

SE PRESENTAN COMO AMICUS CURIAE

Sras. y Sres. Jueces de

la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

El **Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)** representado en este acto por su presidente, **Horacio Verbitsky**, y su Director Ejecutivo, **Gastón Chillier**, tal como surge de la copia del poder que se acompaña, domiciliado en la calle Piedras 547 de la ciudad de Buenos Aires; todos con el patrocinio de **Damian Loreti (T°31, F°821 CPACF)** y **Diego Morales (T° 69, F° 721 CPACF)**, constituyendo domicilio electrónico en dmorales@cels.org.ar, en la causa n° G. 439.XLIX -REX- caratulada **“GRUPO CLARIN c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad s/ recurso extraordinario”** a V.E. nos presentamos y decimos:

I. OBJETO

En el carácter invocado, y conforme a los antecedentes que se detallan en todo este memorial, solicitamos ser tenidos como "amicus curiae".

II. EL INTERÉS DEL CELS EN LA RESOLUCIÓN DEL PRESENTE CASO

El CELS, es una organización no gubernamental dedicada a la promoción y protección de los derechos humanos y el fortalecimiento del sistema democrático y el Estado de derecho en Argentina. El CELS, para cumplir con sus objetivos, ha llevado adelante numerosos casos ante los tribunales nacionales y ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos así como investigaciones sobre los temas que aborda. Entre sus prioridades, se encuentra el fortalecimiento y desarrollo de la libertad de expresión y el acceso a la información. A modo de ejemplo, el CELS ha impulsado ante el Sistema Interamericano casos que versan sobre esta temática: en el caso **HORACIO VERBITSKY Y OTROS CONTRA ARGENTINA (CIDH, caso N° 12.128)** que habilitó la derogación de la figura de desacato, y en **EDUARDO KIMEL CONTRA ARGENTINA (CIDH, caso N° 12.450)** y en **JORGE FONTEVECCHIA, HÉCTOR D'AMICO CONTRA ARGENTINA (CIDH, caso N° 12.524)** se abordaron la problemática de las figuras públicas y la importancia de la amplia discusión de cuestiones de interés público, y el efecto inhibitorio que las sanciones —civiles o penales—, generan en perjuicio de la garantía de un debate libre y abierto en toda sociedad democrática. El CELS participa, a su

vez, desde su fundación de la Coalición por una Radiodifusión de la Democracia, promotora de los "21 puntos Básicos por el derecho a la Comunicación".

En este memorial se sostendrá la constitucionalidad de la ley 26.522, que coincide con la posición, de una de las partes -el Estado Nacional- en esta contienda. Corresponde aclarar que el CELS no ha recibido financiamiento ni ayuda económica de cualquier especie por parte del Estado y el resultado del proceso tampoco representa para esta organización ningún tipo de beneficio patrimonial –directa o indirectamente.

III. LOS PUNTOS A TRATAR EN ESTE AMICUS

De acuerdo con lo establecido en el reglamento particular sobre celebración de audiencia pública y participación de Amicus Curiae en la causa "Grupo Clarín SA y otros cl Poder Ejecutivo Nacional y otro sl acción meramente declarativa"¹, las cuestiones sobre las que alegará el CELS serán: **1) Validez constitucional del art. 45, apartado 1, párrafo final de la ley 26.522 y 2) validez constitucional del 161 de la ley 26.522.**

Sin perjuicio de ello, a modo de introducción señalaremos algunas consideraciones sobre la facultad del congreso de la nación de regular en materia de servicios de comunicación audiovisual.

De acuerdo a los estándares sostenidos por los organismos internacionales de derechos humanos, para garantizar la libertad de expresión, los Estados *no sólo pueden, sino que deben regular la actividad de los medios de comunicación* (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). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en adelante también CIDH— y la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante también, Corte IDH—, han señalado que "*los medios de comunicación representan una de las vías a través de las cuales las personas pueden hacer efectivo el derecho a la libertad de expresión y la forma por excelencia mediante la cual las sociedades contemporáneas ven satisfecho su derecho a ser informadas*" (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, op. cit. Párr, 31 a 34), tanto sobre informaciones u opiniones relevantes para la deliberación pública colectiva como incluso sobre aquéllas que cada persona requiere para adoptar libremente su propio plan de vida (Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1997). La Corte IDH en el caso "*Ríos L. vs.*

¹ Anexo que forma parte de la resolución emitida por la CSJN el 14 de agosto de 2013.

Venezuela” agregó que “Dada la importancia de la libertad de expresión...el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En estos términos se puede explicar la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios, que deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan, y el esfuerzo por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas” (Corte IDH “Ríos Luisiana vs. Venezuela” del 28 de enero de 2009).

Además, la CIDH ha reconocido que la potestad que tienen los Estados para regular esta actividad abarca tanto la posibilidad de definir la forma en que se realizan las concesiones, renovaciones o revocaciones de las licencias, como de planificar e implementar políticas públicas sobre dicha actividad, siempre y cuando se respeten las pautas que impone el derecho a la libertad de expresión (CIDH, Estandares de Libertad de Expresión para una Radiodifusión libre e incluyente”, 2010, p. 3, par 9).

III.1. VALIDEZ CONSTITUCIONAL DEL ART. 45, APARTADO 1, PÁRRAFO FINAL DE LA LEY 26.522.

