

SUMARIO: PRESENTACIÓN COMO *AMICUS CURIAE*.

Excma. Corte Suprema:

CARLOS JORNET, presidente de la **Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas (ADEPA)**, con domicilio en calle Chacabuco Nro. 314, piso 3, de la Ciudad de Buenos Aires, conforme se acredita con copia de acta de designación de autoridades que se adjunta, con el patrocinio letrado de CARLOS JOSÉ LAPLACETTE, constituyendo domicilio electrónico en usuario número 20257506860 y procesal en calle Reconquista 609 piso 8vo. (Estudio Badeni, Cantilo, Laplacette & Carricart) de la Ciudad de Buenos Aires, en los autos caratulados “**Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ Acción meramente declarativa**” (Causa G 439/2013), a V.E. me presento y digo:

I.-

OBJETO

De conformidad con lo establecido en la resolución de V.E. de fecha 14 de agosto de 2013, ADEPA expresa ante este Máximo Tribunal de la Nación su opinión respecto de una de las cuestiones debatidas en autos, a fin de que la misma sea incorporada y considerada al momento de dictar sentencia.

II.-

CUMPLIMIENTO DE RECAUDOS FORMALES

Damos cumplimiento a lo establecido en el punto 2 de la Acordada 7/2013 para la participación de los Amigos del Tribunal, haciendo presente lo siguiente:

1. -

ADEPA es una entidad creada en el año 1962, inspirada por los objetivos que determinaron la fundación de la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP) en el año 1950.

Entre las finalidades que motivan la existencia de ADEPA, se encuentran la de “defender la libertad de expresión en general y la de la prensa en particular, con la convicción de que sin ellas no es posible la vigencia plena de la democracia”, tal como surge del artículo 1º de su Estatuto, el cual adjuntamos.

ADEPA está integrada por las entidades editoras de publicaciones periodísticas de aparición regular y circulación general que voluntariamente se asocian a ella (art. 2º), quedando excluidas las publicaciones editadas por reparticiones oficiales, asociaciones u organizaciones estatales o que representen intereses gremiales o profesionales (art. 5º).

Considerando las cuestiones debatidas en autos, las cuales responden a la finalidad determinante de la fundación de ADEPA, la presente causa reviste aspectos de gran interés para la entidad.

Concretamente, de las cuestiones propuestas por V.E. en la resolución del 14 de agosto, ADEPA desea expresarse respecto de la identificada como número III), es decir, sobre la validez constitucional del artículo 45, apartado 1, incisos a) y b) y párrafo final; y apartado 2, incisos c) y d) y párrafo final; apartado 3 de la ley citada; ello con particular referencia a su confrontación con las normas que tutelan la libertad de expresión y de prensa en la República Argentina, así como con el alcance que este Máximo Tribunal y distintos tribunales internacionales le han otorgado al citado derecho.

2.-

En segundo lugar, se pone de manifiesto que ADEPA no ha recibido financiamiento o asesoramiento específico de ninguna de las partes del proceso, ni obtiene beneficio económico de ninguna especie con el resultado del caso.

Si bien los fundamentos que habrán de exponerse acerca de la invalidez constitucional de las disposiciones que integran la cuestión III) suponen un apoyo a la posición de la actora, ello no ocurre por la intención de defender o apoyar a la persona de los actores, sino por la posición que el propio Estatuto de ADEPA impone a la entidad, frente a lo que se considera, por los motivos que se desarrollarán, un ataque concreto y, a la vez, un grave riesgo para la libertad de expresión y de prensa en nuestro país.

III.-**FUNDAMENTOS DE LA PRESENTACIÓN****1.-**

En el marco de su habitual defensa de la libertad de expresión, ADEPA desea expresar una preocupación particular en torno de los límites y regulaciones que el artículo 45 de la ley 26.522 impone a medios de comunicación que no utilizan el espectro radioeléctrico. El presente informe versará acerca de la incompatibilidad entre aquellos y la libertad de expresión que tutela nuestro ordenamiento constitucional.

