

LA CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN¹⁻²

Roberto Gargarella³

Resumen: En este trabajo se pretende definir algunos principios básicos de la interpretación constitucional, destinados a ayudarnos pensar especialmente sobre el diseño que abarca la Constitución Nacional sobre la libertad de expresión, teniendo como objeto de análisis la Ley de Medios Argentina y con el objetivo de superar algunas críticas sobre el documento normativo, bien como señalar algunos de sus problemas, ya sea desde un punto de vista formal de la aplicación.

Palabras-clave: Ley de Medios; Argentina; la libertad de expresión.

1. Introducción

Muchas de las críticas que se han hecho contra de la nueva Ley de Medios Audiovisuales⁴, se ven afectadas por interpretaciones poco apropiadas de la Constitución. Ello, normalmente, a resultas de haber previamente partido de una filosofía política conservadora o crudamente liberal (filosofías que explicaron, en todo caso, pero nunca justificaron del todo, la Constitución de 1853, pero que difícilmente expliquen o justifiquen la de 1994); o de visiones de la democracia que poco tienen que ver con nuestros más elementales acuerdos en la materia.

En este breve escrito, quisiera definir algunos principios muy básicos de interpretación constitucional, destinados a ayudarnos a pensar, muy especialmente, sobre la concepción que abraza nuestra Constitución en materia de libertad de expresión. Desde dicha base, según entiendo, podemos estar en mejores condiciones para dejar de lado muchas de las críticas que

¹ Artigo publicado, em espanhol, na Revista Argentina de Teoría Jurídica, Vol. 14 (Julho de 2013).

² Agradezco de modo muy especial a Julián Rotenberg y, sobre todo, a Nahuel Maisley por el excepcional apoyo que me brindaron en la escritura de este texto.

³ Mestre e Doutor em Direito pela University of Chicago. Professor da Universidad de Buenos Aires e da Universidad Torcuato di Tella. Diretor da Revista Argentina de Teoría Jurídica. Blog: <http://seminariogargarella.blogspot.com.br/>.

⁴ Desde aquí, Ley de Medios.

se han hecho a la Ley, pero así también, al mismo tiempo, para reconocer los muy graves problemas de redacción e implementación que la afectan.

2. Principios: Filosofía política y concepción de la democracia

Mi propuesta de interpretación constitucional parte de principios muy básicos, que son susceptibles de sofisticaciones conocidas, a las que no necesito llegar para los propósitos de este trabajo⁵. Ante todo, entiendo que la Constitución es -y debe entenderse y mantenerse como- un pacto entre iguales. Ver a la Constitución como un pacto entre iguales quiere decir, primeramente, que nada de lo expresado por ella debe verse como compatible con la afirmación o amparo de desigualdades injustificadas. La Constitución es el pacto fundante que configura nuestra comunidad, y ese pacto republicano e igualitario rechaza tomar como dadas diferencias moralmente irrelevantes: desde el punto de vista de la Constitución, nadie valdrá menos, entonces, por nacer en el Sur o en el Norte; por pensar como un federalista o como un centralista; por suscribir o no la religión dominante; etc. Esto es lo que genera lo que Ronald Dworkin llamó una obligación de *igual consideración y respeto* (Dworkin 1984).

Este igualitarismo constitucional, por lo apenas dicho, ya se distingue de modo significativo de dos de las principales filosofías políticas que estuvieron detrás de la redacción original de nuestra Constitución: el conservadurismo y el liberalismo.

El anti-conservadurismo de la Constitución se advierte ya, fácilmente, como implícito en las breves líneas anteriores. A diferencia de lo que históricamente propuso el conservadurismo, la Constitución no reconoce a las diferencias de religión, género, clase o raza como diferencias moralmente relevantes. Bajo su imperio no hay reyes, ni sangre azul, ni religión, ni razas superiores, ni personas que, por razón de su género, merezcan un respeto superior o inferior. Ésa era la ideología del conservadurismo, pero no es la ideología de la Constitución.

Y la ideología de la Constitución tampoco es el liberalismo, al menos el liberalismo decimonónico que estuvo detrás del alumbramiento de la Constitución de 1853. Dicho liberalismo –claramente, en la versión de Juan Bautista Alberdi- era radicalmente antiestatista; hostil frente a los derechos sociales; crítico de la participación de las mayorías en política (ver

⁵ Ver, por caso, Nino 1984.

en general, Alberdi 1920). Ninguno de esos núcleos duros del viejo liberalismo pueden considerarse hoy como partes integrantes de la Constitución: están ausentes las razones públicas capaces de apoyar semejantes reclamos (Rawls 1991). Por lo demás, y lo que tal vez para muchos sea más importante, la Constitución de 1994 arrasó con los compromisos ideológicos del liberalismo del siglo 19, desterrándolos de su texto. En la actualidad, los derechos sociales son una parte central, sólida, indubitable de su cuerpo; del mismo modo en que el sufragio universal, obligatorio y secreto –en donde cada persona cuenta como uno, y sólo como uno– representa un aspecto indisociable de nuestro constitucionalismo. Por lo demás, la actual Constitución no puede considerarse estatista ni anti-estatista: el arreglo institucional que se escoja al respecto deberá ser, simplemente, el que instrumentalmente resulte más ajustado al respeto de los derechos de todos, y el reaseguro del autogobierno colectivo.

En definitiva, la columna vertebral de nuestra Constitución (me animaría a decir, de cualquier Constitución democrática y republicana) reside en la igualdad: allí adentro anida la *filosofía política* de la Constitución. Dicha filosofía política igualitaria nos ayuda a señalar una determinada *concepción de la democracia*, a la cual la Constitución se encuentra atada. Me apresuraría a decir que la misma tiene que ver con lo que Nino llamara una *concepción deliberativa* de la democracia (Nino 1996). De todos modos, otra vez, no necesito llegar tan lejos para señalar lo que me interesa señalar. Me basta con decir que la concepción de la democracia propia de nuestra Constitución debe ser consistente, al menos, con la idea básica de igualdad de la cual partimos. Ese solo hecho ya resulta relevante. De allí se deriva, por ejemplo, que la Constitución está interesada ante todo en las personas –los individuos– situados en pie de igualdad: lo que importan son ellos, antes que los grupos a los que ellos eventualmente pertenecen, y mucho antes que los “poderes fácticos” que puedan estar interesados en definir las orientaciones centrales de la política pública.

Esta idea elemental resulta especialmente relevante a la hora de pensar en teoría de la democracia. Para ver el contenido de lo dicho, piénsese en lo siguiente: alguien podría decir que la Constitución norteamericana nació atada a una concepción de la democracia diferente – que algunos describieron como pluralista (Dahl 1963). Dicha concepción parecía mirar sobre todo a los grupos o *facciones* en que encontraba dividida a la sociedad, y aparecía orientada fundamentalmente a prevenir las mutuas opresiones entre tales facciones. Se trataba, como alguna vez dijera Carlos Nino, de una concepción “negativa” de la democracia (Nino 1996, 81).

Para decirlo de un modo más crudo: lo que se pretendía era reconducir la virtual guerra civil constitucionalmente, dándole lugar constitucional efectivo a cada una de las facciones dominantes, y un poder institucional equivalente (metafóricamente, armas de calibre semejante) a cada una de ellas, de modo de asegurar el mantenimiento de una “paz armada.” Allí, en esa – negativa, restringida, pobremente igualitaria- lectura de la democracia, reside por ejemplo la esencia del sistema de frenos y contrapesos, que puede ser vista a la vez como la esencia de la Constitución norteamericana.

