

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21



TRABAJO FINAL DE GRADUACION

ANALIA SOLEDAD HESSEL

Ley N° 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual

Libertad de expresión, pluralidad y diversidad de voces

ABOGACIA

2014

A mis afectos

Resumen

La ley de servicios de comunicación audiovisual 26.522, es una cuota pendiente desde el retorno a la democracia, ya que viene a generar un cambio de paradigma en la regulación de los medios de comunicación, con base en los derechos humanos de libertad de expresión.

En el proceso de elaboración de la norma se tuvieron en cuenta los tratados internacionales que regulan la libertad de expresión y los servicios de radiodifusión, a nivel nacional se contemplaron los veintiún puntos para una radiodifusión democrática creados por la coalición del mismo nombre.

Dicha ley regula los servicios de comunicación audiovisual que rigen en todo el territorio argentino, declarándolos de interés público, con el objeto de promover la diversidad y la universalidad en el acceso y la participación, implicando ello igualdad de oportunidades de todos los habitantes de la Nación para acceder a los beneficios de su prestación. La explotación podrá ser efectuada por prestadores de gestión estatal, de gestión privada con fines de lucro y de gestión privada sin fines de lucro. Crea a la autoridad federal de servicios de comunicación audiovisual, como órgano autárquico e independiente, encargado de hacer cumplir la aplicación de la ley y de que se respeten los principios de pluralidad y diversidad.

Este trabajo aborda si la ley efectivamente garantiza la libertad de expresión, asegurando la pluralidad y diversidad de voces a través de la regulación de los servicios de comunicación audiovisual.

Abstract

Law AVMS 26.522, is a pending fee since the return to democracy, as it comes to generating a paradigm shift in the regulation of the media, based on the human rights of freedom of expression.

In the process of development of the standard took into account international treaties governing freedom of expression and broadcasting services, nationally watched twenty points for a democratic coalition broadcasting created by the same name.

This law regulates the AVMS governing the Argentine territory, declaring the public interest, in order to promote diversity and universality of access and participation, thereby implying equal opportunities for all citizens of the Nation to access the benefits of their service. The operation may be carried out by state-run lenders privately run for profit and private non-profit management. Create a federal authority audiovisual media services as autocratic and independent body responsible for enforcing the implementation of the law and the principles of plurality and diversity are respected.

This paper addresses whether the law effectively guarantees the liberated expression, ensuring plurality and diversity of voices through the regulation of audiovisual media services.

INDICE

- Introducción.....8

CAPITULO 1

Medios de comunicación audiovisuales

- 1.1 Breve introducción sobre los medios de comunicación.....11
- 1.2 Antecedentes legales de la radiodifusión en nuestro país.....12
 - 1.2.1 Durante la dictadura militar.....12
 - 1.2.2 Durante la democracia.....15

CAPITULO 2

Aspectos generales de la Ley N° 26.522 de Servicios de Comunicación audiovisual

- 2.1. Proceso que se llevo a cabo para la sanción de la ley.....19
- 2.2. Esencia de la ley de servicios de comunicación audiovisual.....20
- 2.3. AFSCA: Órgano de aplicación.....22
 - 2.3.1. Otros órganos que colaboran con el AFSCA.....23
- 2.4. Prestadores de los servicios de comunicación audiovisual.....24
 - 2.4.1. Régimen para la adjudicación de licencias y autorizaciones.....25

2.4.1.1. Cantidad de licencias que se pueden adjudicar.....	25
2.5. Contenido de programación.....	27
2.5.1 Publicidad.....	28
2.6. Título VII: Servicio de radiodifusión del Estado Nacional.....	29
2.6.1. Universidades nacionales y pueblos originarios.....	30
2.7. Políticas Públicas.....	30
2.8. Disposiciones Complementarias.....	31

CAPITULO 3

El derecho humano a la libertad de expresión: pluralidad, diversidad y desconcentración.

3.1. Libertad de expresión.....	34
3.2. Pluralidad, diversidad de voces y desconcentración.....	36

CAPITULO 4

Control de constitucionalidad

4.1 Generalidades.....	40
------------------------	----

CAPITULO V

Jurisprudencia de la ley 26.522 de servicios de comunicación audiovisual

5.1. Fallo Thomas Enrique C/ E.N.A. S/ amparo.....	43
5.2. Fallo CODELCO -Comité de Defensa del Consumidor-	46
5.3. Fallo Provincia de San Luis C/ Estado Nacional.....	50
5.4. Grupo clarín C/ Estado Nacional.....	52
Conclusión	63
Bibliografía	68

Introducción

La ley de servicios de comunicación audiovisual, más conocida como ley de medios, desde su sanción ha generado una gran repercusión mediática, afectando a la sociedad en general, despertando el interés de conocer su alcance y regulación.

Dicha ley ha sido exclusivamente una decisión política de la Dra. Cristina Fernández de Kirchner, debido a que incorpora en su agenda política de campaña del año 2007, el dictado de una norma que regule los medios de comunicación que hace treinta años se regían por una ley de la dictadura militar. Esta fomentaba la monopolización de las empresas mediáticas, permitiendo que se conviertan en el cuarto poder del país, porque se los considera hasta el día de hoy el medio para materializar la libertad de expresión.

Los medios de comunicación cumplen un rol fundamental en los individuos ya que permiten romper sus paradigmas, generar cambios, instaurar pensamientos políticos, culturales, éticos, económicos y educativos, entre otros. Además logran persuadir de forma estratégica tras una apariencia de neutralidad, imparcialidad y ecuanimidad en el tratamiento de las fuentes, conformando así la percepción de la realidad mediática.

Por consiguiente es necesario un control activo por parte de Estado Nacional en forma racional, garantizando los preceptos de pluralidad, diversidad, desconcentración y fomento de la producción local, y garantizar el sistema de gobierno democrático, con políticas que se alineen con las de los demás países, adhiriéndose a la globalización y respetando los sistemas de derechos humanos internacionales, como es el caso de la “Comisión Interamericana de derechos humanos que dio a conocer su declaración de principios de libertad de expresión, donde el número doce señala:

Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes anti monopolísticas 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 (...).” (Loreti y Lozano, 2014, p. 148)

El Estado manifiesta que la ley 26.522 viene a garantizar dichos preceptos constitucionales, en la totalidad de sus ciento sesenta y seis artículos. Pero no todos los sectores lo entendieron de ese modo, sino que por el contrario interpretaron que viola los derechos de información, de imprenta, propiedad, de libertad de expresión, de libertad de comercio, a la defensa de la competencia, monopolio, consumidor, entre otros. Generándose una gran controversia judicial sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dicha norma.

El objetivo del presente trabajo es: determinar si la Ley N° 26.522 Servicios de Comunicación Audiovisual garantiza los derechos humanos, asegurando la pluralidad, diversidad, la efectiva libertad de expresión y derecho de información, o bien si con la sanción de la misma se violan dichos derechos.

Teniendo en cuenta el objetivo general se analizarán: la libertad de expresión, la desinversión, el control del estado, la diversidad, el pluralismo, el derecho de información, y el otorgamiento y renovación de las licencias; se interpretará la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se indagará en la Constitución Nacional y/o tratados internacionales sobre los derechos humanos, libertad de expresión, otros puntos relacionados con el tema en cuestión.

El trabajo centra la atención en los puntos relacionados con la libertad de expresión, la pluralidad, diversidad de voces y la desconcentración, que son los que garantizan el derecho fundamental de expresar sus ideas y opiniones. Como así también escuchar y recibir información de diferentes fuentes sin censura y con variedad de pensamientos.

Para una mejor comprensión se dividirá en capítulos: en el primero se define a los medios de comunicación, su rol en la sociedad, el porqué de la necesidad de su regulación. Y una reseña histórica de la regulación de la radiodifusión de Argentina, para ubicarse en el tiempo y entender en el contexto que se dictó dicha ley.

En el segundo capítulo, se realiza un análisis general de la ley 26.522, teniendo en cuenta el proceso que generó su sanción para comprender que es lo que regula, como lo hace y el alcance de la misma.

Seguidamente el tercer capítulo trata los temas específicos que dan respuesta a nuestro objetivo general que son: libertad de expresión, pluralidad, diversidad de voces y desconcentración.

El cuarto capítulo contiene un breve análisis sobre el control de constitucionalidad, la importancia de su aplicación, en que caso se puede recurrir a él y el fin que persigue.

El quinto capítulo analiza la jurisprudencia que se considerada más relevante para el trabajo, ya que refleja los distintos planteamientos que se generaron para declarar la inconstitucionalidad de la ley, y como resolvió la Corte Suprema de Justicia respecto a ello.

El tipo de investigación llevada a cabo en este trabajo es descriptiva, porque a través del planteamiento de un problema en la que se intenta determinar si la ley de servicios de comunicación audiovisual garantiza los derechos humanos de libertad de expresión, asegurando la pluralidad y diversidad de voces, se recolecto información que luego se analizo para responder a dicho planteamiento.

Capítulo 1

1. Medios de comunicación audiovisuales

1.1. Breve introducción sobre los medios de comunicación

Los medios de comunicación comprenden los diarios, revistas, radios, televisión y en la actualidad se incorpora internet. Son empresas que su mercancía son productos culturales y que a través de su circulación nos permiten llegar en forma masiva a la sociedad, instaurando percepciones personales, sociales o políticas de la realidad.

Son vehículo de opiniones públicas o privadas generando intercambios con la audiencia a la que se dirigen. Tienen como fin formar, educar, informar, entretener a su público de acuerdo a sus exigencias económicas y políticas. En este sentido, “se define a los *medios* como los instrumentos mediante los cuales se informa y se comunica de forma masiva; todo aquel recurso que modifica las condiciones naturales de emisión y recepción de los mensajes, de modo de incluir en el intercambio a un número amplio de personas (Suarez, 2003,P.5)”.

A través de sus agendas mediáticas se instauran modas, pensamientos, ideologías políticas, sociales a nivel nacional y transnacionales debido a la globalización, siendo aceptados por la mayoría de los ciudadanos como una regla más de la sociedad. Esto hace que se les asigne roles que en realidad no les corresponde, como por ejemplo el planteo de conflictos sociales e individuales y la resolución de estos o la imposición de justicia. Siendo formadores de opinión y posiciones respecto a los temas tratados por ellos, de acuerdo a sus intereses económicos, políticos y sociales, ocupando los espacios vacíos que deja el Estado en sus diferentes estratos y roles (nacional, provincial y municipal).

Debemos hacer una aclaración con respecto a cómo nuestro ordenamiento jurídico interpreta a los medios de comunicación ya que los divide en dos grupos, el primero de Telecomunicaciones, que comprende internet, teléfono y el segundo de la Radiodifusión que incluye la radio, televisión y cable, se agrega un tercer grupo no menos importante que

son los diarios, o sea la imprenta, que los regula nuestra constitución nacional en su artículo 32, pero son dejado de lado por la ley 26.522 servicio de comunicación audiovisual, ya que solo regula a los medios de radiodifusión y prohíbe el triple juego, que es participación cruzada entre telecomunicaciones y radiodifusión, esto sería que una empresa que brinda el servicio de telefonía no puede brindar al mismo tiempo el servicio de cable y radio por ejemplo.

1.2. Antecedentes legales de la radiodifusión en nuestro país

Para comprender los motivos de la sanción de ley de servicios de comunicación audiovisual, es necesario hacer un repaso de la evolución legal de los medios de comunicación contemplados por la misma, como son la radio que tuvo sus orígenes en 1920 y la televisión en 1951. Se analizará la legislación más relevante que dictó cada gobierno durante su mandato, teniendo en cuenta los avances tecnológicos que permiten un desarrollo muy rápido en el tiempo, logrando grandes impactos culturales y económicos en la sociedad.

1.2.1. Durante la dictadura militar

Nuestro país tuvo gobiernos de facto por largos periodos y fue precisamente en estos donde se dictaron las leyes más trascendentales en la regulación de la telecomunicación, radiodifusión y televisión. Hasta la fecha algunas de ellas están vigentes, como es el caso de la ley nacional 19.798 de telecomunicaciones, sancionada en el año 1972 por el presidente General Alejandro Lanusse. Dicha ley es la encargada de regular las telecomunicaciones con jurisdicción nacional, establecer los diferentes conceptos de sistemas de telecomunicaciones, definiendo la “Telecomunicación como: Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos (...)” (Ley 19798, 1972, artículo1).

En el capítulo V denominado radiodifusión, de la ley 19798, declaran de interés público los servicios de radiodifusión que podrán ser realizados por el Estado (servicio

oficial de radiodifusión) o por particulares (servicio privado de radiodifusión) mediante adjudicación de licencia. Las emisoras de radiodifusión se clasifican en comerciales y no comerciales; éstas últimas no emitirán publicidad comercial. (Ley 19798, 1972, artículos 78 y 80)

Las licencias para el funcionamiento y explotación de la radiodifusión serán otorgadas por el Poder Ejecutivo Nacional a personas de existencia visible o ideal, mediante concurso público. No se adjudicará más de una licencia de radiodifusión por permisionario facultándose a los de radio en modulación de amplitud para ser titulares de otra licencia en modulación de frecuencias y se otorgarán por un plazo de diez (10) años contados a partir de la fecha de iniciación de las transmisiones, vencido el cual, serán prorrogadas por lapsos de cinco años, hasta totalizar veinte años. (Ley 19798, 1972, artículo 83)

Se crea el Comité Federal de Radiodifusión (CONFER) - como organismo autárquico, dependiente del Poder Ejecutivo Nacional, encargado de la adjudicación, caducidad, revocación de licencias y la modificación total o parcial de su titularidad. Entre sus atribuciones se fijaban la de vigilar e inspeccionar los servicios de radiodifusión en sus aspectos culturales, artísticos, comerciales, administrativos, haciendo cumplir la presente ley, (Borgarello, 2005, p.4)¹.

