

También señaló que deben protegerse los derechos de propiedad de los licenciarios mediante una indemnización y aseguró que es en la etapa de aplicación de la ley en donde deben resolverse muchas de las cuestiones que se plantearon en este juicio. Los jueces afirmaron que deben existir políticas transparentes en los subsidios y la publicidad oficial; que los medios públicos no deben ser meros instrumentos de apoyo a una política de gobierno, o una vía para eliminar voces disidentes; el AFSCA debe ser independiente y la ley debe ser aplicada respetando la igualdad y el debido proceso.

Esquema explicativo de la decisión:

### **Constitucionalidad general de la Ley de Medios**

1) Mayoría: Lorenzetti, Highton, Petracchi, Argibay, Maqueda y Zaffaroni.

La mayoría, en este aspecto, surge de los votos de los jueces Lorenzetti y Highton (en forma conjunta), Petracchi, Argibay, Maqueda, Zaffaroni.

Los principales argumentos son los siguientes:

La ley 26522, en cuanto regula la multiplicidad de licencias de modo general, es constitucional, porque es una facultad del Congreso, cuya conveniencia y oportunidad no es materia de análisis de los jueces. Por otra parte, el análisis constitucional es ajeno a los conflictos futuros que puedan presentarse con la aplicación de la ley, que son materia de otros pleitos.

La Corte Suprema ha dicho que la libertad de expresión es, entre las libertades que la Constitución consagra, una de las que posee mayor entidad, al extremo que, sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia nominal.

La libertad de expresión, en su faz individual, admite una casi mínima actividad regulatoria estatal, y ha sido fuertemente protegida por esta Corte en numerosos precedentes.

La protección constitucional no se limita a ello, sino que también incluye el derecho a la información de todos los individuos que viven en un estado democrático.

La libertad de expresión, en su faz colectiva, tiene por objeto proteger el debate público, con amplias oportunidades de expresión de los distintos sectores representativos de la sociedad. Se trata de fortalecer una democracia deliberativa, en la que todos puedan, en un plano de igualdad, expresar sus opiniones y en la que no pueden admitirse voces predominantes.

Que la ley es coherente con el derecho de los consumidores a la información (Art 42 CN) lo que significa el acceso a distintas fuentes plurales.

Que también lo es con la defensa de la competencia, como bien de incidencia colectivo (artículo 43 de la Constitución Nacional). En la medida en que las ideas y la información constituyen bienes que se difunden a través de los medios de comunicación, si hay concentración, sólo algunas ideas o algunas informaciones llegarán al pueblo, perjudicando seriamente el debate público y la pluralidad de opiniones.

Todo ello exige una protección activa por parte del Estado, por lo que su intervención aquí se intensifica.

Los medios de comunicación tienen un rol relevante en la formación del discurso público y en la cultura, por lo que el interés del Estado en la regulación es incuestionable.

En este contexto constitucional, es legítima una ley que fije límites generales a priori, porque de esa manera se favorece la libertad de expresión al impedir la concentración en el mercado.

Los jueces consideran que este tipo de regulaciones es una práctica internacionalmente difundida y aceptada. Citan numerosos precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Declaración de Principios sobre la libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como fallos nacionales e internacionales.

Como consecuencia de ello, cada uno de los votos examina en particular las razones de los textos legales impugnados y concluye que:

Es constitucional el art. 41, en cuanto sujeta la transferencia de licencias a la autorización estatal y establece limitaciones a la enajenación.

Mayoría: Lorenzetti, Highton, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Argibay

Es constitucional el art. 45. Apartado 1, inc. c) (24 licencias de cable); Apartado 1, párrafo final (35% del total de habitantes o abonados); Apartado 1, inc b) (no permite ser titular de más de una señal de contenidos);

Apartado 2, incisos c y d (licencia de cable o 1 licencia de TV abierta en orden local); Apartado 2, párrafo final (3 licencias locales); Apartado 3, en su totalidad (1 señal de contenido para titulares de licencias de radio y tv abierta y 1 señal propia para los titulares de licencias de cable).

Mayoría: Lorenzetti, Highton, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Argibay

2) Disidencia del Dr Fayt.

