

VII. Libertad de expresión y derecho a la información: avances en la construcción de una agenda democrática*

Un año atrás, en el capítulo dedicado a libertad de expresión y derecho a la información que se publicó en la última edición del Informe anual del CELS,¹ se planteaba la necesidad de traducir los intensos debates en la materia que habían tenido lugar a lo largo de todo 2008, y que ganaron espacio en la agenda pública como nunca antes desde la recuperación de la democracia, en políticas públicas capaces de asegurar el ejercicio pleno de estos derechos. Tal como observamos en aquella oportunidad, circunstancias muy diversas se conjugaron para que los reclamos de larga data que diferentes sectores de la sociedad civil hicieron visibles y sostuvieron en el tiempo, alcanzaran por primera vez la madurez y el impulso político necesarios para plasmarse en reformas concretas.

Como resultado de este proceso, dos avances sustanciales tuvieron lugar en 2009. En primer lugar, la aprobación de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (Ley 26 522), que reemplazó al Decreto-ley 22 285, promulgado durante la última dictadura militar y reformado en diversas ocasiones por gobiernos democráticos con el objetivo de profundizar la estructura comercial, concentrada y transnacionalizada del sistema de medios. El segundo gran avance fue la despenalización de las figuras de calumnias e injurias para todas las expresiones referidas a asuntos de interés público, cuyo origen se encuentra en la condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado argentino en el caso Kimel. Cabe destacar el hecho de que tanto la Ley 26 522 como la reforma del Código Penal en cuanto a calumnias e injurias fueron debatidas y sancionadas en el Congreso nacional.

No obstante, en el caso de la Ley de Servicios de Comunicación, la implementación de la normativa revela la presencia de fuertes obstáculos y demues-

* Por Luis María Lozano, integrante del Área de Comunicación del CELS. El autor agradece la colaboración de Damián Loreti y Andrea Pochak.

¹ Véase Paola García Rey y Luis María Lozano, "Hacia un ejercicio pleno de la libertad de expresión en la Argentina: el desafío de traducir los debates en políticas públicas", en CELS, *Derechos humanos en Argentina. Informe 2009*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2009, p. 395 y ss.

tra la necesidad de avanzar con nuevas medidas que profundicen el rumbo elegido y brinden mayor legitimidad al proceso. Por otra parte, la despenalización de las calumnias e injurias, que fue aprobada por unanimidad por el Senado, pone de manifiesto la falta de una reforma del Código Civil que impida la fijación de sanciones pecuniarias desproporcionadas, que en la práctica funcionan como un freno a la libertad de expresión.

Los cambios en el mercado de telecomunicaciones y de servicios de televisión por suscripción también emergieron en el debate público durante 2009. Al respecto, se produjeron importantes novedades en la situación de las dos principales empresas proveedoras de servicios de telefonía fija. Como resultado, la filial argentina de Telecom quedó sujeta a un proceso de desinversión debido a los efectos monopólicos que causó la entrada de Telefónica de España en su capital accionario. Este caso mostró la debilidad de los mecanismos de defensa de la competencia y la superposición con el control judicial ejercido por tribunales diferentes de los que deberían haberse creado hace más de una década como un fuero específico para este tipo de casos. Algunos matices similares mostró la evolución de la operación conjunta entre Cablevisión y Multicanal, originalmente aprobada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en 2007, pero que aún requería el aval del Comité Federal de Radiodifusión (COMFER), encargado de velar por que el caso no infringiera la normativa sobre radiodifusión. Este organismo frenó la integración entre ambas empresas y documentó graves violaciones a la legislación vigente en materia de acumulación y superposición de licencias. Como corolario de este proceso, la Secretaría de Comercio Interior dio marcha atrás con la aprobación brindada, tras evaluar que la compañía había incumplido el compromiso asumido para mitigar los efectos de la concentración.

Entre las cuestiones que continuaron postergadas durante 2009, aparece la consolidación en el ámbito nacional de mecanismos para hacer efectivo el derecho de acceso a la información pública, una vez más relegado en la agenda de los tres poderes del Estado. Tampoco se produjeron avances en la definición de reglas transparentes y equitativas para la distribución de la pauta publicitaria oficial.

En resumen, a lo largo de este capítulo se realizará un recorte de los hechos que tuvieron lugar durante 2009, con el objetivo de analizar su repercusión sobre el ejercicio efectivo de la libertad de expresión entendida como un derecho humano fundamental, reconocido en la Constitución nacional y en los principales instrumentos internacionales adoptados por nuestro país.

1. UNA NUEVA LEY DE MEDIOS DE LA DEMOCRACIA

En la madrugada del sábado 10 de octubre, con la aprobación en el Senado de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual por 44 votos contra 24, se cerró un proceso que había comenzado casi 26 años antes con la recuperación de la democracia. La demanda por una nueva normativa que reemplazara el marco regulatorio impuesto por la dictadura fue uno de los pilares en torno a los cuales se agruparon, desde 1983, diferentes organizaciones de la sociedad civil, sindicatos y universidades, que bregaban por la democratización de las comunicaciones como un presupuesto básico para el ejercicio de la libertad de expresión en el marco de un Estado de derecho.

El CELS se sumó a este movimiento con el objetivo de lograr una ley acorde con los estándares internacionales de derechos humanos y, en 2004, formó parte de las organizaciones que dieron origen a la Coalición por una Radiodifusión Democrática. Desde esa perspectiva, que tomó cuerpo en la definición de 21 puntos básicos de acuerdo, fueron criticadas públicamente algunas de las principales políticas en materia de comunicación adoptadas durante la administración de Néstor Kirchner. En particular, la prórroga por diez años de las licencias de radiodifusión otorgada mediante el Decreto 527 de 2005² y el aval cedido en diciembre de 2007 por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) para la operación conjunta entre las dos mayores empresas proveedoras de TV por cable del país: Cablevisión y Multicanal.³

Desde abril de 2008, cuando se renovaron las autoridades del COMFER y la presidente Cristina Fernández asumió el compromiso público de elaborar un proyecto de ley, el CELS siguió de cerca el proceso e instó a los diferentes actores involucrados a cumplir con sus responsabilidades institucionales. La propuesta de proyecto de ley se presentó públicamente el 18 de marzo de 2009 y se alteró así una de las reglas no escritas en materia de políticas de comunicación, la que establecía que en un año electoral los oficialismos no avanzarían nunca con propuestas que pudieran modificar la posición dominante de los grandes conglomerados mediáticos. Muy por el contrario, la discusión en torno a la regulación de los servicios de comunicación audiovisual se transformó en un eje central de la campaña para las elecciones legislativas del 28 de

2 Véase Damián Loreti y Laura Zommer, “Debates en torno a la libertad de expresión y el acceso a la información”, en CELS, *Derechos humanos en Argentina. Informe 2005*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005, p. 412 y ss.

3 Véase Luis María Lozano, “Libertad de expresión y derecho a la información: nuevos desafíos, antiguas deudas”, en CELS, *Derechos humanos en Argentina. Informe 2008*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008, p. 401 y ss.

junio y profundizó el enfrentamiento entre el Ejecutivo y los multimedios nacionales, que rápidamente rebautizaron la iniciativa como “ley de medios K”,⁴ en un intento por desvincular de toda construcción popular el debate sobre las comunicaciones masivas y emparentarlo de manera exclusiva con la coyuntura política.

No obstante, a la ya mencionada labor sostenida por diversas organizaciones durante más de dos décadas, la ley que finalmente se aprobó en el Congreso sumó un proceso de consulta pública que incluyó la realización de 23 foros en distintas ciudades del país y permitió la incorporación de más de 200 aportes de la sociedad civil al texto original. Cuando el proyecto de ley fue enviado al Congreso, el 27 de agosto, distintas organizaciones de la sociedad civil remarcaron la responsabilidad institucional de los legisladores a la hora de debatir y sancionar una nueva ley que ampliara la diversidad de voces y el pluralismo informativo, para garantizar el ejercicio del derecho a la información y robustecer el debate democrático.⁵

Las modificaciones introducidas en Diputados avanzaron en estos y otros temas y, en la mayoría de los casos, mejoraron la propuesta oficial, a la vez que ampliaron su base de legitimación política. El proyecto sumó así el apoyo del socialismo y de distintos sectores de la centroizquierda, lo que le permitió alcanzar la media sanción por 146 votos a favor, 3 en contra y 3 abstenciones. Por su parte, el PJ disidente, la UCR, la Coalición Cívica y el PRO renunciaron a intervenir en el proceso, aun cuando hubieran podido introducir modificaciones que mejoraran la normativa o su aplicación, y buscaron, en cambio, obstaculizar o posponer indefinidamente las reformas. Lo mismo había ocurrido durante todos los foros e instancias de debate a las que se sometió el proyecto antes de ser enviado al Congreso, y se repitió durante la votación en Diputados, cuando los legisladores de esos bloques abandonaron el recinto con el argumento de que no habían tenido tiempo suficiente para leer el proyecto. No fue muy diferente la reacción en el Senado, donde la UCR elaboró un dictamen de minoría claramente regresivo, que volvía a habilitar a las empresas

4 Véanse a modo de ejemplo: Pablo Sirvén, “Salió la ley de medios recontra K”, *La Nación*, 10 de octubre de 2009; Atilio Blea, “Entre denuncias y sospechas, intentan sacar la ley de medios K”, *Clarín*, 9 de octubre de 2009; Luis Majul, “El Gobierno ofrece plata por votos para quienes apoyen la Ley de Medios K”, *El Cronista*, 14 de septiembre de 2009; Cecilia Amadeo, “La ley de medios K frenaría la industria audiovisual en el país”, *Diario UNO (Mendoza)*, 6 de octubre de 2009.

5 Al respecto, el CELS subrayó la necesidad de avanzar con reformas que fortalecieran la autonomía de la autoridad de aplicación y garantizaran la independencia de los medios públicos.

telefónicas como prestadoras de servicios de comunicación audiovisual⁶ e imponía nuevas restricciones a las cooperativas.

1.1. DEBATE Y MODIFICACIONES

1.1.1. *Contradicciones en torno al triple play*⁷

Entre los cambios consensuados con los bloques de Encuentro Popular y Social, Solidaridad e Igualdad, el Partido de la Concertación y el Partido Socialista en la Cámara de Diputados, aparecen algunas cuestiones clave. En primer lugar, surge la exclusión de las empresas que brindan telefonía como licenciatarias monopólicas en el ámbito nacional como posibles titulares de licencias de servicios de comunicación audiovisual.

Este punto fue el centro de una ardua polémica, fundada en los razonables reparos de algunos sectores, que veían en la ley la llave para abrir las puertas de una nueva concentración monopólica, encabezada esta vez por las compañías de telecomunicaciones. Sin embargo, la exclusión finalmente aceptada no parece garantizar una solución de largo plazo para evitar el abuso de posiciones dominantes en los mercados vinculados con la comunicación. Un vistazo a la realidad de estos ámbitos demuestra que más bien ocurre todo lo contrario.

En los últimos tres años, las telefónicas han avanzado en la prestación de servicios de comunicación a través de redes convergentes –las mismas por las que prestan de manera oligopólica el servicio de telefonía básica–; y ese avance continúa sin que estas empresas deban incorporar los condicionantes que la versión original del proyecto les imponía. Esas reglas suponían tanto una entrada controlada al rubro de prestadores de servicios audiovisuales como una efectiva liberalización del mercado de la telefonía.⁸

6 Como se verá en el próximo apartado, el Ejecutivo definió la exclusión de las empresas telefónicas cuando el proyecto era tratado en Diputados, en coincidencia con los reclamos de un sector de la oposición.

7 La alternativa tecnológica conocida como “triple play” brinda telefonía fija, internet y radiodifusión a través de un mismo soporte. Otros cambios producidos en 2009 en torno a este tema, pero no directamente vinculados con la sanción de la Ley 26 522, serán analizados en el punto 3 de este mismo capítulo.

8 De acuerdo con la propuesta original de proyecto de ley, las empresas de telecomunicaciones prestadoras de servicios públicos que quisieran acceder a una licencia de servicios de televisión por cable debían garantizar: 1. La interconexión con otros operadores, en cualquier punto técnicamente factible de la red, a precios no discriminatorios, basados en costos claramente desagregados y con la misma calidad que la disponible para sus propios servicios. 2. La portabilidad numérica, es decir, el derecho de los

En los primeros meses de 2007, el grupo Telefónica comenzó a transmitir televisión por internet (IPTV) a través de Terra, su propio portal, y esta oferta se ha enriquecido desde entonces sumando contenidos que el grupo produce por medio de otras empresas propias, en particular el canal abierto de la ciudad de Buenos Aires, Telefe. En esta misma línea, el año 2009 trajo como novedad la consolidación de la alianza entre las dos mayores empresas de telecomunicaciones del país y un proveedor de TV por suscripción, que se materializó en la oferta de los tres servicios con un solo abono.⁹ En abril, Telefónica anunció su acuerdo con la empresa de TV satelital DirecTV¹⁰ para ofrecer el paquete “Trío”, que incluye telefonía fija, internet de banda ancha y televisión por suscripción. Lo mismo hizo Telecom pocos meses después, también en sociedad con DirecTV. En este caso la oferta conjunta se denomina “Superpack”. Por su parte, las cableras avanzaron en la prestación de telefonía sobre internet (VoIP): Telecentro, propiedad del ex diputado Alberto Pierri, amplió su oferta de los tres servicios en el Área Metropolitana de Buenos Aires y en Mendoza el grupo Vila-Manzano hizo lo mismo a través de su empresa de cable, Supercanal.¹¹

usuarios a cambiar de compañía sin por eso perder su número original para telefonía –tanto fija como móvil– y redes inteligentes. 3. La interoperabilidad de redes, es decir, la total interconexión entre redes de distintos prestadores. 4. La existencia de opciones desmonopolizadas de acceso al y del Sistema Nacional de Telecomunicaciones interno y al exterior, alternativo a la red del solicitante para todos los rangos de servicios prestados por la empresa que solicita la licencia. 5. Acceso de los competidores a las informaciones técnica y comercial que éstos requieran para suministrar servicios. 6. Acceso de los competidores a la infraestructura (postes, mástiles, ductos, etc.) en condiciones de mercado. 7. Respeto de las incumbencias y encuadramientos profesionales de los trabajadores de las distintas actividades que presten. 8. Acceso a los derechos de exhibición de un porcentaje de sus contenidos para sus competidores y, recíprocamente, espacio en su grilla para los productos audiovisuales generados por terceros independientes. Además, el proyecto obligaba a las empresas a conformar una unidad de negocios separada de la compañía prestadora de servicio público y prohibía prácticas anticompetitivas como la utilización de subsidios cruzados.

