

El rol de los jueces como garantes de la Constitución. Un pronunciamiento a favor de la libertad de información.

Fecha: 2013-05-08

Publicado: SJA 2013/05/08-34 ; JA 2013-II

*

I. INTRODUCCIÓN

El Congreso argentino, a instancias del Poder Ejecutivo sancionó la ley 26522 (1), denominada "Ley de Servicios de Servicios de Comunicación Audiovisual". La finalidad de la normativa fue realizar una renovación del sistema de comunicaciones en todo el territorio de la República Argentina. Así, se dejó de lado la antigua ley de radiodifusión —ley 22285 (2)— que había sido sancionada durante la última dictadura militar.

Desde que se consolidó el régimen democrático en Argentina en el año 1983, constituía una deuda pendiente la sanción de una norma que regulara los servicios de comunicación audiovisual.

Resulta paradójico, y no es un dato menor que aún no haya podido aplicarse. Esta circunstancia evidencia la ausencia de consenso que existió al momento del debate de la legislación, y en consecuencia, la débil legitimidad que ostenta la misma. Sin duda, se trata de una normativa que fue formalmente dictada ya que cumplió con el proceso estipulado para la sanción y formación de las leyes; pero materialmente aún no se le ha reconocido efecto fáctico alguno, por lo que se pone en el tela de juicio se eficacia (3).

Teniendo en cuenta este contexto, la reciente sentencia dictada por la sala I de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Federal en la causa "Grupo Clarín S.A v. Poder Ejecutivo Nacional", constituye un hito de destacada importancia al momento de analizar el actual marco normativo al que están sujetos los medios de comunicación audiovisual.

El presente trabajo estará limitado únicamente al examen de constitucionalidad que realizó la alzada sobre la conocida popularmente como "Ley de Medios".

II. EL CASO "GRUPO CLARÍN S.A V. PODER EJECUTIVO NACIONAL"

En forma previa a efectuar el análisis sobre los aspectos más relevantes en materia de derecho constitucional abordados por la sentencia, considero conveniente realizar una breve reseña de la plataforma fáctica y jurídica que da lugar al mencionado pronunciamiento judicial.

El "Grupo Clarín", el Estado nacional y la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual interpusieron recurso de apelación contra el pronunciamiento del a quo (4), que rechazó el planteo de inconstitucionalidad contra los referidos artículos de la ley 26522; además de ordenar el inmediato levantamiento de la medida cautelar.

Por consiguiente, se torna necesario recordar el contenido de los dispositivos legales cuestionados; el art. 41 (5) reglamenta la transferencia de licencias. Como principio general dispone que las autorizaciones y licencias de servicios de comunicación audiovisual son intransferibles. Sin embargo, inmediatamente después consagra la excepción; consintiéndola luego del transcurso de cinco años del plazo y siempre que resultare necesario para la continuidad del servicio, imponiendo el sistema de previa autorización.

El art. 45 (6) establece una serie de limitaciones a la concentración de licencias, mientras que el párr. 2, del art. 48 se agrega; "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".

Finalmente, el art. 161 dispone que los titulares de licencias que no cumplimenten los requisitos estipulados por la normativa, deberán adecuarse a ellos en el término de un año. Ello, sin siquiera considerar que en el año 2005 se había dictado el dec. 527 (7) por el que los titulares de las licencias tienen un plazo originario o prorrogado; y un plazo adicional por diez años de las licencias de servicios de radiodifusión. Estipulando expresamente, que los términos se reanudarán automáticamente vencido el plazo de suspensión.

Tal como se adelantó, el magistrado de primera instancia se pronunció a favor de la constitucionalidad de los arts. 45 y 48, párr. 2, por considerar que cumplen con los estándares de razonabilidad adecuados; es decir, que existe una correcta proporcionalidad entre los medios implementados, y la finalidad que se pretende

alcanzar. Al mismo tiempo que descartó cualquier tipo de afectación sobre la libertad de expresión, en los términos en los que fue consagrada por la Ley Fundamental.

En relación a los arts. 41 y 161, destacó la imposibilidad de tener en cuenta los efectos generados por las medidas cautelares vigentes que suspendieron la aplicación del plazo de adecuación. En virtud de ello, puntualizó que habían transcurrido tres años desde la sanción de la norma, lapso que estimó razonable para que la parte actora elaborara un cronograma progresivo a fin de cumplir con lo solicitado por la Ley de Medios.

En consecuencia sostuvo la constitucionalidad de la normativa, en el entendimiento que la finalidad buscada no era otra que la de garantizar la pluralidad de los canales de comunicación. A su vez, subrayó que las implicancias económicas ocasionadas podrían ser canalizadas por la vía indemnizatoria.