El 15 de septiembre de 1980, con el presidente Jorge Rafael Videla, se sanciona la ley nacional de radiodifusión n° 22.285 y deroga el capítulo V de radiodifusión que contemplaba la ley 19.798 (quedando vigente solo como ley de las telecomunicaciones). Dicha ley tiene como objetivo regular “los servicios de radiodifusión que rigen en el territorio de la República Argentina y en los lugares sometidos a su jurisdicción y por los convenios internacionales en que la Nación sea parte. Tales servicios comprenden las radiocomunicaciones cuyas emisiones sonoras, de televisión u otro género, estén destinadas a su recepción directa por el público en general, como así también los servicios complementarios...” (Ley 22285, artículo 1).

1 Borgarello, E. S. (2005). Una mirada a la ley de radiodifusión de nuestro país. Recuperado el 20/11/2012 de http://perio.unlp.edu.ar/question/numeros_anteriores/numero_anterior13/nivel2/articulos/informes_investigacion/borgarello_1_informes_13verano06.htm

La administración de las frecuencias, la orientación, promoción y control de los servicios de radiodifusión son competencia exclusiva del Poder Ejecutivo Nacional. Declara los servicios de radiodifusión de interés público que colaboran con el enriquecimiento cultural de la población y que su contenido respetaran la libertad, la solidaridad social, la dignidad de las personas, los derechos humanos, el respeto por las instituciones de la república, el afianzamiento de la democracia y la preservación de la moral cristiana. (Ley 22.285, artículo 3, 4 y 5)

Además en su artículo 7, establece que los servicios de radiodifusión deberán colaborar con la seguridad nacional cuando les sea requerida, estableciendo restricciones temporales al uso y prestaciones de los servicios. Es aquí donde se argumenta que dicha ley contemplaba una limitación al derecho de libertad de información contemplado en la Constitución Nacional, donde la información debe ser veraz, objetiva, oportuna y con un tratamiento prudente que evite que el contenido genere conmoción pública o alarma colectiva. (Borgarello, 2005)

Los prestadores de los servicios de radiodifusión serán Personas físicas o jurídicas titulares de licencias, que se adquieran por concurso público y abierto. El Estado nacional, provincial o la municipal, en los casos especialmente previstos por esta ley. (Ley 22.285, artículo 8)

Las licencias se adjudicarán por un plazo de quince años contados desde la fecha de iniciación de las emisiones regulares y podrán ser prorrogadas por única vez y a solicitud de los licenciarios, por diez años. Este pedido deberá efectuarse, por lo menos, con treinta meses de anticipación a la fecha del vencimiento de la licencia respectiva, y podrán obtener hasta veinticuatro licencias para explotar servicios de radiodifusión a una misma persona, física o jurídica, bajo las siguientes condiciones: En distintas localizaciones, hasta veinticuatro licencias de radiodifusión sonora o de televisión. En el supuesto de tratarse de un mismo tipo de servicio, no podrán superponerse en sus respectivas áreas primarias y en una misma localización hasta una de radiodifusión sonora, una de televisión y una de servicios complementarios de radiodifusión, siempre que las dos primeras no sean las únicas prestadas por la actividad privada. (Ley 22.285, artículo 41, 43)

Se crea el Comité Federal de Radiodifusión (CONFER), que será un organismo autárquico, con dependencia del Poder Ejecutivo Nacional, cuyas facultades como autoridad de aplicación son: controlar los servicios de radiodifusión, (en sus aspectos culturales, artísticos, legales, comerciales, administrativos), supervisar la programación y el contenido de las emisoras, calificar en forma periódica a las estaciones, aplicar las sanciones previstas por esta ley, intervenir en todo trámite sobre caducidad de las licencias, recaudar y administrar los fondos provenientes de la percepción del gravamen, de las multas e intereses y adjudicar las licencias para la prestación de los servicios, entre otras funciones. (Borgarello, 2005)

1.2.2 Durante la democracia

En la Argentina tuvimos dos tipos de Estado democrático o de facto, que se fueron alternando en distintos períodos. En los años 1946-1955 estuvo presidido por el General Juan Domingo Perón, un gobierno democrático, en el cual se realizaron grandes modificaciones y aportes a la regulación de la televisión y radiodifusión, dispuso la creación del Servicio Oficial de la Radiodifusión (SOR). Con la ley n° 12.906 reprime los monopolios y deroga la ley n° 11.210 caducando las licencias de las emisoras comerciales privadas e impulsa la integración de tres redes comerciales y una oficial sin publicidad.

En el año 1953 se reglamenta la primera ley de servicio de radiodifusión del país, ley 14.241, declarándolo de interés público, crea un sistema mixto, regula la duración de las licencias en veinte años y adjudica las redes a sus allegados, nombra como autoridad de control al ministro de comunicaciones. (Morone R. y Arribá S., 2011)

Luego, en el año 1955, el presidente Perón es derrocado y se regresa a la dictadura militar, como se analizó en el apartado anterior, hasta diciembre de 1983 que se recupera la democracia con el presidente Raúl Alfonsín, que en dicha materia sancionó el decreto 1151/84 que suspende la aplicación del plan nacional de radiodifusión, la convocatoria a concurso público y dispuso intervenir el CONFER hasta la sanción de una nueva ley acorde a las necesidades del momento y reemplazar la ley 22.285, que no se logró promulgar por los conflictos políticos y económicos que se generaron.²

² Eliades, A.G, 200. Historia legal de la radio y televisión por Analia Eliades. Recuperado el 14/11/12 de http://www.perio.unlp.edu.ar/sites/default/files/eliades-_hist_radioytv.pdf

Durante el gobierno del Dr. Carlos Saúl Menem (a partir de 1989 en adelante) , es recién donde se comienzan a realizar algunas modificaciones a la ley de radiodifusión, otorgándoles facultades al Poder Ejecutivo Nacional para adoptar las medidas necesarias hasta el dictado de una nueva. Se dispone que el comité federal de radiodifusión llamará a concurso público para la adjudicación de licencias con sujeción al plan técnico que apruebe el Poder Ejecutivo Nacional y se establece autorizar a la Iglesia Católica a tener una licencia de radio. Se ordeno intervención y privatización de todos los medios de comunicación del Estado Nacional, por ejemplo canal 11 y 7, radio Belgrano y Buenos Aires entre otros. (Eliades, 2003)

Es aquí donde se comienza con el proceso de privatización de señales que permitieron la concentración de multimedios, y la transnacionalización con la incorporación de empresas extranjeras a través de la sanción de la ley 23.696, ya que deroga varios artículos de la ley 22.285, utilizando el radioespectro como propio. Cabe aclarar que las frecuencias radioeléctricas no son objeto de dominio del Estado público, ni privado, sino que son patrimonio común de la humanidad según lo declara el tratado de Torremolinos firmado en el convenio internacional de telecomunicaciones del año 1973, solo correspondiéndole al Estado Nacional su administración y control. Además prorrogó las licencias por diez años y posibilitó que un mismo multimedia tenga diarios, revistas, canales de televisión y alcanzándose una concentración económica e informativa. Es importante recordar que este gobierno siguió un modelo neoliberal buscando formar grandes corporaciones privadas. (Eliades, 2003)

Luego en el año 2005, el gobierno de Néstor Kirchner, decidió aumentar el presupuesto del sistema nacional de medios públicos para que se puedan expandir por todo el territorio argentino con contenidos culturales, educativos, científicos e informativos y tienen prohibido la aceptación de publicidad comercial. Sancionó la ley 26.053, permitiendo el acceso a las entidades sin fines de lucro y a cooperativas, modifica varios artículos de la ley 22.285 y con el decreto 527/05 se permitió la suspensión de los plazos y prórrogas de las licencias que eran de diez años, sin serles aplicados el régimen sancionatorio que preveía aquel cuerpo normativo. (Baranchuk y otros, 2011, p.20)

En este recorrido legislativo se observa que las leyes que han predominado la regulación de la radiodifusión en todos estos años, han sido la que se han dictado durante los gobiernos de facto, como la ley nacional de telecomunicaciones 19.798 –aún vigente la parte que regula las telecomunicaciones- y la ley 22.285 nacional de radiodifusión (que reemplazó la parte dedicada a la radiodifusión) sancionada en 1980.

Ambas leyes tienen como fin regular los servicios de radiodifusión que se transmiten en el territorio de la República Argentina, declarándolos de interés público y debiendo colaborar con el Estado Nacional en la difusión de información y en la seguridad nacional. Establecen que los sujetos que pueden ser prestadores de dichos servicios son personas físicas o jurídicas comerciales, excluyen a las organizaciones sin fines de lucro y a las cooperativas. El Estado Nacional, provincial y municipal pueden ser prestadores en los casos que lo determinan dichas leyes. Las licencias son otorgadas por tiempos prolongados y se crea el CONFER como órgano encargado de regular y aplicar la ley.

A medida que transcurrió el tiempo con los gobiernos democráticos como fue en el gobierno de Carlos Saúl Menen, que dictaron leyes y decretos que permitieron aumentar la concentración mediática, el ingreso de capitales extranjeros y prolongar la duración de las licencias, como así también se continuó limitando el ingreso de prestadores, generando grandes cantidades de medios de comunicación ilegales.

Fue recién en el año 2004 cuando la presidenta Dra. Cristina Fernández de Kirchner incluyó en su agenda política el tratamiento de impulsar el proyecto de una ley que regule los medios de comunicación.

Capítulo 2

2. Aspectos generales de la Ley N° 26.522 de Servicios de Comunicación audiovisual

Desde que se retornó a un Estado democrático, ningún gobierno tuvo en cuenta el desarrollo y avance tecnológico que han sufrido los medios de comunicación y como afectan a la sociedad. La necesidad de sancionar una nueva norma que contemple los nuevos paradigmas que se están creando en el mercado mediático y garanticen los derechos humanos, fueron tenidos en cuenta por la presidenta Cristina Fernández de Kirchner impulsando un proyecto de ley que regule los medios audiovisuales de comunicación, cumpliendo los principios de pluralidad, diversidad, e igualdad de participación.

2.1. Proceso que se llevo a cabo para la sanción de la ley

La ley n° 26.522 servicios de comunicación audiovisual, fue un proyecto promovido por la presidenta Cristina Fernández de Kirchner, ya que en el año 2004 ingresa a su agenda política la necesidad de contar con una ley que regule los servicios de comunicación audiovisual. Por ello designa al licenciado Gabriel Mariotto como coordinador del proyecto para redactar una ley basada en los paradigmas de los derechos humanos, centrándose en el pluralismo y la diversidad.

Se conforma la coalición por una radiodifusión democrática, que agrupaba a distintos actores como ser universidades, sindicatos de los trabajadores de la comunicación, movimientos sociales y cooperativas, radios comunitarias y asociaciones, entre otros. Este grupo se encargó de elaborar los denominados veintiún puntos para una radiodifusión democrática o por el derecho a la comunicación, abarcando entre ellos: el derecho de investigar, buscar, recibir y difundir informaciones, opciones e ideas sin censura previa, el derecho a la información y a la promoción de la diversidad y el pluralismo, garantizar el acceso a los medios, a la ciudadanía las frecuencias radioeléctricas como patrimonio

cultural de la humanidad, el antimonopolio de los medios, el control de la publicidad, entre otros.

Luego el Poder Ejecutivo tomó la decisión de que el proyecto sería puesto a discusión en todo el territorio argentino a través de los foros participativos de consulta pública, que serían llevados a cabo en las universidades nacionales del país. También se abrió una web para que cualquier ciudadano pudiera hacer sus comentarios.

El 27 de Agosto la presidenta Dra. Cristina Fernández de Kirchner anunció formalmente el envío del proyecto de ley al parlamento nacional, luego de su paso por las comisiones de comunicaciones, informática y libertad de expresión. En la cámara de diputados de la nación el 16 de septiembre luego de una prolongada reunión de debate se aprobó con 147 votos y el lunes 21 del mismo mes ingresó a la cámara de senadores, tuvo su tratamiento en cuatro comisiones y se estableció una sesión especial para el 9 de octubre donde se trataría el proyecto de ley, hasta que el 10 de Octubre de 2009 con 44 votos a favor y 24 en contra se logró su sanción y promulgación. El método utilizado durante el proceso de creación de la ley fue considerado muy democrático, ya que fue participativo y consultivo.

2.2. Esencia de la ley de servicios de comunicación audiovisual

Dicha ley está vigente y ha sido reglamentada por el decreto 1225/2010, contiene ciento sesenta y seis artículos y notas muy extensas, que se dividen en doce títulos y estos a su vez en capítulos.

Título I: disposiciones generales

En su “artículo 1³, tiene como objeto la regulación de los servicios de comunicación audiovisual en todo el territorio argentino y el desarrollo de mecanismos

³ Ley 26.522, Artículo 1º — *Alcance*. El objeto de la presente ley es la regulación de los servicios de comunicación audiovisual en todo el ámbito territorial de la República Argentina y el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de abaratamiento, democratización¹ y universalización del aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Quedan comprendidas en las disposiciones de esta ley todas las emisiones que tengan su origen en el territorio nacional, así como las generadas en el exterior cuando sean retransmitidas o distribuidas en él.

destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de abaratamiento, democratización y universalización del aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación”(…). (Ley 26.522, artículo 1).

El artículo 2 “declara, que la actividad realizada por los servicios de comunicación audiovisual se considera una actividad de interés público, de carácter fundamental para el desarrollo sociocultural de la población por el que se exterioriza el derecho humano inalienable de expresar, recibir, difundir e investigar informaciones, ideas y opiniones.