2.-

La libertad de expresión es un derecho que, formando parte del elenco de derechos propios del constitucionalismo clásico, ha tenido un

extraordinario desarrollo a lo largo del siglo XX y en los primeros años del siglo XXI. Así lo atestigua una innumerable cantidad de normas nacionales e internacionales, así como los constantes debates doctrinarios y desarrollos jurisprudenciales.

La importancia de esta libertad no se detiene en la persona que se expresa. Por el contrario, ya desde principios de siglo ha sido particularmente apreciado que la libertad de expresión tiene una importancia dual o bifronte. Así lo ha entendido el sistema interamericano de derechos humanos en la Opinión Consultiva 5-85, explicando que la libertad de expresión representa un derecho de cada individuo, pero, por otro lado, implica también un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. Esta doble dimensión de la libertad de expresión ya había sido mencionada por autores estadounidenses a principios del siglo XX, como Roscoe Pound¹ o Zachariah Chafee (Jr.).²

La posibilidad de que la difusión de informaciones e ideas pueda ser llevada a cabo por los particulares en forma libre, y sin estar sujetos a la incidencia directa o indirecta de las autoridades estatales, representa uno de los elementos más importantes para la vigencia de un sistema democrático. Vélez Sársfield lo destacó al sostener que “la libertad de imprenta... puede considerarse como una ampliación del sistema representativo o como su explicación de los derechos que quedan al pueblo, después que ha elegido sus representantes. Cuando un pueblo elige a sus representantes no se esclaviza a ellos, no pierde el derecho de pensar o de hablar sobre sus actos; esto sería hacerlos irresponsables. El pueblo puede conservar y conviene que conserve el derecho de examen y crítica para hacer

¹ “Interests of Personality”, 28 Harvard Law Review 457.

² “Freedom of Speech in War Time”, 32 Harvard Law Review 932.

efectivas las medidas de sus representantes y de todos los que administran sus intereses” (Conv. del Estado de Buenos Aires).

La jurisprudencia de distintos tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha acercado a estas posiciones, al poner el acento en la vinculación entre libertad de expresión y democracia: “La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse” (OC-5/85 Serie A, No. 5, párr. 69, Caso “Ivcher Bronstein c/ Perú”, párrf. 151, etc.).

En palabras de este Excelentísimo Tribunal, que ADEPA suele citar con elogios en sus comunicados, entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal, pues “no sería aventurado afirmar que, aun cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución, al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica”.³

De este modo, en una sociedad democrática, la libertad de expresión integra la categoría de las llamadas libertades estratégicas que permiten preservar y consolidar a las restantes libertades. Si a las personas se les niega el acceso a la información y se las priva de la posibilidad de influir y recibir la influencia de las opiniones de otros, la expresión de sus ideas no será libre, y sin libertad para expresar la ideas no puede haber decisión democrática. Aunque se celebren elecciones y plebiscitos, ellas no serán reflejo de una

³ Fallos 248:291, 321:2250, 324:975, 331:162, etc.

auténtica voluntad colectiva, si no hay libertad de expresión que les permita a los electores conocer las cuestiones para cuya solución son convocados.

De allí la importancia de la libertad de prensa, ya que sin ella no hay libertad política y tampoco igualdad política, en la medida que esa potestad le será reconocida a quienes tienen cierto tipo de pensamiento y negada u obstruida a quienes no comparten esa forma de pensar.

3.-

La protección normativa de la libertad de expresión surge de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Nacional, la cual asegura a todos los habitantes el derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa. A ello se le suma el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual enuncia el derecho en su primer inciso, afirmando que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, y desarrollándolo en forma inmediata, al explicar que “este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Ocorre con frecuencia que el solo reconocimiento del derecho no siempre es suficiente, y por tal motivo los constituyentes recurrieron a garantías específicas para los mismos (v.gr., no puede privarse a alguien de su propiedad sin ley expropiatoria e indemnización previa). Para la cuestión que estamos debatiendo, a los artículos 14 de la Constitución Nacional y 13 de la Convención Americana, se suma, con una especial relevancia, lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución Nacional. Este último, incorporado en 1860, cuando ya se contaba con el reconocimiento de la libertad de expresión desde

1853 en el artículo 14, constituye una garantía particular del derecho, no prevista en la Convención Americana, y con una finalidad clara y específica, como lo es, en este aspecto, la de restringir aún más el ámbito de actuación del Estado Nacional. El constituyente consideró claramente insuficientes los artículos 14 y 28 de la Ley Fundamental para la tutela de la libertad de expresión. Ello lo llevó a incorporar esta prohibición especial.