En este orden de ideas, juzgó que el debate en torno a la prohibición de transferencia de permisos y licencias a la que hace referencia el art. 41 no rige en la causa. Ello por cuanto, el art. 161 expresamente autoriza la transferencia de licencias en los supuestos de adecuación.

Por su parte, recientemente la alzada sostuvo la constitucionalidad de los arts. 41 —transferencia de licencias— y 161 —plazo de desinversión—. A la vez, que declaró la inconstitucionalidad de los arts. 45 y 48 del citado marco normativo.

III. TEST DE CONSTITUCIONALIDAD

a) Transferencia y multiplicidad de licencias. El rango constitucional del derecho a la información

Para así decidir, la Cámara en un fallo unánime, aunque con algunas manifestaciones de índole individual, llevó a cabo una dificultosa tarea de control de constitucionalidad sobre los artículos debatidos de la Ley de Medios.

El Grupo Clarín había impugnado el art. 41 en el entendimiento que resulta contrario a la Constitución Nacional, la intransferibilidad de las licencias decretada con carácter retroactivo. Sin embargo, la alzada señaló que dicho precepto no vulneraba los derechos fundamentales de propiedad y libertad de comercio. Fundó su criterio en la

posibilidad de transferir con previa autorización, que exige —a su criterio— la motivación del acto administrativo que decida conceder o no dicha aprobación, impidiéndose de esta manera la violación de derechos por decisiones arbitrarias o discriminatorias.

En lo que respecta al art. 45 que establece las restricciones a la multiplicidad de licencias, entendió que resulta indispensable a fin de alcanzar el canon interpretativo para enjuiciar una posible vulneración; la ponderación de todos los derechos fundamentales en juego. Siguiendo esta hermenéutica puntualizó que el dispositivo legal no sólo compromete el derecho de propiedad, sino también la libertad de expresión en su doble faceta. Es del caso mencionar que el tribunal realizó el control de constitucionalidad, teniendo presente las reglas que surgen del sistema interamericana de derechos humanos en la materia.

En efecto, en la Opinión Consultiva OC-5/85 del 13/11/1985 (8), la Corte Interamericana de Derechos Humanos puso de manifiesto que existen dos dimensiones de la libertad de información. Por un lado, en su dimensión individual, la libertad de expresión y de información no se agotan en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir; sino que comprenden indisolublemente el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios, en el ejercicio de su faz colectiva. "(...) Lo que significa que, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de una persona, no sólo es el derecho individual y subjetivo a la libre expresión el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a 'recibir' informaciones e ideas. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión o información, según el caso".

Cuando el Pacto de San José de Costa Rica a través del art. 13 proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas "por cualquier (...) procedimiento", está señalando que la expresión, la difusión del pensamiento y de la información, son indivisibles. De modo que una restricción a las posibilidades de divulgación, representa directamente y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse e informar libremente. De allí la importancia que reviste el régimen legal aplicable a la prensa, y al status de quienes se dediquen a esta profesión.

El Tribunal Interamericano deja sentado que la libertad de expresión en su dimensión social, es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva en la sociedad.

Este criterio fue reafirmado en el caso "La última tentación de Cristo"(9) en el que reiteró que ambas dimensiones, tanto la social como la individual, poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, en los términos previstos por el art. 13 de la Convención. Agregando que la libertad de información, como piedra angular de una sociedad democrática es una condición esencial para que aquélla esté suficientemente informada.

En la sentencia "Mauricio Herrera Ulloa"(10), corroboró una vez más que la primera dimensión de la libertad de expresión —individual— no se agota en el reconocimiento de derechos subjetivos, sino que comprende además, una dimensión social o colectiva.

En consonancia con esta línea argumental, la alzada concluyó que en el caso en estudio, se trata de una restricción innecesaria e irrazonable ya que no resultaba proporcionada ni idónea para alcanzar una mayor pluralidad de voces en el debate democrático; objetivo buscado por el legislador.

Con excelentes lineamientos destacó, que el concepto de "pluralidad" no se agota con la diversificación de los propietarios; muy por el contrario, requiere opiniones independientes del poder dominante, sea éste gubernamental o privado.

En este punto la sentencia incorpora un aspecto de crucial relevancia; la directa relación que existe entre la sustentabilidad financiera y el grado de independencia de los órganos de prensa. Justamente, cuando un medio de comunicación cuenta con suficientes recursos financieros es altamente probable que pueda cumplir sin condicionamiento alguno con la función de informar. "Ello es así, pues destruir la sustentabilidad financiera de un medio independiente, disminuyendo su capacidad competitiva y degradando su posicionamiento en el mercado de Internet —donde compite con los grandes grupos de las telecomunicaciones—, es una forma de restringir por vía indirecta la libertad de expresión y de información, en violación de los arts. 14 y 32, CN y del art. 13, incs. 1 y 3, CADH" (consid. 19, in fine, del voto de la Dra. Najurieta).

