

## LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EXIGE EN SU VERTIENTE COLECTIVA QUE DIVERSAS VOCES TENGAN ACCESO A LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

*Sinopsis:* Esta resolución tiene como antecedente la acción promovida por los medios de comunicación Clarín, Arte Radiotelevisivo Argentino, Cablevisión, Multicanal, Radio Mitre y Teledigital Cable con el objeto de cuestionar la constitucionalidad de diversos artículos de la ley 26.522, los cuales establecieron nuevos límites al número de licencias de las que una persona podía ser titular para la transmisión de señal por televisión y radio. En caso de superar los límites establecidos, la nueva regulación dispuso que los titulares debían ajustarse a esas restricciones en el plazo de un año, pudiendo transmitir sus licencias en dicho lapso, lo que en opinión de los demandantes vulneraba injustificadamente sus derechos de propiedad y su libertad de comercio a tal grado que se estaba poniendo en riesgo su sustentabilidad operativa y económica y, en consecuencia, su libertad de prensa y de expresión. Asimismo, adujeron que las nuevas restricciones implicaban una aplicación retroactiva en perjuicio y que el plazo de un año les imponía condiciones poco ventajosas de negociación.

La acción fue acogida parcialmente en instancias y procedimientos anteriores hasta su resolución definitiva en la sentencia que ahora se presenta, emitida por la Suprema Corte de Justicia de Argentina tras la interposición de recursos extraordinarios promovidos tanto por los representantes de los medios de comunicación mencionados, como del Estado Nacional. Estos últimos justificaron que las nuevas restricciones buscaban promover la diversidad y universalidad en el acceso a la red radioeléctrica, lo que favorecía la libertad de expresión y la democratización de los medios de comunicación.

Los argumentos vertidos por ambas partes invocaban a la libertad de expresión, aunque desde perspectivas diferentes, por lo que la Corte Suprema estimó necesario analizar las dimensiones individual y colec-

## *LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EXIGE...*

tiva de este derecho fundamental, vertientes que han sido identificadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se mencionó que de conformidad con la jurisprudencia del mencionado tribunal internacional, el reconocimiento de la libertad de expresión supone, por un lado, que ninguna persona puede ser impedida para manifestar y hacer público su pensamiento por cualquier medio de difusión apropiado; sin embargo, por otro lado, la libertad de expresión también implica el derecho colectivo de recibir información y conocer de esta manera las ideas de otras personas. Bajo esta dimensión colectiva, la libertad de expresión es concebida como una pieza fundamental en una sociedad democrática por su incidencia en la construcción de la opinión pública y en la posibilidad de tomar decisiones informadas.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana invocada en la sentencia, la expresión de ideas debe estar acompañada necesariamente de la protección de su difusión. En atención a su función social, el mencionado tribunal internacional ha manifestado que los medios de comunicación deben servir como instrumentos de materialización de la libertad de expresión y jamás como mecanismos para restringirla; por lo que resulta inexorable que una amplia variedad de informaciones y opiniones tengan difusión a través de dichos medios. También se aludió a que la Corte Interamericana ha afirmado que la libertad de expresión no sólo se ve afectada como consecuencia de la intervención estatal, sino también por otras circunstancias, por ejemplo, cuando los medios de comunicación social se encuentran controlados por monopolios u oligopolios que impiden que distintas voces participen en la difusión masiva de información.

Igualmente se indicó que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al emitir la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión ha referido que por la importancia de los medios de comunicación masiva en la construcción del debate público, éstos no pueden estar bajo el control de pocas personas, puesto que ello debilitaría la democracia, que exige la construcción de un debate público en el que confluya una pluralidad de ideas.

En la resolución se recuerda que los criterios citados han sido asumidos en diversos fallos previos y que en sintonía con los mismos, la Corte Suprema ha sostenido que la libertad de expresión es una precondición del sistema democrático, que exige que diversas voces tengan oportunidad de emplear los medios de comunicación a fin de favorecer el pluralismo y el debate de la manera más amplia posible. Asimismo, que en su dimensión individual, la libertad de expresión debe estar sometida a una escasa regulación, la cual debe estar orientada únicamente a la

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA

protección de derechos de terceros. En cambio, la faceta colectiva de la libertad de expresión exige una intervención estatal más intensa a fin de garantizar la equidad en el acceso a los medios de comunicación, lo cual se puede lograr a través de medidas *a posteriori* que actúen para corregir prácticas monopólicas u oligopólicas, o por medio de acciones *a priori* que establezcan ciertos límites, con el objetivo de favorecer que un mayor número de personas acceda a los medios de comunicación masiva. Esta opción, según lo refiere la sentencia, ha sido favorecida por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos.

Se recordó que en el caso *Editorial Río Negro S. A. c/ Neuquén*, la Corte argentina se pronunció en el sentido de que con base en el artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la libertad de expresión debe protegerse tanto de afectaciones directas como de indirectas, como pudiera ser la generación de condiciones económicas que mellen la expresión y difusión de las ideas. Por otra parte, determinó que la carga de la prueba sobre la legitimidad de medidas restrictivas de libertad recae en el Estado cuando éstas tengan apariencia de medidas discriminatorias, lo que no sucedió en el caso analizado, toda vez que las normas impugnadas no afectaban a una persona o grupo en específico, sino que tenían un alcance general.

Con base en el estándar de protección planteado, la Corte determinó que los fines perseguidos por las normas impugnadas consistentes en tutelar la libertad de expresión en su vertiente colectiva, el derecho a la información de todos los individuos, el acceso universal a los medios de comunicación, la evitación de monopolios, la democratización del debate público, dar cabida a una pluralidad de voces en los medios de comunicación masiva y favorecer la competencia en beneficio de los consumidores, resultaban fines constitucionalmente válidos. Posteriormente, estimó que las medidas introducidas con la nueva regulación eran idóneas para alcanzar los objetivos mencionados, pues los límites a la titularidad del número de licencias para el uso de radio y televisión contribuían a impedir la concentración y control en pocos individuos de los medios de comunicación. Cabe señalar que el tribunal nacional consideró que al analizar la proporcionalidad de las medidas cuestionadas, no le era posible pronunciarse sobre su necesidad, es decir, sobre si existen otras restricciones menos lesivas e igualmente idóneas, pues ello supondría arrogarse funciones del legislador, cuyo criterio sobre la conveniencia y oportunidad de cierta regulación no puede ser evaluado por el Poder Judicial.

## LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EXIGE...

La Corte Suprema admitió que las medidas introducidas por la ley impugnada afectan los beneficios económicos de los hasta entonces titulares de las licencias que les permitían aprovechar el espacio radioeléctrico; sin embargo, también sostuvo que dicha afectación no llegaba al punto de poner en riesgo su sustentabilidad económica y operativa, por lo que tampoco era posible asumir el argumento de que se estaba vulnerando indirectamente su libertad de expresión. Además, argumentó que la protección a los derechos patrimoniales es menos intensa en comparación con los fines constitucionales y derechos fundamentales que se pretendían tutelar.

Con respecto al argumento de que el nuevo régimen suponía una aplicación retroactiva, la Corte Suprema resolvió que ninguna persona tiene derecho al mantenimiento de un régimen jurídico y que afirmar lo contrario sería privilegiar el interés privado por encima del público. No obstante lo anterior, el tribunal nacional también consideró que una nueva regulación no puede prescindir completamente de las relaciones jurídicas surgidas con base en la legislación anterior, por lo que si las nuevas disposiciones generaban un perjuicio económico, los afectados tenían el derecho a una indemnización.

A partir de las razones anteriores, la Corte Suprema de Justicia determinó que los artículos impugnados eran constitucionales.

En esta sentencia se recurrió a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivada de los casos *“La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, *Ivcher Bronstein vs. Perú*, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *Ricardo Canese vs. Paraguay*, *Kimel vs. Argentina*, *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, *Tristán Donoso vs. Panamá*, *Ríos y otros vs. Venezuela*, *Perozo y otros vs. Venezuela* y *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*, al igual que la *Opinión Consultiva OC 5/85 “La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”*.

## FREEDOM OF EXPRESSION REQUIRES, IN ITS COLLECTIVE ASPECT, THAT DIFFERENT VOICES HAVE ACCESS TO THE MEANS OF COMMUNICATION

*Synopsis:* This decision is the result of members of the communications media -Clarín, Arte Radiotelevisivo Argentino, Cablevisión, Multicanal, Radio Mitre and Teledigital Cable- questioning the constitutionality of diverse provisions of Law 26.522, which establishes new limits to the number of licenses that a person may hold to transmit television and radio broadcast signals. In the event of exceeding the established limits, the new rules require that the owners submit to these restrictions within one year but may transfer their licenses during that period, which the plaintiffs claim unjustifiably violates their right to property and their freedom of commerce since it places at risk their operative and economic sustainability and, therefore, their freedoms of the press and of expression. They also claim that the new restrictions have been applied retroactively to their prejudice and that the one year period imposes conditions that severely limit their possibilities of negotiation.

The suit was partially accepted by lower courts prior to the definitive judgment by the Supreme Court of Justice of Argentina as a result of the extraordinary appeals both by representatives of the companies involved and of the National State. The latter argued that the new restrictions seek to promote diversity and universality in the access to those signals, which would favor freedom of expression and the democratization of the communications media.