El análisis del caso parte de considerar que hay un derecho individual a la licencia que tiene la protección similar a la de un derecho de dominio y que involucra el derecho a la libertad de expresión. Que una restricción que afecte económicamente a la empresa periodística, es una afectación a la libertad de expresión. Como la licencia se equipara al derecho de dominio, no puede restringirse su disposición, y por ello es inconstitucional el artículo 41 de la ley. Hay otros modos menos restrictivos de controlar los fraudes. Que las limitaciones del artículo 45 no son proporcionadas ni idóneas para alcanzar los principios de diversidad perseguidos.

### **Aplicación de la ley: protección de los derechos de propiedad**

Mayoría: Lorenzetti, Highton, Petracchi, Zaffaroni.

La mayoría considera que la sentencia debe ajustarse a argumentos de las partes y a los hechos demostrados por ellas en el juicio.

En este sentido, no se ha probado que, al momento del dictado de la sentencia, exista una afectación actual de la libertad de expresión.

Lo que está en discusión es una ley del Congreso y no una decisión del Poder Ejecutivo, lesiva de la libertad de prensa, dirigida contra un particular que pueda dar lugar a la aplicación del precedente “Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén”, (Fallos: 330:3908). Por el contrario, la ley 26.522 emanada del Congreso no establece reglas dirigidas a afectar a un sujeto y no a otros. La ley establece límites iguales para todos los titulares de licencias. De modo que no corresponde aquí partir de una sospecha de ilegitimidad de la norma con desplazamiento de la carga de la prueba, sino que debe ser el grupo actor quien debe acreditar que la ley afecta sus derechos constitucionales.

De acuerdo con las constancias de la causa, en el caso no se encuentra afectado el derecho a la libertad de expresión del Grupo Clarín, en tanto no ha sido acreditado que el régimen de licencias que establece la ley ponga en riesgo su sustentabilidad económica. La “sustentabilidad” no puede ser equiparada a “rentabilidad”, y en este sentido, hace a la naturaleza propia de un proceso de desconcentración la posibilidad de una reducción consiguiente de los márgenes de ganancia empresarial.

No resulta admisible que sólo una economía de escala, como la que posee actualmente, le garantice la independencia suficiente como para constituir una voz crítica. Hay numerosos medios pequeños o medianos que ejercen una función crítica y, a la inversa, hay grandes concentraciones mediáticas que son condescendientes con los gobiernos de turno.

No hay en la causa una prueba de que exista una violación de la libertad de expresión derivada de la ley. La actora es titular de licencias que están protegidas porque integran el concepto de propiedad constitucional. El modo de proteger estas licencias es la indemnización pecuniaria, pero de ningún modo implica que la ley no pueda ser aplicada. Si así fuera, ninguna ley que proteja el interés general podría ser eficaz.

Ello no quiere decir que, si en la etapa de la aplicación se afectara la libertad de expresión hubiera una distribución discriminatoria de la publicidad o de los subsidios oficiales, la actora no pueda ejercer sus derechos.

Pero no se puede, en esta instancia, proteger un derecho que puede ser o no afectado en el futuro.

Por esta razón declara que el artículo 48 de la ley es constitucional, lo que debe ser interpretado en el sentido de que nadie tiene derecho al mantenimiento de la ley general, siempre que se indemnicen los perjuicios que sufra la licencia individual

El artículo 161, cuyo plazo de encuentra vencido, es constitucional.

Disidencia parcial de Argibay:

Las limitaciones de la ley son constitucionales (art 45), pero la forma de implementarlo no lo es y por eso son inconstitucionales los artículos 48 y 161. El cese simultáneo de todas las licencias, sin flexibilidad alguna, afecta la libertad de expresión. En especial debe considerarse:

a) Espacio radioeléctrico: en este caso la afectación se produce si el titular de la licencia no cuenta en esa área con otra licencia para un servicio de comunicación del mismo tipo que le asegure la posibilidad de ejercer su libertad de expresión. Si la tiene, la norma se aplica, y, en caso de que el retiro de la licencia procediese y ello ocasionara daños patrimoniales, una vez probados, deben ser objeto de la correspondiente compensación monetaria.