Tomado de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, el artículo 32 de nuestra Constitución afirma, en términos claros y contundentes, que “el Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”. La norma es categórica. Así como en nuestro país no hay esclavos, ni nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni las provincias pueden ejercer facultades delegadas, del mismo modo el Congreso de la Nación no puede dictar leyes que restrinjan la libertad de expresión.

No se trata de una prohibición que admita grados o que pueda ser objeto de ponderación caso por caso. Esa evaluación ya la hizo el constituyente y como resultado de ello estableció una prohibición concreta. En el número 6 de *El Redactor* de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal, integrada por Bartolomé Mitre, Dalmacio Vélez Sársfield, José Mármol, Antonio Cruz Obligado y Domingo F. Sarmiento, al explicar los motivos de la incorporación del art. 32 de la Constitución Nacional, se expresó: “*Que la historia contemporánea había justificado plenamente la previsión de los pueblos que impusieron a fines del siglo pasado al Congreso federal esta limitación de facultades. Que ninguna nación del mundo había arribado a establecer principios regulares; pues, dejando a sus legisladores la facultad de reglamentar la*

libertad de la prensa, algunas no habían podido detenerse en la fatal pendiente que lleva hasta suprimirla, o someterla al juicio del ejecutivo, sin formas, como acontece en Francia”.

Por ello es que, de acuerdo a lo que siempre ha considerado ADEPA, no es posible que exista en nuestro país ningún tipo de legislación destinada a regular la libertad de expresión en general y, en particular, al ejercicio de la libertad de prensa. El artículo 32 es la principal muralla de contención que nuestra Constitución Nacional ha establecido frente a cualquier tipo de riesgo autoritario. En ella, los constituyentes depositaron sus esperanzas de que las autoridades no arrebatan al pueblo su derecho de examinar y criticar a sus representantes. Creían, como Madison, que un gobierno popular, sin información para el pueblo o sin los medios para conseguirla, no es más que el prólogo a una farsa o a una tragedia, o tal vez a ambas.

De esta forma, no podrían existir dudas de que el art. 32 CN prohíbe la existencia de leyes que regulen y decidan cuáles son los contenidos que podrán editarse, imprimirse, transmitirse, emitirse o difundirse por cualquier tipo de medio. En otras palabras, no puede existir una ley del Congreso (ni de los Estados provinciales) que imponga una determinada forma para que la libertad de expresión se ejerza.

Se trata de una prohibición absoluta para el Estado Argentino. Éste, bajo ninguna circunstancia, puede emitir una norma que establezca límites o restricciones o que, en cualquier otra forma, venga a limitar la libertad de expresión. Ocurre que aun cuando existan diferencias entre ellos, todos los medios técnicos de comunicación social responden a un objetivo común, cual es el de exteriorizar y difundir el pensamiento.

4.-

Contrariamente a lo señalado, y sin andar con ambigüedades, la ley 26.522 se encarga de controlar la expresión, de regularla, de permitirla o prohibirla; en última instancia, esta ley tiene por finalidad regular los contenidos que deben dar los ciudadanos a lo que debiera ser su libre expresión.

La nota al artículo 1° de la ley no podría ser más clara y elocuente: contenidos audiovisuales idénticos o similares deben ser reglamentados por el mismo marco regulatorio, independientemente de la tecnología de transmisión.

Se lo dice sin ruborizarse; la ley 26.522 viene a controlar y limitar los contenidos de las trasmisiones. Ello por un lado es una franca y directa violación al artículo 32 de la Constitución Nacional y, por otro lado, genera una entendible preocupación en ADEPA, ya que si contenidos similares merecen similar regulación, no existirán mañana límites jurídicos que impidan regular de modo similar a los diarios en Internet y luego a los diarios en papel.