The arguments of both parties invoked freedom of expression, albeit from different viewpoints. The Supreme Court, thus, found it necessary to analyze the individual and collective dimensions of this fundamental freedom, aspects that have been identified by the Inter-American Court of Human Rights. The Supreme Court mentioned that, according to the latter's jurisprudence, recognition of freedom of expression implies, on the one hand, that no one may be prevented from manifesting and mak-

## *FREEDOM OF EXPRESSION REQUIRES...*

ing public his or her thoughts by any appropriate means. On the other hand, freedom of expression also implies the collective right to receive information and become informed of the ideas of other persons. Under this collective dimension, freedom of expression is conceived as a fundamental element in a democratic society due to its impact in building public opinion and in the making of informed decisions.

The Inter-American Court has held that the expression of ideas must be accompanied by the protection of their dissemination. The Court has also stated that the mass media, in view of their social function, should be an instrument to make real freedom of expression and never as a mechanism to restrict it. It is, thus, necessary that a wide variety of information and opinions be disseminated through such media. The decision also alluded to the Inter-American Court's affirmation that freedom of expression is not only affected by State intervention, but also by other circumstances, such as when the means of communication are controlled by monopolies or oligopolies that prevent different voices from participating in the broadest possible dissemination of information.

The Supreme Court also indicated that the Inter-America Commission on Human Rights, in issuing the Declaration of Principles on Freedom of Expression, stated that due to the importance of the communications media in fostering public debate, they cannot be controlled by a few persons since that would weaken democracy, which requires a public debate in which many ideas are put forward.

The decision recalled that these criteria have already been incorporated into various judgments and that, in agreement with them, the Supreme Court has held that freedom of expression is a prerequisite of democracy that requires that diverse voices be able to use the means of communication so as to foster pluralism and debate in the widest possible manner. In its individual aspect, freedom of expression must be subject to a minimum of rules, which must be guided solely toward the protection of the rights of third persons. On the other hand, the collective aspect of freedom of expression requires stronger State intervention in order to ensure fairness in access to the communications media, which can be achieved through *a posteriori* measures that correct monopolistic or oligopolistic practices or through *a priori* actions that set certain limits that would give a greater number of persons access to the means of communication. This option, according to the decision, has been endorsed by the Special Rapporteur for Freedom of Expression of the Organization of American States.

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA

The Court recalled that in the *Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén* case, it held that, under Article 13.3 of the American Convention on Human Rights, freedom of expression must be protected against both direct and indirect attacks, such as economic measures that impede the expression and dissemination of ideas. On the other hand, it decided that the State has the burden of proof regarding the legitimacy of restrictive measures when they appear to be discriminatory, which was not the case in the present matter since the norms in question have a general scope and do not affect a specific person or group.

On the basis of this standard of protection, the Court held that the objectives sought by the norms that protect freedom of expression collectively, such as the right to information of every individual, universal access to the means of communication, the avoidance of monopolies, the democratization of public debate, the allowing of a plurality of voices in the communications media and the favoring of competition that benefits consumers, are valid aims constitutionally. It further held that the measures introduced in the new rules were ideal to achieve those objectives since limits to the ownership of licenses contribute to preventing the concentration and the control of the means of communication in the hands of a few individuals. It is important to mention that the Argentine Court held that, in analyzing the proportionality of the contested measures, it could not decide on their necessity, that is, whether there exist other measures less restricting, but equally ideal, since that is the function of lawmakers, whose criteria on the suitability and timeliness of a rule cannot be evaluated by the Judicial Branch.

The Supreme Court admitted that the law being challenged affects the economic benefits of the then holders of the licenses that granted them the broadcast frequencies. It decided, however, that the effect was not so great as to risk their economic and operative sustainability and, therefore, it was not possible to accept the argument of an indirect violation of their freedom of expression. The Court also stated that the protection of patrimonial rights is of a lesser order than the constitutional ends and the fundamental rights that it was designed to protect.

With respect to the argument that the new rules were applied retroactively, the Court resolved that there is no right that laws remain unchanged and that to affirm the contrary would be to favor private interests over public interests. Notwithstanding the foregoing, the Argentine Court held that a new rule cannot completely dispense with the juridical relations deriving from the previous legislation and that, if the new provisions create an economic prejudice, those affected have the right to indemnization.

### *FREEDOM OF EXPRESSION REQUIRES...*

On the basis of the aforementioned reasons, the Supreme Court of Justice held that the articles of the law being challenged were constitutional.

The Supreme Court cited the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in the following cases: *“The Last Temptation of Christ” (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile, Ivcher Bronstein v. Peru, Herrera Ulloa v. Costa Rica, Ricardo Canese v. Paraguay, Kimel v. Argentina, Apitz Barbera et al. (First Court of Administrative Disputes) v. Venezuela, Tristán Donoso v. Panama, Ríos et al. v. Venezuela, Perozo et al. v. Venezuela and Fontevecchia and D’Amico v. Argentina*, as well as *Advisory Opinión OC 5/85 Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights)*.

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

### “GRUPO CLARÍN S. A. Y OTROS C/ PODER EJECUTIVO NACIONAL Y OTRO S/ ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA”.

SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 2013

...

#### **Considerando:**

1o. Que Grupo Clarín S. A., Arte Radiotelevisivo Argentino S. A., Cablevisión S. A., Multicanal S. A., Radio Mitre S. A. y Teledigital Cable S. A. interpusieron la acción prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 41, 45, 48 —segundo párrafo—, 161 y concordantes de la ley 26.522 y la inaplicabilidad de dichas disposiciones respecto de las licencias y señales de las que resultaban ser titulares al momento de promulgarse la norma, con expresa imposición de costas (fs. 63/97).

#### **En sustancial síntesis:**

Expresaron que el artículo 41 afecta la libertad de comercio y el derecho de propiedad, al prohibir sin fundamento alguno la libre disponibilidad de acciones o cuotas

## *LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EXIGE...*

partes de las sociedades titulares de licencias, así como la transferencia de éstas.

Agregaron que el artículo 45 establece un régimen de multiplicidad de licencias cuyos límites desbaratan la sustentabilidad operativa y económica de la empresa y, en consecuencia, esas restricciones afectan directamente la independencia de las demandantes así como la libertad de prensa y expresión que les asegura la Constitución Nacional.

...

Con relación al ap. 1, inc. a, sostuvieron que la norma los coloca en desventaja competitiva frente al único operador de televisión satelital de propiedad extranjera, por cuanto éste puede brindar el servicio con una sola licencia de alcance nacional, mientras que la televisión por cable requiere múltiples licencias locales para proveer los mismos servicios.

Añadieron que la norma impugnada establece, asimismo, un tratamiento desigual respecto del Estado, que a través de sus empresas puede acumular el servicio de televisión satelital con el resto de los servicios previstos en la ley.

Respecto del ap. 1, inc. b, afirmaron que no existe justificación para incluir en la limitación que establece a las señales de televisión paga, toda vez que no ocupan espacio radioeléctrico alguno, por lo que la restricción constituye una medida distorsiva que afecta la propiedad y la libertad de expresión, sin beneficios colaterales que puedan justificarla. Arguyeron que el límite máximo de diez licencias que ocupan espacio radioeléctrico es arbitrario y caprichoso, además de que no condice con la legislación internacional en la materia.

...

En lo que hace al apartado 3 (señales), adujeron que la norma restringe la integración vertical entre productores de contenidos de televisión y las empresas distribuidoras de televisión por suscripción (cable y satélite), limite que afecta

## *CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA*

los incentivos de las empresas por cable a expandir sus servicios y que las obliga a pagar un mayor precio por los contenidos, con el consiguiente perjuicio que ello irroga a los consumidores. Adujeron que la norma impide la reducción de los costos de transacción y el aprovechamiento de las economías de escala y de ámbito existentes en la producción de contenidos.

Concluyeron que este apartado del artículo 45 les causa un gravísimo e irreparable daño patrimonial y configura un flagrante atropello a sus derechos de propiedad, libertad de comercio e industria lícita, libertad de expresión y prensa, lo que no guarda correlato con un beneficio para el público, que también se ve perjudicado dado que la irracionalidad económica del precepto privará a gran parte de la sociedad de adelantos tecnológicos, de variedad y calidad de contenidos, y de acceso a una información variada, independiente e imparcial. Por tales motivos, prosiguieron, la limitación tampoco estimulará la competencia ni beneficiará a los consumidores con una reducción del precio de los servicios.

Manifestaron que el atropello a sus derechos de propiedad y libertad de comercio es instrumental para restringir su libertad de prensa y expresión, como medios de comunicación independientes. Al respecto, expresaron que las restricciones que impone el artículo 45 a la multiplicidad de licencias hace imposible la subsistencia de medios de comunicación libres e independientes, con alto grado de penetración y difusión territorial.

Sostuvieron que el artículo 161 las obliga a desprenderse de activos estratégicos en el irrisorio plazo de un año, provocándoles un gravísimo e irreparable daño patrimonial. Señalaron que sus licencias, después de ser prorrogadas por diez años mediante decreto de necesidad y urgencia 527/05 —ratificado por la Cámara de Senadores— vencen casi en su totalidad a fines de la década de 2020, por lo que con tal proyección hicieron sus planes de negocios, que

## *LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EXIGE...*

incluyen enormes inversiones. Arguyeron que la norma impugnada desconoce tal situación, por cuanto altera unilateral, retroactiva y perjudicialmente los alcances de su titularidad, sin ofrecer indemnización alguna, obligándolas a vender activos vitales para su continuidad empresarial en condiciones negativas.

