cable en Argentina, que, como ya se explicó en el considerando 23, está altamente concentrado”.

Conforme a ello, se estima que el 35% como tope no puede considerarse irrazonable, no solo porque representa más de un tercio del mercado, sino porque no se acredita que ello impida la sustentabilidad económica del Grupo Clarín.

Finalmente, recuerda que, según informara el Gobierno Nacional, los licenciatarios de cable en Argentina tienen un promedio de 1.6 licencias cada uno, por lo cual permitir 24 licencias como máximo implica dar más de 15 veces lo que cada medio actualmente posee. Por lo demás, 24 licencias y sus extensiones se aproximan el tope legal del 35% de mercado.

La dimensión cultural

Zaffaroni considera que las políticas de desconcentración de medios van más allá de cuestiones, no solo económicas y políticas, sino también de índole cultural. “Sería jurídica y constitucionalmente falso deducir la necesidad de evitar su monopolización solo a partir de sus efectos negativos en el plano de la democracia política, pues los medios audiovisuales trascienden con mucho este aspecto y su regulación hace también a otra cuestión constitucional más profunda, que es la dimensión cultural de la materia que se discute. Si bien no ha sido parte de la discusión, dada su fundamental trascendencia, estimo que esta Corte, como cabeza de un Poder el Estado, no puede pasarla sin mención, toda vez que la cuestión cultural hace a la existencia y coexistencia de todos los habitantes de la Nación”.

En ese orden de ideas, Zaffaroni pone el acento en el carácter plural de nuestra sociedad, y por ende de nuestra cultura, por lo cual resulta de vital importancia que los medios preserven esa pluralidad y diversidad cultural. “Ningún Estado responsable puede permitir que la configuración cultural de su pueblo quede en manos de monopolios u oligopolios. Constitucionalmente estaría renunciando a cumplir los más altos y primarios objetivos que le señala la Constitución y que determinan su efectiva vigencia...La homogenización de nuestra cultura a través de la monopolización de los medios audiovisuales sería la

destrucción de nuestro pluralismo, como lo es cualquier uniformización, por definición antípoda de la propia igualdad republicana y democrática”.

Concluye Zaffaroni afirmando que permitir la concentración de medios audiovisuales, renunciando a una regulación razonable, que puede discutirse, o ser todo lo perfectible que se quiera, pero que no se aparta demasiado de otras legislaciones, en estos tiempos de revolución comunicacional y más aún con nuestras características “...sería simple y sencillamente, un suicidio cultural”.

Puede encontrarse en esta visión de Zaffaroni una fuerte identificación con la Declaración por la Diversidad en la Radiodifusión elaborada por los relatores sobre libertad de expresión.

Conclusión. Libertad de Expresión y Derecho a la Información. Más allá de cuestiones terminológicas

El fallo constituye, a mi juicio, un importantísimo aporte al derecho de las comunicaciones, fijando una línea jurisprudencial orientada a asegurar, simultáneamente, la libertad de expresión y el derecho a la información, y cuyas pautas van más allá del caso Clarín.

El voto mayoritario distingue claramente las dos dimensiones de la libertad de expresión; la individual y la colectiva.

La primera de ellas es entendida como la exteriorización de la libertad de pensamiento, a través del cual se promueve la autonomía personal y el desarrollo de quien la ejerce como individuo libre. Considerada de este modo, como facultad de autodeterminación personal, el ejercicio de tal libertad de expresión admite una limitadísima regulación estatal, la que solamente estaría justificada en aquellos supuestos en donde se produce una afectación a los derechos de terceros.

Por el contrario, en su faz colectiva, la libertad de expresión, como precondition y herramienta del sistema democrático, exige una decidida intervención estatal para asegurar el pluralismo y la diversidad de voces.

Desde esta doble perspectiva, ciertas regulaciones a los medios de comunicación resultarán claramente inconstitucionales; mientras que otras tendrán una clara legitimidad. En el primer grupo se encuentran, por caso, normas que limitan el poder de crítica del periodismo. En el segundo supuesto pueden hallarse medidas antimonopólicas.