A fin de despejar toda duda respecto a la validez constitucional del art. 45 de la ley 26.522 desarrollaremos a continuación un abordaje de los estándares internacionales de derechos humanos y del derecho comparado sobre diversidad y pluralismo en los medios de comunicación, como así también respecto de la legitimidad de los límites a la multiplicidad de licencias.

a) Estándares del derecho internacional de los derechos humanos

Han dicho la Corte IDH y la CIDH que “*uno de los requisitos fundamentales del derecho a la libertad de expresión es la necesidad de que exista una amplia pluralidad y diversidad en la información*” (CIDH, *Informe Anual 2003*, Volumen III: “Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, Capítulo VII: La situación de la libertad de expresión en Guatemala, párr. 419)².

Teniendo en cuenta la función que desempeñan los medios de comunicación, entre ellos los audiovisuales para el ejercicio de la libertad de expresión de todas las personas, se advierte con nitidez la importancia de regular la actividad de radiodifusión con el objetivo de asegurar la pluralidad de personas y

² Disponible en www.cidh.org/relatoria. En esta cita, el término “información” está considerado en su acepción amplia, en tanto incluye opiniones, ideas, expresiones artísticas, culturales, etcétera.

sectores con acceso a estos medios, para que representen la diversidad existente en una sociedad. La Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA, ya en el año 2000, ubicó la importancia de tomar en cuenta los efectos que pueden producir los monopolios u oligopolios sobre la pluralidad y diversidad en el ejercicio de la libertad de expresión. Señaló en su Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, que **“12. Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes anti monopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos (...). Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos”**.

Un año después, los Relatores de Libertad de Expresión de la OEA, ONU y OSCE elaboraron una declaración conjunta específica sobre la diversidad en la radiodifusión, como un mensaje claro destinado a resaltar la necesidad de garantizar una igualdad de oportunidades a todos los individuos en el acceso a los medios de comunicación. Y agregaron que **“Siguiendo esta tendencia, en los últimos años se ha venido interpretando que uno de los requisitos fundamentales de la libertad de expresión es la necesidad de que exista una amplia pluralidad en la información y opiniones disponibles al público**. Y es por ello que el control de los medios de comunicación en forma monopólica u oligopólica, puede afectar seriamente el requisito de la pluralidad en la información. Cuando las fuentes de información están seriamente reducidas en su cantidad, como es el caso de los oligopolios, o bien existe una única fuente, como los monopolios, se limita la posibilidad de que la información que se difunda cuente con los beneficios de ser confrontada con información procedente de otros sectores, limitando de hecho, el derecho de información de toda la sociedad. La existencia de monopolios u oligopolios públicos o privados constituye de esta forma un serio obstáculo para la difusión del pensamiento propio, así como para la recepción de opiniones diferentes” (Declaración sobre Desafíos a la Libertad de Expresión, op. cit, el destacado nos pertenece).

En el año 2004 la Relatoría de Libertad de Expresión de la CIDH, agregó que **“Desde hace algunos años se viene señalando que la concentración en la propiedad de los medios de comunicación masiva es una**

de las mayores amenazas para el pluralismo y la diversidad en la información. Aunque a veces difícilmente percibida por su carácter sutil, la libertad de expresión tiene un cercano vínculo con la problemática de la concentración. Este vínculo se traduce en lo que conocemos como “pluralidad” o “diversidad” en la información” la Relatoría considera que el marco del derecho de la competencia en muchas ocasiones puede resultar insuficiente, particularmente en cuanto a la asignación de frecuencias radioeléctricas. No se impide entonces la existencia de un marco regulatorio anti monopolístico que incluya normas que garanticen la pluralidad atendiendo la especial naturaleza de la libertad de expresión” (CIDH, *Informe Anual 2004*, Volumen III: “Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, Capítulo V, “Violaciones indirectas a la libertad de expresión”).

En el Informe del año 2009, la Relatoría Especial de Libertad de Expresión de la OEA dedica especialmente un capítulo a las cuestiones de la radiodifusión. Allí indicó: “En efecto, como ya se ha indicado, la regulación del espectro electromagnético debe garantizar, al mismo tiempo, la libertad de expresión del mayor número de personas o perspectivas, la igualdad de oportunidades en el acceso a los medios y el derecho a la información plural y diversa” (Informe 2009, Relatoría Especial Libertad de Expresión de la OEA, parag 8. Pag 394).

De acuerdo con estos parámetros, los Estados deben adoptar una serie de medidas para promover una mayor pluralidad de voces: dictar leyes antimonopólicas, prever procedimientos que permitan el acceso a las licencias de nuevos titulares, reducir o eliminar las prácticas de renovación automática de las concesiones en aquellos lugares en donde existe concentración en la propiedad de los medios, promover la división del espectro disponible entre diferentes sectores (privados comerciales, privados no comerciales y públicos), entre otros ejemplos.

El rol de los Estados debe orientarse a fomentar un intercambio equilibrado y no discriminatorio de los bienes vinculados con la información, la comunicación y la cultura. Las políticas públicas en materia de radiodifusión no deberán estar guiadas por la lógica de la rentabilidad económica como criterio fundamental, sino que, tal como lo establece la Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, del año 2005 —ratificada por la Argentina

mediante la ley 26.305 (B.O. 19/12/2007), los Estados tienen la obligación de “*adoptar medidas destinadas a promover la diversidad en los medios de comunicación social, comprendida la promoción del servicio público de radiodifusión*” (UNESCO, Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, París, 20 de octubre de 2005, ratificada por Argentina). Ver en especial art. 4.1 de la mencionada Convención.

b) Estándares de derecho comparado sobre diversidad y pluralismo en los medios de comunicación. La jurisprudencia de la Corte de Estados Unidos en el contexto de la primera enmienda.

