

ALGUNOS PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DE LA LEY DE MEDIOS N° 26.522

HERNAN VICTOR GULLCO¹

1. INTRODUCCION

Es sabido que la sanción de la Ley de Medios (10.10.2009) ha planteado serios cuestionamientos constitucionales. Específicamente, el “Grupo Clarín”, un grupo económico mediático muy importante, al considerar que dicha norma afecta seriamente su funcionamiento, ha impugnado ante los tribunales varios aspectos de la ley citada².

El presente artículo no se ocupará de las cuestiones discutidas en el mencionado caso judicial. Examinará, en cambio, otros puntos constitucionales que, si bien no han tenido tanta repercusión pública, también plantean poseen gran trascendencia institucional³.

En los siguientes puntos, se señalarán cuáles son dichas cuestiones constitucionales y mi opinión al respecto.

2. LA REGULACION SOBRE EL CONTENIDO DE LOS PROGRAMAS

En el derecho constitucional, la jurisprudencia ha elaborado dos estándares diferentes para determinar, por un lado, la validez de las restricciones estatales al “contenido” de los mensajes en los que los individuos difunden hechos u

¹ Profesor Ordinario de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella.

² Cf. sentencia del Juez a cargo del Juzgado Civil y Comercial Federal n° 1 que rechazó en el caso “**Grupo Clarín S.A. y otros c. Estado Nacional**”, con fecha 14.12.2012, el citado planteo de constitucional y el pronunciamiento, de la 17.4.2013, de la Sala I de la Cámara de Apelaciones del citado fuero que, en el mismo caso, hizo lugar parcialmente a los argumentos de la actora. Ambas decisiones se encuentran transcritas en Abeledo Perrot Online.

³ El presente artículo se basa en un documento redactado por el suscripto como integrante de la “Asociación por los Derechos Civiles” (ADC) que, a su vez, fue utilizado por la citada asociación para la confección de un documento en que expresó su opinión sobre la ley 26.522.

opiniones y, por el otro, acerca de la constitucionalidad de las restricciones vinculadas con “cuestiones de tiempo, modo y lugar”⁴.

Estas últimas no se fundan en la aprobación o rechazo del Estado del “contenido” del mensaje sino que tratan de proteger a terceros de ciertas “externalidades negativas”: un ejemplo de ello, sería la prohibición de difundir música a alto volumen a través de un altoparlante en las cercanías de un hospital o en zonas residenciales a la hora de la siesta. Es por ello que el control judicial que se ejerce respecto de la validez constitucional de tales regulaciones se basa en un estándar de “mera razonabilidad” y, en consecuencia, en la mayoría de los casos aquéllas no serán declaradas inconstitucionales.

En cambio, cuando la restricción estatal se funda en el “contenido” del mensaje, los jueces deberán ejercer un examen de constitucionalidad mucho más estricto de las normas impugnadas. El alcance de dicho control aparece reseñado en la siguiente opinión judicial:

“9) Que las restricciones a la libertad de expresión que están basadas en el contenido del mensaje deben ser juzgadas con escrutinios más severos que aquellas que no presentan ese rasgo. Ese criterio es pacífico en la jurisprudencia constitucional norteamericana.

La sentencia de la Suprema Corte de los EE.UU. en la causa ‘United States et al. v. Play Boy Entertainment Group, Inc.’ (22/5/2000) reseña la doctrina que rige en la materia y los fallos que la han aplicado (cap. III) y la sintetiza así: cuando el gobierno intenta restringir el discurso (speech) basado en su contenido, se invierte la usual presunción de constitucionalidad reconocida a las decisiones del Congreso. ‘Las regulaciones [de la expresión] basadas en el contenido se presumen inválidas’ “R. A. V. v. St. Paul”, 505 US. 377, 382 [1992]) y el gobierno carga con la prueba de rebatir esa presunción.