Enfatizaron que la aplicación del artículo 45 en función de lo dispuesto por el artículo 161, conducirá a que en el exiguo plazo de un año deba transferir sus activos a precio vil a quienes gocen del beneplácito de la autoridad de aplicación.

...

A todo evento, el Estado Nacional, contestó demanda. En sustancial síntesis:

Expresó que el vínculo jurídico que une a un licenciario con su licencia es de carácter administrativo y no se asemeja al derecho de propiedad sino que se trata del otorgamiento temporal de un privilegio, sometido a estrictas condiciones, que en modo alguno puede generar un derecho adquirido a favor de quien lo detenta.

...

Sostuvo que las afirmaciones de la actora relativas a que el régimen de multiplicidad de licencias es irrazonable desde el punto de vista económico y de defensa de la competencia, carecen de sustento.

Afirmó que no existe trato discriminatorio entre la televisión satelital y la televisión por vínculo físico. A tal efecto, expresó que esa situación ya estaba contemplada por la ley 22.285, pero con la diferencia de que la ley 26.522 les impone a ambas el límite del 35% del total de abonados a los servicios por suscripción, y declara la incompatibilidad absoluta entre ambas.

Justificó las menores restricciones impuestas al Estado Nacional con sustento en que los servicios prestados por éste cumplen una función social en razón de ser gratuitos y

### *CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA*

universales, y los valores que debe promover con arreglo al artículo 121 de la ley.

...

Adujo que no media lesión a la libertad de comercio, por cuanto las licencias, debido a su naturaleza, no son susceptibles de comercialización ni pueden ser objeto de propiedad.

Afirmó que, en realidad, las actoras persiguen que se las exima del cumplimiento de las normas y no se saneen las irregularidades en que incurrió, desconociéndose no sólo el régimen de licencias sino también las razones de interés público que la regulación contempla. Añadió que el régimen jurídico al que se sometieron las demandantes sella la suerte de su pretensión, y que nunca pudieron invocar derechos adquiridos en forma perpetua, ni que los derechos acordados no quedaban subordinados al cambio de las condiciones en los que fueron originariamente concedidas las licencias. Más aún, cuando ni siquiera cumplieron las condiciones básicas para ese reconocimiento, según ellas mismas tuvieron ocasión de admitir en forma pública ante la Comisión Nacional de Valores.

...

4º) Que el juez de primera instancia desestimó la excepción de falta de legitimación activa y rechazó la demanda (fs. 3204/3232). Contra dicho pronunciamiento el litisconsorcio actor, el Estado Nacional y la AFSCA, interpusieron sendos recursos de apelación. La Sala 1 de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal dictó sentencia a fs. 3648/3675 Y resolvió:

- a) confirmar el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa deducida con relación a Grupo Clarín S. A. y Teledigital Cable S. A.;
- b) rechazar la impugnación de inconstitucionalidad deducida por la parte actora contra los artículos 41 y 161 de la ley 26.522;

*LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EXIGE...*

- c) rechazar la impugnación de inconstitucionalidad respecto del artículo 45, ap. 1, incs. a y b, con excepción de la limitación a una señal;
- d) rechazar la impugnación de inconstitucionalidad respecto del artículo 45, ap. 2, incs. a y b;
- e) declarar que la compatibilidad constitucional señalada en los puntos precedentes supone el derecho de la parte actora al reconocimiento de los daños y perjuicios que resulten de la des inversión;
- f) declarar la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el artículo 45, ap. 1, inc. c, y párrafo final;
- g) declarar la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el artículo 45, ap. 2, incs. c y d, Y párrafo final;
- h) declarar la inconstitucionalidad de la norma contenida en el artículo 45, ap. 3, en su totalidad, incluso en la limitación a la titularidad del registro de una señal de contenidos que aparece en el ap. 1, inc. b, del artículo 45, ley 26.522;
- i) declarar la inconstitucionalidad del artículo 48, segundo párrafo, de la ley 26.522;
- j) ordenar la inaplicabilidad de las disposiciones declaradas inconstitucionales a las licencias que explota la parte actora;
- k) rechazar la acción de daños y perjuicios tal como fue promovida en la presente causa;
- l) revocar lo dispuesto en orden al levantamiento de toda medida cautelar dictada en el presente proceso;
- m) distribuir las costas en el orden causado en ambas instancias.

...

7º) Que contra dicho pronunciamiento interpusieron recursos extraordinarios el Estado Nacional, la AFSCA, Cablevisión S. A. y el denominado Grupo Clarín confor-

*CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA*

mado por Grupo Clarín S. A., Arte Radiotelevisivo Argentino S. A., Multicanal S. A., Radio Mitre S. A. y Teledigital Cable S. A.

8º) Que el Estado Nacional cuestiona en primer lugar que se haya confirmado el rechazo de la excepción de la falta de legitimación activa de las sociedades actoras Grupo Clarín S.A. y Teledigital Cable S. A...

...

En cuanto a la declaración de inconstitucionalidad parcial del artículo 45, postula que no existe óbice para que el legislador regule la cantidad de licencias que no utilizan el espacio radioeléctrico y el máximo de la población a la cual puede llegar un prestador, como tampoco para que se limite la cantidad de señales con el fin de favorecer políticas competitivas y antimonopólicas que preservan la diversidad y la pluralidad de voces en salvaguarda de la libertad de expresión y del derecho a la información. Destaca que la ley se ha inspirado en esa finalidad, así como la de combatir las prácticas monopólicas. Refiere que la distinción que efectúa la ley no se asienta en la diversidad del medio utilizado sino en la definición de los diferentes mercados relevantes. Asevera que el límite a la producción de señales acota el poder de la empresa dominante. Arguye que la norma no coloca a la televisión por cable en desventaja competitiva frente a la satelital, ya que la primera tiene un grado de penetración casi total que determina que los límites de participación de los cableoperadores sean fundamentales para el funcionamiento de los mercados en su conjunto, y para la consiguiente libertad efectiva de información, mientras que la segunda posee una participación de mercado significativamente menor. Ello determina que sea inferior su capacidad de excluir a otros potenciales medios de comunicación, lo que justifica el diferente tratamiento legislativo. Afirma que las reglas generales en materia de

## *LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EXIGE...*

defensa de la competencia son insuficientes para garantizar los fines antimonopólicos que persigue la ley 26.522.

...

10) Que Cablevisión S. A. sostiene que el tribunal a quo no dio respuesta fundada a sus planteas relativos a que el artículo 41, al prohibir la transferencia de la totalidad de los paquetes accionarios de las empresas, vulnera las garantías de propiedad y de libertad de comercio.

Aduce que la solución elegida por el legislador no guarda relación razonable con el fin perseguido de evitar incumplimientos y fraudes, que permitan conocer quién es el titular y responsable de una licencia en un momento dado, pues para ello existían reglamentaciones alternativas menos restrictivas.

Arguye que la norma modifica sustancialmente las condiciones legales bajo las cuales pueden comercializarse las licencias y, de ese modo, ignora que del contenido de los contratos emergen derechos de propiedad. Añade que se ha vulnerado la confianza legítima derivada de la ratificación del decreto de necesidad y urgencia 527/05. Afirma que existe nexo entre el citado artículo 41 y lo afirmado respecto de los artículos 45 y 48, pues no pueden dejar de extenderse a aquél las consideraciones efectuadas respecto de estos dos últimos preceptos, sin caer en contradicción.

Expresa que el tramo de la sentencia que cuestiona hizo mérito de las llamadas cláusulas exorbitantes a favor de la administración, que constituyen una evidente desigualdad entre el Estado y quienes contratan con él, por alegados motivos de interés público que no siempre son nítidos ni fáciles de identificar. Sin embargo, prosigue, ese interés también está integrado por el de consumidores y usuarios—entre los que se encuentra el derecho de buscar, recibir y difundir ideas de todo tipo— y de los contribuyentes, la libertad de empresa, la competitividad externa e internas y

*CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA*

derechos personalísimos y fundamentales como la libertad expresiva y el derecho a la información.

Manifiesta que en ocasiones los jueces deben ejercer un control de razonabilidad más intenso y es el Estado quien debe probar que la restricción. Es indispensable para lograr los fines de la ley.

...

11) Que el denominado Grupo Clarín reitera las impugnaciones efectuadas por Cablevisión S. A. relacionadas precedentemente; asimismo, cuestiona el rechazo parcial de la acción de inconstitucionalidad respecto de las disposiciones del artículo 45 de la ley 26.522 que fueron consideradas válidas en la sentencia.

...

Sostiene que la norma contradice el artículo 13, inc. 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el principio 12 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ello es así, por cuanto el proclamado propósito del precepto es combatir un declamado monopolio cuya existencia e ilegalidad no ha sido determinada en un juicio previo tramitado bajo la legislación vigente en materia de defensa de la competencia. Expresa que la ley 26.522, en general, y el artículo 45, en particular, establecen un régimen discriminatorio en tanto sujetan a las empresas de comunicaciones audiovisuales a un régimen más estricto en materia de libre competencia de las que resultan aplicables al resto de los emprendimientos lícitos.

...