Además de lo señalado en el apartado precedente, es importante advertir que la totalidad de leyes de radiodifusión que existen en el derecho comparado establecen límites a la concentración no sólo cuando tiende a la formación de monopolios u oligopolios, sino también cuando se producen procesos de abuso de posición dominante, hipótesis todas ellas que se plasman en la adopción de pautas para admitir en forma condicionada o rechazar solicitudes de procesos de compra o fusión. En muchos casos, se han previsto reglas de defensa de la competencia junto con las normas específicas de radiodifusión. Los ejemplos del derecho comparado indican límites a la concentración de la propiedad en diversos países como Inglaterra, Francia, Australia, Canadá, Sudáfrica o Colombia, y a la concentración de los derechos de exhibición por vía de la aplicación de la Directiva Europea de Servicios Audiovisuales del año 2007. En Estados Unidos se fijan techos de concentración de mercado por porcentaje de audiencia potencial o por cantidad de emisoras en el mismo área de cobertura, y se limita la propiedad cruzada con medios gráficos en el área de cobertura coincidente como resultado de la aplicación de las reglas de la *Communications Act* de 1996 y de la *Federal Communications Comisión* (FCC). En este país, por aplicación de las leyes antimonopólicas, en cada área no se pueden superponer periódicos y TV abierta. Asimismo, las licencias de radio no pueden superar el 15% del mercado local, la audiencia potencial nacional no puede superar el 35% del mercado y no se pueden poseer en simultáneo licencias de TV abierta y radio.

En este estado de la exposición es menester echar mano a la invocación de jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos que se ha hecho de modo impreciso y errático en esta contienda. En

efecto, la cita del caso "COMCAST" del año 2009 que efectuó la Cámara Civil y Comercial Federal, así como la del caso " *Turner Broadcasting System Inc. Vs. FCC*" no es en absoluto pertinente tomando en cuenta qué se debate en cada uno de los casos. En ese caso no se discutieron los límites de concentración ni tampoco de propiedad. Allí se dirimió la aplicación de las reglas del *must carry* en los sistemas de cable de Ted Turner. Las reglas del *must carry* en la Argentina no se hallan cuestionadas. No es esa, en relación a COMCAST, la situación del mercado de los servicios de comunicación audiovisual en la Argentina, donde no se han verificado estos índices de crecimiento de redes y ofertas de medios de diversos actores. Por el contrario, si bien han mejorado tecnológicamente las redes existentes desde 1999, se ha incrementado su nivel de concentración. Y han sido las actoras precisamente quienes han llevado adelante el más importante proceso de concentración de redes de televisión por cable verificado en la Argentina.

El Tribunal en COMCAST señaló que la FCC no había demostrado que permitir a un operador de cable prestar servicio a más de un 30%³ de todos los suscriptores de cable, amenazaría con reducir la competencia y la diversidad en la programación. Contempló para ello que existían abundantes pruebas de que la competencia era cada vez mayor entre los proveedores de video: los proveedores de satélite y fibra óptica de vídeo [telefónicas] habían entrado en el mercado y crecieron en cuota de mercado desde que el Congreso aprobó la Ley de 1992, y particularmente en los últimos años. Los operadores de cable, por lo tanto, ya no tenían el poder y la capacidad de bloquear la programación que se refería al Congreso en 1992. En segundo lugar, durante el mismo período se había producido un aumento espectacular tanto en el número de redes de cable como en la programación disponible para los abonados" (aclaramos que la ley Clinton de 1996 permitió a las telefónicas dar cable y a los cables triple play). Y este fue el punto crucial de la sentencia para descalificar la pauta del 30%. Ello hace inaplicable, por cierto, dicho precedente en la Argentina en la que se verifica una situación fáctica sustancialmente distinta. Pero nada de esto se cita en el fallo.

Lo que en el fallo bajo análisis (*Comcast v. FCC*) para la justicia norteamericana resultó arbitrario,

³ En el caso de la ley 26522 hace referencia al 35% del total del mercado de televisión por suscripción y no al del cable solamente

no lo es para el mercado de los servicios de comunicación audiovisual en la Argentina, altamente concentrado y con fuertes barreras de entrada regulatorias hacia las prestadoras de servicios públicos de telefonía (incumbentes) y en el caso de las cooperativas de servicios públicos con reglas antipredatorias exigentes (Artículo 30 ley 26522). El fallo es un antecedente importante, pero debe ser considerado en el país que es implementado, que es un mercado completamente diferente al argentino. Aquél es un mercado más vasto, que permite la existencia de empresas grandes con otras más pequeñas, en las que ambas tienen la posibilidad de acceder a las mismas economías de escala indispensables para lograr la sustentabilidad. En el mercado norteamericano, las empresas de cable compiten con las de telecomunicaciones. Aquí, el mercado del cable está expresamente protegido de la entrada de las telecomunicaciones, por lo tanto resulta conveniente promover la competencia en su interior.