La explotación de los servicios de comunicación audiovisual podrá ser efectuada por prestadores de gestión estatal, de gestión privada con fines de lucro y de gestión privada sin fines de lucro, los que deberán tener capacidad de operar y tener acceso equitativo a todas las plataformas de transmisión disponibles.(…), es una actividad social de interés público, en la que el Estado debe salvaguardar el derecho a la información, a la participación, preservación y desarrollo del estado de derecho, así como los valores de la libertad de expresión.

El objeto primordial de la actividad brindada por los servicios regulados en la presente, es la promoción de la diversidad y la universalidad en el acceso y la participación, implicando ello igualdad de oportunidades de todos los habitantes de la Nación para acceder a los beneficios de su prestación. En particular, importa la satisfacción de las necesidades de información y comunicación social de las comunidades en que los medios estén instalados y alcanzan en su área de cobertura o prestación (…)” (Ley 26.522, artículo 2).

Para cumplir con el objetivo planteado en el artículo uno de la ley (promoción, desconcentración, democratización y fomentar la competencia), es necesario que el Estado Nacional administre las frecuencias radioeléctricas que permiten transmitir los contenidos de los medios audiovisuales autorizados. Debido a esto en su artículo 7⁴ hace referencia a la

4 Ley 26.52, artículo 7º — *Espectro radioeléctrico*. La administración del espectro radioeléctrico, atento su carácter de bien público se efectuará en las condiciones fijadas por la presente ley y las normas y recomendaciones internacionales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones u otros organismos pertinentes. Corresponde al Poder Ejecutivo nacional, a través de la autoridad de aplicación de la presente ley, la administración, asignación, control y cuanto concierna a la gestión de los segmentos del espectro radioeléctrico destinados al servicio de radiodifusión. Los servicios de radiodifusión están sujetos a la jurisdicción federal. En caso de asignación de espectro, la misma estará limitada a garantizar las

administración del espectro radioeléctrico, que es de bien público y le corresponde al Poder Ejecutivo nacional su administración, asignación, control y la gestión de los segmentos destinados a los servicios de radiodifusión sujetos a jurisdicción federal.

Estos artículos que se analizaron son la esencia de la ley, ya que en su desarrollo los va a desglosar, establecer el proceso, regulación y aplicación de cada tema.

2.3. AFSCA: Órgano de aplicación

Como la ley de servicios de comunicación audiovisual, tiene el precepto de respetar la democracia, a través de la participación de los distintos sectores de la sociedad, crea un órgano autárquico e independiente que se encargue de interpretar, aplicar y controlar la misma.

Título II: Autoridades

En su artículo 10 la ley 26.522, crea como autoridad de aplicación un órgano descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, denominado Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA), con su sede principal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y deberá establecer al menos una delegación en cada provincia. (Ley 26.522, artículo 10 y 11)

Entre sus funciones se encuentran: aplicar, interpretar y hacer cumplir la presente ley y normas reglamentarias, promover la participación de los servicios de comunicación audiovisual en el desarrollo de la sociedad de la información y el conocimiento, elaborar y aprobar los pliegos de base y condiciones para la adjudicación de las licencias, adjudica, prorroga y otorga la caducidad de las licencias, los permisos y autorizaciones sujetas a control. Vela y promueve el desarrollo de una sana competencia y la inversión en el sector previniendo prácticas monopólicas y promociona la existencia de los más diversos medios de comunicación, para favorecer el ejercicio del derecho humano a la libertad de expresión

condiciones para la prestación del servicio licenciado o autorizado, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 6° de la presente ley.

y la comunicación, garantiza el respeto a la Constitución Nacional, las leyes y tratados internacionales, entre otras. (Ley 26.522, artículo 12)

La Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, estará conformada por un directorio integrado por siete miembros que son nombrados por el Poder Ejecutivo nacional. Se distribuyen de la siguiente manera: un presidente y un director designado por el Poder Ejecutivo, tres directores propuestos por la Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de la Comunicación Audiovisual, dos directores a propuesta del Concejo Federal de Comunicación Audiovisual debiendo uno de ellos ser académico. Duran cuatro años en sus cargos y pueden ser reelegidos por un periodo. (Ley 26.522 artículo 14).

2.3.1. Otros órganos que colaboran con el AFSCA

En el artículo 17 de la ley, se crea el Consejo Federal de Comunicación Audiovisual, que tiene como función colaborar y asesorar en el diseño de la política de la radiodifusión, proponer pautas base para los pliegos de los concursos o adjudicaciones de licencias y recibe un informe de gestión anual del AFCA, entre otras funciones.

Se crea la Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de la Comunicación Audiovisual de carácter permanente integrada por ocho senadores y ocho diputados nacionales. Entre sus funciones: proponer al Poder Ejecutivo los candidatos para la conformación del directorio de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, evaluar el desempeño de los mismos, velar por el cumplimiento de las disposiciones referidas a la radio y televisión Argentina Sociedad del estado,(...) (Ley 26.522 artículo 18).

También en el artículo 19, se crea la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual, que será la encargada de recibir y canalizar las consultas, reclamos y denuncias del público en general de los servicios regulados por esta ley y de hacerles el correspondiente seguimiento.

2.4. Prestadores de los servicios de comunicación audiovisual

Título III: Prestación de la actividad de los servicios de comunicación audiovisual

El artículo 21, establece que los servicios audiovisuales de comunicación, serán operados por tres tipos de prestadores: operadores de gestión estatal, gestión privada con fines de lucro y sin fines de lucro, siendo titulares de este derecho las personas de derecho público estatal y no estatal, de existencia visible o ideal, de derecho privado con o sin fines de lucro. Aquí se tuvo en cuenta la declaración de los principios de Ginebra de 2003, la Corte Interamericana de derechos humanos, que con el fin de fomentar la diversidad y la libertad de expresión, deben ser capaces de operar los diferentes medios de comunicación en forma equitativa, ya que todos los individuos tiene derecho a conocer opiniones, información y noticias distintas e informar las suyas. Para poder operar se necesita contar con autorización y la adjudicación de una licencia que da acceso al uso del radio espectro o satélite.

El otorgamiento de licencia se realiza en base a la clasificación de los artículos 21, 24 y 25, que hacen referencia a las condiciones de admisibilidad de las personas físicas y de existencia ideal, que pueden ser prestadores de los servicios contemplados por esta ley.

2.4.1. Régimen para la adjudicación de licencias y autorizaciones

Se establece el proceso de adjudicación de licencias de acuerdo al servicio de comunicación que se preste y en base al medio que se utilice para transmitir contenido ya sea satelital o el radio espectro.

Es por ello que el artículo 32, determina que las adjudicaciones de licencias serán por el régimen de concurso público abierto y permanente cuando utilicen el espectro radioeléctrico. En el caso de las personas de existencia ideal de derecho público estatal, universidades nacionales, pueblos originarios e iglesia católica, la asignación de licencia se realiza a demanda y de manera directa, de acuerdo con la disponibilidad de frecuencia. (Ley 26.522, artículo 37)

Las Licencias tendrán una duración de diez años desde la resolución que otorgue el órgano competente y podrán ser prorrogadas por un plazo igual por única vez, siempre y

cuando no hayan tenido sanciones graves. Las mismas según el artículo 41⁵ son intransferibles salvo que, por excepción cuando sea necesario para continuar con el servicio y se les autorice la transferencia de acciones o cuotas partes de las licencias luego de haber transcurrido cinco años del plazo y el cincuenta por ciento del capital se mantenga en los suscriptores originales y cuenten con la autorización o aprobación correspondiente, sino la transferencia se considerara de pleno nula de nulidad absoluta. También son inembargable e indelegable la explotación de los servicios de comunicación audiovisual.

Transcurrido cinco años del plazo y el cincuenta por ciento del capital se mantenga en los suscriptores originales y cuenten con la autorización o aprobación correspondiente, sino la transferencia se considerara de pleno nula de nulidad absoluta. También son inembargable e indelegable la explotación de los servicios de comunicación audiovisual.

2.4.1.1 Cantidad de licencias que se pueden adjudicar

Para alcanzar el objetivo de la desconcentración de los medios de comunicación audiovisual y cumplir con los principios de diversidad y pluralidad de voces. La ley en su artículo 45 llamado Multiplicidad de licencias, regula las cantidades de licencias o autorizaciones de servicios de comunicación audiovisual, que podrán obtener cada persona de existencia visible o ideal, estableciendo los siguientes límites:

1. En el orden nacional:

- Una licencia de servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital, excluye la posibilidad de ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual.

⁵ Ley 26522, artículo 41: — *Transferencia de las licencias*. Las autorizaciones y licencias de servicios de comunicación audiovisual son intransferibles⁶². Excepcionalmente se autoriza la transferencia de acciones o cuotas partes de las licencias luego de cinco (5) años de transcurrido el plazo de la licencia y cuando tal operación fuera necesaria para la continuidad del servicio, respetando que se mantenga en los titulares de origen más del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito o por suscribirse y que represente más del cincuenta por ciento (50%) de la voluntad social. La misma estará sujeta a la previa comprobación por la autoridad de aplicación que deberá expedirse por resolución fundada sobre la autorización o rechazo de la transferencia solicitada teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos solicitados para su adjudicación y el mantenimiento de las condiciones que motivaron la adjudicación. La realización de transferencias sin la correspondiente y previa aprobación será sancionada con la caducidad de pleno derecho de la licencia adjudicada y será nula de nulidad absoluta. *Personas de existencia ideal sin fines de lucro*. Las licencias concedidas a prestadores de gestión privada sin fines de lucro son intransferibles.

- Hasta diez licencias de servicios de comunicación audiovisual más la titularidad del registro de una señal de contenidos, cuando se trate de servicios de radiodifusión sonora, de radiodifusión televisiva abierta y de radiodifusión televisiva por suscripción con uso de espectro radioeléctrico.

- Hasta veinticuatro licencias, sin perjuicio de las obligaciones emergentes de cada licencia otorgada, cuando se trate de licencias para la explotación de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico en diferentes localizaciones. La autoridad de aplicación determinará los alcances territoriales y de población de las licencias.

La multiplicidad de licencias —a nivel nacional y para todos los servicios— en ningún caso podrá implicar la posibilidad de prestar servicios a más del treinta y cinco por ciento (35%) del total nacional de habitantes o de abonados a los servicios referidos en este artículo, según corresponda.

2. En el orden local:

- Hasta una licencia de radiodifusión sonora por modulación de amplitud (AM);

- Una licencia de radiodifusión sonora por modulación de frecuencia (FM) o hasta dos licencias cuando existan más de ocho licencias en el área primaria de servicio;

- Hasta una licencia de radiodifusión televisiva por suscripción, siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión abierta;

- Hasta una licencia de radiodifusión televisiva abierta siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión por suscripción;

En ningún caso la suma del total de licencias otorgadas en la misma área primaria de servicio o conjunto de ellas que se superpongan de modo mayoritario, podrá exceder la cantidad de tres (3) licencias.

3. Señales:

- La titularidad de registros de señales deberá ajustarse a las siguientes reglas: Para los prestadores consignados en el apartado 1, sub apartado "b", se permitirá la titularidad del registro de una señal de servicios audiovisuales;

- Los prestadores de servicios de televisión por suscripción no podrán ser titulares de registro de señales, con excepción de la señal de generación propia.

Las licencias se extinguirán por las siguientes causales: vencimiento del plazo, fallecimiento o incapacidad del titular, por renuncia, quiebra o incumplimiento de los requisitos establecidos en dicha ley.

2.5. Contenido de programación

Es importante detallar la regulación de los contenidos de programación, porque establece los porcentajes de pautas diarias que se deberán transmitir en cada medio de comunicación. Esto generó en los públicos interesados diferentes controversias de que si se cumple o no el principio de libertad de expresión y el derecho de prensa.

El artículo 65, enumera las pautas de programación que deberán cumplir los prestadores de servicios de comunicación audiovisual:

- Los servicios de radiodifusión sonora: privados y no estatales, deberán emitir un mínimo de setenta por ciento (70%) de producción nacional, las emisoras de titularidad de Estados provinciales, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, municipios y universidades nacionales, emitirán como mínimo un sesenta por ciento (60%) de producción local y propia.

- Los servicios de radiodifusión televisiva abierta: deberá emitir como mínimo un sesenta por ciento (60%) de producción nacional, un treinta por ciento (30%) de producción propia que incluya informativos locales, un treinta por ciento (30%) de producción local independiente.

- Los servicios de televisión por suscripción de recepción fija: deberán transmitir sin codificar las emisiones y señales de Radio Televisión Argentina Sociedad del Estado en las que el Estado nacional, provincial, municipal y universidades nacionales tengan participación pública. Deberán ordenar sus grillas de programación de acuerdo a la

reglamentación que establezca la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, entre otras funciones.

Se debe rescatar la protección de los contenidos de programación para la niñez, estableciendo franjas horarias de programas que son considerados no aptos para todo público y que deben tener un fin educativo, basándose en los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño. También se prohíbe la emisión de contenidos que promuevan e inciten tratos discriminatorio, discapacidad, raza, religión, ideológicos, etcétera.

2.5.1 Publicidad

Dicha ley regula la publicidad que podrán transmitir los servicios de comunicación audiovisual, determinando que los avisos publicitarios deberán ser de producción nacional, contemplar las previsiones del artículo 81 y respetar los tiempos de la tanda publicitaria establecida en el artículo 82. No se permite emitir publicidad subliminal, se debe respetar el idioma nacional y la protección al niño, no podrán ser discriminatorias de ninguna índole. (Ley 26.522, 2009, Artículo 82)

2.6. Título VII: Servicio de radiodifusión del Estado Nacional

Ley 26.522 en el artículo 119 establece: “ Créase bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional, Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado (RTA S.E.), que tiene a su cargo la administración, operación, desarrollo y explotación de los servicios de radiodifusión sonora y televisiva del Estado nacional.” Se constituye esta estructura organizativa para gestionar la conducción de los medios audiovisual de comunicación del Estado.