Según la Corte norteamericana, es raro que una limitación que restrinja la expresión a causa de su contenido sea válida, razón por la cual si se diera al Estado el beneficio de la duda cuando procura coartar de esa manera el discurso, se correría el riesgo de admitir regulaciones que buscan modelar nuestras personalidades o silenciar ideas disidentes. Cuando la adecuación a la primera enmienda es el punto que debe ser probado, el riesgo de no persuadir, inherente a todo juicio, debe recaer sobre el gobierno, no sobre el ciudadano (fallo ‘Play Boy’, ya citado, loc. cit.).

⁴ En este punto me he basado parcialmente en lo expresado en el Capítulo 3° de la obra “**El Derecho a la Libre Expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros**”, 2° edición, Librería Editora Platense, 2010, de Enrique Bianchi y Hernán Gullco.

El escrutinio estricto que se aplica en estos casos exige que quien dictó la restricción pruebe mucho más que la mera razonabilidad de la norma: debe acreditar que ésta es ‘necesaria’ para el logro de un ‘apremiante interés público’ y que está ajustadamente diseñada para servir a ese interés (Barron, Jerome y Dienes, C. Thomas, ‘First Amendment Law’, West Publishing Co., 1993, ps. 23 y 27 y ss.).

La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos también supedita las condiciones y restricciones que afecten el ejercicio de la libertad de expresión a que sean ‘medidas necesarias en una sociedad democrática’ (art. 10, destacado agregado).

La desconfianza que inspiran las restricciones content based es justificada y se basa, según Stone, en tres clases de razones: a) esas restricciones distorsionan el debate público; b) los funcionarios tienden a prohibir, a través de ellas, a expresiones que consideran ‘poco valiosas’ o ‘perjudiciales’; c) son restricciones inspiradas en el miedo al “impacto comunicativo” de la expresión prohibida: los funcionarios no creen que los ciudadanos, expuestos a determinadas expresiones, puedan hacer las opciones que las autoridades consideran ‘correctas’. También el gobierno teme que la expresión (que se prohíbe) pueda provocar la respuesta de una ‘audiencia hostil’. Advierte el autor citado que en todas estas posturas subyace un fuerte e intolerante paternalismo (Stone, Geoffrey R., ‘Content Regulation and the First Amendment’, 25 William & Mary Law Review 189, año 1983; del mismo autor, ‘Content - Neutral Restrictions’, 1987, The University of Chicago Law Review, 54:46).

La presunción de invalidez de las restricciones a la libertad de expresión, que están basadas en el contenido de aquélla, resulta coherente con la jurisprudencia según la cual las autoridades no pueden restringir las palabras de los ciudadanos porque desapruében el mensaje particular que transmiten (‘Cornelius v. NAACP. Legal Def. & Educ. Fund.’, 473 US. 788, año 1985; ‘Consolidated Edison Co. v. Public Serv. Comm’n’, 1980, 447 US. 530)⁵.

La aplicación de la pauta transcripta a ciertas normas de la Ley de Medios me lleva a considerar que aquéllas no son compatibles con las disposiciones constitucionales que tutelan el derecho a la libre expresión.

Así, el examen de los artículos 65, 67 y 81 de la Ley 26.522 muestran que aquéllos establecen pautas muy rígidas respecto de los contenidos de los

⁵ Voto en disidencia parcial de los jueces Petracchi y Belluscio, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “**Asociación de Teleriodifusoras Argentinas y otros c. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**” (Fallos: 328:1825 -2005-).

programas⁶. Tal reglamentación, lejos de ser una “regulación neutral” de la programación en los términos de la doctrina judicial reseñada, configura una

⁶ “Art. 65.– Contenidos. Los titulares de licencias o autorizaciones para prestar servicios de comunicación audiovisual deberán cumplir con las siguientes pautas respecto al contenido de su programación diaria:

1. Los servicios de radiodifusión sonora:

a. Privados y no estatales:

i. Deberán emitir un mínimo de setenta por ciento (70%) de producción nacional.