Y la invocación de la cita del caso *Comcast v. FCC* es tan errada por parte de la Cámara Civil y Comercial Federal como la afirmación que sostiene que el cable, por no usar espectro radioeléctrico estaría exento de regulación en términos de propiedad cruzada o programación. Buena parte de las reglas de la Federal Communications Commission (FCC) en Estados Unidos también establecen cuotas de programación y normas destinadas a la protección de los televidentes y audiencias. Así, la FCC Order 07/217 para la diversificación de la propiedad de medios, la política del public access file para dar a conocer la propiedad de los medios audiovisuales o la regla de contenidos locales para las cadenas de alcance nacional son sólo algunos ejemplos⁴.

Pese a las referencias impertinentes invocadas, estos mecanismos regulatorios para los medios de comunicación, son perfectamente reconocidos y aplicables. En los casos "Prometheus I" y "Prometheus II". El 7 de julio de 2011, la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito, -en un fallo ratificado por el rechazo al certiorari recaído en junio de 2012- mantuvo el principio por el que la autoridad de aplicación debe intervenir para limitar la concentración y asegurar el pluralismo y la diversidad, al resolver la causa "Prometheus II". De manera somera -en concreto- la discusión pasaba por determinar si cabía la

⁴ www.fcc.gov

propiedad de dos estaciones de televisión abierta por parte de un mismo dueño en el mismo mercado, en la medida en que una de ellas no estuviera entre las cuatro primeras de audiencia, y existieran, además, otras cuatro independientes respecto de las cadenas nacionales, además de relajar la regla que prohíbe la propiedad cruzada entre diarios y televisoras en el mismo área de cobertura. Los jueces de la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito resolvieron que *“la limitación a la propiedad de los medios es una vía razonable para promover la pluralidad de puntos de vista y contar con medios de comunicación diversificados”*, que *“la regulación continua de la propiedad cruzada por parte de la autoridad de aplicación no viola la libertad de expresión”* y que *“las reglas de propiedad de los medios no implican manipular contenidos”*⁵.

Además, conviene resaltar la existencia de un nuevo caso "COMCAST" que acaba de recibir sentencia el 27 de marzo de 2013 en la Corte de Estados Unidos (COMCAST CORP. ET AL. V. BEHREND ET AL. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE THIRD CIRCUIT No. 11–864. Argued November 5, 2012—Decided March 27, 2013). En dicho caso, la Corte toma intervención tras una sentencia en contra de la empresa resuelta por la Corte federal de Apelaciones del Tercer Circuito que había hecho lugar a una acción de clase iniciada por habitantes del Estado de Pennsylvania, área de mercado ("DMA") Philadelphia, contra prácticas de predatorias y de "cluster" realizadas por "COMCAST" con el objeto de posicionarse monopólicamente en dicha área. A tal efecto, la Corte de Apelaciones hubo de disponer una indemnización en dinero. Si bien el voto de la mayoría no tiene interés en esta contienda (rechaza la acción ya que no se hallaba regularmente extendida la certificación necesaria para que los actores representaran "la clase") la minoría disiente con aquella afirmación y analizó de qué modo se configuran conductas monopólicas o predatorias que merecen sanción legal por las altas tarifas impuestas a los clientes como consecuencia. A tal efecto indica dicho disenso que los actores propusieron cuatro mecanismos de explicar la situación" y el test judicial se concentra en el cuarto mecanismo

⁵ (United States Court Of Appeals For The Third Circuit Nos. 08-3078, 08-4454, 08-4455, 08-4456, 08-4457, 08-4458, 08-4459, 08-4461, 08-4462, 08-4463, 08-4464, 08-4465, 08-4467, 08-4468, 08-4470, 08-4471, 08-4472, 08-4475, 08-4477, 08-4478 & 08-4652).

propuesto, es decir, un número de potenciales competidores ("overbuilders"), cuya presencia en el mercado hubiera limitado el poder de "COMCAST" de fijar y subir tarifas, estaban listos para entrar en el mercado pero deciden no hacerlo por las prácticas anticompetitivas de "COMCAST" 264 F. R. D. 150, 161–162 (ED Pa. 2010). La Corte consideró que los tribunales inferiores tuvieron razón ya que el Tribunal de distrito no abusó de su discreción en el uso del modelo utilizado que podría medir daños y perjuicios sufridos por la clase -incluso si los daños y perjuicios fueron además con aquellos causados por los "overbuilders" disuadidos. Eso porque los acusados alegaron la conducta anticompetitiva de que Comcast aumentó su propia cuota de mercado (y el poder de mercado) disuadiendo a principiantes potenciales, en particular, "overbuilders", de entrar en el mercado de área de Filadelfia. Mostrando que esto era así, la prueba de los recurridos tiende a mostrar lo mismo con respecto a otros principiantes. El fracaso de los "overbuilders" de entrar al mercado, disciplina el precio.