En suma, respecto del art. 45 resolvió que: el apart. 1, incs. a y b

—exceptuándose la frase "más la titularidad del registro de una señal de contenidos"—, y el apart. 2, incs. a y b, referidos al uso del espectro radioeléctrico son proporcionales a los fines perseguidos, es decir, son constitucionales.

En cambio, sentenció la inconstitucionalidad del inc. c, y del párr. final del apart. 1 — incs. c y d—, del párr. final del apart. 2; así como el 3 en su totalidad, al imponer restricciones a medios que no utilizan el espectro radioeléctrico.

b) El derecho de propiedad

También fue declarado inconstitucional el párr. 2 del art. 48, en tanto aniquila el concepto constitucional de propiedad acuñado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde su más temprana jurisprudencia. Concretamente, a partir del fallo "Bourdié v. Municipalidad de la Capital"(11) donde se define a la propiedad como "(...) todos los intereses apreciables que el hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad (...)".

En similar sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Ivcher Bronstein v. Perú"(12) resaltó que; "Los 'bienes' pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor" (párr. 122).

El tribunal, aplicando excelentes estándares enfatizó que no sólo se menoscaba el derecho de propiedad, sino que se viola la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva. Enmienda de esta forma, la digresión del magistrado de primera instancia, en tanto sugiere que las licencias de medios constituyen un mero privilegio que el gobierno puede dar por finalizado en cualquier momento; expresando en contrario, que están amparadas por el derecho constitucional de propiedad.

En lo concerniente al plazo de desinversión dispuesto en el art. 161, dispuso que en las circunstancias actuales no configura lesión alguna a derechos constitucionales. Los motivos que impulsan tal decisión están claramente explicitados en el voto de la Dra. Najurieta en los siguientes términos; "(...) en la solución que propicio las empresas actoras tienen la obligación de adecuar la titularidad de sus licencias a las normas contenidas en el art. 45, en la medida en que los preceptos han superado el control de constitucionalidad (...) Si esta solución deviene la sentencia definitiva de la causa, las empresas actoras deberán presentar su propuesta "de adecuación voluntaria" de

desinversión en los términos que resulten de este pronunciamiento (...)" (consid. 22 de su voto).

Entonces, como la obligación del art. 161 resulta limitada por la sentencia en estudio, la alzada juzga que con ese alcance no resulta irrazonable.

IV. CONCLUSIONES

Desde sus orígenes constituyó una premisa jurídica y axiológica angular del Estado constitucional de derecho, la necesidad de internalizar la inescindible vinculación existente entre las libertades de expresión e información y el sistema democrático. Ello, en el conocimiento que cualquier forma de restricción ilegítima realizada al libre debate de ideas y opiniones, no sólo lesiona tales libertades, sino que obstaculiza el pleno desarrollo del proceso democrático.

En el sistema constitucional argentino, la protección a la libertad expresión surge de la interpretación armónica de los arts. 14, 32, 33, 60 —actual 68— y 83, CN de 1853/60. A partir de la reforma de 1994 queda incorporada en el art. 43, párr. 3, por cuanto salvaguarda específicamente el secreto de las fuentes de información periodística y; por el art. 75, inc. 22, en tanto incorpora tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, que contienen normas protectoras de tan altísima libertad (13).

La visualización de los derechos fundamentales de expresión e información como piedra angular del Estado de derecho implica otorgarles una categoría de derechos humanos básicos, no sólo en orden a los individuos, sino en relación al propio sistema, dado que si se cercenan o violentan severamente estas libertades, se pone en riesgo la vigencia de los demás valores y principios inherentes a la sociedad democrática (14).

La sentencia objeto de estudio, sin duda se ubica en el camino marcado por esta línea argumental. Se trata de un pronunciamiento que opta por reconocer el papel protagónico que ostenta la libertad de expresión, y en consecuencia procede a su defensa.

La influencia de la prensa libre ha sido decisiva en la formación del juicio público y en los eventuales corrimientos de la opinión pública, razón por la cual suele generar resistencias y tensiones gubernamentales. Es justamente esta circunstancia la que ha inspirado en ocasiones, en distintos tiempos, la sanción de normativas que resultan

sumamente restrictivas de derechos; además de permitir ejercer fuertes presiones sobre los medios informativos.

En este marco, la facultad de los jueces de ejercer el control de constitucionalidad adquiere un valor superlativo para hacer valer el principio de supremacía constitucional. Esta competencia que actualmente está siendo debatida en nuestro país, a través de lo que ha sido dado a conocer como el "proceso de democratización de la justicia", fue también interpelada a través de este pronunciamiento en el entendimiento que la independencia del Poder Judicial, constituye una de las mayores garantías en defensa de los derechos fundamentales frente a los abusos por parte de los poderes públicos.