12) Que mediante resolución del 11 de junio de 2013 la cámara se pronunció sobre la admisibilidad de los recursos extraordinarios deducidos por el Estado Nacional y por la AFSCA. Por un lado, los concedió en las cuestiones, que conciernen a la declaración de inconstitucionalidad de diversas normas contenidas en los artículos 45 y 48 de la ley

## *LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EXIGE...*

26.522, a la interpretación de normas constitucionales y al supuesto apartamiento de lo decidido por esta Corte en la sentencia del 22 de mayo de 2012 (considerando V; punto a del dispositivo). En cambio, los rechazó en cuanto postulan como materia federal la invalidez del fallo con sustento en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias (considerando VI; punto b del dispositivo). Esa denegación, dio lugar a la promoción de un recurso de hecho por el Estado Nacional (causa G.445.XLIX) y de otra presentación directa efectuada por la AFSCA (G.451.XLIX), que corren agregados por cuerda.

En ese mismo pronunciamiento, la alzada concedió los recursos extraordinarios promovidos por Cablevisión S. A. y por Grupo Clarín, en la medida en que se centran en la inteligencia y aplicación de normas federales, constitucionales y legales, y en el juicio que realizó la sentencia apelada sobre la compatibilidad entre tales normas (considerando VII; punto a del dispositivo).

...

16) Que a continuación se hará referencia al esquema que seguirá la decisión judicial pues, a pesar de las complejidades técnicas y argumentativas de casos como el presente, los jueces deben exponer, de la manera más clara posible, el modo en que argumentan para llegar a su decisión. Ello aumenta la persuasión, contribuye a la transparencia y fortalece el debate democrático’.

En primer lugar, con fundamento en las posiciones de las partes, se hará referencia al marco constitucional en el que se sitúa el conflicto. A tal fin, se realizarán consideraciones sobre la dimensión individual y colectiva de la libertad de expresión y sobre el rol que debe asumir el Estado en cada supuesto —específicamente en materia regulatoria— para garantizar su efectiva vigencia (considerandos 17 a 25). Por su especial gravitación, se hará hincapié en las diferentes formas que el Estado puede elegir para ga-

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA

rantizar la libertad de expresión en su faz colectiva (considerandos 26 y 27).

En segundo lugar, se argumentará que la libertad de expresión puede lesionarse directa e indirectamente y se determinará si en el caso se encuentra comprometida la libertad de expresión del Grupo Clarín, para lo cual se realizarán ciertas consideraciones sobre el criterio utilizado por esta Corte en el *leading case* “Editorial Río Negro” y se analizarán las pruebas producidas en autos (considerandos 28 a 36).

En tercer lugar, se fijará el estándar de escrutinio constitucional que corresponde utilizar (considerandos 37 y 38) Y se ingresará al control de cada uno de los artículos cuestionados, examinándose los requisitos que hacen a su razonabilidad. Por motivos argumentativos, este análisis se realizará en el siguiente orden: artículo 45 (considerandos 39 a 52), artículo 161 (considerandos 53 a 61), artículo 48, segundo párrafo (considerandos 62 a 67) y artículo 41 (considerandos 68 a 73).

Para finalizar, se efectuarán algunas precisiones a modo de *obiter dictum* (considerando 74).

17) Que de acuerdo con el esquema expuesto, corresponde comenzar identificando los derechos que, según las partes, se encuentran en conflicto en el presente caso. Por un lado, el Grupo Clarín manifiesta que las disposiciones cuestionadas vulneran sus derechos de propiedad y libertad de comercio, generando daños patrimoniales graves e irreparables que afectan directamente su independencia y sus libertades de prensa y expresión (fs. 64 vta. y 72 vta.).

Por el otro, el Estado Nacional demandado funda 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, por el que se exterioriza el derecho humano inalienable de expresar, recibir y difundir informaciones, ideas y opiniones. A

## *LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EXIGE...*

tal fin, pone énfasis en el “desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de abaratamiento, democratización y universalización del aprovechamiento de nuevas tecnologías, de la información, y de la comunicación” (conforme artículos 1o. y 2o. de la ley 26.522).

18) Que así planteada la cuestión, las posiciones de las partes conducen a analizar el derecho a la libertad de expresión desde sus dos dimensiones: la individual y la colectiva. Ello es así, en tanto la libertad de expresión en su faceta individual estaría afectada —según alega el grupo actor— a través de la violación a sus derechos de propiedad y libertad de comercio. Por su parte, el Estado Nacional justifica la regulación efectuada por la ley en la promoción de la libertad de expresión en su faz colectiva.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social. Dicha libertad requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (“La Colegiación Obligatoria de Periodistas [artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos]”, Opinión Consultiva OC 5/85 del 13 de noviembre de 1985, párrafo 30; y casos “La Última Tentación de Cristo [Olmedo Bustos y otros] vs. Chile”, sentencia del 5 de febrero de 2001, párrafo 64; “Ivcher Bronstein vs. Perú”, sentencia del 6 de febrero de 2001, párrafo 146; “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia del 2 de julio de 2004, párrafo 108; y “Ricardo Canese vs. Paraguay”, sentencia del 31 de agosto de 2004, párrafo 77).

19) Que en su faz individual el derecho a la libertad de expresión es el derecho personal que tiene todo individuo a

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA

hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar —o no hacerlo— sus ideas, opiniones, creencias, críticas, etc., a través de cualquier medio (conf. Germán J. Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, t. I, pp. 271 y ss.).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que “[e]n 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” (OC 5/85, párrafo 31, y casos “La Última Tentación de Cristo”, párrafo 65; “Ivcher Bronstein”, párrafo 14; “Tristán Donoso vs. Panamá”, sentencia del 27 de enero de 2009, párrafo 109).

Este derecho comprende:

- a) El derecho de expresar las ideas, de participar en el debate público, de dar y recibir información y de ejercer la crítica de modo amplio (artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos).
- b) La actividad profesional del periodista, a los fines de evitar restricciones que impidan el acceso a la información o que pongan en riesgo sus bienes, su libertad o su vida (conf. Corte Interamericana de Derechos

## LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EXIGE...

Humanos, caso “Kimel vs. Argentina”, sentencia del 2 de mayo de 2008).

- c) La libertad de imprenta, contemplada en el artículo 32 de la Constitución Nacional.

20) Que desde esta visión, la libertad de expresión se constituye en la exteriorización de la libertad de pensamiento a través de la cual se promueve la autonomía personal y el desarrollo de quien la ejerce como individuo libre.

Entendida de este modo —como facultad de autodeterminación, de realización de sí mismo— el ejercicio de la libertad de expresión admite una casi mínima actividad regulatoria estatal, la que solamente estaría justificada en aquellos supuestos en los que dicha libertad produce una afectación a los derechos de terceros (artículo 19 de la Constitución Nacional). Este Tribunal ha manifestado que “el artículo 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros” (Fallos: 335:799).

21) Que en su faz colectiva —aspecto que especialmente promueve la ley impugnada— la libertad de expresión es un instrumento necesario para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública. Desde este punto de vista, la libertad de expresión se constituye en una piedra angular de la existencia misma de una sociedad democrática (OC 5/85, párrafo 70 y casos “Herrera Ulloa”, párrafo 112; “Ricardo Canese”, párrafo 82; “Kimel”, párrafos 87 y 88; “Apitz Barbera y otros [“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”] vs. Venezuela”, sentencia del 5 de agosto de 2008, párrafo 131; “Ríos vs. Venezuela”, sentencia del 28 de enero de 2009, párrafo 105; y “Perozo y otros vs. Venezuela”, sentencia del 28 de enero de 2009,

### *CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA*

párrafo 116) como sistema de autodeterminación colectiva por el cual los individuos toman las decisiones que fijan las reglas, principios y políticas públicas que regirán el desenvolvimiento de la sociedad política. Como lo ha manifestado la Corte Suprema de los Estados Unidos: “[s]e trata de la esencia misma del autogobierno” (“Garrison vs. Louisiana”, 379 U.S. 64, 1964).

Esta decisión colectiva supone que la elección de los individuos se realiza en un contexto de debate público que, tal como lo ha expresado el Juez Brennan de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el célebre caso “New York Times vs. Sullivan”, debe ser “desinhibido, fuerte y ampliamente abierto” (376 U.S. 254, 1964) Y debe priorizar la verdad, más que consentir la monopolización del mercado, ya sea por parte del gobierno o de un licenciatario privado (“Red Lion Broadcasting Co vs. FCC”, 395 U.S. 367, 1969). De aquí se sigue que se considere a la libertad de expresión como una protección de la soberanía popular (Alexander Meiklejohn, “The First Amendment is an Absolute”, Supreme Court Review [1961], 245-266, en especial p. 255; Owen M. Fiss, La ironía de la libertad de expresión, Harvard University Press, 1998, pp. 6 y ss.), en tanto garantiza “la más amplia diseminación posible de información de fuentes diversas y antagónicas” (“Associated Press vs. U.S.”, 326 U.S. 1, 1945).

En este sentido, esta Corte ha manifestado en reiteradas oportunidades la importancia de la libertad de expresión en el régimen democrático al afirmar que “[e]ntre las libertades que la Constitución consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el artículo 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre la libertad de prensa protege fundamentalmente su propia

## *LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EXIGE...*

esencia contra toda desviación tiránica” (Fallos: 248:291; 331:1530, entre otros).

Dijo también que la libertad de expresión no sólo atañe al derecho individual de emitir y expresar el pensamiento sino incluso al derecho social a la información de los individuos que viven en un Estado democrático (doctrina de Fallos: 306:1892; 310:508).