En el ya célebre "Associated Press vs. U.S.", del año 1945, la Corte Suprema de EEUU dirimió la pertinencia de la ley antimonopolio (*Sherman Act*) respecto de las prácticas y reglas aplicadas por esa agencia para discriminar en la entrega de información periodística a quienes no fueran socios de tal cooperativa -medios periodísticos todos ellos- y los efectos que provocaba ese condicionamiento sobre la competencia. El Juez Black, que formó la mayoría, en lo que interesa, sostuvo: "El hecho de que un editor manibre con noticias mientras que otros lo hacen con comida no hace, como destacaremos, sostener que el editor tenga un particular santuario en el cual pueda con impunidad violar leyes que regulan sus prácticas de negocios". Más adelante señaló: "La *Sherman Act* tiene la intención específica de prohibir a emprendimientos independientes transformarse en 'asociados' en un plan común para reducir la oportunidad de sus competidores de comprar o vender las cosas en las que el grupo compite". En 1969, en "Citizen Publ. vs U.S.", la Corte declaró violatorio de la "*Sherman Act*", modificada por la *Clayton Act*, allí el voto de la mayoría determinó que en el caso se restringía la competencia de modo tan "claro y no ambiguo" que justificaba un procedimiento sumario en el derecho antitrust. Agregó que de ningún modo podría asumirse que la Primera Enmienda implicaba dejar al gobierno (no dice Estado sino gobierno) sin poder suficiente para proteger la libertad de expresión. La última frase incorpora un renglón categórico:

"La venta del 'Star", para nosotros, parece muy adecuada", es un claro caso de desinversión.

Por ello, una iniciativa destinada a promover el acceso en condiciones de equidad a una facilidad esencial tales como espectro, clientela, publicidades, programación, infraestructura no repetible o no asequible en condiciones apropiadas para generar mayor pluralidad, no es uno de los supuestos vedados por los artículos 14, 32 y 75. inc. 22 de la Constitución Nacional. Antes bien, los Estados —entre ellos Argentina— tienen, en definitiva, la potestad de regular en materia de radiodifusión, y que esta regulación debe tener como meta fundamental la de garantizar la diversidad de los medios de comunicación. En tal sentido, resulta compatible con los estándares vigentes de libertad de expresión la regulación que ponga límites a la concentración de las empresas de medios de comunicación y a la conformación de redes permanentes de programación, y que establezca pisos mínimos de producción nacional, propios, locales e independiente.

c) La legitimidad de los límites a la multiplicidad de licencias a fin de garantizar la diversidad de propiedad de los medios de comunicación

Tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho comparado han sido contestes al procurar poner límites a la concentración en la propiedad de los medios de comunicación, por su impacto directo que aquélla tiene en la vulneración de la libertad de expresión. La Relatoría Especial de Libertad de Expresión de la OEA, ha expresado "*su preocupación por el peligro que representan los esquemas de concentración en la propiedad de los medios de comunicación para la formación de la opinión pública*" (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, *Informe Anual 2004*, punto 25).

Con relación a la cantidad de licencias que las legislaciones habilitan es posible identificar ejemplos en el derecho comparado como Inglaterra, Francia, e Italia. En los Estados Unidos -con más detalle- podemos agregar que la ley de 1996 estableció varias opciones para las telefónicas locales para ofrecer programación de video a suscriptores. Son: carriers de contenidos, "wireless cable" (conocidos como circuitos cerrados codificados inalámbricos) ("BRS"), cable y video en sistemas abiertos. La Comisión adoptó un formato reglamentario optimizado para sistemas abiertos de video que permite a los

operadores de sistema de video abierto ofrecer su propia programación y que brinda la capacidad de llegar a los suscriptores directamente a programadores independientes. Alentando a entrada en el mercado de distribución de programación video, la Comisión coloca sistemas de video para competir con los operadores de cable, sistemas de satélites de difusión directa y los proveedores de servicios inalámbricos de cable (BRS)⁶. A la vez conviene consignar que no es cierto ni fundado afirmar que toda regulación de cable y propiedad cruzada esté fulminada de inconstitucionalidad. De acuerdo a la regulación de los Estados Unidos, la información que suministra la FCC, señala que "Las reglas de la Comisión y la ley de comunicaciones generalmente excluyen propiedad común de: (1) un sistema de televisión por cable y un servicio de Radio de difusión ("BRS") (anteriormente "MMDS" y un sistema cable contemplado como inalámbrico) (2) un sistema de televisión por cable y un sistema de televisión de la antena de satélite Master ("colectiva") que sirve en la misma zona. Sin embargo, el paso siguiente de la ley de 1996, esta restricción no se aplica a sistemas de cable sujeto a una competencia efectiva en el área correspondiente de la licencia". Así en los Estados Unidos, por aplicación de las leyes antimonopólicas y la *Communications Act* de 1996, en cada área no se pueden superponer bajo la misma propiedad, periódicos y TV abierta. Asimismo, las licencias de radio no pueden superar el 15% del mercado local, la audiencia potencial nacional no puede superar el 35% del mercado y no está permitido poseer en simultáneo licencias de TV abierta y radio. Las cantidades de licencias —además de la limitación emergente de cálculo— están ajustadas a la cantidad de medios existentes en la zona de cobertura en cuestión. Asimismo, desde 1975 rige una norma que prohíbe la propiedad cruzada de periódicos y estaciones de radio y televisión. Esta norma prohíbe la copropiedad de una radiodifusora o televisora que preste servicios integrales y de un periódico con ediciones diarias, cuando los servicios que preste la radiodifusora o la televisora abarquen la ciudad donde se publique el periódico. Por último, en el caso de la propiedad de las televisoras, la norma sobre la propiedad de la televisión nacional prohíbe que una sola entidad sea propietaria de estaciones de televisión que tengan un alcance de más de 35% de hogares televidentes en los Estados Unidos. El alcance se define como el número de

⁶ Disponible en <http://www.fcc.gov/encyclopedia/evolution-cable-television#sec40>.

hogares televidentes del área de mercado televisivo designada (DMA, por sus siglas en inglés) asignado a cada televisora. A las estaciones de frecuencia muy alta (VHF, por sus siglas en inglés) se les atribuye el total de hogares con TV en el DMA; a las estaciones de frecuencia ultra alta (UHF, por sus siglas en inglés) se les atribuye un 50% de los hogares en el DMA.