Los objetivos de Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado son: promover y desarrollar el respeto por los derechos humanos, por el pluralismo político, religioso, social, cultural, lingüístico y étnico, garantizar el derecho a la información y contribuir a la educación, entre otras. Para dar cumplimiento a ello debe producir y distribuir dichos

contenidos en la programación de sus medios, respetando los mínimos de producción propia que establece el artículo 123. (Ley 26.522, 2009, artículos 120 al 123).

En el artículo 124⁶ se crea el Consejo Consultivo Honorario de los Medios Públicos, que ejercerá el control social del cumplimiento de los objetivos de la presente ley por parte de Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado y funcionará como ámbito consultivo extraescalafonario de la entidad (...). Su competencia será la de convocar a audiencias públicas para evaluar la programación y el funcionamiento de Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado y fiscalizar el cumplimiento de los objetivos fijados por dicha ley.

Habilita canales de comunicación directa con los ciudadanos cualquiera sea su ubicación geográfica. La dirección y administración de dicha sociedad estará a cargo de un directorio integrado por siete miembros, que durarán en sus cargos cuatro años y podrán ser reelegidos por un período, sus atribuciones y obligaciones serán: organizar, administrar y dirigir la sociedad (...). (Ley 26522, Artículo 130 y 134)

En su artículo 140 establece que Radio y Televisión Argentina S.E. será la continuadora de todos los trámites de adjudicación de frecuencias y servicios de radiodifusión iniciados por el Sistema de Medios Públicos Sociedad del Estado creado por el Decreto 94/2001, y disuelve las sociedades ATC sociedad anónima y TELAM S.A.I. y P.

6Ley 26.55 artículo 124: — *Consejo Consultivo Honorario de los Medios Públicos. Creación.* Créase el Consejo Consultivo Honorario de los Medios Públicos, que ejercerá el control social del cumplimiento de los objetivos de la presente ley por parte de Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado y funcionará como ámbito consultivo extraescalafonario de la entidad. Sin perjuicio de las facultades de incorporación de miembros conforme el artículo 126, estará integrado, por miembros de reconocida trayectoria en los ámbitos de la cultura, educación o la comunicación del país. Los designará el Poder Ejecutivo nacional de acuerdo al siguiente procedimiento: a) Dos (2) a propuesta de las Facultades y carreras de Comunicación Social o Audiovisual o Periodismo de universidades nacionales; b) Tres (3) a propuesta de los sindicatos con personería gremial del sector con mayor cantidad de afiliados desempeñándose en Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado al momento de la designación; c) Dos (2) por organizaciones no gubernamentales de derechos humanos o representativas de públicos o audiencias; d) Seis (6) a propuesta de los gobiernos jurisdiccionales de las regiones geográficas del NOA; NEA; Cuyo; Centro; Patagonia; Provincia de Buenos Aires y Ciudad Autónoma de Buenos Aires; e) Uno (1) a propuesta del Consejo Federal de Educación; f) Dos (2) a propuesta del Consejo Asesor de la Comunicación Audiovisual y la Infancia que representen a entidades u organizaciones de productores de contenidos de televisión educativa, infantil o documental) Uno (1) a propuesta de los Pueblos Originarios.

2.6.1. Universidades nacionales y pueblos originarios

Las universidades nacionales y los institutos universitarios podrán ser titulares en forma directa de autorizaciones para la instalación y explotación de servicios de radiodifusión, con el fin de que su programación sea de contenido educativo, científico y contener el sesenta por ciento de producción propia. Podrán constituirse en redes con otras universidades u emisoras del Estado para cumplir con sus objetivos. (Ley 26522, Artículos 145 al 150)

También se les asignará una autorización en forma directa del uso del radio espectro para la instalación y funcionamiento de servicios de comunicación audiovisual para radio y televisión a los Pueblos Originarios de acuerdo a lo establecido en la presente ley. (Ley 26522, Artículo 151)

2.7. Políticas públicas

El artículo 153, “Faculta al Poder Ejecutivo Nacional a implementar políticas públicas estratégicas para la promoción y defensa de la industria audiovisual nacional en previsión del artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional (...)”, se interfiere que el legislador tuvo en cuenta el primer párrafo de dicho inciso que se basa, en el desarrollo humano, el progreso económico (...) y al dictado de leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor, el patrimonio artístico, los espacios culturales y audiovisuales, contemplado en el último párrafo. Es por ello que establece que el Estado debe proveer la conformación y el desarrollo de los medios de comunicación audiovisual.

2.8. Disposiciones Complementarias

Tratan las habilitaciones para actuar como operador, locutor y demás funciones técnicas que requieren autorización expresa de la autoridad de aplicación.

El régimen de licencias vigentes establece, que los titulares de licencias adquiridas legalmente que hayan obtenido una renovación o prórroga no podrán solicitar ningún nuevo plazo y deberán concursar nuevamente. (Ley 26.522, artículo 157)

El artículo 161, establece el plazo de adecuación a los titulares de licencias de los servicios audiovisuales de comunicación contemplados en dicha ley, en el período de un año. En el caso de licenciatarios que se exceden en los límites permitidos y no se adecúan, voluntariamente la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual actuarán de oficio para realizar las adecuaciones correspondientes y los infractores serán sancionados.

En base al análisis realizado de la ley 26.522 de servicios de comunicación audiovisual, que reemplaza a la ley 22.285 que regulaba los servicios de radiodifusión y pone fin a una etapa crítica del país. Por ello esta nueva ley se la denomina “una ley de la democracia para la democracia”, ya que su objeto es la regulación de los servicios de comunicación audiovisual -la radio y la televisión-, en todo el territorio de la República Argentina, declarándolos de interés público. Esto último de carácter fundamental para el desarrollo sociocultural de la población, ya que permite la exteriorización de un derecho humano fundamental, como es la libertad de expresión.

Se aprecia en los diferentes artículos de la ley claramente su fin, que es el de garantizar los principios de diversidad, pluralidad e igualdad, incorporando nuevos actores al mercado mediático, como son las organizaciones sin fines de lucros, las cooperativas, los pueblos originarios; evitando así la formación de monopolios y oligopolios. Respetando los tratados internacionales a los cuales se adhiere Argentina para garantizar los derechos humanos.

Capítulo 3

3. El derecho humano a la libertad de expresión: pluralidad, diversidad y desconcentración.

Teniendo en cuenta los antecedentes legislativos, vemos que cada gobierno de turno, trató a los medios de comunicación de acuerdo a sus intereses políticos y económicos, ya que son considerados grupos de poder muy influyentes en la sociedad.

Durante el proceso de reorganización nacional en el año 1980, se dictó la primer ley nacional de radiodifusión 22.285, que regula los servicios de radiodifusión en todo el territorio argentino, declarándolos de interés público, y en el cual, la administración de las frecuencias, la promoción y el control de los servicios de radiodifusión son competencia exclusiva del Poder Ejecutivo Nacional.

Luego, cuando se recupera la democracia en el año 1983, el presidente Raúl Alfonsín y sus sucesores no derogaron dicha ley, sólo dictaron decretos sobre otorgamiento y duración de las licencias de acuerdo a sus políticas e intereses del momento.

Con en el gobierno de Carlos Menen (1989-1999) se profundizó el modelo neoliberal y se facilitó la entrada de capitales extranjeros en empresas de medios de comunicación y telecomunicaciones, con mínimas restricciones permitiendo una concentración de capitales, con el propósito de obtener liderazgo en el mercado por medio del poder financiero y tecnológico.

El gobierno de Néstor Kirchner en el año 2005, llevó a cabo distintas medidas: como la ley 26.053 que permite el ingreso de las entidades sin fines de lucro a la radiodifusión con restricciones, la resolución 753-CONFER/06 que reconoce la titularidad de ciento veintiséis radios comunitarias, el decreto 527/05 el cual suspendió la contabilidad del tiempo de uso de las licencias por diez años. Fue recién en el año 2007 con la presidenta Doctora Cristina Fernández de Kirchner que en su modelo de gobierno denominado peronismo combatible o más conocido como Kirchnerista, lucha en defensa de los derechos humanos, a partir de los juicios de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el gobierno de facto, oponiéndose al modelo neoliberal que siguieron sus antecesores, que

permitieron la concentración de poder en reducidos grupos económicos, buscando con nuevas políticas que el control de poder quede en manos del Estado Nacional. También rechaza las políticas de libre mercado evitando los convenios multilaterales con capitales extranjeros buscando potenciar el mercado interno.

En reflejo a estas políticas de gobierno y como garante de estos derechos, se considera indispensable la participación del poder público en los sistemas de información y difusión cultural como un interés colectivo, y se elabora el proyecto de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, que logra su sanción y promulgación el 10 de octubre de 2009 con el número 26.522, garantizando la pluralidad y diversidad de voces.

En este capítulo se desarrollaran los temas centrales de la ley que es el cumplimiento del derecho humano de libertad de expresión, a través de la pluralidad y diversidad de información, el acceso igualitario, cumpliendo con la acción regulatoria del statu quo entre lo que debe ser del sector público, comunitario y privado.

3.1. Libertad de expresión

La libertad de expresión es definida por Bidart Campos como: “el derecho a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar un conjunto de ideas, opiniones críticas, creencias, etcétera, a través de cualquier medio: oralmente, mediante símbolo y gestos, en forma escrita, a través de la radio, el cine, el teatro, la televisión, etcétera.” (Becerra Ferrer y otros, 2001, P.308). La misma no se encuentra en forma explícita en la Constitución Nacional, sino que se infiere por: el artículo 14⁷ que recepta la libertad de prensa, “la libertad civil, de conciencia y de culto, dentro de ellas está la libertad de expresión en sus diversas manifestaciones, reglamentando el ejercicio de los derechos de los habitantes argentinos de publicar, transmitir, difundir sus ideas por la prensa sin censura previa”, el

⁷Constitución Nacional Artículo 14- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

artículo 32⁸ determina que no se dictarán leyes que restrinjan la libertad de imprenta (...), la incorporación de los tratados internacionales consagrados en el artículo 75 inc. 22, recepta el derecho de libertad de expresión, como es el caso de la Opinión Consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en su artículo 31⁹ dice: “en su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios, (...)”, en su artículo 32¹⁰, “en su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e información y para la comunicación masiva entre los seres humanos (...)”.

8 Constitución Nacional, Artículo 32-El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

9 Opinión Consultiva 5/85 artículo 31: En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas "por cualquier... procedimiento", está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al status de quienes se dediquen profesionalmente a ella.

10 Opinión Consultiva 5/85 artículo 32: En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

El Pacto San José de Costa Rica en su artículo 13¹¹ expresa: toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones o ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección. El inc. 2 prohíbe la censura previa, asegurando el respeto a los derechos y a la reputación y protección de la seguridad nacional (...), no se puede restringir el derecho de expresión por medios indirectos (...).

El Estado como garante de dicho precepto debe promover una libertad colectiva satisfaciendo las necesidades de los ciudadanos de recibir información y opiniones diversas. Como “sostiene el jurista argentino Roberto Gargarella: respetar la libertad de expresión exige acciones públicas destinadas a que se escuchen voces diferentes, que faciliten el acceso a la escena pública de puntos de vista opuestos, que rompan una inercia que castiga a quienes están peor por razones completamente ajenas a su responsabilidad”. (Loreti y Lozano, 2014, p.51) Aquí se manifiesta cual debe ser el rol del Estado en cuanto a hacer cumplir este derecho a través del dictado de normas y actuando como contralor en forma activa.

En la ley de servicios de comunicación audiovisual dicho principio se ve reflejado en sus dos primeros artículos, que tienen por objeto regular la actividad brindada por los servicios comunicación, promocionando la desconcentración, pluralidad y diversidad de voces, fomentando la participación de diferentes sectores. Implicando ello igualdad de oportunidades de todos los habitantes de la Nación para acceder a los beneficios de su prestación. En particular, importa la satisfacción de las necesidades de información y

11 Pacto San Jose de Costa Rica, Artículo 13: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. 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. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

comunicación social de las comunidades en que los medios estén instalados y alcanzan en su área de cobertura o prestación (...)” (Ley 26.522, 2009, Art. 1 y 2).

3.2. Pluralidad, diversidad de voces y desconcentración

El pluralismo, es un sistema que reconoce la existencia de distintas teorías, métodos, pensamientos en diversas materias, como oposición al monopolio, o a la concentración de los medios en un solo poder. “Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, por ello es necesario su pluralidad”. (Loreti y Lozano, 2014, p.53). La ley contempla dicho principio en varios artículos, estableciendo que deben existir tres tipos de medios de comunicación: comerciales, públicos y comunitarios, regula la cantidad de licencias y señales que se puede obtener por cada titular por un plazo de cinco años y promueve la universalidad de acceso fomentando la desconcentración.

La diversidad significa diferente, variedad, distintas cosas que conviven en un contexto social, como la diversidad cultural, biológica, económica, etcétera. Es considerada de carácter inherente al ser humano, ya que cada uno tiene un modo diferente de pensar, sentir y actuar. Dicha ley tiene en cuenta la diversidad cultural que es la que genera valores e identidad en un pueblo determinado, creando igualdad de género en la radiodifusión y oportunidad de acceso a todos los segmentos de la sociedad con libre intercambio de información e ideas, satisfaciendo todas las necesidades de información e intereses de todos a través de diferentes medios de comunicación audiovisuales. (Baranchuk y otros, 2011)

Aquí la ley recepta las directivas de la Declaración de los Relatores, que se “debe designar suficiente espacio para la transmisión de las diferentes plataformas de comunicación para asegurar que el público, como un todo, pueda recibir un espectro variado de servicios de medios de comunicación” (Baranchuk y otros, 2011, p.57), garantiza la disponibilidad y promoción de acceso igualitario de oportunidad de los diferentes actores que participan en la actividad comunicacional.