22) Que desde esta perspectiva el debate democrático exige el mayor pluralismo y las más amplias oportunidades de expresión de los distintos sectores representativos de la sociedad. De lo contrario, no existirá un verdadero intercambio de ideas, lo que generará como consecuencia directa un empobrecimiento del debate público afectando las decisiones que se tomen de manera colectiva. La libertad de expresión, desde esta visión, se constituye fundamentalmente en precondition del sistema democrático.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que la libertad de expresión resulta “condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada (...), una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre” (OC 5/85, párrafo 70), y que los medios de comunicación en una sociedad democrática son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones (caso “Ivcher Bronstein”, párrafo 149).

En la misma línea de pensamiento, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que “la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática” (caso “Lingens vs. Austria”, sentencia del 8 de julio de 1986, punto 42).

Por su parte, Owen M. Fiss explica respecto de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos—fuente del artículo 32 de la Constitución Nacional— que

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA

“la discusión libre y abierta de los asuntos públicos es una precondition esencial para ejercer el poder de autogobierno de una manera inteligente y reflexiva; la libertad de expresión y de prensa, pues, son protegidas por esta razón. Bajo esta teoría, la Primera Enmienda protege el derecho de los individuos de participar en el debate público —de expresar sus puntos de vista libremente— con el fin de mantener y fortalecer el poder de autodeterminación colectiva. La expresión contribuye a la democracia y en razón de esta relación instrumental, la primera [enmienda] adquiere un tinte claramente político” (Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión, AD-HOC, 2010, pp. 27 y ss.).

23) Que para lograr este objetivo resulta necesario garantizar el acceso igualitario de todos los grupos y personas a los medios masivos de comunicación o, más exactamente, como lo ha manifestado el tribunal interamericano en la ya citada OC 5/85, “que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios”, lo que exige “ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad” (párrafo 34).

En el mismo sentido, Carlos S. Nino ha expresado que para que los consensos surjan es necesario el debate de voces múltiples, que puedan expresarse e interactuar en situaciones igualitarias, con idéntica capacidad de introducir ternas en la agenda (La constitución de la democracia deliberativa, Barcelona, Gedisa, 1997). Es en este campo de la democracia que no pueden admitirse voces predominantes que oscurezcan el debate público. Vivimos en sociedades pluralistas, diversas, con multiplicidad de opiniones que deben encontrar el lugar mediático donde expresarse.

## *LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EXIGE...*

24) Que a diferencia de lo que sucede con la libertad de expresión en su dimensión individual donde —como se dijo— la actividad regulatoria del Estado es mínima, la faz colectiva exige una protección activa por parte del Estado, por lo que su intervención aquí se intensifica.

Los medios de comunicación tienen un rol relevante en la formación del discurso público, motivo por el cual el interés del Estado en la regulación resulta incuestionable. Ello es así, en tanto “[e]n la sociedad actual, los medios de comunicación masiva, como la televisión, radio y prensa, tienen un innegable poder en la formación cultural, política, religiosa, etc. de todos los habitantes. Si estos medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por sólo uno, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas, ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia. La democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático” (Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre de 2000, principio 12, punto 55).

25) Que en este marco, el Estado puede optar por la forma que estime adecuada para promover las oportunidades reales de expresión por parte de los ciudadanos y robustecer, así, el debate público.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha apuntado que “en los términos amplios de la Convención, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA

de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones” (OC 5/85, párrafo 56).

La intervención estatal activa para la vigencia de la libertad de expresión ha sido también reconocida en numerosas decisiones de la corte interamericana al expresar que la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos, puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas (“Kirnel”, párrafo 57; “Tristán Donoso”, párrafo 113; “Ríos y otros”, párrafos 106 y 107; Y “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”, sentencia del 29 de noviembre de 2011, párrafo 45).

26) Que una de las formas que el Estado podría elegir para asegurar el debate libre y robusto sería la de dejar librado al mercado el funcionamiento de los medios de comunicación e intervenir a través de las leyes que defienden la competencia cuando se produzcan distorsiones —como las formaciones monopólicas u oligopólicas, abuso de posición dominante, etc.— que afecten la pluralidad de voces. Bajo este sistema, el Estado —a través de la autoridad competente— podría castigar aquellos actos o conductas que se constituyan en prácticas restrictivas de la competencia y que puedan resultar perjudiciales a la libertad de expresión en su faz colectiva. Este sistema supone la intervención *a posteriori* de la autoridad pública, la que trabajará caso por caso para ir corrigiendo las distorsiones que afecten el objetivo buscado.

27) Que otra forma que tiene el Estado de asegurar el mayor pluralismo en la expresión de ideas es a través de la sanción de normas que *a priori* organicen y distribuyan de manera equitativa el acceso de los ciudadanos a los medios masivos de comunicación. En este supuesto, le correspon-

## *LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EXIGE...*

de al Estado decidir cuáles serán las pautas que considera más adecuadas para asegurar el debate público y el libre y universal intercambio de ideas.

A favor de esta forma de regulación la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos expresó que “es importante desarrollar un marco jurídico que establezca claras directrices que planteen criterios de balance entre la eficiencia de los mercados de radiodifusión y la pluralidad de la información” y agregó que “las reglas generales de concentración de la propiedad diseñadas para reformar la competencia y proveer a bajo costo mejor servicio, son insuficientes para el sector de la radiodifusión (...). Como resultado, algunos países limitan esta propiedad, por ejemplo, con un número fijo de canales o estableciendo un porcentaje de mercado” (Capítulo IV, apartado d, del Informe 2004).

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

28) Que la libertad de expresión en su faz individual puede lesionarse de manera directa e indirecta. Sobre esta última, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su artículo 13.3, que

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA

...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.

Este modo indirecto de lesionar la libertad de expresión es el que interesa en el caso, dados los términos en que ha sido planteada la cuestión por la actora, cuando sostiene que la ley, al afectar la sustentabilidad económica del grupo, viola su libertad de expresión (conf. escrito de demanda, fs. 64 vta. Y 72 vta., y acta de versión taquigráfica de la audiencia pública celebrada el 29 de agosto de 2013, agrega a fs. 4072/4099, en especial fs. 4072 vta. y 4073).

29) Que de acuerdo con ello, para determinar si en el caso se encuentra comprometida la libertad de expresión del Grupo Clarín deben realizarse las siguientes consideraciones.

En el *leading case* “Editorial Río Negro S. A. c/ Neuquén”, esta Corte ha señalado que los actos indirectos son, en particular, aquellos que se valen de medios económicos para limitar la expresión de ideas. En este precedente el Tribunal se refirió a la influencia del factor económico en la prensa actual, ya que

[l]os medios materiales y técnicos, las redes de información, la ampliación de la tirada, la difusión nacional y hasta internacional de algunos medios, la publicidad y propaganda, etc., han insertado a la prensa en el tejido de complejas relaciones económicas en el que se encuentran las empresas contemporáneas (Fallos: 330: 3908).

En dicho fallo el Tribunal partió de la existencia de conductas del Estado provincial demandado dirigidas a dismi-

## LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EXIGE...

nuir e interrumpir el otorgamiento de publicidad oficial al medio actor. Sobre la base de esa premisa —la existencia de medidas que de manera desigual afectaban a un sujeto en comparación con otros— examinó si esas conductas habían importado discriminar al medio, lesionando su libertad de expresión. Por ello el Tribunal consideró necesario presumir la inconstitucionalidad de las medidas e invertir la carga de la prueba, y exigió al Estado que pruebe la existencia de motivos suficientes que justificaran la interrupción abrupta de la contratación de la publicidad oficial.

Para ello, la Corte —con cita de John Stuart Mill— estableció que “la carga de la prueba debe recaer sobre aquellos que están en contra de la libertad, es decir, sobre los que están a favor de cualquier restricción o prohibición, ya sea cualquier limitación respecto de la libertad general de la acción humana o respecto de cualquier descalificación o desigualdad de derecho que afecte a una persona o a alguna clase de personas en comparación con otras. La presunción *a priori* es en favor de la libertad y de la imparcialidad” (“The Subjection of Women”, *Wordsworth Classics of World Literature*, 1996, p. 118).

30) Que el criterio expuesto no resulta aplicable a esta causa. En efecto, a diferencia de lo acontecido en el caso “Editorial Rio Negro” en el que, según se expresó, existían medidas discriminatorias tornadas por el Estado contra el medio actor —lo que justificaba la sospecha de inconstitucionalidad de dichas medidas con la consiguiente inversión de la carga de la prueba—, en el sub lite la ley en cuestión regula el mercado de medios de comunicación sin efectuar distinción alguna respecto a los sujetos alcanzados por sus disposiciones. En otros términos, la ley 26.522 no establece reglas dirigidas a afectar a un sujeto o alguna clase de sujetos y no a otros. Por el contrario, promueve la libertad de expresión en su faz colectiva estableciendo límites iguales a todos los titulares de licencias.

### *CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA*

De modo que no corresponde aquí partir de una sospecha de ilegitimidad de la norma con desplazamiento de la carga de la prueba, sino que debe ser el grupo actor quien debe acreditar que la ley afecta sus derechos constitucionales.