Ahora bien ¿Por qué llamarle libertad de expresión en su faz colectiva, cuando, en verdad, se trata de un derecho orientado a asegurar el acceso a información diversa y de fuentes plurales; más vinculado al derecho a recibir información, que a expresarla. ¿Por qué no se la llama, entonces, derecho a la información? Creo que no se trata, solamente, de una cuestión meramente terminológica.

La libertad de expresión y el derecho a la información pueden verse, en ocasiones, como valores coincidentes; pero también es posible que persigan objetivos diferentes, incluso, en ciertos supuestos, antagónicos.

Duhalde, por ejemplo, plantea una visión evolutiva de los diferentes conceptos de esta disciplina, describiendo el rol que “...juegan entre sí el derecho a comunicar, el derecho a la información, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de prensa. Podemos decir que son parte de una cadena gradual, que enunciados en ese orden van de mayor a menor, aunque históricamente su construcción haya sido precisamente al revés, comenzando por la garantía de la libertad de prensa. A su vez, el derecho a la información resulta superior de la libertad de expresión, porque tiende a conciliar los intereses de quienes dan y reciben información, garantizando igualmente el derecho a buscar información. Por último, el derecho a comunicar es aún mayormente abarcativo en tanto incluye elementos que hacen a la configuración colectiva del derecho a la información,

como son las exigencias de un equilibrio y de una pluralidad informativa, que son la herencia visible del informe Mac Bride”.⁹

Otros autores, como Loreti, destacan también el factor evolutivo en los conceptos de libertad de expresión y derecho a la información. “No cabe ninguna duda que el llamado derecho a la información guarda relación estrecha con otros principios considerados como inherentes a la personalidad del hombre, como la libertad de opinión, de expresión y de prensa. Pero no es menos cierto que estos conceptos no son sinónimos entre sí, ni mucho menos equivalen al derecho a la información, en la medida en que este es más amplio y resulta de un proceso de evolución histórica y jurídica de escasa difusión en nuestro medio”.¹⁰

En ese orden, y recurriendo a Jose María Desantes Guanter, se refiere a la primera etapa, propia del constitucionalismo clásico, en donde se asociaba a la libertad de prensa con el sujeto empresario; luego cita la segunda etapa, caracterizada con el reconocimiento del derecho a la información de los hombres de prensa, para desembocar en la última fase de este proceso evolutivo, en donde los tratados internacionales consagran el derecho humano de investigar, recibir y difundir informaciones y opiniones.¹¹ Loreti, concluye diciendo que “En principio, sostenemos que el derecho a la información responde a una concepción más amplia y moderna que el concepto clásico de la libertad de prensa, respecto del cual pensamos que no llega a cubrir las necesidades y expectativas del sujeto universal. Creemos que pocas síntesis son tan claras como las frases iniciales de las bases para la Carta del derecho a la información, que las organizaciones de periodistas franceses redactaron en París los días 18 y 19 de enero de 1973: La sola libertad de prensa no garantiza, en una sociedad moderna, la información de los ciudadanos. Hoy se afirma una necesidad nueva, una exigencia contemporánea: el derecho a la información”.¹²

En una misma inteligencia, autores como el peruano Caro Coria, coinciden que la libertad de expresión y el derecho a la información no solo se encuentran regulados separadamente sino que poseen un contenido jurídico distinto y por ende, límites y efectos diferentes.¹³

Esta perspectiva nos muestra a la institución de la libertad de expresión vinculada a la concepción liberal, mientras que la noción de derecho a la información aparecería ligada a visiones más preocupadas por el hecho social de la información.