9 Si bien técnicamente no se trata de *triple play*, porque el servicio de televisión lo brinda otra empresa mediante conexión satelital, la consolidación de esta alianza da cuenta de un avance sostenido en la prestación de servicios convergentes. En el corto plazo, las fusiones o adquisiciones podrían desdibujar la diferenciación entre prestadores, mientras que la infraestructura ya se encuentra instalada. Por consiguiente, es fundamental reforzar el control estatal sobre este mercado, pues una sola empresa, sin realizar nuevas inversiones, ya está técnicamente en condiciones de ofrecer el paquete completo.

10 DirecTV, cuya mayoría accionaria está en manos del grupo estadounidense Liberty Media, posee actualmente más de 900 mil abonados en todo el país.

11 Alrededor del 20% del capital accionario de esta compañía es propiedad del Grupo Clarín.

Un caso particular es el de la mayor operadora de cable del país, conformada por Cablevisión y Multicanal,¹² que para poder ofertar telefonía junto con el servicio de TV paga e internet requiere una autorización oficial, la concesión de un paquete numérico y la interconexión con Telefónica y Telecom. En respuesta a una solicitud planteada en 2007 y a un amparo judicial presentado por el Grupo Clarín, la Resolución 146 de la Secretaría de Comunicaciones (SeCom), publicada el 13 de julio en el Boletín Oficial, le otorgó a Fibertel –el principal proveedor de internet del *holding*–, 30 000 números para el Área Metropolitana de Buenos Aires, 5000 para Rosario, Santa Fe, La Plata y Córdoba y 1000 para Bahía Blanca, Campana, Escobar, Mercedes (Buenos Aires), Zárate, Luján y Paraná.¹³ Tres días después de conocida la medida, Telefónica, Telecom y la Federación de Cooperativas de la Zona Sur presentaron un recurso de reconsideración ante la SeCom, en el cual cuestionaban el otorgamiento del servicio de interconexión a Fibertel, en tanto esta empresa ya no existía como posible proveedor de telefonía pues había sido dada de baja de la Inspección General de Justicia para ser absorbida por Cablevisión y Multicanal. Desde esta perspectiva, la autorización quedaba sujeta a la aprobación definitiva de la fusión entre ambas empresas. El 23 de julio, mediante la Resolución 165, la SeCom hizo lugar al pedido de las telefónicas y revocó el permiso. El Grupo Clarín expresó su rechazo mediante un comunicado en el cual aseguró que “Cablevisión llevará adelante todas las acciones administrativas y judiciales que correspondan ante la violación de los principios constitucionales de igualdad ante la ley, propiedad y libre competencia”. A ello se suma, como se verá más adelante en este mismo capítulo, la puja por el control de Telecom, empresa por la cual el Grupo Clarín ya realizó una oferta de compra.

Los casos mencionados muestran el avance tanto de las telefónicas como de los proveedores de TV por cable hacia la prestación de servicios convergentes. Frente a esta realidad, resulta imprescindible reforzar los mecanismos de control sobre los mercados de medios y telecomunicaciones, no sólo con la acción de la Comisión de Defensa de la Competencia, sino también a través de la creación de los Tribunales de Defensa de la Competencia, dispuesta por ley y postergada desde hace más de una década. Además, será necesario monitorear el papel de la autoridad de aplicación de la nueva Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, para que evalúe el impacto que este tipo de operacio-

12 Para más detalles sobre el estado actual de la operación, véase el apartado 3.2 de este mismo capítulo.

13 Mediante la misma resolución se adjudicaron 100 números para los servicios 0610, 0611 y 0612; 10 000 para cobro revertido automático (0800) y la misma cantidad para cobro compartido (0810).

nes puede tener sobre el pluralismo y la diversidad de voces, de acuerdo con las cláusulas antimonopólicas introducidas en la Ley 26 522 que prevén límites expresos a la concentración de la propiedad de medios. La coordinación de las diferentes unidades estatales con competencia en la materia debe estar orientada por un doble objetivo: evitar el abuso de posiciones dominantes en el mercado de medios audiovisuales y terminar con el oligopolio de las compañías telefónicas garantizando la entrada de nuevos competidores en igualdad de condiciones.

1.1.2. Cambios en la autoridad de aplicación y en el directorio de los medios públicos

Otra modificación sustancial introducida por la Cámara baja fue la ampliación del número de miembros de la autoridad de aplicación y su reubicación en el organigrama estatal con el objetivo de garantizarle una mayor autonomía. De esta manera, el directorio de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual pasó a tener siete miembros (el número original era de cinco), con mayoría parlamentaria (uno por cada una de las primeras tres minorías), dos representantes del Ejecutivo (el presidente y un director) y dos propuestos por el Consejo Federal de Comunicación Audiovisual (organismo que también crea la nueva ley y que está integrado por representantes de todas las provincias y miembros de entidades sindicales, cámaras empresarias, organizaciones de medios sin fines de lucro, pueblos originarios e instituciones académicas). De estos últimos, uno deberá provenir del ámbito académico, en representación de las carreras de Ciencias de la Comunicación o Periodismo de las universidades nacionales.

Además, el organismo fue definido como un ente “descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional”, que dependerá de la Jefatura de Gabinete de Ministros y no de la Secretaría de Medios, como proponía el proyecto de ley en su versión original. También se especificó que la Autoridad estará sometida a control por parte de la Sindicatura General de la Nación y de la Auditoría General de la Nación.

De acuerdo con los cambios definidos en Diputados, el directorio deberá conformarse dentro de los dos años anteriores a la finalización del mandato presidencial, es decir que deberán existir dos años de diferencia entre la asunción del cargo por parte de los directores y el recambio del Ejecutivo nacional. El mandato del presidente y los directores durará cuatro años y sólo podrán ser reelectos por un período. El mismo sistema regirá para el directorio de Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado, organismo a cargo de los medios públicos, que también pasó de cinco a siete miembros tras las reformas de la Cámara baja. Al igual que en el caso de la autoridad de aplicación, tres directores serán propuestos por la Comisión Bicameral (uno por cada una de las

primeras tres minorías), dos por el Ejecutivo (el presidente y un director) y dos por el Consejo Federal de Comunicación Audiovisual.

A estas modificaciones se sumó la ampliación del mínimo de producción local independiente, del 20 al 30% para estaciones ubicadas en ciudades con más 1,5 millones de habitantes, 15% para aquellas que prestan servicios en localidades de entre 600 mil y 1,5 millones de habitantes y 10% para el resto.

Por último, se incorporó al texto definitivo de la norma una referencia a la asignación de la pauta publicitaria oficial. De acuerdo con el art. 76 de la ley: “Para la inversión publicitaria oficial, el Estado deberá contemplar criterios de equidad y razonabilidad en la distribución de la misma, atendiendo los objetivos comunicacionales del mensaje en cuestión”. Si bien este gesto no resulta suficiente para cubrir la ausencia de una regulación específica respecto de la asignación de publicidad oficial ni define una política estatal de ayuda a los medios, resulta alentador que esta norma dedicada a regular la actividad de comunicación audiovisual incluya una primera directriz democrática sobre el tema.

1.2. LA LEY DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL FRENTE A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS¹⁴

Desde su redacción original, el proyecto se fundaba en la defensa del derecho a la libertad de expresión. A lo largo de los 166 artículos que componen la ley abundan las referencias a pronunciamientos de los diferentes órganos políticos de Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos. Desarrollada desde esta perspectiva, la norma respeta en términos generales los estándares fijados por los instrumentos de derechos humanos y los pronunciamientos de los órganos de protección, en particular del Sistema Interamericano. El análisis de los ejes centrales de la ley y la forma que tomaron en el articulado permite echar luz sobre este punto.

En primer lugar, esta normativa pone en juego la facultad del Estado para regular la actividad de los medios de comunicación, en su rol de garante del ejercicio de la libertad de expresión de todos los ciudadanos. Tal como quedó en evidencia a lo largo de los meses que duró el debate del proyecto, esta po-

14 De cara al tratamiento en el Senado del proyecto de ley que ya contaba con media sanción de Diputados, la Cámara alta convocó a audiencias públicas para dar a conocer la posición de diferentes actores sobre la iniciativa. El CELS participó de estas audiencias y brindó un análisis acerca del nivel de adecuación del proyecto a los estándares internacionales de derechos humanos en materia de libertad de expresión. Para más información, véase “Posición del CELS sobre el proyecto de Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual”, disponible en <<http://www.cels.org.ar>>.

testad aún resulta cuestionada en la Argentina, tanto desde sectores empresariales ligados a los medios como por algunos líderes políticos.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana han señalado en más de una oportunidad que la actividad de los medios de comunicación no sólo puede sino que debe ser regulada por el Estado a través de políticas públicas respetuosas de los estándares internacionales.¹⁵ Las medidas estatales deben tener como finalidad el fomento de la pluralidad y la diversidad de voces, y tender a garantizar condiciones de igualdad en el acceso al debate público. En esta línea, los Estados no sólo deben abstenerse de “realizar acciones o favorecer prácticas que de cualquier manera se encuentren dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones que, *de iure* o *de facto*, discriminen o excluyan arbitrariamente a ciertos grupos o personas en [su] goce o ejercicio”, sino que además están obligados a “adoptar medidas positivas (legislativas, administrativas o de cualquier otra naturaleza) para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes que comprometan el goce y ejercicio efectivo del derecho a la libertad de expresión de ciertos grupos, en condiciones de igualdad y no discriminación”.¹⁶

Si bien la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual no podrá por su mera sanción revertir los múltiples factores que generan un desigual acceso a los medios, representa un paso fundamental para modificar la situación de amplios grupos sociales que permanecen excluidos. El texto de la ley ha puesto especial atención en la situación de esos colectivos al asegurar una justa distribución del espectro entre todos los posibles grupos de prestadores –públicos y privados, con o sin fines de lucro–, con reglas de juego claras y equitativas que permitirán robustecer el debate democrático al sumar las voces de sectores históricamente marginados.

En segundo lugar, los distintos instrumentos internacionales establecen que los procesos de asignación, renovación y revocación de las licencias deben fundarse en criterios objetivos, claros y democráticos, y traducirse en procedimientos transparentes regulados por ley para evitar cualquier consideración discriminatoria basada en la línea editorial del medio o la ideología de la persona, grupo o sector que solicita la licencia. La CIDH ha sostenido además que la oferta económica no puede ser el criterio principal para adjudicar frecuen-

15 Cf. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, del 13 de noviembre de 1985; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, octubre de 2000, entre otros pronunciamientos.

16 CIDH, *Informe anual 2008*, vol. III: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, cap. V, párr. 230.

cias de radio o televisión, pues ello viola el derecho a la libertad de expresión, que exige garantizar igualdad de oportunidades a todas las personas en el acceso a las frecuencias. En este sentido, la nueva norma implica un avance respecto de la situación que ha imperado en nuestro país desde los inicios de la radiodifusión privada. Además, la ley establece procedimientos para la asignación de frecuencias que permiten el monitoreo público y reducen el modelo de total arbitrariedad en la tramitación que avalaba la ley de la dictadura con sus modificatorias.

Pese a los insistentes argumentos¹⁷ respecto del supuesto control que la ley impondría sobre los contenidos de los medios audiovisuales, no aparece en toda la norma ningún artículo que pueda resultar incompatible con las disposiciones del Sistema Interamericano sobre este punto. En particular, no incorpora previsiones sobre la calidad de los contenidos informativos, aspecto que sí intentaban regular algunos proyectos anteriores y que se reiteraba en el dictamen opositor presentado por la UCR en el Senado. Tampoco contempla, dentro de los diferentes tipos de servicios de comunicación, restricciones en cuanto a potencia, cobertura territorial o acceso a fuentes de financiamiento, ni establece un plazo de duración de los permisos excesivamente breve que impida la realización de los proyectos comunicacionales presentados al momento de concursar la licencia o que dificulte, en el caso de los medios comerciales, el desarrollo de un negocio rentable. Es decir que, en sintonía con los estándares internacionales en materia de libertad de expresión, la ley asegura previsibilidad y certeza jurídica para quienes poseen o adquieren una licencia. Los derechos y obligaciones establecidos en la norma son claros y precisos; se contemplan procedimientos transparentes y respetuosos del debido proceso –que permiten, entre otras cosas, revisar judicialmente cualquier decisión adoptada en el ámbito administrativo– y garantiza que mientras se usa la frecuencia no serán exigidos más requerimientos que los establecidos en la ley.