31) Que a tal fin, según se señaló, la actora argumentó que la ley —especialmente el régimen de multiplicidad de licencias impuesto por el artículo 45— afecta su libertad de expresión porque priva a su parte de sustentabilidad operativa y económica. Para acreditar tal extremo el Grupo Clarín ofreció una pericia económica (agregada a fs. 1840/1898) y otra contable (fs. 1758/1777), cuyas conclusiones resultan necesarias para determinar si efectivamente la limitación de licencias quita sustentabilidad económica a su parte.

32) Que el perito económico abordó tal cuestión al responder el punto 2 propuesto por la actora, relativo a cómo la aplicación de los artículos 45 y 161 de la ley afecta la sustentabilidad operativa y económica de las empresas que conforman el Grupo Clarín.

Una adecuada lectura de la respuesta a este punto, teniendo en cuenta también el resto de las consideraciones realizadas por el perito a lo largo de todo su dictamen, permite extraer dos conclusiones principales. La primera, que la modificación al régimen de licencias dispuesta por la ley tiene virtualidad para afectar las economías de escala, densidad y alcance propias de toda industria de red, así como las sinergias que se obtienen a partir de la utilización de recursos en forma compartida. Esta afectación se traduciría en un incremento de costos medios y en una reducción de ingresos, lo cual podría generar, a su vez, efectos negativos sobre el acceso al mercado de capitales para el financiamiento de proyectos de inversión y dificultades para el desarrollo de nuevas tecnologías. También podría ocasionar pérdidas en el valor patrimonial de las empresas y en la cotización de las acciones del grupo.

## *LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EXIGE...*

La segunda conclusión, que adquiere aquí un valor decisivo, es que no surge de la pericia que las restricciones mencionadas tengan entidad suficiente como para comprometer o poner en riesgo la sustentabilidad económica u operativa de las empresas que componen el Grupo Clarín, aun cuando puedan conllevar una disminución de sus beneficios o rentabilidad.

En efecto, si bien el perito afirma en varias oportunidades que la ley afecta fuertemente la sustentabilidad operativa y económica de las empresas del grupo, un minucioso examen del informe pericial evidencia que se trata de una afirmación dogmática que no ha sido debidamente fundada. Así, por ejemplo, de la respuesta al punto 3 del dictamen, en referencia a los perjuicios que le causaría a la empresa. Cablevisión S. A. la aplicación de los artículos 45 y 161 de la ley —especialmente, cómo impactarían en su evolución económico-financiera los límites de 24 licencias o del 35% del total de abonados— surge que, a pesar de la reducción de la rentabilidad, la compañía puede restablecer el equilibrio en el flujo de fondos ajustando algunas variables, tales como prescindir de empleados en las regiones en las que dejaría de operar, incrementar los precios del servicio y reducir las inversiones de capital en forma proporcional a la disminución del tamaño de la empresa.

Con respecto a los demás límites de licencias previstos en el artículo 45, el informe señala cuáles serían las pérdidas de ingresos, facturación y rentabilidad para los distintos supuestos que plantea, además de la eventual baja en la calidad de programas y señales, pero en ningún momento hace referencia a que tales pérdidas pudieran afectar la sustentabilidad de las distintas empresas.

33) Que a idéntica conclusión cabe arribar con relación a la pericia contable, donde la perito informó acerca de las pérdidas que sufriría el Grupo Clarín —y especialmente las empresas Cablevisión S. A. y Multicanal S. A.— en caso

### *CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA*

de tener que adecuarse a los límites de licencias y registros que fija el artículo 45 de la ley (respuestas a los puntos “e”, “h”, “i”, “j” y “k” propuestos por la actora). Tampoco allí se realiza consideración alguna que permita siquiera intuir que tales pérdidas podrían llegar a comprometer la sustentabilidad financiera de las empresas actoras.

34) Que de todo lo anterior se desprende que no se encuentra probado en autos que la adecuación del Grupo Clarín al régimen de licencias previsto en la ley ponga en riesgo, desde un punto de vista económico u operativo, la subsistencia del grupo ni de cada una de las empresas que lo integran.

35) Que, por otra parte, si la adecuación del grupo actor al límite de licencias que prevé la ley lo tornara inviable desde el punto de vista económico, cabría preguntarse cómo es posible que otros grupos licenciarios de servicios de comunicación audiovisual que no exceden ese máximo de licencias resulten económicamente sustentables. La realidad muestra que existe en el país una gran cantidad de medios nacionales y locales de pequeñas y medianas dimensiones que operan sin inconvenientes en el sector.

36) Que las consideraciones precedentes llevan a concluir que de acuerdo con las constancias de la causa, en el caso no se encuentra afectado el derecho a la libertad de expresión del Grupo Clarín, en tanto no ha sido acreditado que el régimen de licencias que establece la ley ponga en riesgo su sustentabilidad económica.

Corresponde aquí realizar una aclaración. Sí bien en el citado precedente “Editorial Río Negro” el Tribunal no consideró necesaria la asfixia económica o quiebre del medio para tener por configurada una afectación indirecta a su libertad de expresión (considerando 9), tal conclusión tuvo como premisa fundamental que la medida en examen estaba dirigida exclusivamente a la editorial actora e implicaba un trato desigual e injustificado. Fue por esa razón que el

## LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EXIGE...

Tribunal entendió que la medida restringía indirectamente su libertad de expresión aun cuando su impacto económico no pusiera en riesgo la subsistencia de la empresa. Pero en el presente caso no se da esa premisa básica, pues la medida que se evalúa consiste en una ley general que promueve la libertad de expresión en su faz colectiva y no genera diferencia alguna entre sus destinatarios. De ahí que, en casos como el presente, la violación indirecta a la libertad de expresión requiere la afectación de la sustentabilidad económica de la empresa.

Por consiguiente, habiendo concluido el trámite del juicio, las pruebas producidas permiten ratificar la conclusión a que arribó el Tribunal en su pronunciamiento del 22 de mayo de 2012 en el incidente de medida cautelar, en el sentido que la actora no aportó elemento probatorio alguno que demuestre de qué modo resultaría afectada su libertad de expresión, ni ha acreditado que exista una restricción concreta a dicha libertad que permita invalidar una norma de regulación de la competencia (considerando 10).

37) Que se ingresará ahora en el control de constitucionalidad de las normas cuestionadas, según el orden ya indicado. Dicho examen debe efectuarse sobre la base de que la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto y sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional (conf. Fallos: 256:602; 258: 255; 330: 855 y 5345, entre muchos otros).

38) Que para determinar la intensidad con que debe ejercerse el control, cabe tener presente que, por las razones expresadas, no corresponde presumir la inconstitucionalidad de las normas involucradas. Además, el escrutinio debe realizarse teniendo en cuenta la naturaleza y entidad

*CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA*

de los derechos en juego: el derecho de propiedad y libre comercio del grupo actor, por un lado, y el derecho a la libertad de expresión en su faz colectiva, por el otro. Cuando lo que está en juego son normas referidas a cuestiones patrimoniales y restringen derechos de esa naturaleza —como ocurre en el caso de autos—, el control debe ser menos intenso, pues cabe reconocer al legislador un mayor margen de discrecionalidad.

Estas pautas permiten descartar un estándar intenso de control, por lo cual no corresponde que el Tribunal revise el requisito de necesidad de los medios seleccionados por el legislador para el cumplimiento de los fines.

39) Que para evaluar la razonabilidad del artículo 45 —de acuerdo con los criterios establecidos— corresponde examinar si el medio escogido por el legislador resulta idóneo para alcanzar los fines que se propone y si la restricción que conlleva guarda proporción con los beneficios que se derivan de aquellos fines. Tal análisis presupone identificar claramente los medios elegidos, las restricciones que ellos generan a la actora y los fines que persigue la norma.

40) Que en cuanto a los medios escogidos por el legislador, debe tenerse presente que la disposición enjuiciada establece límites a la cantidad de licencias y registros de servicios audiovisuales en cabeza de una misma persona, sea en forma directa o a través de la participación en sociedades titulares de licencias o registros. Dichos límites se fijan en un doble orden: nacional y local.

...

41) Que tales limitaciones —a la luz del proceso de adecuación previsto en el artículo 161 de la ley, cuya constitucionalidad será examinada más adelante— implica que la actora deberá desprenderse de las licencias y registros que excedan los límites previstos en el artículo 45, lo que podría llegar a generar una restricción sobre su derecho de propiedad que eventualmente se materializaría en pérdidas de

## *LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EXIGE...*

ingresos y rentabilidad, según concluyen las pericias económica y contable producidas en autos.

42) Que con relación a los fines de la norma, las mencionadas restricciones persiguen como objetivos centrales fomentar la libertad de expresión como bien colectivo y preservar el derecho a la información de todos los individuos. En palabras de la ley, lo que se busca es garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local (artículo 45), así como el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia para abaratar, democratizar y universalizar el aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (artículo 1o.).

Así lo estableció el Poder Ejecutivo Nacional al elevar al Congreso de la Nación el proyecto de ley, cuando expresó que

...la iniciativa de la regulación buscó echar las bases de una legislación moderna dirigida a garantizar el ejercicio universal para todos los ciudadanos del derecho a recibir, difundir e investigar informaciones y opiniones y que constituye también un verdadero pilar de la democracia, garantizando la pluralidad, diversidad y una efectiva libertad de expresión.

Tuvo como objetivo primordial “la sujeción de la propiedad y control de los medios de radiodifusión a normas antimonopólicas y el acceso a una información plural” (Mensaje no. 1139, del 27 de agosto de 2009).