En este orden de ideas, Zaffore señala que “Es cierto que aún existen autores que prescinden o al menos relativizan el derecho a la información, sosteniéndose preferentemente en las ideas y resonancias conceptuales e ideológicas contenidas en los conceptos de *libertad de prensa* y *libertad de expresión*, en cuanto implican en los hechos concretos libertades para los que imprimen o pueden expresarse. Pero es innegable que el derecho a la información se está desarrollando con una intensidad inimaginable hace una

9 Duhalde, Eduardo Luis y Alén Luis. Teoría Jurídica de la Comunicación Política. Buenos Aires. 2000.

10 Loreti, Damián. América Latina y la Libertad de Expresión. Grupo Editorial Norma. Bogotá. 2006.

11 Desantes Guanter Desantes Guanter, José María; La información como Deber, Ed. Nacional, Madrid, 1974.

12 Loreti, Damián. Ob cit.

13 Caro Coria Dino Carlos. Las libertades de Expresión y el rol de los Medios de Comunicación en el Derecho Peruano.

década, por lo que no parece que esa visión pueda sustentarse durante mucho tiempo”.¹⁴ Luego, Zaffore agrega que afortunadamente, nuestra sociedad y, correlativamente sus ámbitos y foros académicos están tomando conciencia de que la libertad de información, sin un marco que la transforme en derecho, es peligrosa, pues en estas épocas de notoria concentración tiende a redundar en un poderío sin límites de la industria de la información.¹⁵

Así las cosas, y más allá de las discrepancias de orden terminológico, se va perfilando con cierta nitidez una corriente de opinión que, en lo sustancial, caracteriza al proceso comunicacional de un modo complejo, en donde existen derechos del emisor y del receptor de información.

En una orientación similar, Carlos Soria señala: “El ejercicio de las facultades de investigar, difundir y recibir información constituye un desafío a la participación ciudadana; convierte a la información en una deuda, en un crédito social que hay que pagar. Pero, por sobre todo, hablar del derecho humano a la información, es afirmar implícitamente que han de existir personas obligadas a satisfacer el derecho del público a informarse. Esas personas son normalmente los periodistas y las empresas informativas”.¹⁶

En este contexto, la obligación de satisfacer el derecho social a la información trae consigo un conjunto de exigencias a los medios de comunicación; básicamente resumidas en el deber de proporcionar información plural y diversa.

Cabe incluir, en esta línea conceptual, el célebre caso “*Red Lion Broadcasting Co vs. FCC*”, citado reiteradamente en esta causa, en donde se analizó la denominada doctrina de la equidad, según la cual las radios y canales de TV debían otorgar similares espacios a las diferentes posiciones existentes en un tema de interés público. Allí, la Corte de los EE.UU admitió la razonabilidad de tal exigencia, privilegiando el derecho de los espectadores a contar con visiones plurales, por sobre los intereses de los titulares de los medios. Se consideró que ese tipo de regulación respecto de los medios de comunicación no conllevaba una violación a la Primera Enmienda.

Partiendo de esta premisa, se disipan ciertos –fundados– temores a la hora de legislar. Establecer algún tipo de restricción a la libertad de expresión, decisión que encierra una importante gravedad; solo podría justificarse con el objeto de satisfacer otro derecho de similar magnitud, como lo es el derecho de la sociedad a estar debidamente informada.

No obstante, al momento de legislar no debiera perderse de vista lo afirmado por la reiteradamente citada Opinión Consultiva 5/85, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Las dos dimensiones mencionadas de la libertad de expresión deben estar garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios público o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista”¹⁷

14 Zaffore, Jorge J.; Información Social: Derecho y Regulación, Ed. Depalma, Bs. As., 2000.

15 Zaffore. Ob cit.

16 Soria, Carlos; “Derecho a la Información y Derecho a la Honra”, Ed. ATE, Barcelona, 1981.

17 Opinión Consultiva 5/85. C.I.D.H

En definitiva, a mi juicio, el principal aporte del fallo de la Corte Suprema de Justicia en el caso Clarín es que ha venido a robustecer y preservar un derecho tan importante como la libertad de expresión: el derecho a la información.