La Corte Suprema de Estados Unidos ha ratificado la validez de estas normas (*Associated Press vs. US 1 US 20*). Entre otros antecedentes ver “Rules relating to multiple ownership, First Order and Report, 22”, FCC 2nd. 306.311 (1970); “FCC, Policy Statement on comparative Broadcasting Hearings”, 1.FCC 2nd. 393, 394, 1965; o “FCC v. National Citizens Comitee for Broadcasting”, 436 US 775). En un conocido caso, sobre la base de la opinión del juez Black señaló que *“es el derecho de los oyentes y televidentes, y no el derecho de los radiodifusores, el que es supremo en el caso...”*, el propósito de la primera enmienda preservar un desinhibido mercado de ideas en el cual la verdad finalmente prevalezca, antes que la monopolización del mercado (*Red Lion vs. FCC*”, 395 US 367).

Como podrá observar V.E, esta afirmación choca con la sesgada afirmación mayoritaria del fallo de Cámara Civil y Comercial Federal que privilegia solo aspectos económicos de la actora, planteando una línea de equilibrio para su funcionamiento que no permite la existencia de otros.

III.2. VALIDEZ CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 161 DE LA LEY 26.522.

Previo a abocarnos al análisis sobre la compatibilidad del artículo 161 de la ley 26.522 con los estándares internacionales de derechos humanos, resulta oportuno efectuar una serie de consideraciones relativas a la situación que atraviesa actualmente la Argentina.

a) La realidad de nuestro país

En nuestro país solo ocho ciudades del interior tienen más de una señal de televisión abierta. Es indudable entonces el efecto que tendrá una regla de esta naturaleza para lograr un mapa de medios más generoso que el actual en las distintas localidades del interior del país. La información sobre el origen de los contenidos de la televisión abierta recopilada por la Dirección Nacional de Supervisión y Evaluación de

la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AVFSCA) entre junio y agosto de 2009⁷ —a partir de los datos brindados por los propios licenciatarios en todo el país—, aporta elementos concretos para comprender las características del escenario actual en Argentina (ver 4° Informe contenidos de la televisión abierta argentina. Origen de la Producción – Tipo de Programas. Estructura de Propiedad”, datos correspondientes a junio, julio y agosto de 2009⁸).

Los 39 canales de televisión abierta que se encuentran fuera del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA) y La Plata retransmiten, en promedio, el 66% del total de sus horas de programación⁹. Casi la totalidad de esos contenidos se produce en los denominados “canales de cabecera” de la ciudad de Buenos Aires. A la inversa, las cinco señales del AMBA y La Plata, cuentan con un 98% de producción propia y sólo un 2% de retransmisión de contenidos.

Claramente, en nuestro actual sistema de medios, la producción para televisión abierta se encuentra concentrada en la ciudad de Buenos Aires, en manos de unas pocas empresas que, a su vez, poseen buena parte de las señales del interior del país, las cuales retransmiten sus propios contenidos. En efecto, dos compañías (Telefónica Internacional S.A —TISA— y Grupo Clarín), controlan más del 60% de este mercado. Por otra parte, TISA y el Grupo Clarín comercializan sus contenidos a través de firmas propias (Tevefé y Artear, respectivamente), a las que se suma un tercer proveedor de peso para este eslabón de la cadena de producción (Pramer). Entre los tres se reparten el 70% del total de las señales comercializadas en el país.

A falta de regulaciones —que sí existen en el derecho comparado— las fusiones y adquisiciones producidas en el mercado de proveedores de televisión por suscripción en Argentina redujeron las oportunidades de emisión a través de soportes como el cable o la televisión satelital y se sumaron al proceso de

⁷ Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AUFSCA), “4° Informe contenidos de la televisión abierta argentina. Origen de la Producción – Tipo de Programas. Estructura de Propiedad”, datos correspondientes a junio, julio y agosto de 2009. Disponible en http://www.afsca.gov.ar/web/estudios_contenidos.php

⁸ Disponible en http://www.afsca.gov.ar/web/estudios_contenidos.php.

⁹ Los porcentajes de programación retransmitida varían entre el 59% y el 73% de acuerdo con la región considerada.

concentración de la propiedad en la televisión abierta. En particular, la operación conjunta entre los dos mayores proveedores de TV por cable del país (Cablevisión y Multicanal, propiedad del Grupo Clarín y el fondo estadounidense Fintech Advisory), iniciada en el año 2007, permitió que un mismo grupo, con posición dominante en el mercado de producción audiovisual y televisión abierta, se quedara también con un porcentaje superior al 60% del mercado de la televisión por cable (alrededor de 3 millones de abonados).