Con mayor detalle, en el artículo 3o. de la ley se hace referencia, entre otros objetivos, a la promoción y garantía del libre ejercicio del derecho de toda persona a investigar, buscar, recibir y difundir informaciones, opiniones e ideas, sin censura; a la construcción de una sociedad de la información y el conocimiento que priorice la alfabetización mediática y la eliminación de las brechas en el acceso

*CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA*

al conocimiento y las nuevas tecnologías; a la promoción de la expresión de la cultura popular y el desarrollo cultural, educativo y social de la población; al ejercicio del derecho de los habitantes al acceso a la información pública; a la actuación de los medios de comunicación en base a principios éticos; al desarrollo equilibrado de una industria nacional de contenidos que preserve y difunda el patrimonio cultural y la diversidad de todas las regiones y culturas que integran la Nación; a la administración del espectro radioelétrico en base a criterios democráticos y republicanos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos; a la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombres y mujeres, y el tratamiento plural, igualitario y no estereotipado, evitando toda discriminación por género u orientación sexual; al derecho de acceso a la información y a los contenidos de las personas con discapacidad; y a la preservación y promoción de la identidad y de los valores culturales de los Pueblos Originarios.

43) Que no se requiere un mayor esfuerzo expositivo para concluir que las medidas en cuestión resultan idóneas para cumplir con los objetivos mencionados, en tanto las restricciones contenidas en el artículo 45 a la cantidad de licencias y registros aparecen como apropiadas o aptas para permitir la participación de un mayor número de voces, o al menos poseen entidad suficiente como para contribuir de algún modo a ese objetivo. Es evidente que a través de la limitación de la cantidad de licencias y registros a todos los operadores de medios de comunicación se podría evitar la concentración y ello permitiría una mayor participación y diversidad de opiniones.

44) Que el examen de proporcionalidad de la medida requiere valorar la entidad de la restricción que genera la norma impugnada en función de la importancia del fin legislativo. En tal sentido, cabe destacar que, al limitar la cantidad de licencias y registros que puede tener cada ope-

## *LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EXIGE...*

rador, el legislador tuvo como esencial propósito regular el mercado de medios audiovisuales para promover la diversidad y pluralidad de voces y evitar que se consoliden prestadores en posiciones dominantes que distorsionen el mercado.

Las pérdidas de ingresos y rentabilidad a que hacen referencia los peritos en sus informes constituyen lógicas consecuencias de la reducción de los beneficios de las economías de escala, como resultado ineludible de todo proceso de reestructuración empresarial tendiente a evitar o limitar situaciones de concentración.

En el análisis de costos y beneficios que supone el juicio de proporcionalidad no debe perderse de vista la función que desempeñan los medios de comunicación en una sociedad democrática. A diferencia de otros mercados, en el de las comunicaciones, la concentración tiene consecuencias sociales que se manifiestan sobre el derecho a la información, un bien esencial para las libertades individuales. La ley, al limitar la cantidad de licencias y registros persigue el enriquecimiento del debate democrático y, en definitiva, el fortalecimiento de la libertad de expresión y del derecho a la información de todos los individuos. En otras palabras, la regulación en examen apunta a favorecer políticas competitivas y antimonopólicas para preservar un derecho fundamental para la vida de una democracia como lo es la libertad de expresión y de información.

45) Que en este examen de razonabilidad de los distintos límites previstos en el artículo 45 es esencial tener en cuenta que ellos no comprometen la sustentabilidad económica de las empresas que integran el grupo actor ni impiden a éste —como a ningún otro prestador— alcanzar una dimensión de significativa importancia en el mercado audiovisual.

46) Que los requisitos de idoneidad y proporcionalidad a que se viene haciendo referencia se encuentran cumpli-

*CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA*

dos en cada una de las limitaciones contenidas en el artículo 45.

En cuanto al mercado de la televisión por cable, una vez admitida la posibilidad de que el Estado lo regule, la limitación del 35% de abonados aparece justificada ya que cualquier operador podría prestar el servicio a más de un tercio del mercado. A su vez, el límite de 24 licencias, en tanto permite alcanzar un porcentaje de mercado similar (32.7%, según surge de la pericia económica; fs. 1858 vta.) tampoco se muestra irrazonable.

A idéntica conclusión cabe arribar con relación al diferente modo en que la ley regula la televisión por cable y la televisión satelital. Ello es así en tanto ambos servicios reconocen la misma cuota de mercado (35% del total de abonados), y si bien las licencias tienen —por razones técnicas— distinto alcance territorial, tal circunstancia carece de entidad en la medida en que las 24 licencias de televisión por cable permiten llegar a un porcentaje muy cercano al límite máximo del mercado. Se suma a ello que la titularidad de licencias de televisión satelital por suscripción excluye la posibilidad de ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual, restricción que no se aplica a los titulares de licencias de televisión por cable.

Con relación a los servicios que usan espectro radio-eléctrico, el máximo de 10 licencias se encuentra justificado en función del carácter reducido del medio que utilizan, los derechos de terceros y el interés público (Fallos: 335:600 y sus citas). Por estas razones, este tipo de servicios admite una mayor reglamentación (Fallos: 326:3142).

Por su parte, la limitación según la cual el titular de una licencia de televisión por suscripción no puede acumular en una misma área una licencia de televisión abierta y viceversa, resulta coherente con el principal propósito de

## *LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EXIGE...*

la ley de permitir la participación de la mayor cantidad posible de voces en un mismo mercado local.

Y finalmente, la limitación de un registro de señal de contenido, sea que el servicio utilice o no espectro radioeléctrico, impide que los distribuidores de señales privilegien las producciones propias por sobre las de sus competidores, logrando así una mayor pluralidad, otro de los objetivos primordiales de la ley.

47) Que no debe perderse de vista que el régimen de multiplicidad de licencias que impugna la actora surge de la propia ley y no de un acto emanado de la autoridad administrativa, ley que, además, ha sido precedida de numerosos proyectos durante los últimos treinta años, fue debatida ampliamente dentro y fuera del Congreso y finalmente sancionada por una importante mayoría de legisladores, representantes de numerosas corrientes políticas.

De acuerdo con ello, y en atención a las valoraciones realizadas por las partes tanto en sus escritos como en la audiencia pública en relación a la jurisprudencia norteamericana, conviene aclarar que las conclusiones que de allí puedan extraerse no resultan aplicables al caso de autos en tanto en dichos precedentes se examinó la constitucionalidad de actos específicos dictados por la autoridad administrativa sobre la base de situaciones fácticas diferentes a las del sub lite.

48) Que, por otra parte, el espíritu de la ley es coherente con el derecho de los consumidores a la información y con la defensa de la competencia. El primer derecho, previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, favorece el acceso de voces plurales. Existe una elaborada doctrina en el área del derecho del consumidor que explica cómo las redes contractuales pueden producir cautividad mediante la restricción de las opciones que el público tiene a su disposición. La defensa de la competencia, que está prevista como derecho de incidencia colectiva (artículo 43 de la

## *CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA*

Constitución Nacional), importa la regulación del mercado para evitar la constitución de monopolios y el abuso de posición dominante, ya que, en ambos casos, se perjudica a la población. Este principio constitucional se concreta en las normas de derecho público que regulan la competencia y en las de derecho privado, que, por ejemplo, exigen una función procompetitiva en los contratos.

El principio es que en un modelo de mercado perfecto, cuanto más oferentes existan, más competencia habrá, mejorarán los precios y la calidad de los productos, y los consumidores recibirán los beneficios. En cambio, si hay pocos oferentes con capacidad de imponer sus decisiones en un mercado relevante, podrán aumentar los precios o disminuir la calidad, perjudicando a los usuarios.

En la medida en que las ideas y la información constituyen bienes que se difunden a través de los medios de comunicación, si hay concentración, sólo algunas ideas o algunas informaciones llegarán al pueblo, perjudicando seriamente el debate público y la pluralidad de opiniones.

Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que los eventuales perjuicios que, durante la etapa de implementación de la ley, pudieran sufrir los consumidores y usuarios como consecuencia de la alteración —o incluso ruptura— de su relación contractual con los operadores, podría dar lugar a las acciones correspondientes.

49) Que por las razones apuntadas, la entidad de los objetivos que persigue la ley y la naturaleza de los derechos en juego, las restricciones al derecho de propiedad de la actora —en tanto no ponen en riesgo su sustentabilidad y sólo se traducen en eventuales pérdidas de rentabilidad— no se manifiestan como injustificadas. Ello es así en la medida en que tales restricciones de orden estrictamente patrimonial no son desproporcionadas frente al peso institucional que poseen los objetivos de la ley.