Dichos términos de diversidad y pluralidad en la Ley son asociados a las “voces múltiples” para alcanzar y garantizar el fortalecimiento del sistema democrático y así

evitar el monopolio mediático tanto del sector privado como público y sin que el control del Estado constituya una amenaza a la libertad de expresión, derecho de información y opinión. Es por ello que se prohíbe la censura previa en los medios, ya que según Bidart Campos debe entenderse como” toda dificultad arbitraria a la libre expresión como las trabas a instalaciones de imprentas, la obligación de publicar avisos oficiales o privados, prohibición de dar determinadas noticias, la fijación de cuotas de papel, persecución de periodistas, etcétera” (Becerra Ferrer y otros, 2001, P.309).

Desconcentración por oposición a la concentración, entendida como el proceso por el cual, en una determinada actividad se produce un mayor control de capital en pocas organizaciones. “En el caso de los medios de comunicación la concentración de propiedad tiene como correlato la homogeneización de contenidos y la marginación de voces disidentes”. (Loreti y Lozano, 2014, p. 143) En Argentina hasta la sanción y aplicación de la ley 26.522, “la concentración estaba dada en tres grandes grupos mediáticos (Telefónica Internacional S.A., Grupo Clarín y Vila-Manzano-De Narváez, controlando un 78% del mercado, imposibilitando el ingreso de nuevos actores”.(Loreti y Lozano, 2014, p. 166) La ley de servicios de comunicación fomenta la desconcentración a través de la regulación en el otorgamiento de las licencias, estableciendo el límite en cantidad, duración y alcance que no puede superar el 35% del total de habitantes nacional o de los abonados suscriptos a la televisión por cable.

La ley 26.522 crea la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA), un órgano descentralizado y autárquico, considerado como la autoridad de aplicación, que le corresponde la interpretación de dicha ley y responder por los preceptos de pluralidad, diversidad y libertad de expresión.

Para ello regula el otorgamiento de licencias o autorizaciones a los servicios de comunicación audiovisual a través de concursos públicos y estableciendo una cantidad determinadas de licencias para cada titular, ya sea una prestadora de gestión pública o privada con o sin fines de lucro, por un tiempo determinado con posibilidad de renovación; vela por una sana competencia y diversidad de medios audiovisuales; regula el contenido de los mismos a través del ordenamiento de sus grillas obligando a una transmisión de alta

calidad protegiendo los derechos del niño, la raza, el color, el sexo, idioma, religión , opiniones políticas y a los pueblos originarios entre otros.

Cumple con los preceptos de conseguir un cambio estructural en el mercado mediático, evitando el monopolio y asegurando a toda la sociedad un acceso efectivo a las fuentes de información, la entrada de nuevos prestadores y promoviendo la producción de contenidos locales, regionales.

Así “garantiza la universalidad del acceso de los medios de comunicación como un soporte fundamental para el ejercicio del derecho humano a la libertad de expresión, la opinión y la información”. (Baranchuk y otros, 2011, P.53)

Luego de este desarrollo, concluimos de que diversidad, pluralismo y desconcentración son parte de la libertad de expresión sin ellos está no existe. Se necesita que existan diferentes tipos de medios de comunicación, de contenidos heterogéneos y con amplios alcances, para escuchar voces múltiples. Por ello la ley de servicios de comunicación audiovisual trata enfáticamente éstos principios garantizando la libertad de expresión, fomentando la igualdad como medio de protegerla y volverla efectiva, asegurando así un sistema democrático.

Capítulo 4

4. Control de constitucionalidad

4.1 Generalidades

En el derecho constitucional existen distintos modelos de control constitucional, que van a depender del sistema jurídico-político que tenga el país, ya que tienen como fin “asegurar el control de las leyes y la implementación de una justicia constitucional” (Amaya, 2012, p.89). Como Argentina adopta para su gobierno la forma Representativa Republicana Federal, divide sus competencias en tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial y adhiere al modelo denominado difuso o estadounidense, puro.

Esto se debe a que el sistema jurídico argentino, tiene un orden jerárquico presidido y determinado por la Constitución Nacional en su artículo 31, y el órgano encargado de administrar la justicia, interpretar y aplicar la Constitución, garantizando los derechos establecidos en ella, es el Poder Judicial. Para cumplir con dicha función tiene como facultad el control de constitucionalidad.

Conforme al artículo 116¹² de la Constitución, se establecen las atribuciones del Poder Judicial, que: “corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la nación, (...)”. A través de este artículo se observa que este órgano es el encargado de garantizar el respeto de los derechos que contempla nuestra carta magna, mediante el control de constitucionalidad que se caracteriza por:

¹² Constitución Nacional, Artículo 116.- Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75, y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros, de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima, de los asuntos en que la Nación sea parte, de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

- Ser judicial y difuso, todos los jueces que componen el poder judicial poseen la facultad de aplicar el control sobre los actos de los otros poderes.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, es el máximo tribunal del país, se recurre a ella por apelación ordinaria o extraordinaria.

- Los jueces sólo pueden pronunciarse dentro de las causas que se tramitan ante ellos, entre dos partes. Ya que los efectos de las sentencias son inter partes, careciendo de efectos erga omnes, por lo que la norma impugnada sigue siendo válida en el firmamento jurídico, hasta que no sea derogada por la autoridad que la aprobó. Estos efectos se ven bien reflejados en la sentencia que pronuncio la Corte Suprema de Justicia en el fallo Thomas Enrique (que se analiza en el apartado 5.1.), donde manifiesta que el tribunal a quo mediante una medida cautelar no puede suspender una norma erga omnes e incumplir con el principio de división de poderes.

- Legitimación, el sujeto que tiene legitimación activa para solicitar el control de constitucionalidad es el titular del derecho que intenta hacer valer.

- Los jueces ejercen el control de constitucionalidad sólo en casos concretos, no abstractos, y en principio como regla general se efectúa a pedido de alguna de las partes de la causa, debido a que dicho control no procede de oficio. Debido a que no debe romper con el equilibrio, división de poderes, seguridad jurídica y debida proceso.

- La Corte creó otras vías de control de constitucionalidad: el per saltum y el amparo que está contemplado en el artículo 43 de la Constitución, donde autoriza al juez a declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. (Amaya, 2012)

Como se observa el modelo de control de constitucionalidad es adoptado de acuerdo a la forma de gobierno que posee el país, ya que a través de este se controla a los otros dos poderes y se encarga de hacer respetar los derechos y garantías contemplada en la Constitución, debido a que es la norma suprema que nos gobierna.

Es menester resaltar la función que cumple dicho control, ya que a través del mismo se puede dejar sin efecto algún artículo o norma que afecte un derecho concreto a la

parte interesada, que recurre al juez competente para solicitar su aplicabilidad en el litigio planteado. La resolución que se dictamine sólo genera efecto entre partes. Esto sucedió con la ley 26.522, en distintos fallos donde se solicitó a diferentes tribunales federales e incluso a la Corte Suprema de Justicia que declare la inconstitucionalidad de dicha norma, por violar diferentes derechos: libertad de expresión, de prensa, información, propiedad, entre otros.

Capítulo 5

5. Jurisprudencia de la ley 26.522 de servicios de comunicación audiovisual

Luego de la sanción y promulgación de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, diferentes grupos de interés que se vieron afectados en alguna medida en sus derechos de libertad de expresión, información, opinión y propiedad, entre otros, recurrieron a la justicia para declarar la inconstitucionalidad de la ley, en su totalidad o artículos específicos, como por ejemplo, los que versan sobre el desprendimiento de las licencias, la regulación de los contenidos y el más discutido de todos el del plazo de un año para desinvertir (artículos 41, 45, 65 y 161).

Esto dio lugar a que en distintas provincias del país, se dictaran múltiples fallos en contra del Estado Nacional, por medio de jueces federales de primera instancia; cámaras de apelaciones y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Aquí se desarrollaron los fallos que reflejan la constitucionalidad o no de la norma en su conjunto o artículo específico, teniendo en cuenta si respeta los derechos humanos consagrados en la Constitución Nacional y los tratados internacionales a que adhiere.

5.1. Fallo “Thomas Enrique C/ E.N.A. S/ amparo”

La jueza Olga Pura Arrabal, del Juzgado Federal N° 2 de Mendoza hizo lugar a la petición del Diputado Enrique Luis Thomas al sancionar una medida cautelar que suspenda la aplicación de la ley 26.522 de Servicios de comunicación audiovisual en su totalidad, mientras se tramita la cuestión de fondo planteada, que es la inconstitucionalidad de la norma, por la violación de los procedimientos y formas previstas en los reglamentos de la cámara.

Thomas manifiesta que las convocatorias a sesión especial y las comisiones intervinientes fueron realizadas con arbitrariedad e ilegalidad. Hace hincapié en que el dictamen de la comisión no se puso a disposición de la prensa durante los siete días

hábiles, de que los despachos de comisión deben ser firmados en las salas respectivas. Proceso que no se cumplió y afectó su derecho como legislador de realizar los actos que le compete a su cámara. Dejando constancia de ello en un documento titulado “no queremos una ley para los monopolios sino para el pueblo”, el cual fue firmado por treinta y un legisladores”.

Por ello promueve una demanda de amparo con el objeto de obtener un pronunciamiento judicial que restablezca los derechos, que el actor dice tener en su doble condición, -de ciudadano interesado y diputado nacional- que habrían sido lesionados durante el trámite parlamentario del proyecto de ley.

El juez a quo admitió la legitimación del actor, y considerando las pruebas presentadas resolvió: “hacer lugar a la medida cautelar peticionada y en consecuencia ordenó la suspensión de la aplicación y los actos de ejecución de la ley 26.522”. Esta sentencia se apeló a la cámara y está coincidió con lo afirmado en el fallo de primera instancia, donde se encuentran comprometidos los derechos de incidencia colectiva, relativa o generada por intereses individuales homogéneos.

Luego, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, admitió el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional, teniendo en cuenta la medida cautelar que suspende la totalidad de los efectos de la ley 26.522 por las presuntas irregularidades en el trámite parlamentario y no realizando una valoración constitucional de su contenido. Es por ello que el 15 de junio de 2010 en los autos: “Thomas Enrique C/ E.N.A. S/ amparo” resuelve:

1- Que un legislador no tendría legitimación activa, cuando lo que trae a consideración de un tribunal de justicia es la reedición de un debate que ha perdido en el seno del Poder Legislativo, por el juego de las mayorías y minorías respectivas. Por el contrario, dicha legitimación podría eventualmente resultar admisible cuando se trata de la afectación de un interés concreto y directo a su respecto.

2- Que la legitimación de Enrique Thomas fundada en su carácter de Diputado de la Nación dista mucho, ya que debe verse afectado en un interés legítimo claro y demostrar un perjuicio concreto, regla que fue establecida por la corte en los fallos “José

Roberto Dromi, Polino Héctor, Garre Nilda” entre otros. Esto es así, porque el ejercicio de legislador encuentra su quicio constitucional en el ámbito del Poder Legislativo y en el resguardo de la división de poderes.

3- Cabe señalar que el a quo debió haber considerado que una cautelar que suspende la vigencia de toda la ley 26.522 con efectos erga omnes tiene una significativa incidencia sobre el principio de constitucional de división de poderes y el modelo de control de constitucionalidad adoptado por Argentina que es el modelo difuso o norteamericano en forma pura, o sea ningún juez tiene el poder de hacer caer la vigencia de una norma en su totalidad. Además no respetó el principio de razonabilidad que resulta un requisito de toda la actividad del Estado.

4- Por todo lo expuesto y falta de elementos la corte determinó que debe rechazarse la legitimación activa del Diputado Nacional Thomas Enrique, en tanto su demanda pretende obtener la derogación de una ley, no procede.

A través de este fallo se observa el sistema jurídico argentino y como se respetan los principios constitucionales de división de poderes –ejecutivo, legislativo y judicial- y las competencias que le corresponde a cada uno. En este caso en particular se ve afectado el Estado Nacional, debido a que el poder judicial en sus tribunales inferiores aplicó el control de constitucionalidad en forma incorrecta.

La Corte Suprema de Justicia, para resolver el reclamo presentado por el Diputado Nacional, Thomas Enrique, tuvo en cuenta las facultades que le compete como órgano supremo de justicia: velar los derechos de nuestra Constitución, ejercer como herramienta el control de constitucionalidad (que se analizó en el apartado anterior) y respetar a sus pares, como es el Congreso de la Nación, órgano investido de poder de reglamentar los derechos y garantías reconocidas en la Constitución.¹³

En base a lo señalado, la decisión que tomó el a quo de hacer lugar a la medida cautelar, que suspendió la aplicación de la ley 26.522 con efectos erga omnes; tiene una incidencia muy grande en la aplicabilidad del principio de control constitucional y respeto

13 Página web del Centro Judicial. Recuperado el 05/03/2014 de <http://www.cij.gov.ar/nota-5157-La-Corte-Suprema-dicto-un-fallo-en-la-cautelar-referida-al-articulo-161-de-la-ley-de-medios-.html>

de las competencias de los otros poderes, como es el de dictar normas que regulen y garanticen los derechos. Ya que los jueces del país sólo pueden derogar una norma, cuando exista una afectación legítima a un derecho concreto y este al interesado le genere un agravio. Hecho que en este fallo no sucedió, porque el diputado no puede recurrir a la justicia en calidad de tal y como representante de la sociedad, manifestando que sus derechos fueron violados porque en el proceso de sanción de la norma no se tuvo en cuenta su participación, siendo cuestión de competencia exclusiva del Congreso de la Nación.