ii. Como mínimo el treinta por ciento (30%) de la música emitida deberá ser de origen nacional, sea de autores o intérpretes nacionales, cualquiera sea el tipo de música de que se trate por cada media jornada de transmisión. Esta cuota de música nacional deberá ser repartida proporcionalmente a lo largo de la programación, debiendo además asegurar la emisión de un cincuenta por ciento (50 %) de música producida en forma independiente donde el autor y/o intérprete ejerza los derechos de comercialización de sus propios fonogramas mediante la transcripción de los mismos por cualquier sistema de soporte teniendo la libertad absoluta para explotar y comercializar su obra⁽⁷²⁾. La Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual podrá eximir de esta obligación a estaciones de radiodifusión sonora dedicadas a colectividades extranjeras o a emisoras temáticas...”.

Por su parte el artículo 67 de la Ley establece lo siguiente respecto de la participación que debe tener el cine nacional en las transmisiones televisivas:

“Cuota de pantalla del cine y artes audiovisuales nacionales⁽⁸¹⁾. Los servicios de comunicación audiovisual que emitan señales de televisión deberán cumplir la siguiente cuota de pantalla:

“Los licenciatarios de servicios de televisión abierta deberán exhibir en estreno televisivo en sus respectivas áreas de cobertura, y por año calendario, ocho (8) películas de largometraje nacionales, pudiendo optar por incluir en la misma cantidad

“regulación sobre el contenido” que no parece constitucionalmente válida, ni siquiera en el ámbito específico de la radiodifusión⁷. Este estado de cosas es

hasta tres (3) telefilmes nacionales, en ambos casos producidos mayoritariamente por productoras independientes nacionales, cuyos derechos de antena hubieran sido adquiridos con anterioridad a la iniciación del rodaje.

“Todos los licenciatarios de servicios de televisión por suscripción del país y los licenciatarios de servicios de televisión abierta cuya área de cobertura total comprenda menos del veinte por ciento (20%) de la población del país, podrán optar por cumplir la cuota de pantalla adquiriendo, con anterioridad al rodaje, derechos de antena de películas nacionales y telefilmes producidos por productoras independientes nacionales, por el valor del cero coma cincuenta por ciento (0,50%) de la facturación bruta anual del año anterior^{(82)...}”.

El artículo 81 contiene disposiciones similares en punto a la regulación de la publicidad:

“Los licenciatarios o autorizados de los servicios de comunicación audiovisual podrán emitir publicidad conforme a las siguientes previsiones:

a) Los avisos publicitarios deberán ser de producción nacional cuando fueran emitidos por los servicios de radiodifusión abierta o en los canales o señales propias de los servicios por suscripción o insertas en las señales nacionales;

⁷ Se suele aceptar que, en el ámbito de los medios audiovisuales, las restricciones a la libertad de expresión pueden ser más amplias que en los medios gráficos. Las razones de ello aparecen en una decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América de 1943. En esa oportunidad, el tribunal señaló las circunstancias que habían hecho necesaria en dicho país, a partir de 1927, la fuerte intervención estatal en dicho campo: “...La difícil situación en la que se encontraba la radio antes de 1927 [**esto es, el enorme casos que existía en el campo de las transmisiones radiales, que era provocado por la ausencia de regulación, lo que determinaba que varias emisoras utilizaran la misma frecuencia, produciéndose interferencias mutuas**] era atribuible a ciertos hechos básicos acerca de la radio como medio de comunicación -sus medios son limitados, no son accesibles a todos aquellos que quieran usarlos; el espectro radial sencillamente no es lo suficientemente extenso para hacer lugar a todo el mundo-. Existe una limitación natural que es fija respecto del número de estaciones que

particularmente grave en el contexto de la Ley 26.522 si se advierte que, conforme su artículo 106, inc.2º, el “Incumplimiento de las disposiciones sobre contenido relativas a los porcentajes de producción nacional, propia, local y/o independiente y publicidad en las emisiones en forma reiterada” puede dar lugar a sancionar al infractor con la “caducidad de la licencia”.