## *LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EXIGE...*

50) Que en función del tipo de escrutinio constitucional que corresponde realizar no cabe que el Tribunal controle el requisito de necesidad. Por consiguiente, no debe indagar si era imprescindible legislar al respecto o si existían otros medios alternativos igualmente idóneos y que, al mismo tiempo, hubiesen provocado una menor restricción a los derechos involucrados, en tanto ello implicaría ingresar en un ámbito de exclusiva discrecionalidad legislativa. Cabe recordar que los jueces no deben decidir sobre la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones, ni pronunciarse sobre la oportunidad o discreción en el ejercicio de aquéllas, ni imponer su criterio de eficacia económica o social al Congreso de la Nación; y que el control de constitucionalidad no autoriza a la Corte Suprema a sustituir en su función a los otros poderes del gobierno (Fallos: 328:690 y sus citas, voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

La elección de la forma que se estime adecuada para promover los objetivos propuestos constituye una materia librada al legislador y ajena al control de los jueces (Fallos: 322:842), en tanto éstos tienen el deber de formular juicios de validez constitucional pero les está prohibido basarse en juicios de conveniencia (Fallos: 313: 1333) Así, en el caso, la tarea del Tribunal no es la de decidir si la ley 26.522 es la mejor solución posible, sino la de establecer si los medios elegidos por el legislador son idóneos y proporcionales a sus fines.

Si se trata de una ley moderna o inadecuada a las circunstancias actuales, si debió o no tener en cuenta el principio de convergencia tecnológica, si implica un avance o un retroceso en el campo de los servicios audiovisuales, si tendrá un impacto positivo o negativo en la calidad del servicio, son todas cuestiones que quedan libradas al exclusivo ámbito de decisión de los otros poderes y que de ningún

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA

modo pueden justificar la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

51) Que con especial referencia a los servicios de radiodifusión que no utilizan espectro radioeléctrico —cuyo límite de licencias y registros fue declarado inconstitucional por el tribunal a quo— cabe reiterar que corresponde al Estado la decisión de regular el mercado o dejarlo librado a las reglas de la libre competencia. Es posible argumentar que los fines de la ley podrían lograrse igualmente sin las restricciones que prevé el artículo 45 de la ley —precisamente por el carácter ilimitado del espectro—, pero ello implicaría un indebido juicio de la necesidad de la medida. En otros términos, si para lograr los objetivos de fomentar la diversidad y pluralidad de voces en el mercado de televisión por cable era necesario fijar un límite de licencias y de abonados, o si existían otras alternativas menos restrictivas —inclusi- ve hasta la posibilidad de no regular el mercado— es una decisión que corresponde al legislador y que los jueces no pueden revisar. En definitiva, es atribución del Congreso determinar si se va a adoptar una política represiva o preventiva respecto del abuso de posición dominante.

52) Que en razón de las consideraciones precedentes, corresponde concluir que se encuentran cumplidos los requisitos para reconocer validez constitucional al artículo 45 de la ley.

53) Que corresponde ahora examinar el artículo 161 de la ley, que dispone lo siguiente:

Adecuación. Los titulares de licencias de los servicios y registros regulados por esta ley, que a la fecha de su sanción no reúnan o no cumplan los requisitos previstos por la misma, o las personas jurídicas que al momento de entrada en vigencia de esta ley fueran titulares de una cantidad mayor de licencias, o con una composición societaria diferente a la permitida, deberán ajustarse a las disposiciones de la pre-

## LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EXIGE...

sente en un plazo no mayor a un (1) año desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición. Vencido dicho plazo serán aplicables las medidas que al incumplimiento —en cada caso— correspondiesen.

Al solo efecto de la adecuación prevista en este artículo, se permitirá la transferencia de licencias. Será aplicable lo dispuesto por el último párrafo del artículo 41.

54) Que la actor a dirigió contra esta disposición una doble impugnación. En primer lugar, argumentó que la aplicación retroactiva de los límites previstos en el artículo 45 a las licencias otorgadas o prorrogadas al amparo del régimen anterior vulnera sus derechos adquiridos; y en segundo lugar, sostuvo que el plazo de un año fijado para la adecuación conllevaría, en razón de su brevedad, una serie de inconvenientes operativos de difícil solución (como la separación física de redes y la separación de la facturación). Adujo también que ese exiguo plazo para la venta forzada de las licencias debilitaría su posición para negociar las condiciones de la operación, afectando así su derecho de propiedad.

55) Que el agravio referido a la invocada afectación de derechos adquiridos debe ser desestimado, en razón de las siguientes consideraciones.

Tal como se explicó precedentemente, la sanción de la ley 26.522 —que modificó el régimen anterior— se funda en el interés público y en la defensa de la libertad de expresión en su faceta colectiva. Así, la ley caracteriza a la actividad desarrollada por los medios de comunicación audiovisual como una actividad de interés público (conf. artículo 2o.). Es en la búsqueda de este objetivo que el legislador estableció una nueva política regulatoria en la materia.

56) Que con este fundamento, el Congreso diseñó un sistema de multiplicidad de licencias basado en reglas cuya aplicación tiende a modificar relaciones jurídicas existentes por razones de interés público. Para lograrlo, el legis-

### *CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA*

lador estableció que los sujetos que fueran titulares de un mayor número de licencias que el establecido en su articulado tendrá que adecuarse, pudiendo para ello transferir aquellas que tengan en exceso.

De manera que no se está en presencia de un caso de expropiación por razones de utilidad pública, ni de revocación de actos administrativos por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, ni del rescate de un servicio público. Se trata de un sistema de desinversión por el cual los sujetos alcanzados por la ley se encuentran obligados a adecuarse al nuevo régimen legal en materia de multiplicidad de licencias y, en consecuencia, deben transferir dentro de un plazo todas aquellas que resulten necesarias para ajustarse al límite actualmente dispuesto por la norma.

57) Que sobre la base de estos principios, el argumento del grupo actor según el cual el nuevo régimen no puede afectar las licencias que fueron otorgadas o prorrogadas bajo el sistema anterior y cuyos vencimientos aún no se han producido, llevaría a reconocer que, aun cuando el interés público lo exija, existen relaciones jurídicas que no son susceptibles de ser modificadas, conclusión contraria a la doctrina de esta Corte según la cual nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de un régimen jurídico (Fallos: 267:247; 308:199, entre muchos otros). Sostener que existen relaciones jurídicas que resultan insusceptibles de modificación implicaría sobreponer el interés privado de un particular por encima del interés de la comunidad, lo cual resulta inadmisibles y contrario al texto constitucional (conforme artículo 17). La existencia de derechos adquiridos de ningún modo puede eximir a un sujeto del cumplimiento de un nuevo régimen normativo.

58) Que, sin perjuicio de ello, es importante aclarar que las licencias de radiodifusión integran el concepto constitucional de propiedad, que comprende todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo,

## *LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EXIGE...*

de su vida y de su libertad (Fallos: 145:307), por lo que resulta aplicable la doctrina del Tribunal según la cual “[l]a facultad del Estado de imponer límites al nacimiento o extinción de los derechos, no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran la condigna reparación en el sistema establecido, pues en tales supuestos el menoscabo económico causado origina el derecho consiguiente para obtener una indemnización como medio de restaurar la garantía constitucional vulnerada (artículo 17)” (Fallos: 301: 403; 318: 1531).

59) Que el legislador contempló una forma de compensar la restricción al derecho de propiedad como modo de paliar las consecuencias negativas que la aplicación de la nueva legislación pudiera generar, en la medida en que el sistema de desinversión previsto permite que los titulares de licencias transfieran a un tercero las que tengan en exceso y obtengan un precio a cambio. Esta posibilidad de obtener un precio se extiende a los distintos casos contemplados en el decreto reglamentario 1225/10 y en la resolución 297/2010 dictada por la AFSCA (transferencia voluntaria, oferta por la AFSCA y transferencia de oficio; conf. artículo 161 del decreto y capítulo 111, puntos a, b y c de la resolución).

Por lo demás, cualquier eventual perjuicio que pudiera sufrir el licenciatario como consecuencia de este proceso de desinversión podría ser reclamado con fundamento en los principios de responsabilidad del Estado por su actividad lícita (Fallos: 328: 2654).

En estas condiciones, y no encontrándose en juego la libertad de expresión, no existen razones que justifiquen la aplicación de una tutela inhibitoria a favor de los titulares de las licencias, protección que conllevaría la imposibilidad de implementar la ley hasta que se produzca el vencimiento de los plazos de cada una de las licencias.

*CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA*

60) Que con relación al cuestionamiento del plazo en razón de su brevedad, cabe señalar que más allá de los inconvenientes operativos y de los eventuales e hipotéticos perjuicios patrimoniales invocados por la actora, no surge de autos ningún elemento concreto que permita sostener ni justificar de algún modo la declaración de inconstitucionalidad del plazo de un año previsto en la ley.

En su recurso extraordinario, la actora se limita a mantener la impugnación del plazo en razón de que “cualquiera sea su extensión siempre sería inconstitucional porque ha sido establecido para obligar a cumplimientos en un todo contrarios a derechos constitucionales y convencionales”, de modo que una vez reconocida la constitucionalidad del régimen de licencias del artículo 45 de la ley, el agravio, así planteado, pierde sustento.

...

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora General de la Nación, corresponde:

1. Declarar procedentes los recursos extraordinarios y admisibles las quejas, con el alcance establecido en la presente.
2. Revocar la sentencia recurrida en cuanto declaró la inconstitucionalidad del artículo 45, apartado 1, inciso “c” y párrafo final; apartado 2, incisos “e” y “d” y párrafo final; apartado 3, en su totalidad; y apartado 1, inciso “b”, en cuanto se refiere a la limitación a la titularidad del registro de una señal de contenidos, y del artículo 48, segundo párrafo, ley 26.522.
3. Confirmar la sentencia recurrida en cuanto dispuso rechazar la acción de daños y perjuicios tal como fue promovida en este expediente así como en las restantes cuestiones.

...