Pues bien, la Constitución argentina de 1994 no merece ni debe ser leída bajo el prisma de una concepción de la democracia de ese tipo. Su pretensión crucial no es la de dar cobijo y resguardo al poder fáctico, sino la de permitir que la vida de las personas sea el resultado de lo que ellos decidan para sus vidas individuales y de conjunto. Ello queda evidenciado, por ejemplo, en el doble compromiso valorativo que marca la vida de nuestro constitucionalismo: el compromiso con la autonomía individual, y el compromiso con el autogobierno colectivo. El primer compromiso se expresa centralmente en la declaración de derechos –la “parte dogmática” de la Constitución-, mientras que el segundo encuentra su lugar primordial en la organización de la maquinaria democrática o “parte orgánica” de dicho documento fundacional (Gargarella 2005). Lo dicho, según entiendo, nos remite a la idea principal de la ya citada postura democrática deliberativa: los asuntos públicos deben ser resueltos –no a partir de la decisión de unos pocos, ni de un acuerdo entre los grupos más poderosos de la comunidad, sino- conforme a una *discusión que involucre a todos los potencialmente afectados* por la decisión que va a tomarse (Habermas 1998).

En dicha discusión igualitaria, nadie vale más que ningún otro: todos se encuentran situados en un pie de igualdad. Desde esta concepción –si se quiere, “positiva”, de la democracia, dos son los elementos que resaltan. Por un lado la idea de *discusión pública*, que contrasta, de modo más obvio, con la de “imposición de algunos”, pero también con las de “arreglo entre los grupos más poderosos”, o la de “negociación detrás de la escena” (Schmitt 1992). La discusión pública viene a ser el medio “natural” del autogobierno colectivo que, obviamente, debe pasar en algún momento por un proceso de agregación de preferencias, como el sufragio. Pero dicha votación no puede dejar de estar precedida de la discusión, que resulta imprescindible para que –en el marco de una comunidad de personas con racionalidad limitada y conocimientos imperfectos- cada uno clarifique sus propias ideas, las contraste con los demás,

aprenda de los otros, a la vez que les deje conocer a ellos las razones de sus puntos de vista. El otro elemento central de esta visión de la democracia es la *inclusión* de todos los afectados. Como aquí se parte –como partía John Stuart Mill, como partía Carlos Nino- del presupuesto de que cada uno es el mejor juez de sus propios intereses, luego, es posible llegar a la conclusión de que la ausencia de ciertos puntos de vista de la discusión de los asuntos comunes (y, obviamente, mucho peor, como ocurre en democracias como la nuestra: la ausencia sistemática de ciertos puntos de vista) genera riesgos muy altos de que la decisión no resulte imparcial. En otros términos, genera el riesgo de que dicha decisión resulte sesgada indebidamente a favor de los (pocos o privilegiados) que controlan el proceso de toma de decisiones.

La idea de inclusión amplia contrasta con la aproximación que era propia de las versiones conservadoras de la democracia elitista –como la que podía defender Edmund Burke, en donde la discusión se concentraba en la elite dominante, en los “pocos iluminados” o *the wise few* (Burke 1960). Ello así, del mismo modo en que la noción de “discusión pública” contrasta con los acercamientos meramente “populistas” sobre la organización del poder (acercamientos tan en boga, hoy todavía, en la región).

Principios como los citados pueden resultar de una enorme ayuda, a la hora de pensar los contenidos, alcances y límites de los diferentes artículos de la Constitución.

3. Derechos: Principios constitucionales para la libertad de expresión

En esta sección, trataré de mostrar de qué forma los principios examinados en el apartado anterior impactan en la estructura constitucional, particularmente en la sección dedicada a los derechos. Me detendré, de modo especial, a analizar de qué modo ellos nos ayudan a precisar el significado del fundamental derecho a la libertad de expresión recogido en nuestra Constitución.

A lo largo de nuestra historia, según entiendo, se fueron ofreciendo varias lecturas posibles en torno a la lista de derechos y, muy en particular –en el caso que nos ocupa- de la libertad de expresión. Existió, por caso, una todavía presente aunque debilitada lectura conservadora de la libertad de expresión, que pretendía someter a la misma a principios en apariencia supra-constitucionales, como los relacionados con la religión mayoritaria o (intercambiamente) verdadera. De allí se derivaron decisiones judiciales de todo nivel, que

aceptaron el establecimiento de estrictos límites sobre las denominadas publicaciones y exhibiciones obscenas (caso *Musotto* de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, en el que se apelara a la necesidad de evitar la “corrupción y desintegración social”); invocaron al cristianismo como razón para limitar los derechos de los homosexuales (caso *CHA*); o consideraron constitucional la restricción a la circulación de publicaciones ideológicamente desafiantes, que fueron consideradas contrarias a la moral establecida (caso *Bertotto*). Es decir, se trató o trata de una visión ideológica que cruzó toda la historia constitucional argentina, y que tuvo impacto tanto sobre cuestiones de moral privada como pública, esferas ambas sobre las que procuró instalar firmes límites relacionados con valores religiosos y principios de moralidad puritana. Esta propuesta de interpretación constitucional encuentra más dificultades, en la actualidad, para ser invocada en fallos y decisiones públicas, pero de ningún modo puede considerarse desplazada de la vida institucional argentina.

La suerte del liberalismo –un liberalismo por lo general vinculado a la defensa del estado de cosas dominante- ha sido diferente, sobre todo como fundamento de razones públicas invocadas por los poderes de Estado, y en particular por el Poder Judicial. Todavía se asume –con razón- el peso de la ideología liberal como ideología primaria en los orígenes del constitucionalismo, y desde allí se derivan, sin mucho más, y como si ello fuera suficiente, razones para leer la estructura de los derechos desde la óptica de un prisma liberal. Por supuesto, hay razones independientes y compartibles hoy, que permiten reconocer peso propio a la lectura liberal de la Constitución: el liberalismo encaja bien con la genuina preocupación existente por asegurar (al menos) uno de los compromisos fundamentales de la Constitución –aquí asumidos- relacionado con la protección de la autonomía individual.

Sin embargo, y por lo mismo, ese tipo de liberalismo no resulta especialmente atractivo para satisfacer el otro gran compromiso constitucional relacionado con el autogobierno colectivo. Por el contrario, resultara un problema el querer aplicar –como algunos intentan- los mismos principios aplicables sobre las vidas personales, en el ámbito de la vida pública. En otros términos, el respeto a la prioridad de la elección personal que puede resultar defendible en términos de la elección de planes de vida individuales, no debe ser utilizado sin más como principio organizador de la vida colectiva.

Producto de dicha desafortunada aproximación al liberalismo, es la también desafortunada lectura del derecho de libertad de expresión en clave liberal (o, más

precisamente, liberal-conservadora). Lo que se dice entonces es que la libertad de expresión requiere (también) el “dejar hacer”, esto es decir, que las palabras protectivas que dedica la Constitución a la libre expresión implican que (estrictamente) nada puede hacerse en la materia (sobre el art. 32: “no restringir significa no restringir”, “no establecer la jurisdicción federal sobre ella implica no establecer la jurisdicción federal”); que “la mejor regulación en materia de prensa es la que no existe”.