Es cierto, tal como surge de los antecedentes de la ley examinada, que tales regulaciones son habituales en el derecho comparado en el ámbito de los medios audiovisuales. Sin embargo, si se parte del hecho evidente que la difusión de hechos y opiniones a través de tales medios es una “expresión” en los términos de la Constitución Nacional, no se advierten razones para establecer restricciones tan fuertes en dicha libertad que no serían consideradas válidas si se pretendiese aplicar a la prensa gráfica.

2. EL SISTEMA SANCIONATORIO DE LA LEY Y SU AFECTACION AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La ley examinada presenta otras características que también son objetables constitucionalmente. En tal sentido, normas vagas tales como, por ejemplo, el artículo 106, inc.2º (“Reincidencia del incumplimiento *de normas técnicas* en cuanto pueda afectar la calidad del servicio o las áreas de servicio establecidas para otras emisoras”), puede afectar seriamente el principio de legalidad penal (artículos 18 de la Constitución Nacional, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) en tanto deja completamente en manos de la Administración la determinación de la conducta punible al hacer referencia vagamente a unas “normas técnicas” cuyo contenido no fija en forma alguna. Tal como explica Ricardo Nuñez, la válida constitucional de las “leyes penales en blanco” (como las aquí examinadas)

pueden operar sin interferir la una con la otra. Por tal razón, la reglamentación de la radio fue vital para su desarrollo de la misma manera que el control del tránsito lo fue para el desarrollo del automóvil. Al sancionar la Ley de Radio de 1927 -el primer sistema amplio de control respecto de las comunicaciones radiales- el Congreso actuó basado en el conocimiento de que, si no se quería desperdiciar las potencialidades de la radio, era esencial la regulación...” (caso “**NBC v. United States, CBS v. United States**”, 319 U.S.190, transcripto en Bianchi/Gullco, op.cit., capítulo 12). Se trataría, entonces, de una regulación “neutral” de la libertad de expresión la cual, por las razones ya mencionadas, no debería ser objetable constitucionalmente. Sin embargo, la supuesta “escasez” de las frecuencias, como argumento destinado a justificar la regulación de las emisoras de radio y televisión de aire, no parece existir en los canales de cable (cf.op y loc. cit en donde se cita jurisprudencia estadounidense en tal sentido).

depende de que aquéllas sean completadas también para una ley en sentido formal⁸.

Por otra parte, debe recordarse que en el caso “**Kimel v. Argentina**”⁹, la Corte Interamericana, al declarar que los arts.109 y 110 del Código Penal Argentino eran incompatibles con el artículo 9 de la Convención Americana debido a su excesiva vaguedad, impuso criterios sumamente estrictos respecto de la precisión que deben tener las normas que sancionan el ejercicio de la libre expresión. Y, a la luz de tales pautas, parece claro que el art.106, inc.2º, no los satisface, tal como ocurre con varias de las normas que contienen sanciones. En tal sentido, aparece como particularmente peligrosa la norma del artículo 108, inc.”a” en tanto sanciona con caducidad de la licencia a quien realice “...actos atentatorios contra el orden constitucional de la Nación o utilización de los Servicios de Comunicación Audiovisual para proclamar e incentivar la realización de tales actos”, ya que la amplitud y vaguedad de dicha norma puede servir para penalizar meras discrepancias con la política gubernamental.

Por cierto que no es un obstáculo para la conclusión mencionada la circunstancia de que las normas examinadas no serían “penales” en sentido estricto sino meramente “administrativas”, respecto de las cuáles serían menos exigentes los requisitos constitucionales en punto a la precisión que deben tener las normas que contienen sanciones. Tal objeción no sería acertada ya que la misma Corte Interamericana ha sido muy clara en establecer que los requisitos del art.9 de la Convención Americana también debían ser fielmente respetados por las normas que contenían sanciones “disciplinarias” que no eran consideradas “penales” para el derecho nacional (conf. caso “**Baena v. Panamá**”, sentencia del 2.2.2001, parrs.106/115).