Cabe destacar que la situación previa a la operación conjunta incluyó, casi desde sus orígenes, un reparto de las zonas de cableado en diferentes localidades del país a través de acuerdos entre ambas compañías o sus predecesoras, luego adquiridas por Cablevisión y Multicanal. Al mismo tiempo, la competencia verificable en la mayoría de las áreas donde había superposición del tendido fue eliminada, a partir del proceso de concentración llevado adelante mediante la adquisición de los cableoperadores competidores. Esta situación convirtió al mercado de la TV por cable en uno de los sectores que más casos de defensa de la competencia produjo en la historia de la aplicación de la legislación *antitrust* en Argentina. La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia subrayó este hecho en un informe específico sobre la materia publicado en febrero de 2007: “(...) de unos pocos casos resueltos en la década de 1990 (el primero de ellos en el año 1995) se pasó a varias decenas en lo que lleva de transcurrido el siglo XXI. A la fecha, la jurisprudencia nacional sobre distribución de programas de televisión abarca tanto casos de oficio y de denuncia de prácticas anticompetitivas como casos de control previo de operaciones de concentración económica”(Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) - International Development Research Center (IDRC). “Problemas de competencia en el sector de distribución de programas de televisión en la Argentina”, Buenos Aires, febrero de 2007)¹⁰.

En la actualidad sólo existen redes superpuestas y los usuarios tienen la posibilidad de elegir a su proveedor de televisión por cable en unos pocos centros urbanos grandes del país. Sin embargo, aún allí donde se verifican situaciones de competencia real, los niveles de concentración alcanzados a partir de la operación conjunta entre ambas empresas oscilan entre el 77% y el 95%.

¹⁰ Disponible en: http://www.mecon.gov.ar/cndc/comp_television_castell.pdf

Aquí es donde toma relevancia el antecedente del caso "COMCAST " de marzo de 2013, citado en el apartado III.1.b. de este escrito por vía de la disidencia que si entra a estudiar el fondo, respecto de la incapacidad de competidores de entrar al mercado de cada una de esas localidades.

b) Adecuación de los titulares de licencias a los nuevos parámetros de multiplicidad de licencias establecidos en la ley 26.522

La ley 26.522, a través del art. 161, establece que los titulares de licencias de los servicios y registros regulados por la ley...deberán ajustarse a las disposiciones de la ley en un plazo no mayor a un año desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición. Vencido dicho plazo serán aplicables las medidas correspondiesen al incumplimiento —en cada caso—.

Con relación al posible impacto de esta norma sobre los “derechos adquiridos”, existe importante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que contemporiza esta cuestión partiendo de la base de que la radiodifusión se trata de un servicio de interés público, que los titulares de las licencias realizan su explotación con el seguimiento y control del Estado y que deben atenerse a la regulación legal. En “Cablevisión S.A. c/ Municipalidad de Pilar s/ acción de amparo —medida cautelar—” cuya sentencia data del 4 de abril de 2006—, esta Corte rechazó el argumento esgrimido por Cablevisión en cuanto a los supuestos derechos adquiridos, en tanto “...nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a la inalterabilidad de los mismos” (Fallos: 267:247; 268:228; 291:359; 308:199; 311:1213; 315:839; 318:1531; 321:2683; 323:3412; 325:2875). Por cierto, en este caso la modificación del régimen jurídico no tiene su origen en una norma administrativa, sino que es fruto de una ley. En ese sentido, la jurisprudencia ha dicho que nadie tiene derechos adquiridos al mantenimiento de un orden jurídico y el título administrativo incorporado al patrimonio del licenciatario no puede ser entendido como una patente de corso que asegure indemnidad frente a cualquier cambio legislativo.

En cuanto al plazo consagrado por el artículo 161 de la ley 26.522, consideramos esencial advertir que, a diferencia de lo que se ha pretendido instalar mediáticamente —como fruto de intencionalidad política y alejada de la realidad—, no se trata de un plazo exiguo de un año y mucho menos se pretende que el titular de la licencia se desprenda de sus activos a precio vil o irrisorio, sin tener en cuenta las

particularidades económicas y financieras de cada uno. El mentado artículo 161 otorga un plazo para ajustarse o adecuarse a la norma que crea la incompatibilidad (no mayor de un año) contado “desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición”. Para lograr tal cometido, será necesario que se cree la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (autoridad de aplicación), dos de cuyos integrantes deberán ser designados a propuesta del Consejo Federal de Comunicación Audiovisual. Ahora bien, vencido que fuese ese plazo, cabe interrogarse cuál sería la consecuencia. La respuesta surge de la última parte del primer párrafo del art. 161: “*Vencido dicho plazo serán aplicables las medidas que al incumplimiento –en cada caso– correspondiesen*”. De ello no se desprende que el vencimiento del plazo legal determine la caducidad automática de la licencia sino que es necesario a tal fin el inicio de un procedimiento administrativo sancionador en donde el responsable podrá articular todas las defensas que estime adecuado, incluso las dirigidas a plantear las razones que lo llevaron a incumplir con las normas sobre adecuación al régimen de incompatibilidad. En suma: el plazo legal es un plazo de gracia que confiere el legislador ante una ilicitud sobreviniente (Licht, Bernardo. De corporaciones y derechos adquiridos. Página 12, 9 de octubre de 2009).

Además de estas precisiones legales, es menester indicar que el modelo aplicado por la ley de Servicios de Comunicación Audiovisual 26.522 en su artículo 161 se compadece plenamente con lo aconsejado por la UNESCO en marzo de 2008 respecto a la situación de países como Argentina, donde, como se ha visto, el grado de concentración en el actual estado de cosas es asfixiante para el ejercicio democrático y universal del derecho a la información (Programa Internacional de Desarrollo de las Comunicaciones, “Indicadores de Pluralismo en los medios de comunicación”).