El Poder Judicial tiene la palabra y será indispensable su cooperación a efectos de garantizar el respeto absoluto a la libertad de información, en los términos en que se encuentra garantizada en nuestra Carta Magna. Resta esperar que la sentencia adquiera el carácter de definitiva, ó bien resulte cuestionada ante la Corte Suprema. En esta última hipótesis, será el Alto Tribunal —intérprete final y definitivo de la Constitución— a quien le tocará decidir sobre la constitucionalidad o no de la Ley de Comunicación Audiovisual.

(*) C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, "Grupo Clarín S.A y otros v. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción meramente declarativa", sent. del 17/4/2013.

(1) Publicada en el BO 31.746, del 10/10/2009.

(2) Publicada en el BO 24.506, del 19/9/1980.

(3) Basterra, Marcela I., "Libertad de expresión. Regulación y abusos. La Ley Argentina de Medios Audiovisuales", LL Suplemento de Derecho Constitucional, 4/11/2010.

(4) Juzg. Nac. de 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. n. 1, "Grupo Clarín S.A y otros v. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción meramente declarativa", sent. del 14/12/2012.

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

(6) Ley 26522, art. 45. "Multiplicidad de licencias. A fin de garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local se establecen limitaciones a la concentración de licencias. En tal sentido, una persona de existencia visible o ideal podrá ser titular o tener participación en sociedades titulares de licencias de servicios de radiodifusión, sujeto a los siguientes límites: 1. En el orden nacional: a) Una —1— licencia de servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital. La titularidad de una licencia de servicios de comunicación audiovisual satelital por suscripción excluye la posibilidad de ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual; b) Hasta diez —10— licencias de servicios de comunicación audiovisual más la titularidad del registro de una señal de contenidos, cuando se trate de servicios de radiodifusión sonora, de radiodifusión televisiva abierta y de radiodifusión televisiva por suscripción con uso de espectro radioeléctrico; c) Hasta veinticuatro —24— licencias, sin perjuicio de las obligaciones emergentes de cada licencia otorgada, cuando se trate de licencias para la explotación de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico en diferentes localizaciones. La autoridad de aplicación determinará los alcances territoriales y de población de las licencias. La multiplicidad de licencias —a nivel nacional y para todos los servicios— en ningún caso podrá implicar la posibilidad de prestar servicios a más del treinta y cinco por ciento (35%) del total nacional de habitantes o de abonados a los servicios referidos en este artículo, según corresponda. 2. En el orden local: a) Hasta una —1— licencia de radiodifusión sonora por modulación de amplitud (AM); b) Una —1— licencia de radiodifusión sonora por modulación de frecuencia (FM) o hasta dos —2— licencias cuando existan más de ocho —8— licencias en el área primaria de servicio; c) Hasta una —1— licencia de radiodifusión televisiva por suscripción, siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión abierta; d) Hasta una —1— licencia de radiodifusión televisiva abierta siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión por suscripción; En ningún caso la suma del total de licencias otorgadas en la misma área primaria de servicio o conjunto de ellas que se superpongan de modo mayoritario, podrá exceder la cantidad de tres —3— licencias. 3. Señales: La titularidad de registros de señales deberá ajustarse a las siguientes

reglas: a) Para los prestadores consignados en el apart. 1, subapart. b, se permitirá la titularidad del registro de una —1— señal de servicios audiovisuales; b) Los prestadores de servicios de televisión por suscripción no podrán ser titulares de registro de señales, con excepción de la señal de generación propia. Cuando el titular de un servicio solicite la adjudicación de otra licencia en la misma área o en un área adyacente con amplia superposición, no podrá otorgarse cuando el servicio solicitado utilice la única frecuencia disponible en dicha zona".

(7) Dec. 527/2005, publicado en el BO del 24/5/2005.

(8) Corte IDH, "La Colegiación Obligatoria de Periodistas" (arts. 13 y 29, CADH), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13/11/85, serie A n. 5, párrs. 31 y 32.

(9) Corte IDH, Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros), sent. del 5/2/2001, serie C, n. 73.

(10) Corte IDH, "Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica", sent. del 2/7/2004, serie C, n. 107.

(11) Corte Sup., Fallos 145:307, "Bourdieu, Pedro E. v. Municipalidad de la Capital", (1925).

(12) Corte IDH, "Caso Ivcher Bronstein v. Perú". Reparaciones y costas, sent. del 6/2/2001, serie C, n. 74.

(13) Basterra, Marcela I., "La Corte se pronuncia a favor de la libertad de expresión, reafirmando la doctrina de la real malicia", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, LL año 2, n. 9, octubre de 2010, p. 257.

(14) Basterra, Marcela I., "Derecho a la información vs. Derecho a la intimidad", Ed. Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2012, p. 52/53.