3. LA AFECTACION AL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO

El problema constitucional que presenta la vaguedad mencionada en el punto anterior se ve fuertemente agravado por el débil sistema recursivo que presenta la Ley 26.522. Así, el carácter fundamentalmente devolutivo del recurso previsto en su artículo 112¹⁰ es objetable constitucionalmente ya que parece contradecir

⁸ “**Derecho Penal Argentino**”, Tomo I, págs.100-101, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959.

⁹ Sentencia del 2.5.2008.

¹⁰ Artículo 112:

Jurisdicción. Una vez agotada la vía administrativa, las sanciones aplicadas podrán ser

el derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el art.18 CN y en diversos tratados de jerarquía constitucional, tal como lo ha resuelto la jurisprudencia en varias ocasiones al declarar la inconstitucionalidad de normas análogas (conf., Corte Suprema de la Nación, caso “**Lapiduz**”, Fallos: 321:1043 -1998-, considerando 3º y su cita). En definitiva, debido al fuerte impacto disuasorio que puede llegar a tener esta norma sobre los licenciatarios, puede ser considerada como una restricción “indirecta” a la libre expresión, prohibida por el art.13.3 de la Convención Americana¹¹.

Es fácil concluir, entonces, que el citado art.103 no cumple con los requisitos establecidos por la Corte Interamericana en tanto no otorga mínimamente el acceso a una “tutela judicial efectiva” en los términos del art.25 de la Convención Americana, conforme una jurisprudencia consolidada de la Corte Interamericana. Así, el citado Tribunal ha resuelto que para que el recurso judicial que otorgue dicha tutela exista, “... no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica; porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones...” (Caso “**Cesti Hurtado c. Perú**”, sentencia del 29/9/99, párr. 125, el énfasis ha sido agregado; doctrina reiterada por el mismo tribunal en las siguientes decisiones: “**Caso del Tribunal Constitucional**”, sentencia del 31/1/2001, párr. 90; “**Las Palmeras**”, sent. del 6/12/2001, párr. 60 y “**Acevedo Jaramillo c. Perú**”, sentencia del 7/2/2006, párr. 213; entre muchos otros).

4. CONCLUSION

recurridas ante los Tribunales Federales de Primera Instancia con competencia en materia contencioso-administrativa, correspondientes al domicilio de la emisora.

La interposición de los recursos administrativos y de las acciones judiciales previstas en este artículo no tendrá efecto suspensivo salvo en el caso de caducidad de licencia, en el que deberán analizarse las circunstancias del caso.

¹¹ Cf. sentencia de la Corte Suprema de la Nación en el caso “**Editorial Río Negro S.A. c. Pcia del Neuquén**” (Fallos: 330:3908 -2007-) en el cuál el tribunal resolvió que constituía una “restricción indirecta la libertad de expresión”, prohibida por el art.13.3. de la Convención Americana, el retiro de publicidad oficial sin razones objetivas.

Las disposiciones de la Ley 26.522, que acabamos de examinar, parecen fundarse en la creencia (que también existe en otras regulaciones)¹², que ciertos ámbitos del derecho son “especiales” y que, en consecuencia, aquéllas se encuentran libres de las restricciones constitucionales que son comunes para los campos “normales” del derecho.

Sin embargo, parece que tal creencia es equivocada ya que, tal como vimos, no existen buenas razones para no aplicar al ámbito de los medios audiovisuales los mismos principios constitucionales que son considerados esenciales en otros contextos.

¹² Ver, por ejemplo, la decisión de la Corte Suprema de la Nación en el caso “**Gabrielli**” (Fallos: 319:1165 -1996-) en el cual el tribunal declaró que era constitucionalmente válida la decisión del Ejército Argentino de destituir a un oficial por el hecho de haber contraído matrimonio sin la previa autorización de sus superiores. La Corte fundó su decisión en la “particular relación de sujeción en que se hallaba el oficial conforme a su estado militar”.