No es dicho enfoque, sin embargo, el que aquí se propicia, desde el asumido compromiso con una filosofía política igualitaria, y una concepción robusta (deliberativa) de la democracia. Contra la aproximación liberal señalada, que recupera para la esfera pública el principio de *laissez faire*, aquí se reivindica otro diferente, que implica *leer a la libertad de expresión como un compromiso, ante todo, con un debate público robusto*.

Esta última interpretación parece “naturalmente” derivada de puntos de partida como los arriba referidos: a la hora de tomar decisiones públicas, nadie está en condiciones de definir para todos qué es lo que debe hacerse para el beneficio común; todos tenemos una racionalidad y conocimientos limitados; pertenecemos a una sociedad plural, compuesta de personas que razonablemente difieren en cuanto a sus ideales políticos, convicciones personales, proyectos de vida. En definitiva, necesitamos –de modo indispensable- la oportunidad de discutir y ponernos de acuerdo acerca de lo que más nos importa, y que refiere a cuestiones en torno a las cuales razonablemente diferimos. Las ideas de igualdad y democracia como discusión, entonces, aparecen entrelazadas en el espacio común que las reúne.

Afortunadamente, una lectura como la sugerida forma parte central del texto escrito de la Constitución argentina, que en numerosas oportunidades deja en claro su abierto compromiso con la deliberación pública, y la idea de que las decisiones normativas deben resultar de un debate político colectivo (piénsese, por ejemplo, en textos como los del art. 78; art. 83; art.100, inc. 9; art. 106). Afortunadamente también, dicha lectura se deriva de algunos de los fallos más relevantes en la historia universal de la libertad de expresión –piénsese, por caso, en *New York Times vs. Sullivan*- retomados ampliamente en la Argentina; lo cual es así advertido por algunos de los doctrinarios más notables en materia de libertad de expresión –piénsese, por caso, en los trabajos de autores como Owen Fiss (Fiss, 1996, 1987) o Cass Sunstein (1995). No se trata, de todos modos, de apoyarse en citas de autoridad, porque no es necesario. Insisto: en una sociedad de iguales, en la que se quiere tomar en serio la diversidad

de pensamientos y preferencias existente, es difícil no considerar que las decisiones no deban resultar sino de un acuerdo deliberado, colectivo.

La idea de debate público robusto, como principio fundamental en materia de interpretación de libertad de expresión, tiene muchas y en general obvias implicaciones, que exploraré con mayor detalle más abajo. Por el momento, sin embargo, adelantaría lo siguiente. Ante todo, esa idea de debate público requiere de acciones, más que de “dejar hacer”. Requiere, en particular, acciones de un determinado tipo, relacionadas especialmente con los principios de *inclusión* y *debate público*, en un marco social que sigue estando fuertemente caracterizado por situaciones de marginación y exclusión social, y prácticas de imposición y negociación detrás de la escena. Más específicamente aún, requiere de acciones dirigidas al cambio social, y orientadas por tanto a confrontar con una estructura organizacional montada sobre desigualdades históricas, injustificadas, y que cotidianamente refuerzan y reproducen la fractura existente en la sociedad. De lo contrario -y para decirlo de modo más directo- el principio del “dejar hacer” –como principio para interpretar la libertad de expresión- en un contexto marcado por las desigualdades injustificadas, significaría comprometerse con la preservación y predominio de esas desigualdades (Fiss 1986).

4. Práctica: Libertad de expresión en la Ley de Medios

En vistas de lo descrito y examinado más arriba, quedamos en mejores condiciones para estudiar la nueva Ley de Medios, como así también los primeros pasos que se han dado en su implementación. Al respecto, y ante todo, podría resaltarse la pobreza de algunas de las críticas que prontamente surgieron contra aquella. Por caso, a la luz de los principios enunciados, no resulta interesante la objeción que nos dice que la ley viola el art. 32 de la Constitución porque el Congreso no debe dictar “leyes que restrinjan la libertad de expresión o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.”

Por un lado, y contra dicho argumento, merece recordarse que la libertad de expresión no debe leerse a la luz de un principio de *laissez faire* que convierte en derecho vigente a un estado de cosas desigual e injustificado, propiciador de la idea de que “la mejor Ley de Medios es la que no existe.” Contra dicha interpretación, propusimos aquí otra que exige lo contrario: la libertad de expresión se realiza sólo cuando se ponen en marcha las condiciones de un debate

público “robusto, vigoroso, desinhibido” (conforme a los términos del famoso fallo *New York Times*), por lo cual debe darse la bienvenida –en lugar de rechazar- a todas aquellas medidas capaces de tornar al debate más inclusivo y más amplio. En línea con lo que dijera alguna vez la Corte norteamericana en el fallo *Red Lion*, podríamos agregar que “ya habrá tiempo suficiente para invalidar la norma, si en sus efectos concretos la misma termina limitando, antes que expandiendo, el universo de voces.” En otros términos, y para cerrar este primer punto, el art. 32 no viene a fulminar cualquier norma relacionada con la libertad de expresión, sino a obstaculizar a aquellas que se dirijan a “restringir” la libre expresión, lo que es lo mismo que decir que habilita a las que buscan dar fuerza a la deliberación pública.

En sentido similar, tampoco parece interesante la mayor parte de las cosas que se dicho, en crítica a la Ley, y en nombre de la propiedad privada y los derechos adquiridos. El derecho de propiedad es, en el mejor de los casos, un derecho instrumental y subordinado en la jerarquía institucional, sometido a ciertas prioridades relacionadas con otros derechos más básicos. Así, por caso, la dignidad humana prima, y por ello nadie pudo ver un problema en la abolición de la esclavitud en términos constitucionales. Asimismo, es poco lo que puede decir la idea de derechos adquiridos frente a cualquier sensato intento que haga el poder público para la regulación de los abusos empresarios, de los emprendimientos monopólicos u oligopólicos, de las maniobras destinadas a engañar a usuarios o consumidores. Otra vez, la Constitución saluda y celebra la llegada de normas regulatorias de la propiedad, destinadas a favorecer una vida pública más respetuosa de nuestra igual dignidad –simplemente, lo que no es siempre obvio, en la medida en que lo sean.

El hecho de que la ley tenga un origen “coyuntural”, que oculte intenciones inatendibles, que tenga en vista un conflicto particular –el conflicto existente entre el gobierno y el *Grupo Clarín*- tampoco nos sirve para descartar el valor de la Ley de Medios. Todo ello forma parte de la vida habitual y esperable de cualquier norma. Ella nacerá promovida, de modo habitual, por disputas y enojos particulares, y lo que importa es reconocer si ella puede ser sostenida por razones públicas, atendibles por todos, con independencia de cuál haya sido su punto de origen (claramente, no sería aceptable el caso de que se tratara de una “ley hecha con nombre y apellido,” esto es, una ley básicamente dirigida a favorecer o a afectar, irrazonablemente, a una persona o grupo).

Lo mismo que puede decirse respecto de algunas de las principales críticas hechas a la Ley puede decirse de algunas de los principales respaldos que ha recibido. Se ha dicho, a favor de la misma, que la Ley fue –como pocas leyes- el resultado de un amplio consenso y debate, dentro de la sociedad civil. Dicho debate y dicho acuerdo habría abarcado a organizaciones no gubernamentales, grupos de activismo social, organismos de derechos humanos, y especialistas en comunicación –un acuerdo que habría quedado plasmado, por caso, en los llamados “21 puntos básicos. Hacia una nueva ley de radiodifusión.”⁶ De modo tan o más relevante, el dictado de la Ley habría estado rodeado –como pocas veces- de un llamado previo a audiencias públicas en el órgano legislativo, que habría permitido conocer el punto de vista de los más destacados abogados y especialistas en la materia. Lamentablemente, y contra lo sugerido, entiendo, por un lado, que la distancia entre la Ley de Medios y los 21 puntos resultó demasiado amplia. Ello, sobre todo, en cuestiones centralísimas del acuerdo, como las referidas a la independencia de los medios de comunicación, la no concentración de medios, y la presencia de medios públicos no gubernamentales.⁷

Más grave fue lo que ocurrió en la esfera legislativa, en donde –una vez más- el Congreso fue el escenario de un desfile apresurado –un amontonamiento- de voces diversas, que de ningún modo –insisto, de ningún modo- fueron tomadas en cuenta para la construcción de la decisión final. La Ley se escribió de espaldas a tales voces, lo cual representa una doble afrenta al ideal deliberativo. No se trata, simplemente, de que la decisión legislativa se hizo sin atender las objeciones y propuesta presentadas por las personas consultadas. Se trata de que esas voces consultadas terminaron sirviendo para revestir de legitimidad y amplitud a una Ley que pudo haberse escrito, perfectamente, en ausencia de tales procesos de consulta.⁸ Es decir, se produjo entonces –justamente en contra de lo que dicen los defensores de la Ley- un bastardeo y una burla del procedimiento de deliberación democrática.

⁶ <http://www.paralavictoria.com.ar/documentos/21puntos.pdf>.

⁷ Me apoyo aquí en un reporte de Ramiro Álvarez Ugarte, que puede encontrarse en <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2009/09/el-proyecto-oficial-frente-los-21.html>.

⁸ La postura de la Red Nacional de Medios Alternativos –inicialmente una férrea defensora del proyecto– es muy gráfica respecto de este proceso. En un documento de mayo de 2010 reconocen que “aceptando las reglas de juego impuestas por los impulsores de la ley, participamos de foros y debates, que en muchas ocasiones consistieron simplemente en exposiciones en defensa del proyecto de ley.” Y luego narran que: “a las puertas de la aprobación definitiva del proyecto planteamos que la mayoría de las modificaciones que presentamos en foros y audiencias no habían sido incluidas.” Véase el Documento del 14 de mayo de 2010 de la Red Nacional de Medios Alternativos, “Posición de la RNMA sobre la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual”, disponible en http://www.rnma.org.ar/nv/index.php?option=com_content&task=view&id=997&Itemid=29.

En términos procedimentales, la Ley de Medios no fue un buen ejemplo de lo que el modelo de la deliberación exige, sino más bien una muestra de las manipulaciones que rechaza. Pero qué decir de ella en términos sustantivos? Aunque son muchas las cuestiones que podrían mencionarse en dicho respecto, aquí me limitaré a señalar unas pocas, de especial relevancia para el punto de vista teórico por el que aquí se aboga.

En general, podría decirse que la Ley era necesaria y deseable –una deuda de la nueva democracia argentina, que había hecho intentado infructuosamente llegar a producir una norma semejante.⁹ Ello, en particular, teniendo en cuenta los modos en que –gracias a la acción de sucesivos gobiernos (incluyendo, en particular, los de Carlos Menem y Néstor Kirchner)- fueron favorecidas la privatización y concentración de la palabra, en el marco de sociedades cada vez más desiguales.

5. Valores: Crítica a la Ley de Medios

Desde el paradigma igualitario y deliberativo que a lo largo de este trabajo he defendido, tres son las cuestiones fundamentales que propondría tomar en cuenta, prioritariamente, para valorar la Ley de Medios adoptada, y la práctica que ha comenzado a generarse a partir de su dictado: i) la igualdad; ii) la inclusión de voces tradicionalmente ausentes; y iii) la promoción del debate público.

Según entiendo, los tres valores fundamentales definidos por la perspectiva elegida resultaron perjudicados, más que favorecidos, por la sanción y aplicación de la Ley de Medios. El principio igualitario, cabe aclararlo, no requiere que todos los actores en el escenario de medios pesen de modo idéntico (no se defiende aquí un sentido absoluto, rígido o torpe de igualdad), ni mucho menos resiste la posibilidad de que el Estado se convierta en principal agente regulador en la materia. Más bien, y conforme aclaráramos, en un contexto de desigualdad estructural e injustificada, la intervención activa y orientada del Estado, en contra de dicho estado de cosas injusto, resulta exigible.

El primer gran problema de la Ley, sin embargo, se deriva del modo en que persistentemente tendió a confundir Estado con gobierno de turno. A resultas de ello, en lugar

⁹ El mejor intento al respecto, seguramente, fue el realizado por el Consejo para la Consolidación de la Democracia a través de su proyecto de Ley de Radiodifusión.

de insistir –como lo hacía el proyecto de Ley de Radiodifusión del Consejo para la Consolidación de la Democracia- en la formación de comisiones parlamentarias plurales, o comisiones de expertos y representantes de la cultura, la Ley de Medios tendió a dejar en manos del Ejecutivo el control de las principales herramientas de aplicación y supervisión de la norma.¹⁰ Así ocurrió, de modo especial, con la Autoridad Federal de aplicación de la Ley (AFSCA), que vino a quedar bajo la órbita del Poder Ejecutivo (título II, cap. 1 de la Ley);¹¹ con el Directorio del AFSCA, que quedó compuesto por 7 miembros designados –en su

¹⁰ Un documento de septiembre de 2009 elaborado por la Asociación de Derechos Civiles (ADC), analiza en profundidad este aspecto de la ley, y concluye que “en el diseño institucional propuesto se observan serias deficiencias que tienen que ver, principalmente, con la falta de autonomía que la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual –verdadero órgano decisor-, presentaría frente al Poder Ejecutivo Nacional debido, en gran medida, a la composición y estructura de su Directorio.” Según la ADC, se trata de una cuestión clave en la regulación de la materia, dado que una “autoridad de aplicación autónoma, que esté protegida contra la indebida interferencia política y de otra índole, es la única manera de garantizar un marco plural, diverso y democrático en las comunicaciones audiovisuales. El proyecto elaborado por el Poder Ejecutivo no satisface dicho criterio y presenta notorias falencias. Si bien la propuesta incluye aspectos positivos, estos quedan opacados por la falta de autonomía de la nueva autoridad de aplicación. En su redacción actual, la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual estaría integrada por una mayoría de miembros designados por el Poder Ejecutivo, quedando bajo el control e influencia del gobierno de turno. La ADC considera que esto sería sumamente perjudicial, ya que la falta de autonomía podría impedir el ejercicio independiente de su función y por ende atentar contra la libertad de expresión.” Véase el Documento “Aportes para la discusión legislativa sobre una nueva ley de servicios de comunicación audiovisual. Observaciones sobre autoridades de regulación y medios públicos” de la Asociación de Derechos Civiles, de septiembre de 2009, disponible en <http://www.adc.org.ar/download.php?fileId=456>.

No solamente la ADC se expresó con preocupación respecto de este tema. El responsable de la región del Committee to Protect Journalists, una ONG que promueve la libertad de expresión a nivel global, afirmó que “Mientras que esta legislación representa una mejora significativa respecto a la ley de la dictadura que reemplazó, nos preocupa que su implementación puede quedar sometida a la manipulación política”. Las declaraciones fueron hechas al momento de la implementación de la ley, y no solo tuvieron en cuenta el texto de la norma, sino también la práctica del gobierno respecto de ella: “Sobre la base de las recientes designaciones propuestas para la autoridad de aplicación, nos preocupa su eventual autonomía. Seguiremos monitoreando su implementación para asegurar que la ley cumpla con los objetivos propuestos de crear un ambiente mediático más plural y diverso”. Véase <http://cpj.org/es/2009/12/argentina-el-cpj-monitorea-implementacion-de-nueva.php>.

¹¹ Dice la ADC al respecto: “La independencia de este organismo es de particular relevancia para la adecuada consecución de todas sus funciones. Entre ellas es de especial mención que, de acuerdo a las disposiciones del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es fundamental que los procesos de asignación de las licencias sean abiertos, públicos y transparentes, se sometan a requisitos justos y equitativos que no impongan barreras desproporcionadas o inequitativas de acceso a los medios, y que se evite la asignación, el retiro o la no renovación de las licencias por razones discriminatorias o arbitrarias. Para que todo esto sea posible es esencial una autoridad de aplicación libre de presiones tanto gubernamentales como de grupos económicos y empresariales.” En particular en este caso, “la autoridad de aplicación debe gozar de autonomía, poseer una estructura que balancee adecuadamente la posibilidad de actuar de modo operativo y eficiente, y contar con una representación plural. Y esto porque sólo de esta manera podrá favorecer un marco plural, diverso y democrático en las comunicaciones audiovisuales.” Como consecuencia de ello, la ADC plantea que deben realizarse siete modificaciones al texto de la norma: a) que no dependa de la Secretaría de Medios; b) que el PEN no elija a la mayoría de sus miembros; c) que el nombramiento de los miembros permita algún proceso de participación ciudadana; d) que la duración de los mandatos de los directores no coincida con términos presidenciales; e) que se detallen las incompatibilidades de los directores; f) que los directores gocen de beneficios de estabilidad en sus cargos; y g) que se publiciten todas las decisiones del AFSCA.

totalidad- por el Poder Ejecutivo (art. 13); y con la práctica de la norma, que ha terminado siendo aún más favorable al poder de turno, dada la negativa del Ejecutivo a designar a alguno de los miembros que debían ser propuestos por la (tercera) minoría parlamentaria¹².

La fuerte y muy grave dependencia que se ha creado entre el Poder Ejecutivo y el órganos de aplicación e interpretación de la Ley afectan seriamente el carácter democrático de la norma, en términos deliberativos. Cabe señalar, por lo demás, que criterios como los que aquí utilizamos para evaluar a la norma son enteramente consistentes con los exigidos por la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, para llevar a cabo los procesos de asignación y regulación de licencias. Para la Relatoría, resulta imprescindible que tal tipo de procesos queden orientados por un órgano técnico, independiente del gobierno, y con capacidad de mantenerse autónomo frente a las presiones políticas de coyuntura.¹³ Todos estos requisitos –todos- resultan violados gravemente por la letra y práctica de la nueva Ley de Medios.

¹² No solamente la estructura “política” del AFSCA responde mayoritariamente al oficialismo, sino que, en la práctica, también el funcionariado técnico de la entidad forma parte, en su mayoría, del partido del presidente del órgano, Martín Sabbatella. En efecto, el AFSCA les retiene a 60 de sus empleados un 8% de sus sueldos para financiar al partido Nuevo Encuentro (véase http://www.clarin.com/politica/Sabbatella-recauda-AFSCA-partido_0_886711389.html).

¹³ Específicamente, la Relatoría dice que “En este proceso es necesario garantizar que no se impongan barreras desproporcionadas o inequitativas de acceso a los medios y que se evite la asignación, el retiro o la no renovación de las frecuencias o licencias por razones discriminatorias o arbitrarias. Es esencial que todo el proceso de asignación y regulación esté orientado por un órgano técnico independiente del gobierno, que goce de autonomía frente a presiones políticas coyunturales, que se encuentre sometido a todas las garantías del debido proceso y que se someta al control judicial.” Véase http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_AHDLE.html.

La postura de la Relatoría tiene sustento, a su vez, en precedentes del sistema europeo de derechos humanos. En 1986, la Comisión Europea de Derechos Humanos afirmó que “Los Estados no tienen un margen de apreciación ilimitado respecto de los sistemas de licencias. Pese a que las empresas de radiodifusión no tienen la garantía de ningún derecho a una licencia bajo la Convención, es el caso, sin embargo, que el rechazo de una licencia por parte de un Estado no debe ser manifiestamente arbitraria o discriminatoria, y por lo tanto contraria a los principios enunciados en el Preámbulo de la Convención, y a los derechos contenidos en ella. Por esta razón, un sistema de asignación de licencias que no respete los requisitos de pluralismo, tolerancia y amplitud de criterio sin los cuales no hay sociedad democrática posible (...) infringiría el artículo 10, párrafo I de la Convención.” (Comisión Europea de Derechos Humanos, Application 10746/84 Verein Alternatives Lokalradio Bern v. Switzerland, (1986), pp. 139-140.) En 2007, la Corte Europea de Derechos Humanos retomó estos argumentos y entendió en un caso que Bulgaria había violado la Convención dado que su sistema de asignación de licencias no daba suficientes garantías de falta de arbitrariedad: “la Corte nota que el NRTC [el equivalente búlgaro al AFSCA argentino] no realizó ningún tipo de audiencia pública y que sus deliberaciones fueron mantenidas en secreto, incluso a pesar de una orden judicial de que se les provea a los demandantes una copia de las minutas de esas deliberaciones” (Corte Europea de Derechos Humanos, Glas Nadezhda EOOD and Anatoliy Elenkov v. Bulgaria, no. 14134/02, ECHR 2007). En 2008, en un caso similar, la Corte afirmó que “la forma en que se aplican los criterios de asignación de licencias en el proceso de asignación de licencias debe proveer suficientes garantías contra la arbitrariedad, incluyendo el razonamiento adecuado de las autoridades de sus decisiones denegando una

El segundo criterio mencionado tenía que ver con la capacidad de la nueva Ley para tornar la discusión pública más inclusiva. En principio, otra vez, las promesas de la Ley en la materia resultaron más que significativas. Ante todo, el texto de la Ley se ocupa insistentemente de las organizaciones sin fines de lucro, y –de modo más específico- en el art. 89 inc. f, reserva “el treinta y tres por ciento (33%) de las localizaciones radioeléctricas planificadas, en todas las bandas de radiodifusión sonora y de televisión terrestres, en todas las áreas de cobertura para personas de existencia ideal sin fines de lucro.” Lamentablemente, sin embargo, y luego de más de tres años de aprobación de la Ley, tales organizaciones siguen siendo las grandes olvidadas por la norma.¹⁴

Una ilustración especialmente relevante, en tal sentido, fue que las autoridades del caso debieron dejar “sin efecto” el concurso público más importante de los que habían abierto, buscando instalar 220 nuevos canales de televisión en todo el país, por falta de interesados. Fue unánime, entonces, el reconocimiento de que el carácter “desierto” del concurso se debió, centralmente, al alto costo de los pliegos necesarios para participar en el concurso (originalmente, de entre 70.000 y 140.000 pesos en Capital Federal, y 42.000 y 105.000 en la provincia de Buenos Aires, conforme a la zona y la cantidad de habitantes).¹⁵ Dichos altos

licencia de radiodifusión” (Corte Europea de Derechos Humanos, *Meltex Ltd and Mesrop Movsesyan v Armenia* (App. No.32283/04), judgment of June 17, 2008 ECtHR).