Por último, la ley prevé restricciones a la concentración de la propiedad de medios, destinadas a evitar la formación de monopolios y oligopolios de la información y la comunicación. Entre las más salientes, figura el límite máximo de 10 licencias por licenciataria para los medios que utilizan espacio radioeléctrico y 24 licencias para aquellos que funcionan por suscripción con vínculo fi-

17 Véase a modo de ejemplo: Asdrúbal Aguiar, “Otra ley mordaza para los medios”, *Clarín*, 25 de junio de 2009; “Vila: ‘Este proyecto de ley de medios es estatista y busca regular los contenidos’”, *La Capital*, 24 de septiembre de 2009; nota editorial “La libertad de informar, en peligro”, *La Nación*, 2 de julio de 2009.

sico;¹⁸ la prohibición para todos los casos de concentrar más del 35% del total nacional de habitantes o de abonados a los servicios correspondientes; la prohibición de acumular licencias de televisión por suscripción y licencias de televisión abierta; y el límite de una señal propia para cada prestador de TV por suscripción. A la vez, la normativa avanza sobre la desconcentración del sistema actual y establece un plazo de un año a partir del dictado del reglamento de transición, para que los actuales prestadores se ajusten a las nuevas disposiciones.¹⁹

Al respecto, hace ya más de veinte años que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha encomendado a los Estados la adopción de medidas para evitar la concentración abusiva de la propiedad y el control de los medios de comunicación, incluyendo leyes antimonopólicas, como condición necesaria para asegurar la diversidad y pluralidad de voces. Diversos pronunciamientos del Sistema Interamericano y de Naciones Unidas han señalado que se encuentra prohibida la existencia de todo monopolio en la propiedad o la administración de los medios de comunicación, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar.²⁰

Las cláusulas introducidas por la ley estimulan la participación de diferentes actores en la prestación de servicios de comunicación y garantizan que el sector comercial siga siendo económicamente viable. Sin embargo, la tradición nacional en materia de políticas de comunicación indica que la competencia no es una variable a tener en cuenta a la hora de pensar las industrias de medios. Una arquitectura legal construida, a lo largo de casi tres décadas, a me-

18 Una modificación realizada por Carlos Menem a través de un decreto de necesidad y urgencia, el 1005 de 1999, había llevado ese tope hasta 24 licencias por licenciatario.

19 Ésta ha sido una de las disposiciones más resistidas por los grandes multimedios, con el argumento de que la imposición de ese plazo avanza sobre derechos adquiridos y obliga a deshacerse de empresas por valores inferiores a los de mercado. Sin embargo, la medida no resulta arbitraria si se tiene en cuenta que los supuestos derechos adquiridos son, en realidad, el resultado de regulaciones y omisiones estatales que permitieron una sostenida violación del derecho a la libertad de expresión, a partir de la concentración indebida de la propiedad de medios y el abuso de la posición dominante por parte de los grandes conglomerados.

20 Véanse, entre otros: Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, del 13 de noviembre de 1985; CIDH, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, octubre de 2000, principio n° 12; relatores de Libertad de Expresión de la ONU, OEA y OSCE, declaración “Desafíos a la libertad de expresión en el nuevo siglo”, del 20 de noviembre de 2001; relatores de Libertad de Expresión de la ONU, OEA, OSCE y CADHP, “Declaración conjunta sobre diversidad en la radiodifusión”, del 12 de diciembre de 2007.

dida de las necesidades de quienes debían ser regulados y controlados por el Estado refuerza ese diagnóstico y alcanza para demostrar la magnitud de los intereses que enfrentó y deberá enfrentar el proceso de democratización de las comunicaciones iniciado con la sanción de la nueva ley.

1.3. LOS DESAFÍOS QUE PLANTEA LA IMPLEMENTACIÓN

Poco después de la sanción de la ley, tanto el Ejecutivo como el Congreso dieron los primeros pasos hacia la conformación de los principales organismos creados por la nueva normativa: el Consejo, la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual y el directorio de Radio y Televisión Argentina (RTA). Además, hacia fin de año, se conocieron las primeras decisiones judiciales sobre la nueva ley, las cuales permiten avizorar que el camino seguirá plagado de obstáculos.

Si bien se trata de sucesos muy recientes, los primeros pasos en la implementación de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual parecen perpetuar la lógica de lo que fue el proceso de gestación de la propia norma, a lo largo del cual el oficialismo, envuelto en sus propias batallas, mostró una predisposición diferente de la sostenida en años anteriores frente a los reclamos de la sociedad civil en pos de una nueva ley y se convirtió en el impulsor de una política de comunicación inscripta en un paradigma democratizador. No obstante, como se verá, la puesta en funcionamiento de la norma no estuvo exenta de claroscuros y contradicciones que ponen en riesgo la legitimidad del proceso.

La oposición, por su parte, tampoco modificó su estrategia: los bloques parlamentarios del PRO, la UCR y el PJ disidente esquivaron la convocatoria para conformar la Comisión Bicameral, pero avanzaron con todos los recursos posibles para erosionar la validez de la nueva normativa.

1.3.1. El proceso de selección para los directores de la Autoridad Federal

El 21 de octubre, el Ejecutivo promulgó el Decreto 1525, que estableció que la nueva autoridad de aplicación debería comenzar a funcionar el 10 de diciembre, en consonancia con lo dispuesto por la propia ley respecto del margen de dos años entre el nombramiento de los miembros del directorio y el cambio de mandato presidencial. La misma norma reguló el proceso de selección de sus integrantes, similar al previsto por el Decreto 222 de 2003, establecido para el nombramiento de los jueces de la Corte Suprema.²¹

21 Tomando en cuenta la participación que el CELS tuvo en el proceso de designación de jueces de la Corte Suprema y de funcionarios judiciales en

El Decreto 1525 convocó además a la conformación del Consejo Federal, compuesto por representantes de cada una de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las entidades que agrupan a los prestadores privados de carácter comercial, las emisoras de las universidades nacionales, las universidades nacionales que tengan facultades o carreras de comunicación, los pueblos originarios reconocidos ante el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), las entidades que agrupen a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual sin fines de lucro, las entidades sindicales de los trabajadores de medios de comunicación, los medios públicos de todos los ámbitos y jurisdicciones y las sociedades gestoras de derechos de autor. La primera reunión del Consejo se realizó el 10 de noviembre, y el gobernador de Chaco, Jorge Capitanich, fue elegido como presidente del organismo.²²

Una vez en funciones, el Consejo propuso al propio Capitanich y al vicerrector de la Universidad Nacional de Rosario, Eduardo Seminara, como candidatos para desempeñarse en la autoridad de aplicación. Estas candidaturas se sumaron a las del Ejecutivo, que propuso al ex interventor del COMFER, Gabriel Mariotto, y al ex diputado Manuel Baladrón como sus representantes. Entre el 20 y el 24 de noviembre, se publicaron en el Boletín Oficial y en diarios de amplia circulación los datos personales y antecedentes curriculares de los candidatos propuestos y se abrió formalmente el período para presentar impugnaciones.²³ A lo largo de los diez días posteriores, se presentaron distintas

general, una de las propuestas presentadas en la audiencia pública ante el Senado de la Nación fue precisamente que cada organismo encargado de designar a sus representantes lo hiciera mediante un procedimiento transparente y participativo, por lo que el Ejecutivo debía dictar un decreto similar al 222 para sus representantes; el Congreso tendría que resolverlo mediante el reglamento de la Comisión Bicameral; y el Consejo Federal, al momento de dictar su propio reglamento. A diferencia de esa propuesta, con el Decreto 1525, el Ejecutivo tomó a su cargo la realización del proceso de selección no sólo para sus propios postulantes, sino para todos los candidatos propuestos. Este procedimiento, como se verá, impidió que cada uno de los organismos encargados de nombrar representantes fundara sus decisiones y enfrentara las posibles observaciones que se presentaran sobre los candidatos.

22 Días después, Capitanich sería nombrado como miembro del directorio de la Autoridad Federal, tras lo cual la presidencia del Consejo quedó en manos del dirigente del Foro Argentino de Radios Comunitarias (FARCO), Néstor Busso.

23 No se dio a conocer si los postulantes habían presentado la declaración jurada con la nómina de todos los bienes propios, los de su cónyuge o los del conviviente, los que integraran el patrimonio de la sociedad conyugal y los de sus hijos menores; ni el formulario donde debían constar las asociaciones civiles y sociedades comerciales que integraran o hubieran integrado en los últimos ocho años con sus clientes y contratistas, y cualquier otro tipo de

observaciones firmadas por la diputada de la UCR Silvana Giudici; los legisladores de la Coalición Cívica María Eugenia Estenssoro, Elsa Quiroz y Fernando Iglesias; el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), el Centro para la Integración y Desarrollo Institucional y el Centro para el Desarrollo Federal.

La mayoría de las impugnaciones se concentró en la figura de Capitanich, a quien se le cuestionó tanto la duplicación de funciones con su actual cargo de gobernador de la provincia de Chaco, como la incompatibilidad entre el ejercicio de ese rol y su ingreso a un organismo que se encuentra bajo la órbita del Poder Ejecutivo nacional. Las presentaciones subrayaron además la falta de adecuación de esta candidatura al estándar de alta calificación en materia de comunicación que establece la propia ley, dado que el único antecedente de Capitanich en la materia es haberse desempeñado como vocal en la Comisión de Sistemas, Medios de Comunicación y Libertad de Expresión del Senado. Por otra parte, el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires impugnó también a Mariotto, a quien se consideró no idóneo para el cargo por haber tenido hasta 2005 una radio comunitaria de frecuencia modulada en Lomas de Zamora.

Como se ve, los argumentos que motivaron las impugnaciones de ambos candidatos resultan absolutamente disímiles. En el caso de Capitanich, los cuestionamientos son atendibles, en tanto plantean obstáculos reales para el ejercicio de la función de director de la Autoridad Federal y deberían haber motivado una revisión de la candidatura o, al menos, una explicación pública sobre la inexistencia de la incompatibilidad denunciada. La objeción a Mariotto, por el contrario, muestra por parte de sus impugnantes un alto nivel de desconocimiento de la situación en materia de radiodifusión en nuestro país a lo largo de las últimas décadas, cuando las emisoras comunitarias permanecieron postergadas e impedidas de acceder a una licencia de radiodifusión y se convirtieron en un espacio de resistencia para radiodifusores sin fines de lucro y personas ligadas a diferentes espacios académicos y políticos vinculados a la comunicación.²⁴

compromiso que pudiera afectar la imparcialidad de su criterio por actividades propias, actividades de su cónyuge, de sus ascendientes y de sus descendientes en primer grado. Todos estos puntos se encuentran contemplados en el art. 5 del Decreto 222, al cual remite el Decreto 1525/2009.

24 Tanto la justicia como el Poder Ejecutivo (mediante los Decretos 1143/96 y 310/98) reconocieron en diversas ocasiones que la exclusión de los radiodifusores sin fines de lucro configuraba un caso de administración arbitraria del espectro.

Al margen de estas consideraciones, la debilidad más evidente que mostró el proceso de selección y nombramiento de los primeros integrantes de la autoridad de aplicación fue la falta total de reconocimiento a las observaciones de la sociedad civil por parte del Ejecutivo. El decreto de designación de Capitanich, Mariotto, Seminara y Baladrón, promulgado el 10 de diciembre, sólo afirma que “las impugnaciones presentadas carecieron de mérito suficiente”,²⁵ pero no incluye ningún tipo de fundamentación que se contraponga a esas impugnaciones, en especial una respuesta a los serios cuestionamientos planteados contra la candidatura de Capitanich. Tampoco brinda precisiones acerca del nivel de adecuación de estos nombramientos a los estándares fijados por la propia ley para quienes fueran designados en esos cargos. De esta manera, el Ejecutivo desperdició una importante oportunidad para fortalecer la legitimidad de las nuevas autoridades y del proceso en general, y contradujo el gran paso positivo que había dado al disponer un mecanismo transparente y participativo, en los términos del Decreto 222 de 2003.

En paralelo con este proceso, el bloque oficialista del Congreso, pese a las resistencias de una parte de la oposición, logró reunir a quince de los dieciséis legisladores²⁶ que componen la Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de la Comunicación Audiovisual creada por la nueva ley. Esta comisión entró en funcionamiento el 9 de diciembre y propuso al jurista Claudio Schiffer como candidato a integrar el directorio de la autoridad de aplicación por la minoría oficialista en el Congreso. La oposición, no obstante, desconoció esta propuesta y consideró nula toda decisión de la bicameral, dado que con el recambio legislativo del 10 de diciembre de 2009 debería conformarse una nueva comisión, que entraría en funciones en 2010. Al cierre de este capítulo, la candidatura de Schiffer había sido oficializada, pero esta propuesta de la bicameral sólo contaba con la aprobación del presidente de la Cámara de Diputados, Eduardo Fellner, a pesar de que debía tener también la del presidente del Senado y vicepresidente de la Nación, Julio Cobos, que no convalidó lo actuado

25 Decreto 1974/2009.

26 Conformaron la comisión los senadores Eric Calcagno (FpV), Blanca Osuna (FpV), Guillermo Jenefes (FpV), Nicolás Fernández (FpV), Roy Nikisch (UCR), Pablo Verani (CONFE), Liliana Negre de Alonso (PJ disidente) y Rubén Giustiniani (PS). Por Diputados participaron Agustín Rossi (FpV) electo presidente de la Comisión, Gustavo Marconato (FpV), Patricia Fadel (FpV), Manuel Baladrón (FpV), Silvana Giudici (UCR), Gustavo Cusinato (UCR) y Cecilia Merchán (Libres del Sur). Un lugar destinado a la tercera minoría permaneció vacante, pero de acuerdo con la ley la comisión podía entrar en funciones con la mitad más uno de sus integrantes.

por la comisión. Tampoco se creó después del 10 de diciembre una nueva bicameral, ni hubo un pronunciamiento oficial del Congreso sobre la validez de la propuesta realizada el 9 de diciembre. Una vez más resultó imposible generar consensos básicos para articular un proceso de designación de autoridades que tuviera como resultado la elección de personas idóneas que contaran con el respaldo político imprescindible para poner en funcionamiento las decisiones que emanan de la nueva ley.

1.3.2. Sin definiciones de fondo acerca de los medios públicos

Tal como ocurrió con la Autoridad Federal, el 21 de octubre, el Ejecutivo promulgó el Decreto 1526, por el cual convocó a la conformación antes del 10 de diciembre del directorio de Radio y Televisión Argentina (RTA) e invitó a la Comisión Bicameral y al Consejo Federal a presentar sus candidaturas. Pero en este caso, a diferencia del decreto anterior, la norma reglamentaria no previó ningún mecanismo de participación para la sociedad civil en el proceso de selección de los candidatos y sólo se limitó a aclarar que los miembros del directorio “deberán ser personas de la más alta calificación profesional en materia de comunicación y poseer una democrática y reconocida trayectoria, debiendo garantizarse el debido pluralismo en el funcionamiento de la emisora”.