Es importante tener en cuenta en qué momento se debe solicitar y aplicar el principio de control constitucional y el alcance del mismo que es sólo entre partes y jamás tiene efecto erga omnes.

5.2. Fallo CODELCO -Comité de Defensa del Consumidor-

El juzgado Federal N° 2 de la provincia de Salta, a cargo del Dr. Medina Miguel, le hizo lugar a la acción impulsada por CODELCO (Comité de Defensa del Consumidor). Esta última es una asociación civil, inscripta con el N° 02/96 en el Registro Nacional de Sociedades, perteneciente a dicha provincia, que tiene por finalidad, resguardar los derechos de los consumidores contemplados en la ley de defensa del consumidor número 26.361.

Demandó al Estado Nacional- Poder Ejecutivo de la Nación-, en representación de los intereses de todos los usuarios y consumidores de los servicios públicos de comunicación audiovisual, específicamente a los usuarios de la provincia de Salta, cuestionando la inconstitucionalidad de seis artículos y todo acto u hecho administrativo de la ley de servicios de comunicación audiovisual, debido a que lesiona los derechos de libertad de expresión y de información que consagra la Constitución Nacional, ya que a su entender limitan la oferta de programación televisiva y radial en el interior del país, en cuanto a la multiplicidad de licencias que pueden tener los medios, la emisión en cadena de los contenidos de programación y la adaptación de los medios a la nueva ley.

El a quo le hizo lugar a la actora y dispuso “la suspensión de la obligatoriedad de los artículos 45, 62, 63, 64, 65 y 161 de la ley 26.522 y demás normas reglamentarias y la abstención de dictar actos administrativos que impliquen poner en ejercicio la citada normativa”.

El Estado Nacional apela tal decisión a la cámara federal de la Provincia de Salta, en los Autos: CODELCO C/ Estado Nacional- Poder Ejecutivo Nacional S/ medida cautelar, resolviendo el 4 de Agosto de 2011 el levantamiento de la medida cautelar teniendo en cuenta los siguientes lineamientos:

- “La libertad de expresión es un derecho fundamental bifronte, porque excede el contorno de los clásicos derechos privados e ingresa en la esfera pública desde que condiciona la vigencia del Estado de Derecho y el sistema democrático de gobierno. En este sentido es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Opinión Consultiva 5, del 13 de noviembre de 1985), declaró que “una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”. De igual modo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmembrada o puramente nominal (doctrina de Fallos: 248:291; 315:1492, entre otros).

- En nuestro sistema el derecho del usuario-consumidor tiene rango constitucional, pues el art. 42 de la ley fundamental está especialmente dedicado a su protección, estableciendo que “los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”.

La cámara se explayó según cada artículo, antes de resolver, cuestionado:

Artículo 45: denominado multiplicidad de licencias, es el encargado de determinar cómo se distribuirán las licencias por cada titular, garantizando los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local.

Aquí la cámara, en base al planteamiento de la actora en el apartado uno, determinó que las limitaciones en las licencias no son irrazonables por hacer uso de un recurso natural como es considerado el espectro radioeléctrico. Segundo sí hizo lugar a la suspensión parcial de la medida cautelar aplicada por el a quo por considerar que en el tercer apartado “a” en concordancia con el apartado uno “b” de dicho artículo, al licenciatarlo lo limita al registro de una señal de contenido y hasta diez licencias de servicios de comunicación audiovisual. Considero que no se cumple con el principio de diversidad y pluralidad, restringiendo la oferta en sus diversas procedencias geográficas, de índole o género y titularidad (son propias de los cable operadores y ajenas a éstos, de origen nacional y extranjero, públicas y privadas), e impidiendo un desarrollo de tecnología digital que el mismo Estado a promovido, permitiendo un aumento en el tránsito de señales y su acceso a los usuarios, el cual se consideró contradictorio con el objetivo de la norma.

También mantiene la suspensión del sub apartado c, que limita a veinticuatro licencias, cuando se trata de licencias para la explotación de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico en diferentes localizaciones, siendo que no usa el radioespectro se considera irrazonable.

La cámara considera no conservar la cautelar respecto a:

- *Artículo 62*, autorización de redes, las emisoras de radiodifusión integrantes de una red no podrán iniciar transmisiones simultáneas sin la debida autorización del AFSCA.
- *Artículo 63*, que regula la vinculación de emisoras, permitiendo la constitución de redes de radio y televisión exclusivamente entre prestadores de un mismo tipo y clase de servicio, según determinadas pautas que fueron cuestionadas por CODELCO, como “la emisora adherida a una o más redes no podrá cubrir con esas programaciones más del treinta por ciento (30%) de sus emisiones diarias”. La cámara determinó que no procede la queja ya que respeta los principios de la norma en cuestión.

- *Artículo 64*, en cuanto a las excepciones del cumplimiento de las limitaciones establecidas en el *artículo 63, apartado “a”* a “los servicios de titularidad del Estado Nacional, los Estados provinciales, las universidades nacionales, los institutos universitarios nacionales y las emisoras de los Pueblos Originarios”.

- *Artículos 65*, (se relaciona con el artículo 63), regula los contenidos de programación que deberán cumplir los titulares de licencias según los servicios de comunicación audiovisual que presten, teniendo en cuenta la producción nacional, local y propia, determinando un mínimo de porcentajes a respetar, como por ejemplo el setenta por ciento de producción nacional que deberán emitir los servicios de radiodifusión sonora privados y no estatales. Aquí la Cámara Federal considera que ciertos porcentajes estipulados no cumplan con las legislaciones comparadas que se analizaron al momento de redactar dicho artículo, pero como no se puede comprobar el agravio concreto a los consumidores- usuarios no es correcto mantener la medida impuesta por el a quo.

- *Artículo 161*, conocido como cláusula de “desinversión” que otorga un plazo de un año a los licenciatarios para adecuarse a dicha ley. Se tuvo en cuenta lo que resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “grupo clarín” (Fallos: 333:1885), donde por mayoría rechazó el recurso extraordinario deducido por el Estado Nacional en contra de la medida cautelar que suspendió la aplicación de la norma en tratamiento, y determinó que esta medida no perjudica a los consumidores en general y en particular a los de la provincia de Salta, por ende se levantó la medida cautelar aplicada.¹⁴

A través de este fallo, la actora buscó que se respeten los derechos del consumidor-usuario contemplado en el artículo 42 de la Constitución, de la ley de defensa del consumidor, en base a la normativa de la ley de servicios de comunicación audiovisual que no cumple con dichos preceptos. Debido a que afecta el derecho de libertad de expresión y de información, por considerar que al interponer límites en la adquisición y alcance de las licencias, a la regulación de contenido en los programas.

¹⁴ Página web del Centro Judicial. Recuperado el 05/03/2014 de <http://www.cij.gov.ar/nota-7429-Admiten-en-Salta-un-planteo-del-Estado-nacional-por-la-Ley-de-Medios.html>

Como no pudo demostrar en forma concreta tal perjuicio, es que la Cámara Federal N° 2 de Salta decidió levantar la medida cautelar que suspendía la aplicación de los seis artículos analizados y solo hizo lugar al artículo 45 en temas específicos.

A pesar de la resolución de la cámara, lo que se rescata aquí es la relación que existe entre la ley 26.522 y la protección que tienen los consumidores-usuarios en nuestro país, en la norma suprema y propia, como es la ley 26.361, que les garantiza determinados principios como: una información adecuada y veraz, la libertad de elección y condiciones de trato equitativo y digno, que todos deben respetar inclusive la norma en cuestión, que en términos generales si los contempla y tiene como fin garantizarlo a través de la diversidad, pluralidad de voces e igualdad de oportunidades.

5.3. Fallo Provincia de San Luis C/ Estado Nacional

Con respecto a la Provincia de San Luis la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió dos casos en competencia originaria:

- El primer fallo con fecha veintinueve de Mayo de 2012, caratulado San Luis, provincia de C/ Estado Nacional S/ ordinario el Estado provincial le cuestiona al Estado Nacional (AFSCA) la constitucionalidad de la ley 26.522 en carácter de titular de la emisora LV 90 TV Canal 13 San Luis. El Estado Nacional impugna la procedencia de la pretensión por considerar que no existe legitimación activa por la actora y que no existe un perjuicio real y concreto que sea producto de la norma cuestionada. Aquí la Corte resolvió que la actora es parte de la relación jurídica en la que se sustenta la pretensión y tiene plena legitimación para actuar.

- El segundo auto, Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual C/ San Luis, provincia de S/acción de inconstitucionalidad, la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, en su condición de autoridad de aplicación de la ley 26.522, demanda a la Provincia de San Luis a fin de obtener que se declare la nulidad absoluta por inconstitucionalidad de la ley provincial I-0735-2010, su decreto de promulgación 2931/10 y de todo acto administrativo que se hubiera dictado

como consecuencia o por aplicación de tales normas. Cuestiona que la provincia pretende arrogarse jurisdicción sobre todas las materias relacionadas a los servicios de radiodifusión, televisión abierta y por cable que se presentan dentro de sus límites, lo cual implica una intromisión del gobierno local en el ámbito de competencia nacional. También plantea que se crearía inconvenientes en el campo internacional, ya que le otorgan a un estado potestades para determinar discrecionalmente frecuencias y potencias. Por lo expuesto solicita que la Corte dicte una medida cautelar que suspenda la aplicación y los efectos de dicha ley hasta se resuelva la cuestión de fondo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió:

1- Que según las constancias obrantes en el expediente les permite tener por configurado a prima facies los presupuestos necesarios para acceder a la solicitud de la actora de decretar la medida cautelar pedida, cuyos efectos corresponde hacerles saber al Poder Ejecutivo Provincial de San Luis que deberá abstenerse en forma inmediata de aplicar la ley I-0735-2010, su decreto de promulgación y todo acto administrativo como consecuencia de la aplicación de dicha ley.

2- Que la decisión que se adopta es para mantener el status quo antes de su sanción, propio de toda medida cautelar innovativa, a fin de evitar la generación de los efectos y prejuicios que podría generar su aplicación.¹⁵

Aquí se reflejan dos cuestiones, la primera es que la provincia de San Luis le reclama al Estado Nacional como titular de licencia, que la ley 26.522 no es constitucional, se le hace lugar a su petición pero no tiene continuidad la causa.

La segunda es, el Estado quién le reclama a la provincia la nulidad de la ley 735, que regula en su jurisdicción a los servicios de difusión que comprenden: radiodifusión, televisión abierta y por cable, escritos y cualquier otro que se realice dentro de sus límites territoriales, garantizando la libertad de pensamiento, expresión, conocimiento, información y de ideas como atributo esencial de toda persona, (Ley 735, artículo 1 y 2), porque

15 Página web del Centro Judicial. Recuperado el 05/03/2014 de <http://www.cij.gov.ar/nota-9195-Ley-de-Medios--la-Corte-resolvi--dos-causas-que-tienen-como-partes-al-Estado-Nacional-y-a-la-provincia-de-San-Luis.html>

considera que la regulación de la radiodifusión es competencia Nacional, por dos razones: primero por el sistema de gobierno federal que consagra nuestra Constitución Nacional en su artículo 31 estableciendo la jerarquía de normas y el artículo 126 que trata la delegación de competencia entre el Estado Nacional y las provincias. Segundo por la regulación del espectro radioeléctrico que se lo considera un recurso natural, limitado y constituye un bien de dominio público sobre el cual el Estado Nacional ejerce su soberanía. O sea que al existir una ley nacional que regule la materia no puede haber una ley inferior que la contrarié.

5.4. Grupo Clarín C/ Estado Nacional

El fallo de mayor trascendencia institucional que cuestionó la constitucionalidad de la Ley N° 26.522, ha sido la causa denominada Grupo Clarín S.A contra el Estado Nacional. Esta causa tuvo diferentes instancias en los que la Corte Suprema de Justicia intervino antes de resolver la cuestión de fondo en forma definitiva.

Se comenzará por la demanda de origen interpuesta el siete de Diciembre de 2009 con los autos “Grupo Clarín S.A. y Otros S/ medidas cautelares” ante el Juzgado Federal N° 1 en lo Civil y Comercial a cargo del Dr. Edmundo Cardone, donde le hace lugar al actor y ordena la medida cautelar que suspende dos artículos 41 y 161, cuestionados de inconstitucionalidad por menoscabar los derechos constituciones de propiedad y de industria lícita. El Estado Nacional apela la resolución del a quo ante la cámara correspondiente y esta se expide el 13 de Mayo de 2010 confirmando dicha resolución, en cuanto ordena la suspensión de la aplicación del artículo 161 respecto a la actora y revoca la suspensión del artículo 41 declarándolo constitucional.

En base a esta decisión el Estado Nacional recurre a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de un recurso extraordinario, para que declare la plena constitucionalidad de los artículos cuestionados de la ley de servicios de comunicación audiovisual. La Corte no hace lugar a la petición del Estado Nacional, por no existir sentencia firme y tampoco se cumplen los dos requisitos exigidos por las medidas cautelares para asimilarse como tal, que son: una cuestión federal trascendente,

conjuntamente con un agravio que por su magnitud y sus circunstancias de hecho resultaran irreparable. Lo que si consideró correcto es la fijación de un plazo prudente de la medida cautelar y la resolución de la cuestión de fondo, devolviendo la causa a la Cámara de apelaciones.

Aquí es cuando la Cámara confirmó la desestimación del levantamiento de la medida cautelar, y determina el plazo de la misma en treinta y seis meses contados desde la notificación de la demanda para la vigencia de la cautelar. Basa dicha decisión en que el actor es titular de licencias legales y adquiridas según decretos o resoluciones correspondientes, reconoce que se lo obliga a una venta compulsiva afectando su derecho de propiedad, por el corto plazo de desinversión que establece el artículo 161.