b) Licencias que no usan el espectro radioeléctrico: la plena ejecución del esquema contenido en el artículo 45 de la ley 26.522 debe esperar al vencimiento de las licencias ya otorgadas o su cancelación por motivos atribuibles al licenciatario. Este motivo puede ser la realización de prácticas anticompetitivas que impliquen abuso del poder de mercado, colusiones anticompetitivas, o en general cualquier práctica anticompetitiva. También puede cesar por deficiencias que puedan presentar las licencias que actualmente explotan las empresas demandantes.

c) Las autoridades pueden establecer un mecanismo de implementación de la LSCA, en especial de su artículo 45, que sustituya al artículo 161 LSCA de modo que no se vean alterados los derechos derivados de las licencias de comunicación audiovisual en curso, a cuyo amparo son desarrolladas actividades protegidas por el derecho a expresarse libremente y recibir información.

Disidencia parcial de Maqueda:

Las disposiciones de la ley que obligan a la actora a desprenderse de las licencias que le fueron otorgadas y prorrogadas por el Estado Nacional en el periodo 1996-2007 violan los derechos constitucionales de propiedad y de libertad de expresión.

La propiedad, en su sentido constitucional, alcanza al titular de una licencia de un servicio de comunicación. Tanto del otorgamiento y prórroga de las licencias reconocidas por el Estado por un plazo determinado, como de la conducta desplegada por el Grupo Clarín en consecuencia, se deriva con claridad la existencia de un derecho adquirido, entendido como aquel que ha sido definitivamente incorporado a su patrimonio y, como tal, amparado plenamente por los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional.

Ni el legislador ni el juez podrían, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatarse o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior.

Pretender asignar el carácter de privilegio a las licencias, como lo sostiene el Estado, dejaría librados a sus titulares y a la totalidad de los medios de comunicación, al simple arbitrio de la administración de turno, afectando de esa forma el principio de seguridad jurídica.

La cuestión no puede enfocarse exclusivamente desde un ángulo patrimonial, pues en el caso, se encuentra en juego el derecho a la libertad de expresión de la actora a continuar con su proyecto comunicacional y de la sociedad a recibirlo. Por eso un conflicto como el aquí planteado, no puede resolverse mediante el mero pago de una indemnización, porque ninguna reparación monetaria podría remediar eficaz e integralmente la lesión a este derecho. En una sociedad democrática, el valor de una información no expresada no puede ser mensurado en términos económicos.

Disidencia de Fayt:

Son inconstitucionales los artículos 41, 45, 48 y 161, y por ello no se aplica ninguna limitación y no hay obligación de desinvertir. Por lo tanto la actora continúa en la misma situación actual, sin necesidad de ajustarse en ningún momento.

### **Criterios de aplicación**

Los ministros hacen referencia a los siguientes aspectos:

- La Corte no tiene la función de establecer si la ley 26.522 se adecúa a los avances tecnológicos, si es obsoleta, incompleta o inconveniente, o si es la mejor posible. Esa es función del Congreso.

La ley y su propósito de lograr pluralidad y diversidad en los medios masivos de comunicación perdería sentido sin la existencia de políticas públicas transparentes en materia de publicidad oficial.

- El Estado afecta la libertad de expresión, si por la vía de subsidios, del reparto de la pauta oficial o cualquier otro beneficio, los medios de comunicación se convierten en meros instrumentos de apoyo a una corriente política determinada o en una vía para eliminar el disenso y el debate plural de ideas.

- Lo mismo ocurre si los medios públicos, en lugar de dar voz y satisfacer las necesidades de información de todos los sectores de la sociedad, se convierten en espacios al servicio de los intereses gubernamentales.
- Es de vital importancia que la autoridad de aplicación sea un órgano técnico e independiente, protegido contra indebidas interferencias, tanto del gobierno como de otros grupos de presión.
- En la aplicación de la ley deben respetarse: la igualdad de trato tanto en la adjudicación como en la revocación de licencias, no discriminar sobre la base de opiniones disidentes, ajustarse a los requerimientos del debido proceso en todas sus decisiones y garantizar el derecho de los ciudadanos al acceso de información plural.