5.-

Distintas disposiciones del artículo 45 de la ley 26.522 transgreden en forma clara la garantía del artículo 32 de la Constitución Nacional y, por tal motivo, generan una lesión inconstitucional al derecho a la libertad de expresión reconocida por los artículos 14 de la Constitución Nacional y 13 de la Convención Americana. Lo hace a través de distintos carriles que deben ser destacados.

- La autorización o registro estatal es una forma de censura previa

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 45 apartado 3, a fin de poder ser titular de una señal es obligatorio inscribirse en un registro creado y administrado por el Estado Nacional, del cual el particular puede ser dado de baja en cualquier momento en que la autoridad de aplicación decida que se encuentra incurso en infracciones graves. Sin la inscripción en ese registro, no se puede ser titular de señales.

Es bueno recordar que para la ley 26.522, señal es el *“contenido empaquetado de programas producidos para su distribución por medio de servicios de comunicación audiovisual”*. Hablamos, entonces, nada más que de contenidos que, con la sola excepción del soporte, en poco o nada se distinguen de una revista, una serie de TV o cualquier otra forma de expresión.

Algo similar puede decirse de la televisión por vínculo físico. El artículo 45, apartado 1, inciso c) establece un límite de “hasta veinticuatro (24) licencias... cuando se trate de licencias para la explotación de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico en diferentes localizaciones” en el orden nacional. Asimismo, en el orden local se impide ser, al mismo tiempo, titular de licencias de radiodifusión televisiva por suscripción y titular de una licencia de radiodifusión abierta.

La licencia, de acuerdo a lo que establece la propia ley, es el *“título que habilita a personas distintas a las personas de derecho público estatales y no estatales y a las universidades nacionales para prestar cada uno de los servicios previstos en esta ley y cuyo rango y alcance se limita a su definición en el momento de su adjudicación”* (art. 4). En otros términos, la licencia es la autorización estatal para poder ser propietario y operar ciertos medios técnicos de comunicación social.

Tanto en el caso de las señales como en el de la televisión por cable, la necesidad de estar inscriptos en un registro u obtener la autorización estatal previa a la posibilidad de expresarse es un caso claro y elocuente de censura previa.

Vimos que el artículo 14 de la Constitución Nacional prohíbe en forma expresa la censura previa. Otro tanto ocurre con el artículo 13.2 de la Convención Americana. Por tal motivo, no puede dejar de sorprender que la ley 26.522 recurra a prácticas que se consideraban ya olvidadas, como la de tener que contar con una autorización o licencia administrativa para poder expresarse a través de un medio técnico.

Estas exigencias no son nuevas. Surgieron en occidente con la imprenta y ahora se reeditan bajo el pretexto de defender al receptor de los mensajes. De modo similar, la prohibición de censura o autorizaciones previas para la expresión de la opinión constituye el aspecto más elemental de la libertad de expresión. Ya en 1769, Blackstone sostenía en que “la libertad de prensa... consiste en no colocar restricciones previas a las publicaciones, y no en verse librado de responsabilidades criminales luego de realizada la publicación”. Sobre este aspecto, es plenamente categórica la doctrina expuesta por la Corte Interamericana en la opinión consultiva 5/85, y en los casos “Olmedo Bustos” del 9 de mayo de 2001, “Kimel vs. Argentina”, y más recientemente en “Perozo vs. Venezuela” y “Ríos vs. Venezuela”. De allí que podamos sostener que la libertad de expresión puede ser caracterizada como la ausencia de interferencia

gubernamental. Es una libertad para comunicar, sin trabas de los controles gubernamentales.⁴

No parecen existir diferencias serias para sostener una distinta regulación entre una señal de cable, un canal de televisión transmitido por Internet o un diario digital. Por lo que si aceptamos que la señal de cable o el servicio mismo de cable puede ser sometido a un régimen de autorizaciones o permisos administrativos previos, no podría seriamente decirse lo contrario respecto de un diario digital. Y, nuevamente, si esa regulación alcanza al diario digital, ningún tipo de argumento podría evitar extender la misma a la prensa tradicional y de allí hasta los últimos rincones de la libertad de expresión. Si tales son las contradicciones entre la filosofía tradicional de la libertad de expresión y la radiodifusión, creemos que cualquier intento por compatibilizar las normas observadas del artículo 45 de la Ley 26.522 está condenado al fracaso.