De esta manera, las propuestas de candidatos para el directorio de RTA pasaron casi inadvertidas, en la medida en que crecía el debate en torno a los candidatos para la Autoridad de Aplicación. El Consejo Federal propuso al decano de la Facultad de Periodismo de la Universidad de La Plata, Alejandro Verano, y al secretario adjunto del Sindicato Argentino de Televisión, Servicios Audiovisuales, Interactivos y Datos (Satsaid), Néstor Cantariño, para el directorio de RTA. Por su parte, el Ejecutivo nombró al ex presidente del Sistema Nacional de Medios Públicos, Tristán Bauer, y a Sergio Fernández Novoa, ex funcionario del COMFER y miembro del directorio de la agencia Télam. Todos ellos fueron oficializados en su nuevo cargo a través del decreto 1973, promulgado el 10 de diciembre.

Abocada a la creación de RTA Sociedad del Estado y a definir las designaciones para su directorio, la normativa reglamentaria no proporcionó mayores detalles acerca de los contenidos que deberá producir el sistema de medios públicos para garantizar el pluralismo y la diversidad de voces, ni sobre las políticas destinadas a articular el funcionamiento de las emisoras estatales –de radio y televisión– con las necesidades informativas, educativas y culturales de la población.

En este punto, queda pendiente un debate más profundo en torno a la misión de los medios estatales y su función a futuro, con la digitalización de las

señales televisivas y radiofónicas como escenario de mediano plazo.²⁷ Esa definición, cuyos lineamientos básicos ya se encuentran expuestos en la ley, debería ser retomada de manera prioritaria cuando se ponga en funcionamiento el directorio de Radio y Televisión Argentina. Sólo así será posible garantizar la construcción de un verdadero sistema público de radiodifusión que asegure altos niveles de acceso y participación a la sociedad y desarrolle objetivos propios que trasciendan los intereses comunicacionales del poder de turno.

1.3.3. El escenario que viene: obstáculos a la democratización y un recorrido por los tribunales

Sobre el cierre de este capítulo, comenzaron a aparecer decisiones judiciales que suspendieron la aplicación de diferentes artículos de la ley –incluso de la norma en su totalidad–, en respuesta a presentaciones realizadas por empresas de medios y por un legislador de la provincia de Mendoza.

El primer fallo en este sentido fue el del juez federal Edmundo Carbone, subrogante a cargo del Juzgado Civil y Comercial Federal n° 1, que el 16 de diciembre hizo lugar a una medida cautelar presentada por el Grupo Clarín y suspendió parcialmente la aplicación de los arts. 41 (que prohíbe la transferencia de licencias y autorizaciones para prestar servicios de comunicación) y 161 (que establece un plazo de un año desde la conformación de la Autoridad Federal y el dictado de los reglamentos de transición para la adecuación de los actuales prestadores a la nueva regulación). El fallo consideró que ambos artículos afectaban derechos adquiridos del demandante.

Ese mismo día, el juez Miguel Medina, a cargo del Juzgado Federal n° 2 de Salta, falló a favor de un amparo presentado por el Comité de Defensa del

27 Al respecto, la elección de la norma de TV digital japonesa ISDB-T, definida en agosto de 2009 representó un decisivo paso adelante. Esta norma permitirá consolidar el proceso de integración en la producción de equipamiento y contenidos junto con el resto de los países de la región que se definieron por esta opción, como Brasil, Chile, Venezuela y Perú. A esta iniciativa se sumó también la puesta en marcha desde el Sistema Nacional de Medios Públicos de un sistema de televisión satelital de alcance nacional, que incluirá un paquete de señales educativas, culturales e informativas. Este proyecto, oficializado mediante el Decreto 943 del 22 de julio de 2009, tiene un claro objetivo democratizador del acceso a las señales televisivas públicas, en un país donde la recepción de TV abierta y gratuita es prácticamente imposible fuera de las grandes ciudades. Sin embargo, es necesario enmarcar estas acciones en una definición general y sostenible en el tiempo acerca del funcionamiento de los medios públicos.

Consumidor de esa provincia, que consideró que la nueva normativa generaría disparidades en el acceso a los medios entre los habitantes de diferentes regiones del país. La sentencia frenó la aplicación de cinco artículos de la Ley 26 522.²⁸

Un caso particular fue el planteo del diputado nacional mendocino por el PJ disidente Enrique Thomas quien realizó una presentación judicial para solicitar que se suspendiera la aplicación de la totalidad de la ley debido a supuestas irregularidades durante su trámite en el Congreso. El 21 de diciembre, la jueza Olga Pura Arrabal de Canal, a cargo del Juzgado Federal n° 2 de Mendoza, hizo lugar al pedido de Thomas y ordenó frenar la vigencia de la norma. Sin embargo, sobre fin de año, otro diputado nacional mendocino, Jorge Alvaro, tomó parte en la causa para solicitar a la jueza que dejara sin efecto la suspensión. Como esta presentación se realizó sobre el límite del comienzo de la feria judicial y deberá ser analizada por el juzgado antes de dar parte al Estado nacional, la ley seguirá vigente, al menos hasta febrero, cuando el Estado nacional debería ser notificado y podría presentar su apelación.

Por último, el 30 de diciembre se conoció un cuarto fallo en contra de la aplicación de la ley. En este caso, el juez federal de San Juan Leopoldo Rago Gallo decidió suspender seis artículos de la norma,²⁹ mientras resuelve la cuestión de fondo: un planteo de inconstitucionalidad presentado por Jorge Estornell SA y otros, un conglomerado empresario que incluye al grupo Vila de Mendoza. Una vez más, la medida cautelar defendió los “derechos adquiridos e ingresados al patrimonio” de los demandantes.

Nada parece indicar que este escenario complejo vaya a modificarse en 2010. Por eso resultará fundamental renovar la legitimidad de la ley en cada nuevo paso para ratificar el rumbo de esa política inspirada en una concepción democrática de la comunicación y la cultura. Las acciones judiciales tendrán un valor fundamental en ese recorrido, porque frente a los reclamos de los grupos empresarios se pondrá en juego la potestad del Estado para ejercer su papel de garante del derecho a la información de todos los ciudadanos y su poder para poner fin a las restricciones al acceso a los medios de comunicación, derivadas de la concentración de la propiedad que permitió la legislación anterior. El oficialismo, por su parte, deberá revisar sus prácticas en este

28 Medina cuestionó los arts. 45, 62, 63, 64, 65 y 161, dedicados a multiplicidad de licencias, conformación de redes y transmisiones simultáneas, cuotas de pantalla de producción nacional y local y plazo de adecuación a la nueva normativa.

29 Rago Gallo suspendió la aplicación de los arts. 42, 43, 45, 46, 48 y 161, sobre multiplicidad de licencias, transferencias y plazo de adecuación.

sentido para sostener el apoyo de los sectores de la sociedad civil que impulsaron el proyecto y la alianza con aquellos partidos opositores que votaron a favor de la norma en el Congreso.

2. EL LARGO CAMINO HACIA LA DESPENALIZACIÓN DE LA CRÍTICA PÚBLICA

Otro de los acontecimientos trascendentes que tuvieron lugar en 2009 fue la sanción de la Ley 26 551, que despenaliza las calumnias e injurias para expresiones referidas a temas de interés público. Esta reforma, aprobada por amplia mayoría en Diputados y por unanimidad en el Senado el 18 de noviembre de 2009, representó un gran avance en la adecuación de la legislación interna a los estándares internacionales y constitucionales en materia de libertad de expresión, y permitió posicionar al Estado argentino en la senda del cumplimiento de la condena emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 2 de mayo de 2008 en el caso del periodista Eduardo Kimel.³⁰

Tal como se detalló en Informes anteriores,³¹ en el año 2000 Kimel fue condenado, penal y civilmente, por haber llevado adelante una investigación seria y comprometida sobre los asesinatos de cinco religiosos católicos, cometidos por un grupo de tareas que respondía a las Fuerzas Armadas en 1976, durante la última dictadura militar. La investigación, que se publicó como libro con el título *La masacre de San Patricio*, dedicaba un pasaje de apenas veinte líneas a analizar el trámite que había tenido en su momento el expediente judicial y criticaba el desempeño del juez que tuvo a su cargo la causa. Por esas expresiones, Kimel fue condenado a un año de prisión y sanciones patrimoniales. Tras agotar la vía interna, el caso fue llevado a la Comisión Interamericana, que, en 2007, demandó al Estado ante la Corte IDH y, de esta manera, puso por primera vez un litigio argentino en materia de libertad de expresión a consideración del máximo tribunal regional.

30 El CELS fue distinguido en noviembre como uno de los cinco ganadores de la edición 2009 del Premio de Derechos Humanos Libertad-Igualdad-Fraternidad, que desde hace veintiún años otorga la República de Francia a personas y organizaciones que trabajan en derechos humanos en todo el mundo. Este reconocimiento se fundó en la labor de la organización en temas de libertad de expresión y, en particular, en el trabajo para la promoción e implementación –en la Argentina y otros países de América– de reformas legislativas que limiten el uso de figuras penales y civiles para las manifestaciones vinculadas a la crítica política y a temas de interés público.

31 Véanse Luis María Lozano, ob. cit., y Paola García Rey y Luis María Lozano, ob. cit.

Luego de conocerse la sentencia de la Corte Interamericana, que exhortó a las autoridades nacionales a adecuar la legislación interna para evitar que el uso de estas figuras legales inhibiera la participación ciudadana o la labor periodística en el debate de asuntos de interés público,³² resurgieron numerosas propuestas de reforma elaboradas por diferentes bloques partidarios y con distintos matices. Con el objetivo de participar activamente en este proceso, el CELS analizó todas las propuestas y decidió elaborar su propio proyecto, que fue presentado públicamente en marzo de 2009.³³ La propuesta contemplaba no sólo la reforma penal sino también una modificación de las figuras civiles que pueden ser utilizadas para generar restricciones indebidas a la libertad de expresión, tal como lo estableció el fallo de la Corte IDH.³⁴

El 10 de septiembre, con la llegada al país de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en conmemoración del 30^o aniversario de su primera visita *in loco* a la Argentina, el Poder Ejecutivo dio a conocer su decisión de enviar al Congreso un conjunto de proyectos de ley vinculados con obligaciones provenientes de decisiones del Sistema Interamericano, entre los cuales se encontraba la reforma destinada a suprimir los tipos penales de calumnias e injurias para las expresiones referidas a asuntos de interés público, que finalmente se aprobó sin modificaciones en ambas cámaras. Si bien la ley recepta la propuesta elaborada por el CELS en cuanto a la reforma del Código Penal –y en este sentido representa un progreso incuestionable con respecto a la situación previa–, no incorpora ninguna modificación relativa a la limitación de las sanciones civiles. Por esta razón, la plena adecuación de la normativa interna a los estándares internacionales requerirá en el corto plazo una reforma del Código Civil que evite la utilización arbitraria y desproporcionada de las indemnizaciones pecuniarias para cercenar la libertad de expresión de periodistas y ciudadanos en general.

Por otra parte, aun cuando el caso Kimel motivó la primera condena de la Corte Interamericana contra la Argentina en materia de libertad de expre-

32 La sentencia de la Corte Interamericana obligó al Estado argentino, entre otras medidas, a “adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado [...] se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.

33 La propuesta del CELS fue presentada el 11 de marzo de 2009 y está disponible en <<http://www.cels.org.ar>>.

34 Pese a que el fallo de la Corte Interamericana hace especial hincapié en las implicancias que tiene para el debate público en el marco de una sociedad democrática, la utilización desproporcionada del derecho penal también insta al Estado argentino a adecuar su normativa en materia de daños civiles.

sión, no es la única causa que se tramita en el Sistema Interamericano por esta temática. Nuestro país enfrenta diversas demandas internacionales por la vigencia de estos tipos penales y también por las sanciones civiles impuestas a quienes toman la voz pública.

A principios de noviembre, cuando el proyecto de ley sólo tenía media sanción de la Cámara de Diputados, se realizó una audiencia ante la CIDH³⁵ en el marco del caso “Verbitsky, Sanz y Acher” sobre libertad de expresión. En los casos de Horacio Verbitsky³⁶ y de Tomás Sanz,³⁷ al igual que ocurrió con “Kimmel”, la denuncia se funda en violaciones a la libertad de expresión a partir de la imposición de sanciones penales, es decir que –con la modificación introducida por la nueva ley– estas causas quedarían prácticamente resueltas.³⁸ No ocurre lo mismo con el caso de Gabriela Acher,³⁹ en el cual la condena original se orientó a la faz civil y tuvo como resultado la imposición de una fuerte

35 El CELS participó de esta audiencia como patrocinante de las víctimas, junto con el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC).

36 A raíz de la publicación de su libro *Robo para la corona*, Horacio Verbitsky fue denunciado en 1991 por el entonces ministro del Interior, Carlos Corach, por el delito de desacato y más tarde por injurias. La causa fue archivada por el juez a cargo y luego se declaró prescripta. Pero la querrela recurrió a la Corte Suprema, que en 1998 anuló la sentencia de prescripción y decidió mantener abierto el proceso penal y devolver la causa a los tribunales ordinarios para que se dictara una nueva sentencia.

37 Tomás Sanz, editor de la revista *Humor*, fue condenado por la Corte Suprema en 1998 a un mes de prisión en suspenso por reproducir un artículo de una publicación uruguaya que señalaba a Eduardo Menem como titular de un depósito en el banco Pan de Azúcar, de Montevideo. El Máximo Tribunal confirmó ese fallo en 2006, aunque por un recurso de revisión presentado tiempo después la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, el 21 de diciembre de 2007, declaró extinguida la acción penal por prescripción, anuló la condena de un mes de prisión en suspenso impuesta al imputado y lo absolvió por el hecho que fuera condenado.

38 Para cerrar estos casos, restaría que el Estado adoptara las medidas de reparación individual a los periodistas, tanto en términos de revocación de las condenas como en términos simbólicos y pecuniarios.