¹⁴ Así, conforme a uno de los principales expertos en la nueva Ley, Martín Becerra, quien consideró que uno de los problemas más graves que afectan la práctica de la nueva normativa tienen que ver con el “olvido de los sectores sin fines de lucro como destinatarios centrales de la política de medios” http://www.perfil.com/ediciones/2013/1/edicion_745/contenidos/noticia_0004.html

El olvido se distingue, claramente, analizando el apoyo económico provisto por el Estado a los medios alternativos. Como señalan Henkel y Morcillo, “La ley deja abierta, ante la total omisión de precisiones, la definición con respecto a las “prestadoras sin fines de lucro”, colocando en igualdad de condiciones a los medios populares, comunitarios y alternativos con, por ejemplo, a la Iglesia y las ONGs financiadas por los mismos grandes multimedios que hoy el gobierno dice enfrentar. Al mismo tiempo, ningún párrafo de la nueva ley garantiza una forma de financiamiento y de acceso a los recursos técnicos y materiales que los medios populares requieren para poder desarrollar sus actividades, por lo que cualquier variable de desarrollo independiente de los mismos quedara sometida, como en la actualidad, a las presiones de la publicidad oficial o privada. Solo un tercio del espacio será reservado para las organizaciones sin fines de lucro, mientras el 66% restante será administrado por el Estado Nacional y los grupos privados en una proporción desconocida, ya que el Estado podrá entregar al usufructo privado parte del espectro que le corresponde por ley (como hace, por cierto, con el resto de los servicios públicos), existiendo concretamente la posibilidad de una presencia mayor de los privados. De esta forma, la ley no divide al espectro en tres tercios sino que solo asigna un tercio a las entidades privadas sin fines de lucro, con lo que queda abierta la posibilidad de que lo que no sea utilizado por los medios públicos o estatales quede para ser explotado por las entidades comerciales.” (Henkel y Morcillo, 2012)

¹⁵ El propio AFSCA, en su Resolución 929/2012, basó su decisión de suspender el concurso por dos razones: i) porque aún estaban implementando medidas técnicas que permitieran el ingreso de los nuevos prestadores; y ii) las quejas de los medios alternativos, excluidos del proceso por los costos de los pliegos. En palabras de la Resolución: “Que, en particular, personas jurídicas sin fines de lucro han solicitado la reducción de los valores de

costos dejaron fuera de participación a una enorme cantidad de organizaciones no gubernamentales y afines, deseosas de asumir un rol protagónico en esta esperada nueva etapa¹⁶.

La posición asumida sobre el tema por los representantes de la Red Nacional de Medios Alternativos deja pocas dudas de la marginación efectiva a la que han sido sometidos quienes en apariencia iban a ser los destinatarios principales de la nueva normativa. Dichos representantes señalaron entonces:

La ley establece, como requisito previo a la entrega de licencias, la obligación de armar y hacer público un Plan Técnico de Frecuencias: un mapa de todo el país que muestre cómo está el espectro (qué porción está ocupada, por quiénes y cuánto queda libre). Recién cuando sea elaborado, la Afscsa debería, también según la ley, reservar el 33 por ciento para los medios sin fines de lucro. El Estado no ha realizado este plan técnico y, en consecuencia, no ha hecho la reserva del 33 por ciento. Sin embargo, continúa con la entrega de licencias y la apertura de concursos. Este incumplimiento, además de no respetar lo que la ley exige, deja la puerta abierta a la entrega discrecional de las mismas. Por otro lado, en los concursos convocados por la Afscsa, los medios comunitarios, alternativos y populares tenemos que cumplir con bases y condiciones de pliegos que poco contemplan la diferenciación entre las entidades con y sin fines de lucro. Tampoco diferencian y especifican a nuestros medios dentro de los prestadores sin fines de lucro, equiparando a cualquier medio comunitario con fundaciones o asociaciones ligadas a estructuras sindicales, eclesíásticas u otras, cuyo poder político y económico está muy lejos del que pudiera tener una asamblea de vecinos autoconvocados.¹⁷

Entiendo que estas objeciones, provenientes de sujetos de la sociedad civil, activamente partidarios de la norma, ayudan a dimensionar bien los problemas que afectan a la misma, en la materia. Obviamente, los problemas sugeridos se agravan si prestamos atención al modo en que, todavía hoy, siguen estando absolutamente ausentes del debate público, las

los pliegos argumentando que resultaban excesivamente onerosos para el sector.” Véase Resolución N° 929-AFSCA/12, disponible en <http://www.afsca.gob.ar/pecfr/2012/R20120929.pdf>.

¹⁶ En un documento de septiembre de 2012, la Red puntualizó algunos de los motivos por los cuales la implementación de la ley dejaba olvidados a los medios alternativos. Allí, se señalaba, entre otras cuestiones, que los requisitos formales y materiales impuestos a los concursantes por licencias excedían largamente sus posibilidades. Por este motivo, la Red rechazaba “los comunicados oficiales que utilizando la figura de los Medios Comunitarios, Alternativos y Populares justifican la suspensión de Resoluciones y Concursos que en su momento denunciábamos como excluyentes y que no nos contemplaban”. Véase el Documento “A tres años de la sanción de la nueva Ley de Medios”, disponible en http://www.rnma.org.ar/nv/index.php?option=com_content&task=view&id=1551&Itemid=1.

¹⁷ <http://www.pagina12.com.ar/diario/laventana/26-205259-2012-10-10.html>. Véase también el Documento “A tres años de la sanción de la nueva Ley de Medios”, disponible en http://www.rnma.org.ar/nv/index.php?option=com_content&task=view&id=1551&Itemid=1.

voces e intereses de grupos marginados, desempleados estructurales, sujetos en condición de pobreza extrema.

El tercer aspecto que quedaría por examinar, para pensar en cómo evaluar a la nueva Ley, sería el de su contribución al debate público. En este respecto, las fallas recién señaladas –las fallas evidenciadas por la Ley, en relación con los organismos sin fines de lucro- constituye una primera fuente de problemas serios, para el objetivo de asegurar un debate público robusto, alimentado por puntos de vista contrapuestos entre sí. Tales voces –las que hoy todavía no se escuchan- son las que más resultan necesarias para enriquecer nuestros debates.

Sin embargo, a dicha deficiencia se suman al menos otras dos adicionales. La primera se encuentra relacionada con las licencias ya otorgadas, y los procesos de desinversión o venta de medios ya aprobados por la Autoridad de Aplicación. Estos procesos se han realizado de modo tal que –no sólo no han venido a favorecer el fortalecimiento del “tercer sector” en materia de comunicaciones, sino que- han permitido la concentración de medios de comunicación en pocas manos. Más específicamente, la labor de la Autoridad de Aplicación ha favorecido hoy, de modo sistemático, a grupos afines al gobierno de turno, aún a través de decisiones directamente violatorias de la letra explícita de la propia Ley.¹⁸

¹⁸ En este sentido, hubo tres casos paradigmáticos de la –como mínimo– excesiva permisividad del AFSCA respecto de la adecuación de grupos de medios afines al gobierno a los requisitos establecidos en la ley.

El primero de ellos fue el caso de *Telefé*, el canal de televisión abierta con mayor audiencia de la Argentina. De acuerdo con la ley, i) ningún medio puede tener más de 30% de sus acciones en manos de capitales extranjeros, y ii) ninguna empresa puede prestar servicios públicos –como los de telefonía– y ser propietaria de medios a la vez. *Telefé* es propiedad de Telefónica de España, que es, a su vez, accionista de Telefónica de Argentina, proveedora de servicios de telefonía (véase, al respecto, el trabajo publicado por el actual Subsecretario de la Presidencia, Gustavo López, en http://www.culturaymedios.com.ar/editorial_23.html). Por lo tanto, la situación de *Telefé* es abiertamente incompatible con los dos puntos de la ley de medios bajo análisis (véase, en general, el informe del equipo de *chequado.com* sobre el tema: <http://www.chequado.com/el-explicador/1379-ique-relacion-hay-entre-telefonica-y-telefe.html>). Sin embargo, el AFSCA decidió aceptar la situación actual de *Telefé* y no intimarla a adecuarse con referencia a estos dos puntos. La línea editorial de *Telefé* suele ser afín al gobierno, al punto que el ex jefe de gabinete de ministros y actual senador, Aníbal Fernández supo tener una columna diaria en su noticiero.

El segundo caso notorio fue el de los distintos grupos propietarios de medios que se excedían en la cantidad de licencias de acuerdo con la ley, y que para cumplir con los requisitos de desinversión se repartieron las licencias entre familiares y testaferros de los antiguos titulares. El ejemplo paradigmático de esta práctica fue la situación del poderoso grupo *Uno-Medios*, que repartió sus licencias entre sus dos propietarios, Daniel Vila y José Luis Manzano, y los hijos y el hermano de Vila. Esto fue aceptado explícitamente por el titular del AFSCA como compatible con la ley (véase <http://www.lanacion.com.ar/1533177-sabbatella-sugirio-dividir-las-empresas-para-cumplir-con-la-ley>). Es evidente que este procedimiento es contrario al espíritu de la norma, y que constituye un salvoconducto para sostener la concentración de los medios a pesar de la ley. Vila y Manzano, quienes originalmente se opusieron a la ley, aparecieron cerca del kirchnerismo poco tiempo antes de que se aprobara su propuesta de readecuación (véase, por ejemplo, el siguiente video en el cual el ex ministro menemista Manzano

En segundo lugar –y lo que resulta tanto o más grave que lo anterior- encontramos hechos como los siguientes, relacionados con la citada confusión entre Estado y gobierno: los medios públicos se han venido manejando de modo abiertamente partidario¹⁹; la televisión estatal se emplea cotidiana y sistemáticamente para ofender y calumniar a integrantes de la oposición²⁰; las pautas publicitarias (en la actualidad, una de las pocas grandes fuentes de

aplaude sonriente un discurso de Cristina Fernández de Kirchner, a fines de 2012: http://www.youtube.com/watch?v=5QHoeHij_IA).

El tercer ejemplo de la parcialidad en la aplicación de la ley respecto de los grupos de medios afines al gobierno es el de la transferencia de los medios del Grupo Hadad al Grupo Indalo, propiedad de Cristóbal López, empresario muy cercano al gobierno kirchnerista. La transferencia es abiertamente incompatible con el artículo 41 de la norma, que prohíbe explícitamente este tipo de transacciones. El AFSCA, no obstante, decidió aprobarla.

<http://www.lanacion.com.ar/1560010-el-gobierno-aprobo-la-transferencia-de-los-medios-de-hadad-al-empresario-kirchnerista-cristobal-lopez>. En idéntico sentido, la opinión del abogado experto en comunicación (candidato de la oposición para la AFSCA, no designado por el oficialismo), Alejandro Pereyra, en <http://www.lanacion.com.ar/1560162-las-contradicciones-en-el-relato-del-oficialismo>.

¹⁹ El Observatorio Comunicacional de la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad Nacional de Entre Ríos ha afirmado que “nunca se ha dado como en la actualidad el caso de que el canal [estatal] llegue a tal grado de propaganda del propio gobierno, a devenir tan oficialista. Esto se observa no sólo en los contenidos que difunde (monocordes funcionales al partido en el gobierno), sino también en las voces que no tienen posibilidad de expresarse y en la información que no aparece en ese espacio, cuando se ve afectada la gestión oficial” (véase el documento “Canal 7 hoy: entre lo público y lo gubernamental”, disponible en <http://observatorio-comunicacional.blogspot.com.ar/2011/08/canal-7-hoy-entro-lo-publico-y-lo.html>). Lo más impresionante es que esto no es negado por los responsables de estas prácticas, sino más bien todo lo contrario, reivindicado: el conductor de 6-7-8, el programa insignia de la TV Pública, Luciano Galende, por ejemplo, ante la consulta de si su programa era “de apoyo explícito al gobierno”, afirmó que “sí, claro que sí. Muy explícito. 6-7-8 se califica a sí mismo jocosamente de mierda oficialista, y en eso somos más honestos que otros. Decimos lo que somos”. Y continuó: “Nosotros compensamos el mensaje hegemónico contra el Gobierno y divulgamos su pensamiento” (véase http://elpais.com/diario/2010/07/28/internacional/1280268009_850215.html).

Los ejemplos de este tipo de prácticas son innumerables: en 2009, durante la discusión de la ley de medios, la TV Pública cortó su transmisión luego de que hablaran los senadores oficialistas (http://www.perfil.com/contenidos/2009/09/24/noticia_0037.html); en 2010, en el marco de la furia oficialista por la rebelión qom, un pueblo que se niega a vender su dignidad y su cultura por planes sociales, el canal estatal realizó un informe catalogado por los propios indígenas como “mentiroso” (http://www.perfil.com/contenidos/2011/05/24/noticia_0018.html); a principios de 2012 fue designado Gerente de Noticias de Canal 7 un joven periodista sin mayor mérito profesional, pero militante de La Cámpora (<http://www.lanacion.com.ar/1447346-un-joven-periodista-militante-de-la-campora-nuevo-gerente-de-noticias-de-canal-7>); y en ese mismo año, para transmitir un programa de Luciano Galende –el oficialista conductor de 6-7-8– Radio Nacional sacó del aire programas locales en 48 emisoras estatales (<http://www.lanacion.com.ar/1535690-para-transmitir-a-galende-sacan-del-aire-programas-locales-en-48-emisoras-estatales>).

²⁰ El mejor ejemplo de este punto es, nuevamente, el programa de la TV Pública, 6-7-8. Beatriz Sarlo lo explica del siguiente modo: “Dividido el mundo de 6-7-8 en medios que se critican y medios sobre los cuales no se ejerce ningún examen, el programa, en verdad, no ‘habla de los medios’, sino de los opositores. (...) La principal estrategia del programa consiste en presentar a los opositores del modo más conveniente para las abrumadoras críticas que siguen a los clips audiovisuales, donde previamente el montaje hizo pedazos cualquier discurso emitido en algún canal o diario enemigos. La manipulación sonora y visual a través del montaje es un viejo tema de la teoría. La discusión todavía sigue. Pero, sin hacerse cargo del refinamiento de ese debate, queda claro que no se puede presentar el pensamiento de nadie por medio de tres operaciones combinadas: cortar frases en picadillo,

financiación que permiten la supervivencia de los medios de comunicación) se han manejado de modo abiertamente discrecional²¹; el gobierno ha desobedecido sistemáticamente, y durante años, decisiones de la Corte Suprema exigiéndole la utilización ecuánime de los recursos de publicidad (i.e., luego del caso *Perfil*)²²; a la vez que ha generado presiones destinadas a impedir que los medios “opositos” lleguen a recibir financiamiento alternativo²³.

En conclusión nos encontramos frente a una situación muy preocupante. A tres años de aprobada la Ley, seguimos encontrándonos con que los medios alternativos no han resultado favorecidos en su surgimiento y desarrollo; los medios privados han pasado a concentrarse rápidamente en manos amigas del gobierno; y el gobierno continua utilizando sus recursos y

descontextualizarlas y repetirlas para que den la impresión de que han sido pronunciadas por un obsesivo grave. Todos los políticos de la oposición se convierten así en Chirilotas de la consola de edición de 6-7-8. Esta manipulación por montaje es la matriz ideológica y formal del programa, que podría resumirse en una frase pronunciada por Perón que parece especialmente adecuada a Kirchner: ‘Al enemigo, ni justicia’” (Sarlo, 2011).

²¹ En un informe de 2011 en el que estudia la publicidad oficial en la Argentina, Martín Becerra afirma que “la gestión discrecional de la publicidad oficial opera sobreexponiendo al gobierno, que ya cuenta con ventajas comparativas por la visibilidad y la capacidad de organizar la agenda pública que le otorga el propio rol institucional, porque administra otros recursos que facilitan su contacto directo e intermediado con la sociedad y porque al haber triunfado en las últimas elecciones dispone de una mayor proporción relativa de minutos de publicidad electoral gratuita” (Becerra, 2011, p. 32). Y luego concluye que “la publicidad oficial al no estar regida por pautas objetivas, claras, públicas y ecuánimes a nivel nacional (ni en la mayoría de las provincias), distorsiona el juego deliberativo y la capacidad de interpelación ciudadana que tienen las diferentes fuerzas políticas en provecho del gobierno de turno. La cantidad de recursos que en la Argentina se canalizan como publicidad oficial ha crecido exponencialmente en los últimos diez años y hoy el Estado es el primer anunciante del sistema de medios, duplicando en la masa de recursos publicitarios que administra al segundo inversor (que es Unilever)” (Becerra, 2011, p. 31). Según reportes periodísticos recientes, esos recursos habrían sido distribuidos durante 2012 en función de la cercanía de cada grupo de medios con el gobierno nacional (<http://www.lanacion.com.ar/1556542-nueve-empresas-se-quedaron-con-el-80-de-la-pauta-oficial>).

Como se explica en el mismo informe de Becerra, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que esta práctica es violatoria del artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica. En palabras de la Relatoría: “Históricamente, una porción considerable del capital productivo de los medios de comunicación en las Américas se ha originado en la asignación de publicidad oficial por los Estados. Este hecho, sumado a la selectividad discrecional en la colocación de la publicidad, crea el peligro de autocensura para evitar penurias financieras que pudieran enfrentar los medios a los que se niega la publicidad del Estado.” Y luego: “La obstrucción indirecta a través de la distribución de publicidad estatal actúa como un fuerte disuasivo de la libertad de expresión. Aunque la jurisprudencia en esta esfera es escasa dentro del sistema interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ofrece un marco legal contra esas violaciones indirectas, al establecer que la asignación discriminatoria de publicidad estatal, con base en la información crítica de una publicación o una radio, es violatoria del derecho a la libre expresión garantizado por la Convención.” (<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=270&IID=2>).

²² Véanse los fallos i) “Editorial Río Negro S.A c/ Neuquén, Provincia del s/ acción de amparo”, CSJN, Fallos 330:3907, 5 de septiembre de 2007; ii) “Radiodifusora Pampeana S.A. c/ La Pampa, provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, CSJN, Fallos 331:2893, 22 de diciembre de 2008; iii) “Editorial Perfil S.A. y otro c/ E.N. — Jefatura Gabinete de Ministros— SMC s/ amparo ley 16.986”, CSJN, Fallos 334:109; 2 de marzo de 2011. Véase al respecto, además, por ejemplo, el comentario de Marcela Basterra (Basterra, 2009).

²³ Un ejemplo reciente de esta práctica fue la prohibición –o al menos, la sugerencia fuertemente coaccionada– de que los supermercados no publiciten sus productos en los diarios, haciendo que éstos pierdan una fuente importante de financiamiento.

los medios públicos que controla, de modo arbitrario y partidario. A resultas de lo anterior, el debate público nacional sigue encontrándose afectado tanto en sus aspectos de inclusión como de intercambio de argumentos, y las voces e intereses de los grupos más débiles de la sociedad siguen estando –por tanto- efectivamente ausentes del proceso colectivo de toma de decisiones.

6. Bibliografía

ALBERDI, J. *Obras Selectas*. Buenos Aires: Librería La Facultad, 1920.

ALVAREZ UGARTE, R. El proyecto oficial frente a los “21 puntos”. *Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política*. 2009. Disponible na internet em: <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2009/09/el-proyecto-oficial-frente-los-21.html>.

BASTERRA, Marcela. *Otra vez la distribución de publicidad oficial en el debate*. LA LEY 23/02/2009, 10; LA LEY 2009-B, 99, 2009.

BECERRA, Martín. *Quid pro quo*. La publicidad oficial en la argentina y sus múltiples facetas. 2011. Disponible na internet em: <http://poderciudadano.org/wp/wp-content/uploads/2011/12/InformeFinalPublicidadOficiaArgentina20111.pdf>.

BURKE, E. *Selected Writings*. New York: The Modern Library, 1960.

DAHL, R. *A Preface to Democratic Theory*. Chicago: The University of Chicago Press, 1963.

DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.

FISS, O. “Free Speech and Social Structure”. 71 *Iowa Law Review* 1405, 1986.

_____. “Why the State”. 100 *Harvard Law Review* 781, 1987.

_____. *The Irony of Free Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

GARGARELLA, R. *Los fundamentos legales de la desigualdad*. Madrid: Siglo XXI, 2005.

HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*. Cambridge: The MIT Press, 1998.

HENKEL, C.; MORCILLO, J. Estatalismo y marxismo. A propósito de la llamada “Ley de Medios”. *Revista Hic Rhodus. Crisis capitalista, polémica y controversias*. Nº 2, jul., 2012, p. 31-44. Disponible na internet em:

<http://www.revistasiigg sociales.uba.ar/index.php/hicrhodus/article/view/206>.

NINO, C. *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Paidós, 1984.

_____. *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996.

RAWLS, J. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1991.

SARLO, B. *La audacia y el cálculo. Kirchner 2003-2010*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 2011.

SCHMITT, C. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1992.

SUNSTEIN, C. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: Free Press, 1995.