No estamos ante una situación que pueda resolverse mediante una compatibilización de armonización de normas. O se opta por dos prohibiciones claras y terminantes de jerarquía constitucional, como lo son la prohibición de censura previa (arts. 14 CN y 13.2 CADH) y la ausencia de competencias del Estado Nacional en la materia (art. 32 CN) o se permite que el legislador nacional transgreda los límites fijados por el constituyente y, en consecuencia, establezca un sistema con el previsto en las normas analizadas, es decir, un esquema de autorizaciones administrativas previas para poder ser titular de señales audiovisuales y distribuirlas a través de redes electrónicas que no utilizan el espectro radioeléctrico.

⁴ Schauer, Frederick, *Free speech: a philosophical enquiry*, Cambridge University Press, 1982, p. 129.

5.1.- La limitación del ámbito geográfico o la cantidad de posibles receptores de las expresiones e ideas

El artículo 45, apartado 1 párrafo final dispone que “la multiplicidad de licencias —a nivel nacional y para todos los servicios— en ningún caso podrá implicar la posibilidad de prestar servicios a más del treinta y cinco por ciento (35%) del total nacional de habitantes o de abonados a los servicios referidos en este artículo, según corresponda”.

Ello implica que los titulares de servicios de comunicación privados no podrán nunca efectuar transmisiones que llegaran a todo el país, ya que basta con “*la posibilidad*” de prestar el servicio a más del 35% del total de población argentina, sin importar si en la práctica la transmisión es vista por mucha o poca gente. En contra de ello, los medios estatales, en particular *RTA*, no tienen límite alguno, por lo que pueden hacer oír su voz en todo el país, sin límite de ninguna especie.

La normativa genera aún más preocupación si tenemos en cuenta que el límite del 35 por ciento de audiencia potencial nacional que impone la nueva ley a los privados no alcanza a las emisoras y cadenas estatales, pudiendo el gobernante de turno poseer todas las emisoras que quiera, con una audiencia potencial del 100% de la población.

Desde el punto de vista de la genuina diversidad informativa, la prohibición de redes de programación o cadenas privadas atenta contra el pluralismo, porque sólo otorga peso y alcance nacional a las voces estatales, mientras que a los privados se los fragmenta económica y geográficamente.

Semejante escenario genera una notable preocupación en ADEPA. Si los medios de comunicación pueden ser regulados de este modo, qué

podría impedir que un diario fuera objeto de limitaciones similares. No podemos imaginar una limitación semejante que, por ejemplo, impidiera la existencia de diarios o revistas en todo el territorio del país. Sin embargo, en el caso de los servicios de comunicación audiovisual esa limitación existe, y aun cuando pudiera encontrársele algún tipo de justificativo en el caso de la radio o televisión abierta, la pretensión de limitar lo propio fuera de ese ámbito es tanto como impedir que el mensaje de un orador llegue a todo el país, como si los libros o los periódicos no pudieran circular libremente por todo el país.

La libertad de expresión no puede estar sujeta a limitaciones geográficas; así como un medio gráfico puede tener tirada nacional sin que nada se lo impida, igualmente un medio audiovisual debe tener la posibilidad de llegar a la mayor cantidad de habitantes del país, con la condición, desde luego, de ser ocupante legal de frecuencias propias y, dado la limitación de las áreas primarias de cobertura de sus frecuencias, lograr la adhesión de otros operadores legales para difundir su programación. Una solución contraria es tan inconstitucional como preocupante, en vista a los desarrollos tecnológicos que, como Internet, comienzan a deshacer las otrora notorias diferencias entre los diarios y revistas y la radio y la televisión.

III.-

PETITUM

Por todo lo expuesto, ADEPA solicita a V.E. que se tenga presente lo expuesto al momento de dictar sentencia.

PROVEER ASÍ,

ES DE LEY.-