En el derecho comparado, existen ejemplos de "desinversión" en medios de comunicación. La más cercana en el tiempo es la llamada "desincorporación de activos" emergente de la recientemente aprobada reforma constitucional en los Estados Unidos de México¹¹. En los Estados Unidos, el modelo regulador debe fijarse en el año 1982. En aquel momento, AT&T era la compañía privada más importante del mundo, con un millón de asalariados y una cifra de negocios que se eleva a 69.800 millones de

¹¹ Disponible en: <http://www.presidencia.gob.mx/wp-content/uploads/2013/03/Iniciativa-Reforma-Constitucional-Telecom.pdf>

dólares (en 1983). Con Bell Laboratories, AT&T disponía además de los más prestigiosos centros privados de investigación (cuatro premios Nobel), y por medio de Western Electric fabricaba su propio equipo. A través de 22 compañías locales, AT&T convirtió el teléfono norteamericano en uno de los mejores y más económicos del mundo. El 80% de los 180 millones de abonados eran clientes de AT&T, conocida como System Bell, e incluso, y familiarmente, como Mamá Bell, en Estados Unidos. Ese monopolio, adquirido hace aproximadamente un centenar de años, ha desaparecido en beneficio de nuevos operadores especializados en enlaces a larga distancia, como MCI, Sprint, filial del grupo General Telephone and Electronics (GTE), International Telephone and Telegraph (ITT) o Us Telephone. Después de tres lustros de pugna jurídica con las autoridades federales, el 11 de agosto de 1982 Charles Brown aceptaba renunciar a esas 22 filiales locales a las que se hallan conectados los abonados; AT&T conservaría Bell Laboratories, Western Electric y los enlaces a larga distancia. La operación de desmantelamiento (divestiture) tuvo lugar el 1 de enero de 1984, es decir en un año, cuatro meses y veinte días. Nada indica en esta magnitud que sea impertinente el plazo de un año desde que se fijan las condiciones de transición, tal como reza el artículo 161 de la LSCA.

En la ley 223/1990 de Italia, conocida como ley Mammi, se establece en el artículo 33, apartado 4, reformada por la ley de 23 de julio de 1997, 4, que "Los sujetos que a la fecha de entrada en vigor de la ley tengan ya conseguida una posición vedada...están obligados a cumplir el dicho apartado dentro de un plazo máximo de setecientos treinta días. En caso de incumplimiento, el Garante (la autoridad de aplicación") dispone la desactivación de las instalaciones televisivas o la separación forzada de la sociedad o la venta de las participaciones o cuotas o la venta forzara de las sociedades controladas o vinculadas".

Una consideración adicional. Un tópico sería necesario agregar es de qué modo el Estado Argentino o cualquier otro, si no del modo en que lo hizo o diverso, podría dar correcta aplicación al estándar de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión en las condiciones interpretadas por la Relatoría Especial de la CIDH, que contiene un principio indubitado como el 12 que reclama la existencia de leyes antimonopólicas contra oligopolios y monopolios en la comunicación social "*por cuanto conspiran contra*

la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos" (sic). Porque no hay modo alguno de aplicar reglas antimonopólicas en un determinado tiempo y espacio sin afectar a los instalados. Debería dejarse constancia que en algún momento esas normas deben empezar a regir en concreto porque no puede asumirse que la Comisión Interamericana fije estándares en abstracto.

Es decir, siempre habrá un día cero para todos y cada uno de los licenciatarios, permisionarios, o concesionarios - según el lugar que se desee ya que este tema excede la vocación argentina de dar cumplimiento al mandato - existentes en que tendrán que cumplir la ley. Es descabellado pensar que la Comisión Interamericana de derechos Humanos promovió principios en octubre del año 2000 marcando la urgencia de la diversidad y el pluralismo contra los monopolios y los oligopolios para no ser aplicados, por ejemplo, hasta la finalización de las licencias. Ello importaría en la Argentina una diferencia de siete años entre el primer vencimiento y los de sus competidores en el mercado de televisión abierta en la misma plaza dada la fecha de extensión de las mismas respetando el Decreto 527/2005 (2017 al 2024).

En radio hay licencias que vencen cada año. En otros países habría que esperar un cuarto de siglo, o en Uruguay sería imposible porque no hay plazo en el otorgamiento de licencias de TV analógica. O en México 25 años renovables en forma automática como en Chile, que es 20. Ello sin abundar, como enseña la sentencia "Standard Oil" de la Suprema Corte de los Estados Unidos al aplicar la ley Sherman, sancionada con posterioridad a la situación de hecho, en orden a que los efectos de la constitución de los monopolios u oligopolios, perduran en el tiempo independientemente de cuándo se constituyen, hasta que la situación se repara. Y para eso no sólo fija reglas hacia el futuro, sino que ordena modificar y sancionar lo que anteriormente estaba en infracción.

Por todo ello, el artículo 161 es compatible con el derecho comparado, con las reglas locales, y con el cumplimiento de estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

IV. PETITORIO

Esperando que nuestro aporte pueda contribuir a una justa resolución del caso a V.E. solicitamos:

- 1) Se tenga al CELS como Amicus Curiae en esta causa;

- 2) Se tengan en cuenta los fundamentos expuestos en el presente documento y se resuelva en consecuencia.
- 3) Se tengan por presentadas las copias acompañadas.

Proveer de conformidad que,

Será Justicia

OTROSI DECIMOS: Que manifestamos que el litisconsorcio del Estado Nacional ha prestado conformidad a esta presentación del CELS