39 La humorista Gabriela Acher también fue condenada por la Corte Suprema en 1998. En este caso, un *sketch* televisivo parodiaba la intervención de un juez de apellido Cancela en un proceso en el cual una madre divorciada reclamaba alimentos para sus hijos. Se trataba de una caricatura de la justicia que intentaba reflejar los episodios a través de una imagen distorsionada y burlesca, por lo que difícilmente alguien hubiera pensado que la crítica se refería específicamente al juez Omar Cancela, quien inició la demanda. La mayoría de los miembros de la Corte Suprema abandonó el criterio tradicional que protegía la sátira como medio de crítica y obligó a la actriz y a la empresa (ARTEAR-Canal 13) a pagar una abultada indemnización al juez Cancela.

sanción patrimonial. Los peticionarios solicitaron a la Comisión Interamericana que produjera su informe de fondo y presentara el caso ante la Corte IDH para garantizar que se concretara tanto la despenalización de las calumnias e injurias en casos de interés público como también la reforma del Código Civil que detuviera la proliferación de juicios contra periodistas y ciudadanos en general, que deben pagar sumas exorbitantes de dinero en concepto de reparación del daño al honor.

2.1. EL IMPACTO DE LA REFORMA Y LAS MODIFICACIONES PENDIENTES

A lo largo de 2009 y hasta que se sancionó la despenalización, las figuras de calumnias e injurias siguieron utilizándose en nuestro país en abierta contradicción con lo dispuesto por la Corte Interamericana en el caso Kimel. Una vez promulgada la reforma, quienes se encontraban procesados o condenados por este delito pudieron solicitar la aplicación de la regla de la ley penal más benigna, consagrada en el art. 2 del Código Penal. Este efecto retroactivo sobre los procesos permitirá el cierre de diferentes querellas que todavía permanecen abiertas y revertir algunas condenas.

A modo de ejemplo, cabe mencionar el caso del periodista entrerriano Raúl Marclay, quien desde el 23 de octubre hasta el 15 de diciembre de 2009 permaneció encarcelado luego de haber sido condenado por la justicia provincial por los delitos de calumnias e injurias. Pese a que Marclay ya había sido sentenciado por otro caso en 2000, y que en ambas ocasiones la justicia consideró probado que conocía la falsedad de la información publicada, por lo que habría actuado con “real malicia”, la reforma prevé que, incluso en estos casos, sólo queden habilitadas las sanciones civiles. Asimismo, aun cuando en este caso concreto se encontraba en duda el interés público de lo publicado por Marclay, los nuevos tipos penales de calumnias e injurias (arts. 109 y 110 del Código Penal respectivamente) no prevén la prisión como pena posible, por lo que la libertad del imputado era la única alternativa. La protección de la libertad de expresión debe contemplar incluso publicaciones repudiables como las de Marclay, en pos de garantizar la diversidad de voces imprescindible para un saludable debate democrático.

En cuanto a procesos que se encontraban en curso al momento de aprobarse la reforma, vale la pena mencionar las dos acciones judiciales iniciadas por el director de operaciones de la Secretaría de Inteligencia, Antonio Stiuso, contra los periodistas del diario *Clarín*, Ricardo Kirschbaum y Daniel Santoro, y contra los directivos de *La Nación*, Bartolomé Mitre y Julio Sagquier. Ambas publicaciones habían cuestionado la actuación del organismo de inteligencia en la investigación del caso AMIA. Stiuso se consideró agraviado por este hecho y afirmó además que las notas publicadas por los diarios “enlodan a la Se-

cretaría de Inteligencia, a todos sus integrantes y a sus máximas autoridades".⁴⁰ Una vez más, al igual que ocurrió en decenas de procesos impulsados por funcionarios oficiales durante la década de 1990, la supuesta víctima no sólo refiere el daño al honor sufrido a título personal, sino que fundamenta su querrela en los efectos sobre la imagen pública del organismo en que se desempeña. Esto demuestra la concepción restrictiva de la libertad de expresión que está por detrás del uso de estas figuras como herramientas para acallar la crítica pública. El escrutinio ciudadano, tanto sobre el accionar de los funcionarios como respecto de las unidades estatales en las que desarrollan sus tareas, es un presupuesto básico no sólo del ejercicio de la actividad periodística sino también del goce del derecho a la información por parte de todos los ciudadanos. Al cierre de este *Informe*, y a pesar de la claridad de la reforma penal, ambas causas aún se encontraban abiertas a estudio del juez subrogante de los juzgados federales 2 y 8, Marcelo Martínez Di Giorgi.

A diferencia de lo ocurrido con el caso de Raúl Marclay y con las querellas promovidas por Antonio Stiuso, que avanzaron a lo largo de 2009, mientras el Ejecutivo terminaba de definir su proyecto de ley y lo enviaba al Congreso, algunos procesos contra periodistas y trabajadores de la comunicación prescribieron o fueron desestimados por la justicia, como parte del mandato de la Corte Interamericana y como un anuncio del nuevo escenario que quedaría consagrado con la reforma de la legislación local.

A mediados de septiembre, el juez Gabriel Omar Ghirlanda, a cargo del Juzgado Correccional n° 3, secretaría 62, dispuso la elevación a juicio oral de la causa iniciada por la funcionaria judicial Pamela Bissierier Díaz contra los periodistas Alfredo Leuco y Rolando Graña y el empresario Carlos Ávila. La querrela pidió que se los condenara con la pena máxima de tres años de prisión luego de que Leuco y Graña difundieran información acerca de la forma en que el Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA) había financiado la película *Carlos Monzón, el segundo juicio*, en la cual Bissierier había participado como guionista y productora ejecutiva. La noticia apareció en una emisión de mayo de 2005 del programa *Informe central*, conducido por ambos periodistas y emitido por América TV, por entonces propiedad de Ávila. Si bien el delito de injurias ya había prescrito y 48 horas después de la fecha fijada para el inicio del juicio oral prescribiría también la imputación por calumnias, el juez estableció que la primera audiencia se realizaría el 24 de septiembre. Sin embargo, una semana más tarde, Ghirlanda hizo lugar a las apelaciones presentadas por la defensa y dio por cerrado el caso.

40 Verbitsky, Horacio, "Punto final", *Página/12*, 22 de noviembre de 2009.

Por su parte, el juez Fernando Marinaro, a cargo del Juzgado Correccional y de Garantías de Segunda Nominación de Salta, absolvió al abogado representante legal de Familiares de Detenidos y Desaparecidos de Salta y periodista Daniel Tort, quien había sido querrellado por calumnias e injurias por el represor y ex futbolista Juan de la Cruz Kairuz. La particularidad de este caso, resuelto pocos días después de la aprobación de la reforma y con la ley aún sin promulgar, es que Tort no había sido acusado por declaraciones formuladas a través de un medio de comunicación, sino por una carta que envió al club de fútbol Gimnasia y Tiro, del cual es socio, para advertir a los dirigentes acerca del pasado de Kairuz y recomendar que no fuera contratado como director técnico. Este ex jugador de Atlanta, Newell's y San Martín de Tucumán fue identificado como jefe de un grupo de tareas responsable, entre otros operativos, del allanamiento ilegal realizado en 1977 a la casa del desaparecido Luis Arédez, quien fuera médico del Ingenio Ledesma e intendente de Libertador General San Martín.⁴¹ El fallo que absolvió a Tort remarcó el valor de la protección de expresiones vinculadas a temas de interés público, conforme la sentencia de la Corte IDH en el caso "Kimel", a la vez que permitió reafirmar la responsabilidad de Kairuz en los hechos vinculados a la represión ilegal en Jujuy.

Otro caso destacable, por la clara diferenciación que establece entre las expresiones vinculadas al debate ciudadano y la protección del honor, en particular cuando se trata de personas que no se encuentran directamente ligadas con cuestiones de interés público, es el que involucró al relator de fútbol Mariano Closs y la empresa Torneos y Competencias, a partir de la demanda iniciada por un espectador que fue víctima de burlas. Durante la transmisión en directo de un partido, el relator reclamó insistentemente que se mostrara la imagen del hombre y cada vez que la cámara lo enfocaba se burlaba de su aspecto y en particular del hecho de que usara una peluca. Por esta razón, la Sala C de la Cámara Civil condenó a la empresa a pagar una indemnización de 25 mil pesos. La decisión de los jueces se fundó, entre otros elementos, en un informe de audiencia que demostraba que las imágenes habían sido vistas por 399 mil espectadores. El fallo, firmado por los magistrados Omar Díaz Solimine, Luis Álvarez Juliá y Beatriz Cortelezzi, sostuvo que existió "difusión individual y antojadiza de la imagen" del espectador, "exponiéndolo al ridículo y sin respetar su privacidad ni reparar en las perturbaciones que el hecho le podía acarrear". Si bien la condena civil no fue por calumnias e injurias, sino por incapacidad psicológica y daño moral, la sentencia aclara los alcances de las

41 Véanse Adriana Meyer, "Un fallo contra la impunidad", *Página/12*, 24 de noviembre de 2009; y Gustavo Veiga, "Entrenador de día y represor de noche", *Página/12*, 17 de abril de 2005.

expresiones que pueden resultar lesivas: “No existe un derecho para lesionar el honor o la intimidad a través de los medios de comunicación, sino un derecho para informar u opinar sobre cuestiones de trascendencia colectiva, aunque de este modo resulten afectados bienes individuales”.

Por último, a fines de diciembre, la jueza María Romilda Servini de Cubría, titular del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal n° 1, condenó al dirigente Luis D’Elía en un juicio por calumnias impulsado por el ex presidente Eduardo Duhalde. El proceso se inició luego de que Duhalde se considerara afectado por unas declaraciones realizadas por D’Elía en 2005, en las cuales lo había calificado de “narcotraficante”. La particularidad de este caso reside en que el acusado no se retractó de sus dichos, sino que reafirmó las declaraciones y anunció que apelaría la sentencia. Para la jueza, los dichos de D’Elía configuraron un “delito” y no “un juicio de valor o una opinión”.

Diferente resultado tuvo una causa muy similar resuelta poco más de un mes antes –cuando todavía no se había aprobado la reforma–, por la misma jueza. En ese proceso, Duhalde había querellado por injurias a la diputada electa Elisa Carrió, quien lo había acusado en un programa de televisión de “controlar la droga de la provincia”. Sin embargo, de acuerdo con la sentencia, “la Dra. Elisa Carrió pidió perdón al Dr. Duhalde si éste se consideró ofendido con sus declaraciones y enfatizó que nunca dijo que el nombrado liderara el poder mafioso”. También señaló que “nunca dijo que el Dr. Duhalde era narcotraficante”.⁴² La dirigente de la Coalición Cívica expresó, además, que no había tenido la intención de injuriar y precisó que no se refería a una responsabilidad penal, sino política, por lo cual tampoco se retractó de sus dichos. La querrela consideró satisfactorias las explicaciones brindadas por Carrió, quien resultó sobreseída.

Llama la atención que en ninguno de los dos procesos las declaraciones de los acusados fueran consideradas como expresiones vertidas en el marco de un debate de interés público, cuando el tenor de la discusión y las figuras involucradas podrían haberlo ameritado. No obstante, aun en el caso de D’Elía, en el cual la jueza consideró probado que el acusado había cometido el delito de calumnias, la sanción se limitó a una indemnización. Tal como dispuso la reforma, el fallo no contempló la pena de prisión, ni la inhabilitación por diez años para ejercer cargos públicos que había solicitado la querrela.

Todos estos casos ayudan a comprender el alcance de la reforma y sus posibles implicancias. Desde la recuperación de la democracia, la persecución penal a quienes toman la voz pública fue un recurso utilizado por funcionarios,

42 Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 1, fallo del 11 de noviembre de 2009, en la causa 10 308/07, “Carrió, Elisa s/ Injurias”.

dirigentes políticos y empresarios para impedir el ejercicio de la libertad de expresión. La sanción de una legislación conforme a los estándares del Sistema Interamericano en la materia fue postergada una y otra vez por los sucesivos gobiernos democráticos y tampoco prosperaron las iniciativas impulsadas en el Congreso. El único avance al respecto había tenido lugar en 1993, con la derogación de la figura de desacato a partir de un litigio internacional protagonizado por el presidente del CELS, Horacio Verbitsky, y que concluyó con un acuerdo de solución amistosa firmado ante la Comisión Interamericana. El Estado asumió su responsabilidad en el caso particular⁴³ y se comprometió a eliminar del Código Penal este delito que preveía la pena de cárcel para quienes ofendieran “de cualquier modo en su persona, en su dignidad o decoro a un funcionario público, a causa del ejercicio de sus funciones”.⁴⁴

Derogada esta figura, los procesos contra periodistas y ciudadanos en general, lejos de frenarse, se incrementaron a lo largo de toda la segunda mitad de la década de 1990, bajo la forma de querellas por calumnias e injurias. En muchos casos, la mera presentación de la demanda ya actuaba como una maniobra de silenciamiento, aun cuando el caso no prosperara o se perdiera en los laberintos de la burocracia judicial. En otros, como ocurrió con Eduardo Kimmel, las sanciones penales y civiles no sólo limitaban toda posibilidad de expresión para quien se había atrevido a someter la actuación de ciertos funcionarios al escrutinio público, sino que además tenían un impacto devastador sobre su vida y su economía personal.

Por todo esto, la reforma del Código Penal alcanzada en 2009, aunque deberá ser complementada a la brevedad con una reforma del Código Civil, representa un impulso para la construcción de una verdadera agenda democrática en materia de libertad de expresión, que por tantos años ha permanecido relegada. Con la reforma aprobada este año, Argentina dio un paso adelante y marcó el rumbo hacia un nuevo paradigma en materia de libertad de expresión para el resto de los países de la región, en la mayoría de los cuales siguen vigentes regulaciones que avalan la persecución penal.⁴⁵

43 El litigio se originó en una querella impulsada por el ministro de la Corte Suprema, Augusto Belluscio, contra Verbitsky por haberlo llamado “asqueroso” en una nota periodística. Agotadas las instancias internas, el caso fue presentado ante la Comisión Interamericana.