El Estado apela nuevamente a la Corte, estableciendo que el plazo de 36 meses contados desde la notificación de la medida cautelar hace que la suspensión de los artículos de la ley 26.522 duren cuatro años, no respetándose las facultades del poder legislativo, ya que la ley no afecta la libertad de expresión, sino que la garantiza a partir de los principios de diversidad y pluralidad de voces y declara los servicios de comunicación audiovisual de interés público. Tampoco se tuvo en cuenta la resolución AFSCA 297/10, que establece los mecanismos de adecuación de los titulares de las licencias establecidas en la ley. En cambio la medida cautelar promulgada a favor del Grupo Clarín, permite la concentración de licencias y obstaculiza la incorporación de nuevos prestadores.

Por todo lo expuesta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su segunda intervención en la causa, determinó que el plazo de los treinta y seis meses de durabilidad de la medida cautelar, debiera contarse a partir del dictado de la misma y espirar el siete de diciembre de 2012.

La actora recurre nuevamente a la cámara el 6 de Diciembre y solicita la vigencia de la medida cautelar hasta que se resuelva la cuestión de fondo. Dicha solicitud fue otorgada. En el periodo que duró la medida cautelar el Grupo Clarín amplió en dos oportunidades la demanda, solicitando la inconstitucionalidad también de los artículos 45 y 48 segundo párrafo y agregó la acción de daños y perjuicios ocasionados.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación el 29 de Octubre de 2013, resolvió en los autos: “Grupo Clarín S.A. y otros C/ Poder Ejecutivo Nacional y otros S/ acción meramente declarativa”.

Las partes de dicha causa son: Grupo Clarín S.A. integrado por: Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. y Teledigital Cable S.A., Cablevisión S.A., Multicanal S.A., Radio Mitre S.A. -en adelante actora- y el Estado Nacional compuesto por el Poder Ejecutivo Nacional y la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA), en adelante demandada.

La actora solicita que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 41, 45, 48 –segunda parte- y 161 concordantes con la Ley 26.522 y la inaplicabilidad de la misma sobre sus licencias y señales adquiridas legalmente hasta el momento de la sanción de dicha ley, ya que vulneran sus derechos de propiedad y libertad de comercio, generando daños patrimoniales graves e irreparables que afectan directamente sus libertades de prensa y expresión.

La demandada fundó su posición en el carácter de interés público de los servicios de radiodifusión y en la necesidad de promover la diversidad y la universalidad en el acceso a dichos servicios, exteriorizando el derecho humano inalienable de expresar, recibir y difundir informaciones, ideas y opiniones, que la actora no cuenta con legitimación para obrar.

Los artículos en cuestión establecen:

Artículo 41: Determina que las licencias y autorizaciones de los servicios de comunicación audiovisual son intransferibles, salvo excepciones para que se continúe prestando el servicio con las condiciones de que el plazo transcurrido de la licencia sea de cinco años, que el cincuenta por ciento del capital siga en manos del titular original y cuente con la autorización correspondiente por la autoridad de aplicación. El grupo actor manifestó que es inconstitucional porque, las licencias pasan a ser bienes indisponibles e intransferibles, produciendo que queden fuera del comercio y pierdan valor económico. La demandada dice al respecto que lo que se busca con este artículo es “evitar incumplimiento

y fraudes mediante sucesivas operaciones de transferencias y fusiones que impedían controlar al titular y responsables de las licencias en un momento dado”.

La Corte determinó que la norma con este artículo busca que el titular de licencia sea independiente y que esté debidamente identificado, por lo tanto es constitucional.

El artículo 45: Multiplicidad de licencias, regula la cantidad de licencias y señales del cual un licenciatario puede ser titular dependiendo del tipo señal que utilicé si es satelital, radio espectro o por vínculo físico, con el fin de garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local se establecen limitaciones a la concentración mediática. La actora argumenta que se ve afectada su libertad de expresión porque se la priva de una parte de su sustentabilidad operativa y económica. La demandada manifiesta que al limitar la cantidad de licencias persigue el fortalecimiento del derecho de libertad de expresión y el derecho de información de todos los individuos.

Artículo 48 –segundo párrafo-: El régimen de multiplicidad de licencias previsto en esta ley no podrá alegarse como derecho adquirido frente a las normas generales que, en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, se establezcan por la presente o en el futuro. “La actora alega que la afectó gravemente sus derechos adquiridos derivados del decreto de necesidad y urgencia 527/05 y reclama que se le respeten los plazos de sus licencias allí establecidos”, teniendo en cuenta su derecho de propiedad garantizado en la Constitución Nacional. La demandada manifiesta que las licencias son concesiones que el Estado realiza para la administración de un servicio y las considera un privilegio y no un derecho adquirido.

Artículo 161: Trata sobre el plazo de un año que estima la ley para que los titulares de licencias se adecuen a ella. Aquí la actora hace una doble impugnación, la primera la remite al artículo 45 de la misma ley sobre sus derechos adquiridos sobre las licencias y en segundo lugar que el plazo es muy breve para la desinversión y lo afecta económicamente porque lo obliga a vender a un precio vil. (Ley 26522, Artículo 161 y 45) El demandado manifiesta que el plazo para los licenciatarios que deben adecuarse nunca va a ser razonable.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió llevar a cabo una audiencia pública para los días 28 y 29 de agosto de 2013, dando participación a cinco Amicus Curiae por cada una de las partes, a la Defensoría del público de Comunicación Audiovisual y el Centro de Estudios en Derecho y Economía, perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. También se habilitó a opinar a la Procuradora General de la Nación, doctora Alejandra Gil Carbó.

Se desarrollan los interrogantes más relevantes que realizó el tribunal:

Actora:

- “Se le preguntó porque sostiene que la ley 26.522 afecta la libertad de expresión. Manifestó que para entenderla se debía entender cómo se afecta la sustentabilidad económica del Grupo Clarín con esta norma que es una específica de desmonopolización, que es contraria al principio 12 de la OEA respecto a la libertad de expresión (...).

- Le preguntó respecto del derecho de los ciudadanos a una pluralidad de fuentes informativas que compitan entre sí, que es lo que sostiene la ley. Respondió que está de acuerdo con ese punto, que en lo que difiere es en que los medios que se han arbitrado no favorecen esa pluralidad, como es el caso de los que no utilizan radio espectro (...).

- También se la interrogó a cerca de la conformación actual del Grupo Clarín en lo que respecta a la titularidad de licencias en el campo audiovisual si se cumplen los fines previstos por la Ley 26.522, en cuanto a garantizar la pluralidad y diversidad de voces y opiniones. Contestó en forma afirmativa con sustento en “que en la actualidad existen muchísimos medios, por ejemplo, tenemos una información acerca de la cantidad de distintas voces que hay en el mercado audiovisual” (...).

- Además se le preguntó porqué sostiene que los límites de las cuotas de mercado y multiplicidad de licencias que establece la ley 26.522 compromete el derecho del Grupo Clarín a expresarse libremente. Expresó una doble explicación, la primera es que la cuota de mercado en sí es una limitación a la libertad de expresión, todo público que este

fuera de ella no va a poder acceder a la programación e información que del Grupo Clarín; la segunda es el régimen de multiplicidad de licencias y la cuantificación del mercado que afecta la escala y alcance del grupo. Hay una cuestión adicional, la pericia contable que habla con toda claridad de que la red actual no hace a la empresa sustentable.

- Con respecto a las restricciones que tienden a evitar la concentración de licencias en un mismo titular. Manifestó que una empresa hace los cálculos de inversión en base al marco y licencias que tiene. La ley anterior 22.285 no afectaba la economía de escala y alcance como lo hace ahora la nueva ley, permitiendo un número reducido de licencias que no le permite competir en el mercado convergente de hoy.

Demandada:

- Se le consultó sobre el otorgamiento de las licencias a los titulares, “del porque el Estado sostiene que el otorgamiento es un privilegio temporal que no genera derechos adquiridos”. La Dra. Peñafort responde que “efectivamente, para el Estado Nacional la licencia es un privilegio que no genera derecho adquirido”, se considera a las licencias de servicios de comunicación audiovisual, una actividad de interés público.

- En base a la respuesta anterior, ¿el Estado puede sacar las licencias ya otorgadas o las que otorgue en el futuro en forma discrecional? “No, lo que quiere decir es que hay determinadas condiciones regladas por la ley, por las cuales se puede restringir el ejercicio de licencia. No son discrecionales, deben estar regladas por ley y están basadas simplemente en el carácter de interés público; pero no significa que el Estado pueda discrecionalmente quitarle una licencia a un licenciataria”.

- El Dr. Lorenzetti expresa, si el Estado puede sacar las licencias ya otorgadas, ¿cuál sería el derecho que le corresponde al titular de la licencia por ello? El Dr. Diez, responde, “que se podrían plantear en un escenario de responsabilidad del Estado por actividad lícita”

- Se le consultó sobre el alcance territorial de las licencias de servicios de comunicación audiovisual. Respondió que la televisión digital por su naturaleza tecnológica tiene un amplio alcance territorial y por ende no tiene límites jurisdiccionales,

como sí el por cable. Ambos sistemas tienen una misma cuota de mercado que es el treinta y cinco por ciento (35%).

- Se le preguntó también sobre el tratamiento diverso en la multiplicidad de licencias y señales entre los servicios de comunicación audiovisual por soporte satelital y los servicios de radiodifusión con vínculo físico. Expresó, que esta diferencia en la regulación se debe a las tecnologías empleadas para la prestación del servicio y que tienen un mismo límite de mercado. Con respecto a la cantidad de señales que admite el radio espectro, hay que pensarlo como un universo finito en cuanto a su capacidad ya que es por el medio que se emplean todas las telecomunicaciones en general, no sólo las del servicio audiovisual.

- Con respecto a los que explotan cualquier licencia de servicio de radiodifusión y no pueden ser titular del registro de más de una señal de contenido. Expresó, que la ley 26.522 “trato de poner barreras a la concentración en términos horizontales, en la propiedad cruzada, y también en integración vertical de la actividad. Lo que se busca es evitar que un mismo titular produzca una señal y la distribuya, ya que esto le genera doble beneficios y se afecta la libertad de expresión.

La Corte manifestó que dicha audiencia les sirvió para entender el funcionamiento de los servicios de comunicación audiovisual y evacuar sus dudas al respecto.

A continuación se plantean los criterios que tuvo en cuenta la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

- Sostiene que la libertad de expresión es un derecho consagrado en nuestra Constitución Nacional que es parte del sistema democrático de nuestro país y reconoce la definición que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se expresa que la libertad de expresión tiene una dimensión individual, que es el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir, a exteriorizar sus ideas, opiniones, etcétera y otra dimensión colectiva que fortalece el sistema democrático, ya que supone la elección de los individuos de realizar debates público, es considerada un instrumento para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública en un plano de igualdad.

- Manifiesta que no es facultad de los jueces analizar si una ley se ajusta a las necesidades del momento, si es buena o mala, si lo que regula es correcto, eso es facultad del Congreso y se debe respetar. Sí es su competencia determinar si dicha ley afecta un derecho concreto teniendo en cuenta el control de constitucionalidad.

La Corte Suprema por mayoría resolvió, que la Ley 26.522 de servicios de comunicación audiovisual, es constitucional por: ser facultad del Poder Legislativo sancionar normas que regulen derechos consagrados en la Constitución, y por buscar fortalecer el sistema democrático en un plano de igualdad de expresión de opiniones, en las que no pueden admitirse voces dominantes.

Que los artículos 41, 45, 48-segundo párrafo- y 161 son constitucionales, ya que no violan el derecho de libertad de expresión, el de información, el de propiedad y que el plazo de desinversión es razonable. Que no procede la acción de daños y perjuicios, porque no se demostró que hayan sufrido un daño concreto hasta el momento.

La actora no fundamentó ni demostró fehaciente mente que la afectación económica que le implica la adecuación a la ley tenga incidencia directa con el derecho de libertad de expresión como manifestó.

Le advirtió al Estado Nacional que deben proteger los derechos de propiedad de los titulares de licencias, que los procedimientos de subsidios y publicidad oficial deben ser transparentes y que “los medios públicos no deben ser meros instrumentos de apoyo a una política de gobierno”, que en “la aplicación de la ley debe respetarse la igualdad de trato tanto en la adjudicación como en la revocación de las licencias, ajustándose a un debido proceso y garantizarse a los ciudadanos el acceso a la información plural”, la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual debe ser un órgano independiente sin afinidad política.¹⁶

El fallo Clarín es muy extenso, cuenta con 392 páginas, ya que tuvo diferentes instancias en las distintas esferas del tribunal federal, hasta que llega definitiva a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que resuelva la cuestión de fondo planteada y

16 Página web del Centro Judicial. Recuperado el 05/03/2014 de <http://www.cij.gov.ar/nota-9195-Ley-de-Medios--la-Corte-resolvi--dos-causas-que-tienen-como-partes-al-Estado-Nacional-y-a-la-provincia-de-San-Luis.html>

apelada en todas sus instancias. Se realizó un resumen del mismo rescatándose los planteos más relevantes, como la inconstitucionalidad de cuatro artículos (41, 45, 48 –segundo párrafo- y 161) porque afectan al derecho de libertad de expresión, información y de propiedad.

El Estado Nacional responde manifestando que con la sanción de la ley 26.522 garantiza el sistema democrático del país a través de: los principios de pluralidad y diversidad de voces, el respeto por la producción local y el acceso igualitario a la adquisición de licencias equilibrando el mercado con la incorporación de las organizaciones sin fines de lucro, cooperativas y pueblos originarios.