44 El desacato además excluía la *exceptio veritatis* para la defensa en juicio, por lo cual al acusado no le servía de nada demostrar la verdad de sus dichos y sólo le quedaba la posibilidad de retractarse o ratificar sus expresiones.

45 Hasta ahora, sólo México, El Salvador y Uruguay llevaron adelante reformas destinadas a despenalizar las expresiones sobre temas de interés público. En el caso de Uruguay, la reforma se limitó a incorporar la doctrina de la *real malicia*, además de dejar pendiente una forma de desacato.

Este avance fue reconocido por organizaciones internacionales dedicadas al monitoreo del estado de la libertad de expresión y las condiciones de ejercicio de la labor periodística en todo el mundo. Así, el Comité para la Protección de los Periodistas (CPJ, por sus siglas en inglés) felicitó mediante un comunicado a las autoridades argentinas por la sanción de este proyecto. Carlos Lauría, coordinador del programa de las Américas del CPJ, consideró que la reforma representa “un paso importante hacia el avance de la libertad de expresión en la Argentina y marca un hito en la campaña para despenalizar la difamación en América Latina”. Por su parte, la organización Reporteros sin Fronteras estimó que “la reforma impulsada por el gobierno argentino, y aprobada por el Congreso, significa una gran mejora legislativa en favor de la libertad de expresión”.⁴⁶

3. TELECOMUNICACIONES Y SERVICIOS COMPLEMENTARIOS: LA BATALLA CONTINÚA

3.1. EL CASO DE TELEFÓNICA Y TELECOM

Tal como se apuntó en el apartado 1.1, el año 2009 trajo importantes novedades en cuanto al avance de las empresas de telecomunicaciones en la prestación de servicios de comunicación audiovisual y, a la inversa, en el crecimiento de los prestadores de TV por suscripción que penetran en el mercado de telefonía. A esas tendencias, ya presentes en años anteriores, es necesario agregar la evolución que ha tenido el proceso judicial y administrativo que involucra a Telefónica y Telecom.

El 9 de enero de 2009, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) dio a conocer una resolución⁴⁷ por la cual ordenaba a Telefónica de España (empresa que controla Telefónica de Argentina) y a Telecom Italia (propietaria a través de empresas controladas del 50% de las acciones de Telecom Argentina y de una opción de compra por el 50% restante) que informaran acerca de la operación a través de la cual la firma española había ingre-

46 A partir de la aprobación de la reforma y de la sanción de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, que la organización apoyó de manera explícita, Reporteros Sin Fronteras (RSF) consideró que la situación general para el ejercicio de la labor periodística en la Argentina había mejorado en 2009. Esto motivó que el país subiera 21 puestos en el ranking anual elaborado por RSF, para ubicarse en el número 47 al cierre del año. Para más información, véase <<http://www.rsf.org>>.

47 CNDC, Resolución n° 4/09, disponible en <<http://www.mecon.gov.ar/cndc>>.

sado en 2007 en el capital accionario de la italiana. Con esta decisión, la CNDC frenó toda actividad que pudiera incidir en la composición accionaria de las compañías hasta tanto se esclareciera si la operación incluía prácticas monopólicas en el mercado argentino. En marzo, la Comisión designó dos vededores para monitorear las empresas del grupo y asegurar el cumplimiento de lo dispuesto, y en abril, mediante la Resolución 44/09, prohibió a los directivos italianos de Telecom Argentina y Personal adoptar decisiones políticas en esas y otras empresas vinculadas.

El 23 de julio, la Secretaría de Comunicaciones sumó su diagnóstico sobre el posible impacto de la operación en el mercado local y emitió un informe a pedido de la CNDC en el que sostuvo que el ingreso de Telefónica en el capital accionario de Telecom Italia, y por lo tanto en Telecom Argentina, implicaría una violación al marco normativo de las telecomunicaciones y a las condiciones de otorgamiento de licencias para telefonía fija y móvil. El organismo consideró que “el Estado no puede convalidar una operación que atenta contra la libre elección y la sana competencia”.⁴⁸ Sin embargo, apenas cuatro días después, la Sala II de la Cámara Federal Civil y Comercial falló a favor de Telecom Italia y dejó sin efecto la resolución de la CNDC que había suspendido el derecho de voto de Telecom Italia y de sus directores en Telecom Argentina. La Cámara hizo lugar a la apelación presentada por la empresa en contra de la Resolución 44/09 y objetó las competencias de la Comisión para dictar este tipo de medidas. De acuerdo con el fallo:

No puede obviarse que a diez años de dictada la Ley 25 156 todavía no se ha constituido el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, al que la norma le adjudica el carácter de entidad autárquica –vale decir, dotado de personería jurídica propia y diferente a la del Estado nacional–, cuyos miembros deben ser designados mediante concurso público de antecedentes y su remoción no es del resorte de la autoridad política [...] Es claro pues que las garantías formales de independencia y neutralidad previstas en la Ley 22 262 impiden categorizar a la CNDC, y menos aún a la autoridad de aplicación, como tribunales administrativos.

Este fallo resulta de particular importancia porque pone de manifiesto las limitaciones del Estado para ejercer una política activa de control antimonopólico, en particular en mercados tan sensibles como aquellos ligados a las

48 Secretaría de Comunicaciones, nota n° 1459/2009.

telecomunicaciones. El actual entramado institucional, con la postergada creación de los tribunales de Defensa de la Competencia y el recorte en la composición de la CNDC –cuyo directorio hoy sólo cuenta con dos vocales cuando debería tener cinco–, da lugar a la actuación de tribunales civiles y comerciales que ejercen la legítima función de control judicial de las decisiones administrativas, pero que no están dedicados específicamente a esta tarea ni forman parte de un andamiaje institucional que debería atravesar los tres poderes y actuar en pos de objetivos comunes en materia de regulación de mercados, tal como lo preveía la propia Ley de Defensa de la Competencia.

A pesar de estas contradicciones el proceso avanzó, y el 25 de agosto la CNDC dio a conocer su Dictamen 744, en el cual se expide sobre el fondo de la cuestión, es decir la afectación de la competencia que puede traer la operación que involucra a ambas telefónicas. De acuerdo con el extenso análisis de la CNDC,⁴⁹ la concentración producida por Telefónica y Telecom, a través de Telecom Italia,

infringe el artículo 7º de la Ley 25 156, ya que tiene el efecto de restringir o distorsionar la competencia, de modo que resulta perjudicial al interés económico general, toda vez que los mercados de telecomunicaciones vistos en el presente dictamen se ven afectados desde el punto de vista de la defensa de la competencia a partir de la presente operación de concentración económica.⁵⁰

y aconseja iniciar un proceso de desinversión. A partir de este diagnóstico, tres días después de conocido el dictamen, la Secretaría de Comercio Interior emitió su Resolución 483, mediante la cual ordenó la desinversión de la totalidad de la participación accionaria de Telecom Italia en Telecom Argentina y facultó a la CNDC para supervisar el proceso, que debía iniciarse en un plazo máximo de 60 días.

De manera casi simultánea, el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal n° 6 hizo lugar a una presentación de la empresa W de Argentina Inversiones, sociedad del Grupo Wertheim, titular del otro 50% del capital accionario de Telecom Argentina, y dispuso mantener la situación jurídica existente antes de que se produjera la operación bajo análisis y suspender nuevamente el ejercicio de los derechos políticos de los miembros del directorio

49 El dictamen tiene 214 páginas y se encuentra disponible en <http://www.mecon.gov.ar/cndc>.

50 Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Dictamen 744 de 2009.

de Telecom Italia, para la toma de decisiones que afecten la situación de la empresa.

Frente a estas medidas, la compañía italiana recurrió nuevamente a la justicia. Por un lado, apeló la disposición de la Secretaría de Comercio Interior que ordenaba desinvertir y, por el otro, se presentó ante la Corte Suprema para denunciar un conflicto de competencia por las decisiones contradictorias que tomaron los distintos tribunales intervinientes. En respuesta a esta presentación, el 11 de noviembre la Corte requirió a todos los juzgados intervinientes en la operación que remitieran sus expedientes y dio vista al Procurador General de la Nación para que dictaminara sobre el caso.

Por su parte, la CNDC postergó por 60 días desde el 20 de noviembre la definición de las pautas de desinversión. Esta medida resulta inseparable de la aparición de señales concretas que daban cuenta del comienzo de un proceso de venta por parte de Telecom Italia, que estaría coordinado por el grupo Credit Suisse. De acuerdo con las versiones publicadas en medios locales,⁵¹ a fines de noviembre se presentaron seis oferentes con la intención de comprar el 50% de Telecom Argentina: el Grupo Clarín, el *holding* de logística y transporte del empresario Alfredo Román, un consorcio liderado por Eduardo Eurnekián y Ernesto Gutiérrez, el grupo Pegasus (propietario de las cadenas Freddo, Musimundo y Aroma), Inversiones Cóndor (de Carlos Joost Newbery) y el grupo panameño Genevieve. Al cierre de este capítulo, ejecutivos de Telecom Italia habían llegado a la Argentina para terminar de definirse por un posible comprador.

Al igual que ocurrió a lo largo de los últimos dos años con la operación conjunta entre los dos mayores operadores de televisión por suscripción del país —que se tratará en el próximo apartado—, la relevancia del caso Telefónica-Telecom resulta insoslayable no sólo por el propio peso de la concentración económica y sus efectos sobre la competencia, sino también por las repercusiones que puede tener para el ejercicio de la libertad de expresión en un mercado de las telecomunicaciones que, como se ha visto, converge cada vez más con el mundo de la producción, comercialización y distribución de contenidos audiovisuales. Del mismo modo, preocupa la posibilidad de que el porcentaje accionario de Telecom Italia quede en manos de grupos que ya poseen un poder concentrado en los medios locales y, en particular, de aquellos cuyo ingreso en

51 A modo de ejemplo, véase: Fernando Krakowiak, "Telecom Italia en tiempo de descuento", *Página/12*, 19 de noviembre de 2009; Marcelo Canton, "Seis ofertas en la carrera final por el control de Telecom", *Clarín*, 26 de noviembre de 2009; "Viene una delegación de Telecom Italia", *La Nación*, 10 de diciembre de 2009.

el mercado de telefonía está prohibido por ley, en tanto son prestadores de servicios de comunicación audiovisual, como ocurre con el Grupo Clarín.

En este sentido, no sólo deben ponderarse las “consecuencias negativas en el interés económico general”,⁵² a las que se refiere el dictamen de la CNDC que ordena desinvertir. Es necesario considerar, además, que estas prácticas monopólicas restringen la igualdad de oportunidades al impedir un acceso equitativo que posibilite la expresión representativa de los distintos sectores de la sociedad. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente 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. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas.⁵³

Son estos postulados básicos para el ejercicio de la libertad de expresión los que se ponen en juego en operaciones de concentración como la que protagonizaron Telefónica y Telecom. Por eso mismo, resulta alarmante que este tipo de situaciones sólo sean evaluadas desde la perspectiva económica –en especial, con las limitaciones que las unidades estatales dedicadas a esta finalidad tienen y que se detallaron más arriba– y que no se sume a ello la evaluación de instituciones públicas encargadas de velar por la diversidad de voces en la producción, distribución y consumo de contenidos audiovisuales. El desarrollo de un papel activo en este aspecto, tal como ha sido tenido en cuenta en la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, representará un desafío central en el corto plazo para los organismos creados por la nueva normativa.

⁵² Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Dictamen 744 de 2009.

⁵³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, del 13 de noviembre de 1985.

3.2. EL CASO DE CABLEVISIÓN Y MULTICANAL

3.2.1. *La decisión del COMFER*

La operación conjunta entre Cablevisión y Multicanal, autorizada en diciembre de 2007 por la CNDC, quedó desde entonces sujeta a la aprobación de la transferencia de acciones por parte del COMFER. La CNDC evaluó la operación y, luego de un trámite repleto de irregularidades, dio el visto bueno mediante la Resolución 257/07 de la Secretaría de Comercio Interior, aun cuando, como se verá en el próximo apartado, existía un dictamen en minoría del propio presidente del organismo, José Sbattella, que aconsejaba denegar el pedido o avalarlo con fuertes condicionamientos. Más allá de las críticas formuladas a la decisión de la CNDC, ésta fue tomada a la luz de la normativa antimonopólica, pero restaba conocer la evaluación del COMFER, encargado de definir si la integración de ambas empresas se encuadraba o no en lo dispuesto por la Ley de Radiodifusión 22 285 y sus modificatorias. Este organismo, tres días antes de la aprobación de la operación por parte de la CNDC, envió una nota firmada por el entonces interventor, Julio Bárbaro, en la que aclaró que se reservaba para sí la aprobación o no de las transferencias de acciones y licencias. Al respecto detalló que “aún se halla en análisis la información relativa al cumplimiento de los requisitos previstos en los arts. 45 y 46 de la Ley 22 285, respecto de las personas jurídicas involucradas, atribución que es competencia exclusiva de este Comité Federal”.⁵⁴

Mediante la Resolución 577/09, del 3 de septiembre, el COMFER denegó la operación por considerar que infringía el régimen de superposición de licencias por localidad. La ley establecía un máximo de 24 licencias por licenciatario en todo el país y sólo una licencia de radio, una de televisión y una de servicios complementarios (TV por suscripción) para una misma área de cobertura. En contradicción con esto, la operación conjunta entre Cablevisión y Multicanal generó en la mayoría de las ciudades del país una superposición de las licencias acumuladas por el grupo en su proceso de expansión. La Resolución 577 cita como un ejemplo paradigmático la situación en la ciudad de Mar del Plata. Allí, Cablevisión y Multicanal adquirieron las licencias del resto de las empresas que operaban en la zona y actualmente Cablevisión presta servicios de manera monopólica. Esta situación llevó a que la misma empresa acumule las licencias de todos los anteriores prestadores: Vidycom, Codicable, Tel Co, Videomar y Cablemundo. Lo mismo ocurre en otras localizaciones,

54 Comité Federal de Radiodifusión (COMFER), Nota n° 693, 4 de diciembre de 2007.

entre ellas las ciudades de Buenos Aires y La Plata, donde la compañía debería optar por la licencia de Cablevisión o la de Multicanal.

Ya en 1999, en un informe que se encuentra en poder de la Comisión Nacional de Valores, Cablevisión reconocía la superposición de licencias:

Ninguna compañía de televisión por cable en Argentina podrá tener más de una licencia de radiodifusión para un servicio particular en un área determinada. Como consecuencia de la división de Fintelco y las Compañías de cable UIH, tenemos licencias de radiodifusión en territorios superpuestos. En dichos casos, el ente de radiodifusión argentino puede revocar alguna de las licencias superpuestas. Si así fuera, no podemos garantizar que podremos retener las mejores licencias.⁵⁵

La advertencia de la empresa a sus accionistas y financiadores se reiteró en un documento similar en octubre de 2005, poco antes de que iniciara el proceso de integración con Multicanal:

En la Argentina, las compañías de televisión por cable no están autorizadas a obtener más de una licencia de servicios complementarios de radiodifusión en una misma área determinada. Como resultado de las adquisiciones efectuadas, Cablevisión mantiene licencias superpuestas en algunas áreas. Todo operador de cable que mantenga licencias superpuestas en un área determinada debe renunciar a las licencias superpuestas manteniendo sólo una licencia en dicha área. Ante el eventual incumplimiento de esta disposición, el COMFER puede cancelar una o más licencias de Cablevisión y/o restringir su capacidad para obtener otra licencia o integrar sociedades licenciatarias por cinco a treinta años.⁵⁶

El comienzo de la operación conjunta con Multicanal agravó esta infracción a la ley, ya reconocida por los anteriores propietarios de Cablevisión, y la empresa se apuró a presentar ante el COMFER una propuesta para desistir de algunas de sus licencias en los lugares donde existía superposición. Sin embargo, en esta propuesta, el abandono de las licencias era meramente formal, dado que la empresa siempre se quedaba con el principal operador y solicitaba al mismo tiempo, en carácter de “ampliación de la licencia”, la asignación de los principales recursos de infraestructura pertenecientes a aquellas empre-

55 COMFER, Resolución 577/09. Fuente <<http://www.cnv.gov>>.

56 *Ibíd.*

sas de las que supuestamente se desligaba. Una vez más, el ejemplo de Mar del Plata permite aclarar la situación. Allí, Cablevisión proponía quedarse sólo con la licencia de Cablemundo y resignar las otras cuatro, pero en el mismo acto solicitaba la transferencia a favor de Cablemundo de las frecuencias de Vidycom, Codicable y Tel Co y conservaba la infraestructura y gestión de todas las firmas. Al respecto, la Resolución 577/09 consideró que:

El desistimiento efectuado por Cablevisión SA es meramente nominal, desistiendo en todo caso de las resoluciones que adjudicaron las licencias a las empresas, pero su desistimiento no incluye infraestructura, las redes, los cabezales y otros elementos, su reparación y mantenimiento, así como de las tareas asociadas a la gestión de captación, información, cobranza y atención del abonado, ni tampoco incluye los servicios de frecuencias radioeléctricas incorporados a las licencias de las cuales desiste.⁵⁷

Ante este diagnóstico, el COMFER decidió denegar la operación y otorgar a Cablevisión un plazo de 30 días para informar sobre las licencias de las que decidiría desprenderse y otro de 60 días para presentar un plan de adecuación. Sin embargo, la empresa consideró que la decisión “carece de toda lógica y sustento legal, ya que Cablevisión cumple estrictamente la ley, tanto en lo que se refiere a multiplicidad de licencias como a todos los demás aspectos”⁵⁸ y optó por recurrir a la justicia. En la presentación, reclamó tanto la nulidad de la Resolución 577/09 del COMFER como de la 106/09 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, por la cual este organismo ordena una auditoría para controlar que la empresa “no remueva activos físicos ni jurídicos”, atento a lo dispuesto por el COMFER y a los compromisos asumidos al momento de tramitar la operación conjunta.

El 17 de septiembre, el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal nº 3, a cargo del juez Esteban Furnari, hizo lugar al pedido del Grupo Clarín y resolvió suspender ambas medidas. Sin embargo, los organismos estatales apelaron y el 23 de octubre un fallo de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, firmado por los camaristas Jorge Argento y Carlos Grecco,⁵⁹ dejó sin efecto la sentencia de primera instancia y convalidó las resoluciones del COMFER y la

57 *Ibíd.*

58 “Manifiesta y dolosa arbitrariedad del COMFER”, Comunicado de Cablevisión SA, 3 de septiembre de 2009.

59 El tercer integrante de la Cámara, Sergio Fernández, se excusó por haber participado en causas relacionadas como juez de primera instancia.

CNDC. Al cierre de este capítulo, versiones periodísticas indicaban que la empresa recurriría esta decisión, por lo que el caso llegaría a la Corte Suprema.

Resulta preciso aclarar que, al mismo tiempo que expresó su evaluación sobre los efectos de la operación entre Cablevisión y Multicanal, el COMFER avanzó sobre una de las mayores deudas en materia de democratización de la propiedad de medios al poner en venta, después de nueve años de injustificable demora, nuevos pliegos para adjudicar servicios de TV por suscripción. La suspensión del otorgamiento de estos permisos se inició en el año 2000, con la Resolución 726/2000 del COMFER, y recién se restableció en abril de 2009, con la Resolución 275/09 del mismo organismo. La única explicación para que esta política se haya sostenido por casi una década puede encontrarse en la presión de las empresas más poderosas del mercado del cable, Cablevisión y Multicanal, que a través de la cámara del sector –la Asociación Argentina de Televisión por Cable (ATVC)– lograron una y otra vez impedir la entrada de nuevos competidores.

3.2.2. CONTRADICCIONES EN LA SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR

El 15 de diciembre, por recomendación de la CNDC, la Secretaría de Comercio Interior dictó su Resolución 1011/09, mediante la cual suspendió por 60 días los efectos de la aprobación de la operación conjunta otorgada en 2007. La medida se fundó en el hecho de que, de acuerdo con la evaluación del organismo, las empresas habían incumplido las cláusulas del compromiso voluntario que prometieron respetar por dos años desde la aprobación de la operación. Entre esas obligaciones, figuraban:

- Dar lugar en su grilla a las señales de otros proveedores, aun cuando éstas compitan con las propias y, complementariamente, las señales producidas por la empresa deberían ser accesibles a otros operadores de cable que las quieran en su programación.
- Brindar un servicio gratuito en escuelas y hogares públicos de ancianos de las localidades ubicadas dentro de su área de cobertura. Para las ciudades de entre 10 mil y 100 mil habitantes, el servicio gratuito se extendería a los hospitales y centros de salud públicos y, para las de menos de 10 mil, cubriría también las comisarías y cuarteles de bomberos. En Buenos Aires se ofrecería además un “servicio social opcional de televisión paga digital”, que debería cubrir entre el 5 y 10% del total de hogares abonados en la ciudad y podría ser extensible a posteriori al resto del país. Este servicio debería contar con una tarifa reducida y un mínimo de diez señales además de los canales de aire.

- Poner en marcha un plan de inversión para extender las redes de fibra óptica, cuyos avances debían ser reportados a la CNDC cada tres meses.

Luego de detallar las acciones realizadas por los funcionarios oficiales para constatar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las empresas, el dictamen de la Comisión concluyó que “las partes involucradas han incumplido el compromiso irrevocable que la autoridad de aplicación aceptara con el objeto de resolver las consecuencias negativas para el interés económico general y motivara la autorización emitida oportunamente”.⁶⁰ De acuerdo con el diagnóstico del organismo, las empresas “permanentemente intentaron suspender o interrumpir cualquier acto emitido por el Estado nacional tendiente a verificar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por ellas”.⁶¹ La Comisión cuestionó además los informes presentados por las compañías y no dio por acreditado que se haya cumplido de manera completa ninguno de los puntos del compromiso.

El análisis exhaustivo que llevó adelante la Comisión para comprobar el nivel de cumplimiento del compromiso asumido por las empresas aporta claros elementos para fundamentar la decisión tomada por la Secretaría de Comercio Interior. Sin embargo, el organismo queda atrapado en sus propias contradicciones, en tanto la decisión más reciente contrasta con la aprobación sin condicionamientos brindada en 2007. Esta situación habría sido diferente si la aprobación hubiera estado sujeta a condicionamientos concretos –por ejemplo, cláusulas de desinversión–, como ocurrió en otros casos resueltos por la CNDC. Por el contrario, la recepción pasiva del ofrecimiento realizado por las empresas en el momento de presentar la operación redujo las posibilidades efectivas de control acerca del cumplimiento de cada uno de los puntos acordados. Por esta razón, la medida tomada sobre el cierre de 2009, aun cuando está legalmente fundada, genera lógicas suspicacias en cuanto a su legitimidad. Esta percepción se acrecienta si tenemos en cuenta que los dos vocales de la Comisión que trabajaron en el dictamen de este año, Humberto Guardia Mendonça y Diego Póvolo, son los mismos que en 2007 lograron imponer por dos votos contra uno –el del ex presidente del organismo José Sbattella– la aprobación sin condicionamientos. Tampoco ha cambiado la figura del Secretario de Comercio, Guillermo Moreno, quien con la misma mano firmó ambas

60 Secretaría de Comercio Interior, Resolución 1011/09, 15 de diciembre de 2009.

61 Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Dictamen N° 770, 14 de diciembre de 2009.

resoluciones con dos años de diferencia. Este tipo de contradicciones debilitan aún más la ya de por sí frágil estructura de control de la competencia que existe actualmente en el país.⁶²

El propio Sbattella en su dictamen en disidencia de 2007 había advertido sobre los potenciales peligros de la operación, había desaconsejado su aprobación y había sugerido fuertes condicionamientos para el caso de que se decidiera aprobarla.⁶³ Su postura no fue tenida en cuenta y, poco después, renunció a la presidencia de la Comisión. Al dejar el cargo, denunció la situación interna y el vaciamiento del organismo con un diagnóstico que cobra particular relevancia a la hora de pensar el caso de Cablevisión y Multicanal:

Si uno analiza la estructura de los mercados, llega a la conclusión de que se armó todo para que la Comisión no tuviera capacidad operativa, para que sólo sea un muro de los lamentos. Eso se llama corrupción estructural, pero no por las personas sino porque los organismos se arman para que no cumplan la función que tienen que cumplir. Ésa es la historia de la Comisión de Defensa de la Competencia.⁶⁴

4. POSTERGACIONES Y RETROCESOS EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

A diferencia de los grandes cambios registrados a lo largo de 2009 en otros campos vinculados con la libertad de expresión, el derecho de acceso a la información pública permaneció postergado en la agenda política. Esta situación impidió la consolidación de nuevos avances y trajo aparejados algunos retrocesos. Sin duda, la gran deuda sigue siendo la sanción de una ley nacional que regule el ejercicio de este derecho reconocido por nuestra Constitución

62 Apenas cuatro días después de que la CNDC resolviera la suspensión de la operación conjunta, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial hizo lugar a un pedido de las empresas y dejó sin efecto la resolución de la Secretaría de Comercio Interior. El fallo de los jueces Ricardo Guarinoni, Eduardo Vocos Conesa y Alfredo Gusmán (este último votó parcialmente en disidencia) advirtió que era imperioso resolver la cuestión, porque la resolución de Moreno imponía un plazo de 60 días, “transcurrido el cual sería lógico que se materialicen daños irreparables para el actor”.

63 Para más información sobre este tema, véase Luis Lozano, *ob. cit.*

64 Fernando Krakowiak, “Una comisión atada de pies y manos”, *Página/12*, 9 de agosto de 2008.

y por diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional, en el ámbito de los tres poderes estatales. En la medida en que no se logre la sanción de esta normativa federal, se prolongará la situación actual, caracterizada por una fuerte disparidad de criterios en el interior de las unidades estatales y por la existencia de marcos legales diversos –algunos de ellos discriminatorios en las condiciones de acceso–,⁶⁵ adoptados por algunas provincias y municipios.

En el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, que desde 2003 con la promulgación del Decreto 1172 había marchado a la cabeza de las iniciativas para facilitar el acceso a la información, este año las noticias no fueron alentadoras. En primer lugar, continuó el avasallamiento del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) iniciado en 2007, con el consecuente impacto sobre la credibilidad de los principales indicadores producidos por el sistema estadístico nacional.⁶⁶

Por otro lado, la implementación del Decreto 1172 había tenido importantes avances hasta 2008, cuando finalmente se aprobó el procedimiento de tramitación de denuncias por incumplimiento del Reglamento de Acceso a la Información. Este procedimiento permite a todos los ciudadanos formular una denuncia ante la Oficina Anticorrupción (OA) en caso de que el pedido no haya sido satisfecho e iniciar de este modo un proceso administrativo sin necesidad de contar con patrocinio legal. El nuevo mecanismo supuso un avance que podía traer aparejado un mayor nivel de acceso a las unidades dependientes del PEN, pero nada de eso ocurrió en 2009. Por el contrario, la cultura del secreto se incrementó y a fines de septiembre surgió un indicador concreto de este retroceso cuando dejó de funcionar el sitio web <www.mejordemocracia.gov.ar>. Este sitio, a cargo de la Subsecretaría para la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la Democracia, dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros, contenía información sobre las solicitudes de acceso recibidas en las distintas unidades estatales, además de instrucciones para que los ciudadanos pudieran presentar sus propios pedidos y noticias sobre la implementación de la normativa. Entre enero y octubre de 2009, <www.mejordemocracia.gov.ar> había recibido 99 143 visitas.⁶⁷

Al cierre de este capítulo, gran parte de la información había sido republicada en la web de la Jefatura de Gabinete dentro de la sección “Acceso a la información pública”. Sin embargo, llama la atención el hecho de que datos fun-

65 Tal es el caso de la provincia de Buenos Aires, que mediante la Ley 12 475 sólo permite acceder a información pública a quien demuestre un “interés legítimo”.

66 Al respecto véase el capítulo V en este mismo Informe.

67 Marta Oyhanarte, “Informe público de gestión 2003-2009”, 1º de diciembre de 2009.

damentales para la consulta pública, como los producidos por la Subsecretaría, queden confinados a una sección dentro del espacio de la Jefatura de Gabinete, con una frecuencia de actualización incierta y un nivel de interacción nulo con los visitantes, cuando otras dependencias de esa misma unidad conservan sus propios sitios. Basta mencionar como ejemplo los casos del Proyecto de Modernización del Estado (www.modernizacion.gov.ar), Firma Digital (www.pki.gov.ar) y la Secretaría de la Gestión Pública (www.sgp.gov.ar).

A esto se suma la baja, también desde el mes de septiembre, del sitio www.auditoriaciudadana.gob.ar, correspondiente al Programa de Auditoría Ciudadana, una de las principales iniciativas impulsadas por la misma Subsecretaría. La información hoy está disponible nuevamente en www.auditoriaciudadana.org.

Poco después de estos episodios, el 1º de diciembre, presentó su renuncia la titular de la Subsecretaría para la Reforma Institucional y el Fortalecimiento de la Democracia, Marta Oyhanarte, quien había sido nombrada luego de la asunción de Néstor Kirchner, el 30 de junio de 2003. Desde ese lugar participó en la elaboración del Decreto 1172, del cual la Subsecretaría se convirtió en autoridad de aplicación. Además, a lo largo de los últimos seis años, este organismo definió un perfil institucional propio, con una amplia agenda de trabajo y una fuerte presencia en el ámbito federal.

Junto con su renuncia, Oyhanarte hizo público un documento con los fundamentos de su decisión y un informe de gestión.⁶⁸ Entre las razones de su alejamiento, la funcionaria destacó:

He trabajado durante seis años con libertad pero desde hace un par de meses se nos imponen restricciones de manera cotidiana: suspensión de actividades y de publicaciones ya programadas, pedido de renuncia a profesionales de alta capacitación técnica y designación de otros que no cumplen con el perfil requerido para el cargo, levantamiento de sitios web que dan cuenta de nuestro trabajo, prohibición de viajes a los municipios del Programa. Todo esto sin aviso previo, sin respuesta a llamados telefónicos, a notas o pedidos aclaratorios de nuestra parte y en un clima de hostilidad creciente.⁶⁹

Casi un mes después de la renuncia de Oyhanarte, el Ejecutivo nombró a la ex senadora María Perceval como titular de la Subsecretaría. La nueva gestión en-

68 Disponibles en www.martaoyhanarte.org.

69 Marta Oyhanarte, "Fundamentos de mi trabajo y mi renuncia", 1º de diciembre de 2009.

frentará el desafío de revertir la tendencia de los últimos meses de 2009 en cuanto al recorte en la publicidad de la información y el vaciamiento del poder de este organismo. Tendrá, además, la responsabilidad de redoblar los esfuerzos para impulsar una ley nacional de acceso a la información pública desde el Poder Ejecutivo.⁷⁰ Para ello, será necesario recuperar la experiencia del proyecto que perdiera estado parlamentario el 30 de noviembre de 2005, luego de ser aprobado por la Cámara de Diputados y de recibir modificaciones en el Senado que desvirtuaron la propuesta inicial y devolvieron el texto a la cámara de origen, donde nunca se volvió a tratar. El proyecto original había sido elaborado a través de un inédito procedimiento de consultas que duró ocho meses, en el que participaron representantes del Estado y la sociedad civil, con el objetivo de alcanzar una ley ampliamente legitimada, basada en estándares internacionales.⁷¹

Como se mencionó al comienzo de este apartado, a lo largo de los últimos años hubo avances en diversas provincias, que aprobaron sus propias leyes de acceso a la información. En particular, durante 2009, el Congreso chaqueño sancionó una ley que permite a la ciudadanía acceder a la información pública de los tres poderes del Estado. En Santa Fe, entró en vigencia en noviembre el Decreto 692, firmado por el gobernador Hermes Binner, que garantiza el ejercicio de este derecho en todas las unidades dependientes del Poder Ejecutivo provincial. En Mendoza, por su parte, un proyecto de acceso obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados y aún resta su tratamiento en el Senado. Lo mismo ocurrió en la provincia de Salta. Estos casos, sumados a los de los múltiples municipios que en todo el país decidieron avanzar en sus propias políticas de acceso, demuestran una madurez del tema en el ámbito local que no encuentra su correlato en el ámbito federal.⁷²

70 Existe un anteproyecto elaborado por la gestión anterior de la Subsecretaría, que de acuerdo con el informe presentado por Marta Oyhanarte junto con su renuncia, “se encuentra para dictaminar en la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación”. A esto se suman otros siete proyectos de ley con estado parlamentario, presentados por distintas fuerzas políticas en el Congreso nacional.

71 Para más información, véase Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC), Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), Fundación Poder Ciudadano e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), “Requisitos mínimos para una ley de acceso a la información pública”, disponible en <<http://www.cels.org.ar>>.

72 En la actualidad son ocho las provincias en las que no existe ningún tipo de legislación al respecto: Neuquén, Tucumán, San Juan, Santa Cruz, Formosa, San Luis, La Rioja y Catamarca.

Resulta interesante mencionar la experiencia de Brasil, donde hasta 2009 se vivía una situación similar a la de la Argentina, puesto que el país permanecía como uno de los pocos de la región que todavía no contaba con una normativa nacional. El cambio llegó de la mano del intenso trabajo que durante casi una década llevó adelante un grupo de organizaciones de la sociedad civil que insistieron en la necesidad de impulsar una ley federal.⁷³ Así lograron un compromiso del presidente Lula Da Silva durante su campaña por la reelección en 2006, que se hizo efectivo el 13 de mayo de 2009, cuando el mandatario envió al Congreso el primer proyecto del Poder Ejecutivo en la materia. Dentro del Congreso se creó una comisión especial encargada de analizar el proyecto, que estaba siendo tratado al cierre de este artículo.

4.1. UN CASO PARADIGMÁTICO EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Al margen de la problemática concreta de la falta de normas que hagan posible el ejercicio de este derecho, ciertas jurisdicciones del país en las que desde hace muchos años existe esa regulación muestran problemas de aplicación y trabas que impiden el acceso. Un caso paradigmático tuvo lugar en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde desde diciembre de 1998 se encuentra vigente la Ley 104, que garantiza el libre acceso a todos los datos públicos producidos por organismos dependientes de cualquiera de los tres poderes de la ciudad. Sin embargo, entre fines de 2007 y 2008, la Dirección General de Seguridad Privada, dependiente del Ministerio de Justicia y Seguridad porteño, le negó al periodista Diego Martínez, del diario *Página/12*, el acceso a la información de los nombres de los dueños, los socios y de todo el personal registrado en dos agencias privadas de seguridad que operaban en el distrito. El pedido se fundaba en la sospecha de que ambas agencias podían encontrarse bajo control de ex militares acusados por violaciones de derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar, y se basaba en el derecho humano de acceso a la información como presupuesto para la participación ciudadana en el control de las acciones de gobierno.

Ante la negativa a brindar información, que se repitió en dos ocasiones, el periodista presentó una acción de amparo con el patrocinio del CELS. Al mismo tiempo, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad dictaminó que la difusión de la información solicitada no afectaba “la intimidad de las personas” y destacó la necesidad de “desarrollar los mecanismos necesarios para excluir de

73 Para más información, véase el sitio web del Fórum de Direito de Acesso a Informações Públicas, <<http://www.informacao publica.org.br>>.

las funciones públicas a todas aquellas personas de las que existan pruebas suficientes de su participación en crímenes de lesa humanidad”.⁷⁴

Finalmente, en abril de 2009, la justicia porteña ordenó al gobierno proporcionar información sobre estas agencias en un plazo no mayor a diez días y estableció una multa en caso de incumplimiento que recaería sobre la figura del ministro de Justicia y Seguridad porteño, Guillermo Montenegro. Además, declaró la inconstitucionalidad del art. 21 de la Ley de Seguridad Privada de la ciudad, que limitaba el acceso.

La sentencia emitida por el Juzgado en lo Contencioso Administrativo n° 2, a cargo del juez Roberto Gallardo, consideró que

la mera posibilidad de que personas que hayan sido partícipes de violaciones a los derechos humanos en la última dictadura militar, pudieran integrar directa o indirectamente organizaciones empresariales destinadas a brindar “seguridad” privada, resulta de una envergadura tal que cuesta imaginar cuáles son las razones que puede tener en mira el GCBA para impedir el conocimiento de la información requerida.

Un año y medio después del primer pedido de acceso, la Dirección de Seguridad Privada finalmente entregó los datos al periodista.

La importancia de este caso radica en que permitió fijar un estándar a futuro, por el cual se reconoce el derecho de todo ciudadano a exigir al gobierno información vinculada con un tema de evidente interés público como el papel de las agencias privadas de seguridad y fortalece el monitoreo sobre estos actores. Así lo entendió también la Legislatura porteña, que a raíz de la declaración de inconstitucionalidad del art. 21 de la Ley de Seguridad Privada dispuesta en el fallo, convirtió en ley en el mes de septiembre un proyecto presentado por la diputada Gabriela Cerruti, que reafirma el carácter público de los registros de prestadores de seguridad privada y considera que “cualquier persona puede acceder a ellos sin expresar la causa del requerimiento”. Además, los datos completos⁷⁵ de los prestadores de seguridad pri-

74 Diego Martínez, “Represores con custodia”, *Página/12*, 19 de abril de 2009.

75 Los datos que deberán incluirse son: las condiciones de habilitación del servicio de seguridad privada; el listado de prestadores de servicios habilitados y, en su caso, la habilitación para el uso de armas; el nombre, documento nacional de identidad y antecedentes profesionales –si los tuvieren– de los socios y/o miembros, integrantes de los órganos de administración y representación de las personas físicas y jurídicas y empleados que prestan servicios en estas agencias.

vada deberán publicarse en la web del Gobierno porteño a partir de marzo de 2010.⁷⁶

Cabe resaltar que en este caso la interlocución entre los poderes del Estado fue particularmente efectiva, al lograr que la Legislatura se hiciera eco de la actuación judicial y modificara una norma declarada inconstitucional. Este ejemplo reafirma la importancia del uso del litigio estratégico para promover la vigencia de derechos humanos y fortalecer las instituciones democráticas, en particular en cuestiones vinculadas con el ejercicio del derecho a la información.

5. REFLEXIONES FINALES

Es posible pensar algunos denominadores comunes entre los principales hechos ocurridos en 2009 en materia de libertad de expresión. Por un lado, es destacable el avance de políticas públicas concretas inspiradas en principios básicos de derechos humanos, las cuales permiten atisbar un reposicionamiento del Estado como principal garante del derecho a la información para todos los ciudadanos, después de décadas de regulación en función de los intereses de los grandes grupos mediáticos.⁷⁷ Sin embargo, ese camino iniciado durante el año que pasó –al saldar asignaturas pendientes históricas, como el reemplazo de la ley de radiodifusión de la dictadura y la despenalización de las calumnias e injurias para expresiones sobre temas de interés público– no está exento de contradicciones y nuevos desafíos que será necesario enfrentar para consolidar un verdadero proceso de democratización de las comunicaciones.

Tal como se ha visto a lo largo de este capítulo, las innovaciones tecnológicas y las nuevas modalidades que puede tomar el ejercicio efectivo de la libertad de expresión entrañan también nuevas amenazas al pluralismo y la diversidad de voces, ya de por sí limitados en la Argentina por la propia configuración del sistema de medios y los altos niveles de concentración de la propiedad. Este escenario requiere, más que nunca, un Estado activo con iniciativa propia para generar políticas y no actuar como mero brazo ejecutor de las demandas corporativas. A la vez, resulta imprescindible fortalecer las unidades encargadas de analizar, regu-

76 Ley 3188, sancionada el 17 de septiembre de 2009, publicada en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires el 20 de octubre de 2009.

77 Guillermo Mastrini, y Mariano Mestman, “¿Desregulación o re-regulación? De la derrota de las políticas a la política de la derrota”, en *CIC N° 2*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1996.

lar y controlar desde los tres poderes públicos los distintos factores que afectan el goce del derecho a la información.

La experiencia de 2009 demostró también la misión fundamental que la sociedad civil está llamada a desempeñar en estos procesos, a la hora de problematizar cuestiones que permanecían relegadas en la agenda pública, de construir consenso en torno a principios democráticos y de establecer directrices de políticas de comunicación. En este sentido, los 21 puntos elaborados por la Coalición por una Radiodifusión Democrática en 2004 y retomados como base para la elaboración de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual y el trabajo sostenido durante dos décadas por organizaciones de la sociedad civil para lograr la despenalización de las calumnias e injurias representan ejemplos paradigmáticos.

El año que pasó, con sus grandes novedades, dejó también en evidencia los obstáculos y limitaciones para llevar adelante reformas. Las contradicciones en torno a la regulación del *triple play* y el desarrollo de una política efectiva de control de la competencia, coherente a largo plazo y que incluya la creación de nuevas instituciones destinadas a fortalecer los mecanismos de contralor y revisión de decisiones, son sólo una muestra de ese tipo de limitaciones.

Por otra parte, tomando como referencia la agenda democrática de libertad de expresión que emana de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, aún subsisten grandes omisiones en torno a cuestiones urgentes. Entre ellas se cuenta la aprobación de una ley nacional de acceso a la información pública y una ley federal de estadísticas, la creación de un mecanismo claro, transparente y no discriminatorio para la asignación de la pauta publicitaria oficial y la reforma del Código Civil para limitar los montos de las indemnizaciones en los procesos por calumnias e injurias.

Lejos de haber quedado clausurado con los importantes logros alcanzados durante el año que pasó, el debate sobre libertad de expresión y derechos fundamentales en la Argentina ha cobrado el impulso necesario para generar en la práctica verdaderos avances institucionales. La magnitud de los desafíos pendientes demuestra la necesidad de construir amplios acuerdos sociales que se traduzcan en reglas claras y políticas de Estado perdurables en el tiempo.