La Corte determinó por cuatro votos a favor y tres en contra, que la ley de servicios de comunicación audiovisual es constitucional, ya que respeta los derechos de libertad de expresión e información. Con respecto al derecho de propiedad sobre las licencias manifiesta que el Estado está en su derecho de regularlo, porque el bien utilizado es un recurso natural y por ende no es propiedad de un sujeto determinado, sino que le pertenecen al pueblo, sólo se les otorga el permiso para la explotación del mismo. También está en sus plenas facultades de regular los servicios de comunicación y garantizar los derechos humanos, por lo tanto el Grupo Clarín debe adecuarse a la ley de servicios de comunicación audiovisual.

A través de los fallos analizados en este capítulo, se observa que todos coincidieron en la solicitud de la inconstitucionalidad de la norma o determinados artículos de ellas, porque viola un derecho fundamental como es la libertad de expresión y en la medida procesal empleada para tramitar la causa que fue mediante medidas cautelares. Lo que se diferenció de cada uno fue la pretensión planteada:

En el fallo Thomas, Enrique, se planteó la inconstitucionalidad de toda la ley porque no se respetó el proceso de sanción. Lo que se debe resaltar aquí es la facultad de los jueces de aplicar el control de constitucionalidad, que sólo se aplica con efectos entre las partes y no erga omnes para derogar una norma ni tampoco se aplica mediante un

medida cautelar, siendo que las mismas se utilizan para garantizar un proceso y no resolver una cuestión de fondo, que es el error que le resalta la Corte a este tribunal.

El caso de CODELCO, plantea la relación de la ley de servicios de comunicación audiovisual con la protección del consumidor-usuario que contempla la Constitución en su artículo 42. Aquí se manifestó que la ley es coherente porque favorece el acceso a voces múltiples. En este punto es interesante rescatar el comentario del Dr. Carlos Fayt (en el fallo del Grupo Clarín), “se dictó una norma que no considera el derecho del usuario en su relación consumo y pago, como se contempla en el artículo 42 y no se han considerado las afectaciones causadas a ellos por la aplicación de las reglas de límites a la concentración y adecuación”. (Loreti y Lozano, 2014)

Con la provincia de San Luis, queda establecido el sistema federal y el de jerarquización de las normas que rige en nuestro país, establecido en el artículo 31, 116 y 117 de Constitución Nacional.

Por último el fallo más trascendental, Grupo Clarín, del cual se observa el análisis que realizó la Corte en los tratados internacionales sobre todos los referidos a los derechos humanos. Contemplo que las dimensiones que tiene el principio de libertad de expresión es una individual y otra colectiva. La primera de ellas es el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, transmitir, difundir, exteriorizar sus ideas, opiniones, etcétera, (es el caso del grupo clarín que reclama en base a un interés legítimo particular, que es la afectación económica que le genera la desinversión) y la segunda que fortalece el sistema democrático, ya que supone la elección de los individuos de realizar debates públicos y es considerada un instrumento para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública en un plano de igualdad. El Estado Nacional basó su postura en esta dimensión colectiva, ya que a través de la ley 26.522 garantiza la libertad de expresión.

Otro punto es la facultad que tiene el Estado de sancionar normas y de garantizar la democracia, por medio de la desconcentración de mercado, pero con el deber de respetar los derechos individuales legítimamente consagrados. Esto se relaciona con el cuestionamiento que realiza Clarín sobre el respeto del plazo de vigencia de la licencia otorgada y que la considera como un derecho adquirido. Aquí hubo dos posturas, los que

fallaron a favor del Estado en cuanto no se infringía ningún derecho porque no se pueden adquirir licencias por utilizar un recurso natural, y la segunda postura de la Dra. Argibay y Fayt, que si se deben respetar los plazos otorgados legítimamente.

Sintetizando, se determinó que la ley de servicios de comunicación audiovisual es constitucional por ser facultad del Poder Legislativo y que trata de fortalecer el sistema democrático en un plano de igualdad en expresión de opiniones y en las que no pueden admitirse voces dominantes.

Conclusión

Hace aproximadamente treinta años que en la Argentina se venían dictando decretos-ley que le permitieron a los medios de comunicación masivos, formar grandes concentraciones mediáticas, dándole un alto poder de capacidad para alcanzar los intereses económicos y políticos del grupo, instaurando lo que se habla y trata en la comunidad., ya que son el vehículo para hacer efectiva la libertad de expresión. Esta monopolización pone en peligro la pluralidad y diversidad de voces que aseguren el ejercicio del derecho de la información de los ciudadanos.

Los avances tecnológicos, competencias de mercado y sobre todo por los nuevos paradigmas de derechos humanos de expresión e información que se están gestando a nivel internacional, es necesaria la sanción de una nueva ley que regule y reorganice los medios de comunicación.

Esto llevó a que el gobierno actual de la Dra. Cristina Fernández de Kirchner, en base a su política económica anti monopólica y en defensa de los derechos humanos como política social, es a sostener que los medios de comunicación deben ser generadores de multiplicidad de voces; e impulsó el proyecto de ley que garantice la libertad de expresión y el derecho de información, como elementos esenciales de un sistema democrático.

El 10 de octubre de 2009 se sanciona y promulga la ley 26.522 de servicios de comunicación audiovisual, que regula los servicios de comunicación audiovisual, -la radio y televisión- que hacen uso del radio espectro, vínculo físico o por vía satelital, en todo el territorio de la República Argentina, declarándolos de interés público, fomentando la descentralización de licencias y garantizando la diversidad y pluralidad de voces.

Tres puntos a considerar de la ley:

1- Los aspectos positivos de su sanción

Era necesaria la promulgación de una nueva norma que regule los servicios de comunicación, ya que la anterior era obsoleta y no se adecuaba a las exigencias del

mercado actual. Además es fundamental que el Estado tome una actitud activa en regular los medios de comunicación y garantizar el derecho a comunicar sin que exista censura previa, como así también una diversidad de fuentes.

Dicha ley realiza aportes fundamentales para la radio, televisión y la sociedad en general, porque al declarar los servicios de comunicación audiovisual de interés público con alcance nacional, promueve la universalidad del acceso a los medios de comunicación como soporte para el ejercicio del derecho humano, la libertad de expresión, la opinión y la información. Busca la desconcentración mediática evitando el monopolio u oligopolio, poniendo límites en la cantidad de licencias que puede tener cada titular, prohíbe la propiedad cruzada, y coloca topes en las cuotas de mercado a un treinta y cinco por ciento de la población.

Innova en tres tipos de prestadores de servicio de radiodifusión: la gestión estatal, la gestión privada con fines de lucro y sin fines de lucro, de esa forma elimina los medios de comunicación truchos y/o clandestinos, ya que le permite a las cooperativas e entidades sin fines de lucro adquirir una licencia como actividad lícita. También en el artículo 89 reconoce la identidad, cultura y lenguaje de los pueblos originales, reservándoles una frecuencia AM, FM, una de televisión y asigna un representante en el consejo federal de comunicación audiovisual. Esto resalta porque rescata voces no escuchadas que vienen luchando hace años por el reconocimiento de su existencia como parte de este territorio.

Fomenta el respeto por la producción local, nacional y propia, exigiendo que los medios de comunicación emitan un cierto porcentaje -que por lo general parte del sesenta por ciento en adelante- de acuerdo al medio de emisión de estos contenidos y que se emitan películas nacionales. Protege al niño en cuanto al contenido emitido de cualquier tipo de mensaje discriminatorio y pone límites en las franjas horarias para el contenido de mayores.

2- *Los puntos negativos*

Los procedimientos para otorgar y revocar las licencias no son transparentes. Tampoco ha contemplado el vencimiento del plazo de las licencias ya otorgadas a los

distintos medios y cuál será el resarcimiento que recibirán por desprenderse de ellas antes de tiempo.

La distribución de las pautas publicitarias públicas no son equitativas, las asignas a los medios que comparten su ideología política.

La Autoridad Federal de Servicios de Comunicación (AFSCA), es un órgano autárquico e independiente del Poder Ejecutivo Nacional, que tiene como fin interpretar, aplicar y controlar el cumplimiento de dicha ley. En la actualidad la facultad de independencia no se cumple porque está siendo influenciado por este último, a través de sus ideologías políticas y sociales.

3- *Los cuestionamientos que generó en el aspecto procesal:*

La ley 26.522 desde que se sancionó, fue muy cuestionada por distintos grupos de interés que se vieron afectados por la misma y decidieron recurrir a la justicia para hacer lugar a sus derechos pretendidos. En el capítulo cinco jurisprudencia, se trataron cuatro fallos que tuvieron distintos planteamientos sustanciales pero que pretendían lo mismo la inconstitucionalidad de determinados artículos de la norma.

Lo curioso de estos fallos fueron las medidas procesales que se utilizaron, como es el caso de las medidas cautelares que suspendieron la aplicación de la ley hasta que resolviera la cuestión de fondo. Permitiendo obtener como resultado en el caso concreto de Thomas, Enrique, la suspensión de la totalidad de la norma y en el Grupo Clarín se otorgó plazos excesivamente largos que le permitía mantener su estructura económica normalmente.

Esto provocó que el Estado Nacional no sólo apelara dicha decisión en que estas medidas afectaban sus facultades y que no se puede tener por plazos indefinidos una situación, sirviéndole de base al Ejecutivo para fomentar la modificación de la ley que permite aplicar las medidas cautelares y también volver a poner en uso el Per Saltun, que le permite saltarse una instancia.

Esta situación se generó específicamente por el litigio planteado entre el Grupo Clarín C/ Estado Nacional, que solicita que se declare la inconstitucionalidad de los

artículos 41, 45, 48 –segunda parte- y 161 por afectar su derecho de libertad de expresión y de propiedad, generándole grandes daños económicos y pérdidas de sustentabilidad.

Aquí también se ve como los jueces aplican el control de constitucionalidad para determinar si un artículo o norma afecta o no un derecho legítimo y concreto a la parte interesada que lo manifiesta y el efecto que provoca entre las partes.

Otro punto que se tuvo en cuenta fue el planteamiento que realiza CODELCO, en cuanto a la protección de los derechos del consumidor consagrados en el artículo 42 de la Constitución Nacional, a la protección de una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

En definitiva la ley de servicios de comunicación audiovisual originalmente como está planteada en su texto, es plenamente constitucional y garantista de los derechos humanos, la libertad de expresión y fomenta la pluralidad y diversidad de voces, limita la concentración de medios, reconoce la identidad de los pueblos originarios y de los medios sin fines de lucro, generando el acceso universal e igualitario para todos en cuanto a la adquisición de licencias o autorizaciones y, en que todos los ciudadanos puedan acceder a múltiples fuentes informativas.

El problema de esta ley a mi entender radica en su aplicación, ya que no respeta los principios de igualdad, diversidad y pluralidad como tal, porque los procesos para acceder a obtener una licencia o autorización no son transparentes y de fácil acceso debido a que hay que adquirir pliegos con bases y condiciones que tienen un valor económico considerable, la pluralidad de pensamientos esta medianamente condicionada por el Poder Ejecutivo, al igual que la diversidad cultural se encuentra reglada en la norma por el contenido que deben emitir. Tampoco reconoce un derecho otorgado legítimamente como son las licencias y fusiones al Grupo Clarín por el plazo estipulado, ni acepta brindar un resarcimiento económico por retirarlas antes de su vencimiento.

El AFSCA es un órgano sumamente influenciado por el Poder Ejecutivo, hace lo que le dice este, no toma decisiones propias, recién ahora después de cuatro años ha realizado un llamado público a concurso para otorgar licencias en todo el país. Como órgano contralor de la ley deja muchas cosas inconclusas por el momento.

Es una ley que literalmente garantiza el sistema democrático, ya que busca respetar los principios de igualdad de acceso y libertad de expresión de los ciudadanos, pero en su aplicación concreta no, hace una inversión de roles, porque los procesos no son transparentes en cuanto a la asignación de las licencias, la distribución publicitaria, el contenido a emitir, en la descentralización de los medios, entre otras.

Bibliografía

-Baranchuk M. y otros (2012), *Ley 26.522 Hacia un nuevo paradigma en comunicación audiovisual*, Buenos Aires, Argentina- AFSCA – UNLZ.

-Corti A. H. (2012), *Acerca de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual y la Clausula de Desinversión- Derecho Público* (Pp. 17 a 28), Buenos Aires: INFOJUS.

-Becerra Ferrer y Otros, (2001), *Manual de Derecho Constitucional Tomo I, Córdoba*, Argentina: ADVOCATUS.

- Amaya J.A. (2012), *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires: ASTREA

-Lorete D. Y Lozano L (2014), *El derecho a comunicar*, los conflictos entorno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas, Buenos Aires: SIGLI VEINTIUNO

-Zarini H. J. (2010), *Constitución Nacional Argentina comentada y concordada*

-Ley N° 26.522/2009 de Servicios de Comunicación Audiovisual.

-Ley N° 19798/ 1972 Ley Nacional de Telecomunicaciones.

Ley N° 22.285/ 1980 Ley de Radiodifusión.

-Suarez A. A., (2003), *Prensa y Comunicación personas y empresas frente a los medios*, Buenos Aires, Argentina: Machi.

- <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=iniciaConsulta>

- Borgarello, E. S. (2005). Una mirada a la ley de radiodifusión de nuestro país. http://perio.unlp.edu.ar/question/numeros_antteriores/numero_antterior13/nivel2/articulos/informes_investigacion/borgarello_1_informes_13verano06.htm

- Eliades Analía, *Historia legal de la radio y televisión*. http://www.perio.unlp.edu.ar/sites/default/files/eliades-_hist_radioytv.pdf

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO

A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Hessel Analia Soledad
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	28.706.273
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Ley N° 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual Libertad de expresión, pluralidad y diversidad de voces.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	analiahessel@outlook.com.ar
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	Sí
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Río Cuarto- 27 de Agosto de 2014-

Firma

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

[1]^[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado