

**LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y
LA LEY DE SERVICIOS DE
COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL**

*Disertación del Dr. Carlos José Laplacette
en sesión privada del Instituto de Política Constitucional,
el 19 de noviembre de 2009*

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA LEY DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

Por el DR. CARLOS JOSÉ LAPLACETTE

Aun desde un abordaje estrictamente constitucional, el análisis de la flamante Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (Ley Nro. 26.522), resultaría, sin dudas, una tarea sumamente extensa.

Nos encontramos ante una ley de 166 artículos, muchos de ellos realmente extensos y con gran cantidad de notas al pie. Una ley que regula aspectos que hacen a la libertad de expresión pero también al derecho de propiedad, a la libertad de comercio, a la defensa de la competencia y de los consumidores, a la promoción del federalismo, a la protección de la minoridad, entre muchos otros aspectos salientes.

Habré entonces de omitir el análisis de una gran cantidad de cuestiones que presenta la Ley, muchas de ellas portadoras de gran interés teórico y práctico; en su lugar centraré la atención en un punto en particular que constituye uno de los conflictos más complejos que tenemos antes nosotros; me refiero a la confrontación de la Ley 26.522 con la libertad de expresión, al menos tal como

esta última se ha desarrollado a lo largo del siglo XX y del primer decenio de este nuevo siglo.

Con tal fin llevaré a cabo un muy breve repaso de los puntos salientes del desarrollo de esta libertad en los Estados Unidos y en la Argentina, para luego ingresar en el análisis de la Ley 26.522, concluyendo con una valoración crítica de esta ley en su confrontación con la tutela constitucional de la libertad de expresión.

A. Libertad de expresión

1. El desarrollo en los Estado Unidos

Antecedentes de Inglaterra. En forma previa a la independencia de los Estados Unidos, existían en Inglaterra dos mecanismos a través de los cuales la expresión y la prensa eran objeto de regulación.

Por un lado, la necesidad de contar con una licencia real previa a la impresión de una obra. En segundo lugar, aun luego de eliminada esa exigencia, se consideraba un crimen publicar cualquier cosa irrespetuosa sobre la Iglesia, el Estado o sus oficiales.

En 1769 William Blackstone escribió 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... Sancionar cualquier escrito peligroso u ofensivo, una vez que ha sido publicado, a través de un juicio justo e imparcial, es un proceder necesario para la preservación de la paz y del buen orden, así como del gobierno y de la religión, únicos cimientos firmes de la libertad civil”¹.

¹ Citado por Anthony Lewis, *Freedom for the thought that we hate*, Basic Books, N.Y., 2007, p. 3.

En tiempos de la independencia estadounidense existió un importante movimiento a favor de la libertad de expresión y de prensa, el cual se plasmó por primera vez en la declaración de derechos de Virginia de 1776, la cual en su art. 12 establecía que “la libertad de prensa es uno de los baluartes de la libertad, y nunca puede ser restringida sino es por gobiernos despóticos”. Un año después Tomas Jefferson afirmaba que la verdad “es un adversario adecuado y suficiente para el error, y no hay nada que temer de un conflicto a menos que la intervención humana lo prive de sus armas naturales, la libre argumentación y de debate; los errores dejan de ser peligrosos cuando está permitido discutirlos libremente”².

En 1791 se incorpora la primera enmienda a la Constitución federal. Esta enmienda, antecedente directo del artículo 32 de la Constitución Nacional, afirma en forma escueta que “*El Congreso no dictará ley alguna... que coarte la libertad de expresión o de prensa*”. Quince palabras que se encuentran entre las más analizadas a lo largo de la historia constitucional de los Estados Unidos.

Si nos limitamos al texto de la enmienda, ella representa un claro avance respecto de la concepción de Blackstone. Sin embargo, al otro lado del Atlántico, a mediados de la década de 1790 la revolución francesa adquirió sus características más violentas, lo que generó temor en las autoridades de los Estados Unidos, así como en ciertos sectores de la sociedad representados por los federalistas por entonces en el poder.

Es así que el cuatro de julio de 1798 el Senado dio media sanción a un proyecto de ley que convertía a la difamación en un delito federal, y lo sometió a la competencia de los tribunales federales. El proyecto, con el apoyo de los federalistas, en solo diez días fue aprobado por la Cámara de Representantes y promulgado por el Presidente Adams.

² “A Bill for Establishing Religious Freedom”, en *Jefferson: Political Writings*, Cambridge University Press, New York 2005, p. 391.

Esta ley, denominada *Sedition Act*, convirtió en un crimen federal redactar o publicar “cualquier escrito falso, escandaloso o malicioso en contra del gobierno de los Estados Unidos, de cualquier de las Cámara del Congreso... o del Presidente... con la intención de difamar o colocar a cualquiera de ellos en una situación de descrédito o desprecio; o excitar en contra de cualquiera de ellos, el odio de la buena gente de los Estados Unidos”.

La ley fue objeto de una aplicación rigurosa y teñida de política partidaria. Por ese entonces distintas personas fueron condenadas por incurrir en las conductas penadas. Tal fue el caso de James Callender, un activista político republicano quien afirmó que el Presidente Adams era “un canoso incendiario” y que la elección era entre “Adams, que representaba la guerra y la mendicidad, o Jefferson, la paz y la capacidad”, palabras por las cuales fue condenado a prisión en un juicio presidido por Samuel Chase³.

La Corte Suprema no juzgó nunca acerca de la constitucionalidad de esta ley; sin embargo, tres de sus jueces (Chase, Pater-son y Bushrod Washington) presidieron juicios por violación a la ley de sedición y aplicaron condenas sin evaluar ninguna cuestión constitucional al respecto.

Se generó entonces un debate no sólo jurídico, sino particularmente político, en el marco de la campaña presidencial que llevó a los republicanos a la presidencia. Es interesante la discusión entre federalistas y republicanos, porque configura, en buena medida, la misma discusión que, con matices, se mantiene hasta nuestros días en gran parte de occidente.

Los federalistas sostenían la validez de la ley de sedición, aferrándose a la premisa de Blackstone de 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”.

³ Williman H. Rehnquist, “The impeachment clause: a wild card in the Constitution”, 83 Nw. U. L. Rev., 903, 906.

Por su parte, los republicanos alimentaban una posición contraria que podemos resumir en las palabras de Albert Gallatin, diputado por Pensilvania y luego Secretario del Tesoro del Presidente Jefferson. En oportunidad de discutirse la ley de sedición, Gallatin afirmó que “resulta ridículo decir que sancionar un determinado acto, no es una forma de coartar la libertad de realizar ese acto”, y calificaba de absurdo pretender interpretar la primera enmienda a la luz de la doctrina de Blackstone⁴.

Con el triunfo de los republicanos, se consagró en las urnas la posición contraria la ley de sedición y Jefferson indultó a quienes habían sido condenados por violar esa ley. Sin embargo, los tribunales mantuvieron a lo largo de todo el siglo XIX y las dos primeras décadas del siglo XX una posición favorable a la opinión de Blackstone, pero desde el año 1801 y hasta el año 1916, el Gobierno Federal no sancionó normas que restringieran o sancionaran la publicación de informaciones o ideas.

El conflicto reaparece en 1917, cuando en el marco del ingreso de los Estados Unidos a la Primera Guerra Mundial se sancionó la Ley de Espionaje (*Espionage Act*). Esta ley tipificaba como un delito federal la acción de “causar o intentar causar insubordinación, deslealtad, motín, o la desertión al servicio militar en tiempo de guerra u obstruir intencionalmente el reclutamiento o alistamiento de tropas”.

En el primer semestre de 1919 la Corte Suprema de los Estados Unidos debió resolver tres casos de condenas por aplicación de esta ley; en ellos, los acusados fundaban su defensa afirmando que la ley violaba la primera enmienda.

⁴ Agregaba el mismo representante: ¿Cómo podría un gobierno aplicar restricciones previas a la expresión de los hombres, sellando sus bocas o cortando sus lenguas?, citado por Anthony Lewis, *Freedom...*, p. 16.

En “Schenck”⁵, el primero de los casos citados, el acusado había sido condenado por repartir panfletos donde comparaba al servicio militar obligatorio con la esclavitud.

Correspondió a Oliver Wendell Holmes redactar el voto de la Corte, y fue allí donde elaboró el estándar del peligro claro y actual (*clear and present danger*), diciendo que la cuestión, en cada caso, reside en determinar si las palabras usadas, por su naturaleza así como por las circunstancias en las que han sido emitidas, tienen la naturaleza de crear un peligro claro y actual de ocasionar males sustanciales que el Congreso tiene el derecho de prevenir.

Ese estándar no fue de utilidad para la defensa de Schenck ni de ninguna de las defensas en los otros dos casos que la Corte resolvió a principios de ese año; en todos ellos se confirmaron las condenas.

Resulta interesante destacar el caso de Eugene Debs⁶, quien luego de concurrir a visitar a tres detenidos por rehusarse a prestar el servicio militar, afirmó en una manifestación que se trataba personas de condenadas “por permanecer de pie para allanar el camino hacia mejores condiciones de vida para toda la humanidad”. Ello le valió una pena de diez años de prisión, la cual también fue confirmada por la Corte a través del voto de Holmes.

Hasta aquí no encontramos en los tribunales ninguna protección relevante de la libertad de expresión más allá de la prohibición de censura previa ya reconocida por Blackstone; no podemos afirmar que existiese una práctica jurisprudencial que tutelara especialmente a la libertad de expresión.

Sin embargo, el mismo año que se sentenciaron los casos anteriores, luego del receso de verano, el propio Holmes emitió su conocida disidencia en la causa *Abrams*⁷.

⁵ 249 U.S. 47.

⁶ 249 U.S. 211. El restante fue el caso “Frohwerk” (249 U.S. 204), el cual el acusado había escrito distintos artículos cuestionando la participación de Estados Unidos en la guerra.

⁷ 250 U.S. 616.

Se trataba de cuatro personas que habían arrojado panfletos en New York promoviendo un paro contra la decisión del Presidente Wilson de enviar tropas a Rusia luego de la revolución Bolchevique; por esa acción fueron condenados a penas de entre 15 y 20 años de prisión, bajo el argumento de que a través de cuestionar la intervención en Rusia, los acusados intentaban perjudicar la marcha de la guerra contra Alemania.

En esta ocasión Holmes, que había condenado a Shenck, a Frohwerk y a Debs por criticar el servicio militar, modificó su opinión y emitió una disidencia que pasó a formar parte de la historia de la Corte de los Estados Unidos.

No es posible decir con certeza qué fue lo que motivó ese cambio de parecer⁸. Pero más allá de cual haya sido la causa, lo cierto es que la disidencia de Holmes *Abrams* constituye uno de los principales pilares del enorme desarrollo posterior de la libertad de expresión en los Estados Unidos.

Fue aquí cuando Holmes recurrió a la idea del libre mercado de las ideas; la cual, curiosamente, nunca expresó exactamente con esas palabras. Dijo allí Holmes:

“Perseguir a alguien por expresar opiniones me parece perfectamente lógico. Si uno no tiene ninguna duda de sus premisas o de su autoridad, y quiere de todo corazón un determinado resultado, naturalmente plasmarás sus deseos en la ley y removerá cualquier oposición a ellos... Pero cuando los hombres se dan cuenta que el tiempo ha derribado muchas creencias combativas, ellos puede que lleguen a creer, aún más de lo que creen en sus propias ideas, que el bien deseado se obtiene mejor por medio de el libre intercambio de las ideas, que el mejor test para la verdad es el poder de las ideas de ser aceptadas en la competencia del mercado

⁸ Algunos atribuyen este cambio a un trabajo que el profesor Zechariah Chaffe Jr. publicó en la *Harvard Law Review* en el verano de 1919 criticando duramente el precedente *Debs*; Holmes escribió, años después, que ese artículo le había enseñado sobre las raíces históricas de la primera enmienda.

y que la verdad es el único cimiento sobre el cual los deseos de los hombres pueden ser llevados a cabo en forma segura. Esta es, en cualquier caso, la teoría de nuestra Constitución. Y esa teoría es un experimento, como todo en la vida es un experimento...

...Por supuesto, estoy hablando sólo de expresar opiniones, tal como lo hago aquí, pero lamento no poder poner en palabras más expresivas mi absoluta convicción de que, al ser condenados, los acusados han sido privados sus derechos reconocidos por la Constitución de los Estados Unidos”.

A partir de ese caso, el desarrollo de la jurisprudencia en los Estados Unidos ha marchado hacia una progresiva expansión de la libertad de expresión en sus más diversos ámbitos.

Tanto es así que en 1971, en la causa *Cohen vs. California*⁹, la Corte dejó sin efecto una condena contra un joven que, en el marco del conflicto bélico con Vietnam, había llegado hasta un edificio público utilizando una camisa con la inscripción “Fuck the Draft”; tan solo 50 años antes, Schenck había sido condenado a prisión por comparar a la conscripción con la esclavitud.

De alguna manera, la posición de Holmes podría resumirse diciendo que una vez reconocida la falibilidad humana, no queda más remedio que aceptar la multiplicidad de voces como mejor forma de acercarse a la verdad. Esta doctrina fue luego reiteradamente recogida a lo largo de la jurisprudencia de los Estados Unidos.

En “*New York Times v. Sullivan*”¹⁰, la Corte dirá que la primera enmienda “*presupone que es más probable que las conclusiones correctas surjan de una multitud de voces que de ninguna selección autoritaria. Para muchos esto es, y siempre será, una locura; nosotros, en cambio, lo hemos apostado todo a ese ideal*”.

⁹ 403 U.S. 14.

¹⁰ 376 U.S. 254.

Esta doctrina cumple dos funciones políticas sumamente importantes, por un lado, asegura un debate amplio que contribuye a la elaboración de las políticas públicas; y en segundo lugar, permite el cambio político de manera pacífica, sin obligar a las minorías a actuar desde fuera del sistema.

El último aspecto fue expresado por el juez Brandeis, en su voto concurrente la causa seguida contra Anita Whitney¹¹, a quien se perseguía penalmente por su actividad pro-comunista.

Dijo en ese caso Brandeis que *“quienes lograron nuestra independencia no eran cobardes; no temían el cambio político ni exaltaban el orden a expensas de la libertad. Reconocieron los riesgos a los que todas las instituciones humanas están sometidas. Sabían que el orden no puede ser garantizado sólo por temor al castigo... que el camino de la seguridad radica en la oportunidad de discutir libremente las críticas y las soluciones propuestas, y que el remedio adecuado para los malos consejos es un buen consejo.*

...el miedo a graves daños o perturbaciones no puede, por sí solo, justificar la supresión de la libertad de expresión y de reunión. Los hombres temían a las brujas, y quemaban a las mujeres...”

De esta forma puede decirse que la idea del libre intercambio de ideas tiende a lograr un foro en el cual los individuos y la sociedad en su conjunto, pueden decidir libremente qué es lo correcto, lo más adecuado o más próximo a la verdad.

La conclusión necesaria que se impone a todo este desarrollo jurisprudencial, es la premisa de que toda regulación estatal en materia de libertad de expresión cuenta, en principio, con una fortísima presunción de inconstitucionalidad y que el objetivo deseable en la materia es lograr la menor ingerencia estatal, a fin de lograr un debate “desinhibido, robusto y amplio”¹².

¹¹ 274 U.S. 357 (1927).

¹² “New York Times vs. Sullivan”.

2. El desarrollo en la República Argentina

En nuestro país se siguieron pautas similares, habiendo sido la libertad de prensa uno de los valores más preciados por los gestores de la Revolución de Mayo¹³. Y ya en 1811, bajo la inspiración del deán Gregorio Funes se dictó el Reglamento sobre la Libertad de Imprenta¹⁴. Sin embargo, las restricciones de hecho o de derecho a la libre expresión se mantuvieron en el territorio argentino hasta el año 1852.

En 1853 la Constitución reconoce en el artículo 14 el derecho de todo habitante a publicar sus ideas por la prensa sin censura previa. Y luego, en 1860, se incorporó el art. 32 a la Constitución Nacional, el cual reproduce el texto de la primera enmienda estadounidense.

Por ese entonces, la Comisión Examinadora de la Constitución Federal, al explicar el agregado del art. 32 dijo que “*siendo la palabra escrita o hablada uno de los derechos naturales de los hombres que derivan de la libertad de pensar, él se haya comprendido entre los derechos intransferibles*” que no pueden ser limitados por el Estado¹⁵.

Con similar amplitud, Vélez Sárfield, al justificar la incorporación del artículo 32, señalaba que “sólo la libre discusión por la prensa puede hacer formar el juicio sobre la administración o sobre los hechos políticos que deban influir en la suerte de un país... Se dirá que los abusos de la imprenta traen trastornos sociales.

¹³ Badeni, Gregorio, *Tratado de Libertad de Prensa*, Lexis Nexis, Bs. As., 2002, p. 120. El autor recuerda la publicación efectuada por Manuel Belgrano el 11 de agosto de 1810, donde el creador de la bandera afirma que “la libertad de la prensa no es otra cosa que una facultad de publicar lo que cada ciudadano piensa y puede decir con la lengua”.

¹⁴ El mismo, si bien representa un avance de notable importancia respecto de la situación previa, prevé importantes sanciones posteriores a la publicación, mantiene la censura previa en materia religiosa así con una serie importante de exigencias incompatibles con el desarrollo posterior de la libertad de prensa.

¹⁵ Ravignani, cit. ps. 772/773.

Pero trastornos sociales se llama muchas veces al renacimiento de la libertad de un pueblo, por la consagración de los derechos individuales”.

Como datos significativos en la jurisprudencia nacional podemos recordar que la libertad de expresión dio lugar en 1957 al nacimiento del amparo¹⁶. Y ya en 1960 se consideró que la afectación a la libertad de prensa genera un supuesto de gravedad institucional¹⁷.

En estos últimos años pueden destacarse pronunciamientos como “Editorial Río Negro”¹⁸, donde se entendió que el reparto arbitrario de publicidad oficial constituye una forma indirecta de censura, o “Patitó c/ La Nación”¹⁹ donde el Tribunal reafirmó en nuestro derecho la vigencia de la regla de la real malicia.

Tan sólo días atrás, en la causa “Brugo c/ Lanata”²⁰ la Corte reiteró la jerarquía constitucional del estándar de la real malicia, y profundizó en la distinción entre “informaciones” y “opiniones”, aseverando que “toda expresión que admita ser clasificada como una opinión, por sí sola, no da lugar a responsabilidad civil o penal a favor de las personas que ocupan cargos en el Estado”.

3. La libertad de expresión en el sistema Interamericano

El art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos afirma que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole,

¹⁶ “Siri”, Fallos 239:459.

¹⁷ Fallos 248:651 y 248:664.

¹⁸ Fallos 330:3908.

¹⁹ Fallos 331:1530.

²⁰ 16.11.2009.

sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

La norma prohíbe la censura previa (salvo en el caso de los espectáculos públicos y para la protección de la minoridad), y somete a los medios a responsabilidades ulteriores, previstas legalmente. Prohíbe, asimismo, las restricciones indirectas, como el abuso de controles respecto del papel, de las frecuencias radioeléctricas, o por cualquier otro medio encaminado a impedir la comunicación y circulación de ideas y opiniones.

A partir de esta norma, la Corte Interamericana ha perfilado una serie de postulados de importancia.

En primer lugar, se ha considerado que la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de la sociedad democrática. No sólo debe garantizarse la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población (OC 5-85, reiterados en pronunciamientos posteriores, por ejemplo, en caso *Ivcher Bronstein* y caso *Olmedo Bustos*).

También se reconoce a la libertad de expresión una dimensión bifronte (OC 5-85). Por un lado, 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 ya había sido mencionada por autores estadounidenses a principios del siglo XX, como Roscoe Pound²¹ o Zachariah Chafee (Jr.)²².

Asimismo, se consideró reñida con la libertad de expresión la colegiación obligatoria de los periodistas (OC 5-85) y se reco-

²¹ “Interests of Personality”, 28 Harvard Law Review 457.

²² “Freedom of Speech in War Time”, 32 Harvard Law Review 932.

noció imposibilidad de imponer un idioma como requisito para el pensamiento²³.

Se entendió que las restricciones a los medios de difusión son también restricciones a la expresión, por lo que sólo son legítimas cuando respetan el artículo 13.2 de la Convención. (OC5-85, caso Ivcher Bronstein).

Se ha brindado un estándar particular de protección de las opiniones, particularmente cuando están referidas a funcionarios públicos (caso Kimel). El principio de la verdad o falsedad sólo se puede predicar respecto de los hechos, no respecto de las opiniones, que pueden ser acertadas o desacertadas. De allí que no pueden ser sometidos a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor. Las opiniones no son afirmaciones de hechos que puedan ser verificados.

También existe una prohibición absoluta de la censura previa, con la sola excepción de la posibilidad de regular el acceso de niños y adolescentes a espectáculos públicos. Se ha considerado que la violación de la prohibición de censura puede provenir incluso del Poder Judicial²⁴.

Se ha manifestado también que *“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”*²⁵.

De esta manera, los pilares sobre los que se ha construido en nuestro sistema la libertad de expresión exigen una posición pasiva y particularmente ausente del Estado, quien no puede limitar la libre circulación de informaciones o ideas, por cualquier persona que desee hacerlo.

²³ Caso López Álvarez vs. Honduras, 1.02.2006.

²⁴ Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile, 5.02.2001.

²⁵ Caso “Ivcher Bronstein c/ Perú”, párrf. 151.

Así, la libertad de expresión es una libertad bifronte, ya que importa tanto la posibilidad de expresarse como la de recibir la información; el Estado no puede imponer controles en cuanto a los contenidos, ni exigir licencias o autorizaciones para ejercer cualquier tipo de expresión y la finalidad buscada es lograr la mayor cantidad de voces, sin interferencias estatales.

B. La radiodifusión

1. Necesaria regulación de la radiodifusión

En materia de radiodifusión nos encontramos con una situación distinta a la que hemos analizado hasta aquí. La radio y la televisión requieren, para su transmisión, utilizar ondas radioeléctricas que ocupan una frecuencia en el espacio; esa frecuencia, además, no puede ser utilizada por dos personas al mismo tiempo, ya que de lo contrario ambas señales se interferirán y, ninguna de ellas podría ser finalmente escuchada²⁶.

De allí la necesidad de que el Estado, tal como puede ocurrir con la navegación en un río o la circulación en una calle, administre el espacio radioeléctrico de manera tal de permitir su utilización en forma ordenada por la mayor cantidad de personas que sea posible.

La primera reglamentación legal fue la Ley de Radio (Radio Act) sancionada por el Congreso de los EE.UU. en 1912, por la cual el Gobierno se reservaba el derecho a conceder licencias. Se trató de un sistema poco eficaz; y en 1927 se creó por ley la Comisión Federal de Radio (F.A.R.) antecedente de la Comisión Federal de Comunicaciones (F.C.C.), creada en 1934, y que hasta hoy regula la televisión, radio y comunicación en EE.UU.

²⁶ La irrupción de la TV digital hace pensar que quizás las frecuencia ya no sean un bien tan escaso; de esa forma se reduce (pero no desaparece) el justificativo para establecer límites a su uso.

En 1943 la Corte Suprema de los Estados Unidos convalidó la constitucionalidad de la regulación federal en la materia, fundándola en la necesidad de su existencia, afirmando que mientras hacia fines de la década del 20 surgían cada vez más estaciones de radio, las autoridades carecían de facultades para imponer una regulación de los horarios o frecuencias de transmisión y:

“Estas nuevas estaciones utilizaban cualquier frecuencia a su antojo, sin importar la interferencia que ocasionaran a otras emisoras. Las estaciones existentes, entonces, cambiaban de frecuencias y aumentaban su potencia, así como las horas de transmisión. El resultado fue la confusión y el caos. Con todo el mundo en el aire, nadie podía ser oído”²⁷.

Similar consideración se utilizó en caso *“Red Lion Broadcasting Co. vs. FCC”*²⁸, donde la Corte convalidó el derecho de réplica (*fairness doctrine*) en las emisoras de radiodifusión, cuando el mismo es considerado inconstitucional respecto de un periódico²⁹. Dijo entonces el Tribunal que:

Cuando hay muchas más personas que quieren transmitir, que frecuencias a asignar, es en vano plantear un derecho ilimitable a transmitir, comparable con el derecho de todo individuo a hablar, escribir o publicar. Si 100 personas quieren una licencia para transmitir, pero hay solo 10 frecuencias para adjudicar, todas ellas pueden tener el mismo “derecho” a la licencia, pero si va a existir una comunicación efectiva por la radio, solo unos pocos podrán acceder a la licencia, y el resto deberá ser excluido del espectro radioeléctrico. Sería extraño que la Primera Enmienda, encaminada a proteger y fomentar las comunicaciones, impidiera al Gobierno hacer posibles esas comunicaciones a través del otorgamiento de licencias que eviten la saturación del espectro radioléctrico.

²⁷ “National Broadcasting Co. vs. US” 319 U.S. 190 (1943).

²⁸ 395 U.S. 367 (1969).

²⁹ “Miami Herald Publishing v. Tornillo”, 418 U.S. 241.

Este argumento, conocido como *interference rationale*, es lo que justifica la regulación de la radiodifusión.

Hoy el criterio legal imperante en el mundo es que las frecuencias de radiocomunicaciones pertenecen a toda la Humanidad. Lo único que hace el Estado es administrarlas³⁰.

Sin embargo, en los Estados Unidos existen quienes consideran que las frecuencias podrían ser reguladas como un derecho de propiedad³¹.

En el otro extremo, el Gobierno Venezolano hoy considera que las frecuencias son un dominio público respecto del cual el Estado ejerce su autonomía, y los particulares que las explotan son considerados meros concesionarios.

2. Regulación en la República Argentina

En la República Argentina, las primeras transmisiones las efectuó Guillermo Marconi, quien llegó al país en 1910 y a través de aparatos de onda corta logró comunicarse con Canadá e Irlanda. Luego, en 1920 un grupo de estudiantes de medicina instaló un pequeño equipo para transmitir desde el teatro Coliseo una ópera de Wagner; esa fue la primera transmisión de radio del país.

A partir de 1922 comienzan a aparecer distintas emisoras de radio.

En materia de regulación, se considera que el antecedente más antiguo es de 1875, en que se sanciona la Ley 750 1/2, que es la vieja ley de telégrafos. En 1913 la Ley 9.127: “El servicio

³⁰ Badeni, Gregorio, *Tratado de la libertad de prensa*, cit., p. 99 y sgtes.
Heffes, Mario, *Derecho de Radiodifusión*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1996, p. 20.

³¹ Por ejemplo, Jonathan W. Emord, “The First Amendment Invalidation of FCC Ownership Regulations”, 38 Cath. U. L. Rev. 401 (*A free system of content-neutral, market allocation of broadcast property rights would best comport with the first amendment*).

radiotelegráfico dentro del territorio de la Nación y para las comunicaciones internacionales hasta una distancia mínima de mil kilómetros, será hecho exclusivamente por el Estado”. En 1933 se aprueba, por decreto 21.044, un Reglamento de Radiocomunicaciones, y al año siguiente, una resolución específicamente dedicada a la radiodifusión estableció, entre otras cosas, un límite máximo de “cien palabras de publicidad comercial entre cada número del programa”, prohibía la transmisión de textos de publicidad cantados, y requería la autorización previa antes de transmitir conferencias, resoluciones, anuncios o textos con contenidos políticos.

Durante la presidencia de Perón comienzan las emisiones televisivas y se crea el Servicio oficial de Radiodifusión (SOR).

En 57 se regulan de los servicios de Radiodifusión y Televisión, disponiéndose que no podían realizarse transmisiones que comprometan las buenas relaciones internacionales o provoquen desórdenes o perturben el orden público, que signifiquen competencia desleal, que resulten injuriosas o que ocasionen daño moral o material, dentro y/ o fuera del territorio nacional.

En 1958 Aramburu adjudica las primeras licencias para establecer canales de televisión privados.

En el año 1967 se dictó la Ley 17.282, y luego en el año 1972 se dictó el Decreto-Ley 19.798 de Telecomunicaciones, aún vigente en muchos aspectos.

Esta ley fue el antecedente de la Ley 22.285, aún vigente al momento de escribir este trabajo.

3. La Ley 26.522

Luego de un trámite legislativo que resultó en sí mismo polémico, el 10 de octubre de 2009 el Poder Ejecutivo de la Nación promulgó la Ley 26.522.

3.1. Objeto de la ley

Esta ley es mucho más que una ley de radiodifusión. Es una ley que regula la radiodifusión, pero también muchas otras cosas.

El art. 1: *“El objeto de la presente ley es la regulación de los servicios de comunicación audiovisual en todo el ámbito territorial de la República Argentina...”*, quedando *“comprendidas en las disposiciones de esta ley todas las emisiones que tengan su origen en el territorio nacional, así como las generadas en el exterior cuando sean retransmitidas o distribuidas en él”*.

En la nota al art.1, la ley expresa en forma directa y clara su filosofía: *“El destino de la presente ley atiende a la previsión legal de los servicios de comunicación audiovisual como una realidad más abarcativa que la restringida emergente del concepto de radiodifusión... contenidos audiovisuales idénticos o similares deben ser reglamentados por el mismo marco regulatorio, independientemente de la tecnología de transmisión”*.

De esta forma, la ley no regula solo el uso del espacio radioeléctrico, sino que además tiende a regular las emisiones de información e ideas a través de los SCA, a los que llamativamente no define.

En el art. 4 se define a la comunicación audiovisual como *“la actividad cultural cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador de un servicio de comunicación audiovisual, o productor de señales o contenidos cuya finalidad es proporcionar programas o contenidos, sobre la base de un horario de programación, con el objeto de informar, entretener o educar al público en general a través de redes de comunicación electrónicas”*, y *“comprende la radiodifusión televisiva, hacia receptores fijos, hacia receptores móviles, como así también servicios de radiodifusión sonora, independientemente del soporte utilizado, o por servicio satelital; con o sin suscripción en cualquiera de los casos”* (art. 4°).

Entonces, cualquier tipo de actividad audiovisual realizada a través de redes de comunicación electrónica queda alcanzada por la ley 26.522. Un único límite podríamos encontrar en la exigencia de un horario de programación.

Por lo tanto, la ley alcanza a:

- La televisión abierta y por cable, a receptores móviles o fijos.
- La radio abierta o por cable.
- La televisión o la radio por internet.
- Cualquier otra actividad similar realizada bajo un horario de programación.
- En una interpretación más amplia y acorde con el espíritu de la norma, cualquier actividad audiovisual distribuida por redes de comunicación. Por ejemplo, diarios digitales u otras páginas de Internet.
- También se regula a una serie de sujetos que realizan actividades vinculadas con las anteriores, como por ejemplo a las señales de cable o a las agencias de publicidad.
- Finalmente, aun cuando expresamente no esté previsto, la reglamentación podría incluir, sin demasiado esfuerzo a los diarios digitales.

3.2. Papel del Estado en la materia

Respecto de los SCA, el artículo 2º brinda una definición clara:

*“La actividad realizada por los servicios de comunicación audiovisual se considera **una actividad de interés público**... La condición de actividad de interés público importa la preservación y el desarrollo de las actividades previstas en la presente como parte de las obligaciones del Estado Nacional establecidas en el*

artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional. A tal efecto, la comunicación audiovisual en cualquiera de sus soportes resulta una actividad social de interés público, en la que el Estado debe salvaguardar el derecho a la información, a la participación, preservación y desarrollo del Estado de Derecho, así como los valores de la libertad de expresión.”

Si bien no se considera a los SCA como servicios públicos, la proximidad con la idea de servicio público es notoria; a partir de ese punto de partida podemos imaginar qué tipo de regulación es la que sigue.

3.3. Controles de contenidos

Hay en la ley un importante y detallado control de los contenidos que pueden transmitir los SCA.

a. Objetivos de las emisiones

En concreto, el artículo 3 establece para los SCA “*y los contenidos de sus emisiones*”, una determinada serie de objetivos, los que son detallados en 14 incisos. Se trata de objetivos acordes con la Constitución Nacional, y que resultarían razonables como metas de una ley. Ahora, aplicados a los “contenidos de las emisiones” comienza a ser sospechoso³².

³² ARTÍCULO 3º - Objetivos. Se establecen para los servicios de comunicación audiovisual y los contenidos de sus emisiones, los siguientes objetivos:

- a) La promoción y garantía del libre ejercicio del derecho de toda persona a investigar, buscar, recibir y difundir informaciones, opiniones e ideas, sin censura, en el marco del respeto al Estado de Derecho democrático y los derechos humanos, conforme las obligaciones emergentes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados incorporados o que sean incorporados en el futuro a la Constitución Nacional;
- b) La promoción del federalismo y la Integración Regional Latinoamericana;
- c) La difusión de las garantías y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional;
- d) La defensa de la persona humana y el respeto a los derechos personalísimos;

Por ejemplo, los SCA deben promover el federalismo y la integración regional latinoamericana (inc. b). Por lo tanto, la difusión de contenidos contrarios a esos objetivos, por ejemplo, estaría prohibida la existencia de una señal de cable que difunda ideas unitarias o contrarias a la integración latinoamericana.

b. Idioma

El art. 9 establece que “la programación que se emita a través de los servicios contemplados por esta ley, incluyendo los avisos publicitarios y los avances de programas, debe estar expresada en el idioma oficial o en los idiomas de los pueblos originarios”.

Únicamente se exceptúan los programas: (i) dirigidos a públicos ubicados fuera de las fronteras nacionales; (ii) destinados a la enseñanza de idiomas extranjeros; (iii) que sean simultáneamente traducidos o subtítulos; (iv) destinados a comunidades

-
- e) La construcción de una sociedad de la información y el conocimiento, que priorice la alfabetización mediática y la eliminación de las brechas en el acceso al conocimiento y las nuevas tecnologías;
 - f) La promoción de la expresión de la cultura popular y el desarrollo cultural, educativo y social de la población;
 - g) El ejercicio del derecho de los habitantes al acceso a la información pública;
 - h) La actuación de los medios de comunicación en base a principios éticos;
 - i) La participación de los medios de comunicación como formadores de sujetos, de actores sociales y de diferentes modos de comprensión de la vida y del mundo, con pluralidad de puntos de vista y debate pleno de las ideas;
 - j) El fortalecimiento de acciones que contribuyan al desarrollo cultural, artístico y educativo de las localidades donde se insertan y la producción de estrategias formales de educación masiva y a distancia, estas últimas bajo el contralor de las jurisdicciones educativas correspondientes;
 - k) El desarrollo equilibrado de una industria nacional de contenidos que preserve y difunda el patrimonio cultural y la diversidad de todas las regiones y culturas que integran la Nación;
 - l) La administración del espectro radioeléctrico en base a criterios democráticos y republicanos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en su acceso por medio de las asignaciones respectivas;
 - m) Promover la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombres y mujeres, y el tratamiento plural, igualitario y no estereotipado, evitando toda discriminación por género u orientación sexual;
 - n) El derecho de acceso a la información y a los contenidos de las personas con discapacidad;
 - ñ) La preservación y promoción de la identidad y de los valores culturales de los Pueblos Originarios.

extranjeras habitantes o residentes en el país; (v) la programación originada en convenios de reciprocidad; (vi) las letras de las composiciones musicales, poéticas o literarias y (vii) Las señales de alcance internacional que se reciban en el territorio nacional³³.

c. Imposición de contenidos:

Además distintas menciones a lo largo de la ley, ésta cuenta con un capítulo específico, el V, denominado “Contenidos de la programación”, donde realiza una serie de exigencias de hacer y de no hacer a los servicios de comunicación audiovisual.

En el art. 65° de la ley prevé una larga serie de límites a los contenidos que los titulares de autorizaciones o licencias de servicios de radiodifusión deberán cumplir.

Por ejemplo, para los servicios de **radiodifusión sonora** se prevé:

Para los *privados y no estatales*:

- Deberán emitir un mínimo de 70% de producción nacional;
- Al menos un 30% de la música emitida debe ser de autores o intérpretes nacionales. La cuota debe repartirse proporcionalmente a lo largo de la programación.
- Debe asegurarse la emisión de un 50% de música independiente³⁴.
- Los anteriores recaudos pueden ser eximidos por la autoridad de aplicación cuando se trate de estaciones temáticas o dedicadas a colectividades extranjeras.

³³ Esta última excepción fue incorporada en el Congreso, ya que el proyecto original no la incluía.

³⁴ “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” (art. 65.1.a,ii).

- También deberán emitir al menos un 50% de producción propia que incluya noticieros o informativos locales.

En el caso de la **televisión abierta**:

- Deben emitir un 60% de producción nacional;
- un 30% de producción propia que incluya informativos locales’;
- al menos un 20% de producción local independiente cuando se trate de estaciones localizadas en poblaciones de más de 600.000 habitantes, y del 10% en localidades menores.

Los **servicios de cable** entre otras obligaciones, deben:

- incluir sin codificar todas las señales públicas del Estado Nacional y aquellas en las que el Estado Nacional tenga participación;
- llevar un orden temático en la grilla de acuerdo a lo que establezca la reglamentación;
- como mínimo una (1) señal de producción local propia que satisfaga las mismas condiciones que esta ley establece para las emisiones de televisión abierta, por cada licencia o área jurisdiccional que autorice el tendido;
- incluir, sin codificar, las emisiones de los servicios de televisión abierta de origen cuya área de cobertura coincida con su área de prestación de servicio, y las señales generadas por los Estados provinciales, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios y universidades nacionales que se encuentren localizadas en su área de prestación de servicio.
- un mínimo de señales originadas en países del MERCOSUR y en países latinoamericanos con los que la República Argentina haya suscripto o suscriba a futuro convenios a tal efecto.

d.- La cuota de pantalla

La ley prevé una cuota de pantalla de cine en su artículo 67, por el cual los licenciatarios de TV abierta deben exhibir en estreno anualmente ocho (8) películas nacionales, producidas mayoritariamente por productoras independientes nacionales, cuyos derechos de antena hubieran sido adquiridos con anterioridad a la iniciación del rodaje.

Los titulares de emisoras que alcancen en menos del 20% de la población del país, podrán optar por cumplir la cuota adquiriendo, con anterioridad al rodaje, derechos de antena de películas nacionales producidos por productoras independientes nacionales, por el valor del cero coma cincuenta por ciento (0,50%) de la facturación bruta anual del año anterior.

Las señales que no fueren consideradas nacionales, que difundieren programas de ficción en un total superior al cincuenta por ciento (50%) de su programación diaria, deberán destinar el valor del cero coma cincuenta por ciento (0,50%) de la facturación bruta anual del año anterior a la adquisición, con anterioridad a la iniciación del rodaje, de derechos de antena de películas nacionales.

Estas cuotas de pantalla han generado controversias en el derecho comparado. Por ejemplo, Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo Español, a raíz de un recurso presentado por la Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA), el pasado 9 de diciembre de 2009, emitió una resolución por el cual resolvió “plantear al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad del segundo párrafo del apartado 1 del artículo 5 de la Ley 25/1994, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodi-

fusión televisiva, en su versión modificada por las leyes 22/1999, de 7 de junio, y 15/2001, de 9 de julio”³⁵.

³⁵ En esta ocasión el Tribunal Supremo del país ibérico afirmó que:

- “A juicio de esta Sala, la imposición por ley a una o a varias empresas del destino obligatorio que han de dar a sus inversiones, con la consiguiente vinculación de una parte de sus recursos propios –concretamente un determinado porcentaje de sus ingresos, no de sus beneficios– constituye una restricción de la libertad que les garantiza el artículo 38 de la Constitución. La restricción es tanto más relevante cuanto que el destino forzoso de las inversiones no corresponde al objeto propio de su actividad (la difusión televisiva) sino a un sector económico diferente (la producción cinematográfica)”.
- “La “libertad de inversión” se integra en el núcleo mismo del haz de facultades propias del empresario dentro de una economía de mercado y, en principio, debe ser ajena a imposiciones forzosas por parte de los poderes públicos, incluido el poder legislativo. La capacidad de decidir de modo autónomo dónde y en qué invertir los recursos propios es parte del núcleo “duro” o indisponible de la libertad empresarial. Los poderes públicos pueden, legítimamente, detraer de los beneficios empresariales las cantidades que consideren oportunas, en el marco de un sistema tributario que responda a las exigencias del artículo 31 de la Constitución. Con los fondos así recaudados el Estado realizará su “asignación equitativa”, instrumentada en el presupuesto de gastos. Tienen, pues, aquellos poderes plena habilitación para establecer un marco tributario que contribuya a propiciar la inversión en determinados sectores, adoptando normas fiscales de muy amplio espectro (bonificaciones, exenciones, régimen de amortizaciones, deducciones, etcétera) con esa misma y legítima finalidad.

De manera singular, además de los instrumentos tributarios y presupuestarios, el legislador podrá igualmente adoptar medidas de subvención, incentivo, fomento o promoción de determinadas inversiones empresariales, estimulando directa o indirectamente aquellas que considere más adecuadas a los intereses generales.

- El legislador tiene vedado, salvo que razones imperiosas de interés general, imponer por sí mismo el destino forzoso de las inversiones empresariales. En principio, la decisión sobre la inversión de los recursos (privados) de las empresas corresponde a éstas, sin perjuicio de que parte de aquéllos sean transferidos coactivamente, por la vía de los tributos, al sector público y se conviertan de este modo en “recursos públicos” de los que el Estado puede, obviamente, disponer.
- Finalmente, a la hora de verificar la razonabilidad de la medida a través del prisma de la necesidad de la afectación de la libertad de comercio e industria, el Tribunal, luego de destacar los distintos mecanismos a través de los cuales la industria cinematográfica recibe aporte del erario público, concluyen los jueces afirmando que “a nuestro juicio, no resulta indispensable, esto es, “inevitadamente preferida” a otras medidas de menor restricción, añadir al elenco de medidas públicas protectoras de la cinematografía, otra adicional que suponga para los operadores televisivos una evidente mengua de la esfera de su libertad empresarial como es la de forzarles a invertir en los términos en que lo hace la Ley objeto de debate. La ley podría incentivar el uso de sus recursos propios para invertirlos en productos cinematográficos a través de fórmulas diversas (de naturaleza fiscal, entre otras) pero no existe, según nuestro parecer, una razón imperiosa de interés general que exija de modo coactivo la vinculación forzosa de una parte de los ingresos de los operadores televisivos a las inversiones ya referidas y que revista la fuerza necesaria para imponer a las empresas de aquel sector el sacrificio de su libertad garantizada por el artículo 38 de la Constitución, en beneficio de la actividad cinematográfica”.

En el artículo 68 inc. B párrafo 6 de la ley, se agrega la exigencia, con los alcances que determine la reglamentación, de una cantidad mínima de horas de producción de material audiovisual específico para niños y niñas que den los canales de televisión abierta cuyo origen sea como mínimo del 50% de producción nacional.

e. Contenidos prohibidos:

Una serie de contenidos han sido expresamente vedados. De acuerdo al art. 70, los SCA “deberán evitar” aquellos que:

- incluyan tratos discriminatorios basados en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento, el aspecto físico, la presencia de discapacidades;
- menoscaben la dignidad humana;
- induzcan a comportamientos perjudiciales para el ambiente o para la salud de las personas y la integridad de los niños, niñas o adolescentes.

En primer lugar, se advierte que el elenco de prohibiciones supera en mucho a los supuestos excepcionalísimos previstos en el art. 13.5 de la Convención Americana (propaganda a favor de la guerra o apología del odio que constituya incitación a la violencia).

Una segunda lectura de los supuestos despierta dudas respecto de quién y cómo habrán de interpretarse conceptos tales como “menoscabo de la dignidad humana” o inducir a comportamientos perjudiciales para el ambiente o la salud de las personas³⁶.

³⁶ ¿Menoscabará la dignidad humana una señal de cable pornográfico? ¿Se prohibirán las publicidades de cadenas de comida rápida o la promoción de deportes riesgosos? ¿Se considerará perjudicial para el medio ambiente la siembra de soja?

Quizás alguna explicación podría tener la norma al ser aplicada a los sistemas de radiodifusión abiertos; respecto del cable o de otros medios de comunicación que no hagan uso del espacio radioeléctrico, la situación parece ser similar a la de prohibir a las editoriales publicar libros con esos contenidos.

f. Publicidad comercial:

El capítulo VIII de la ley se encuentra destinado a regular la publicidad comercial.

En el art. 82 se establecen limitaciones en cuanto al tiempo de la publicidad.

- En radio: hasta 14 minutos por hora de emisión.
- En TV abierta, hasta 12 minutos por hora de emisión.
- En el cable, hasta 8 minutos en la señal de generación propia.
- Señales en general, 6 minutos por hora. Deben acordarse con el *carrier* una contraprestación por esa publicidad.
- En las señales Premiun: se prohíbe la inserción de publicidad.

El art. 81 de la ley prevé que “Los licenciarios o autorizados de los servicios de comunicación audiovisual podrán emitir publicidad conforme a las siguientes previsiones”. Es decir, la emisión de publicidad comercial puede ser efectuada sólo sí se cumplen una serie de requisitos, Así:

- La publicidad debe ser 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)³⁷.

³⁷ La exigencia de publicidad de producción nacional representa un grave ataque a la televisión comercial. Buena parte de las campañas publicitarias suelen ser realizadas con alcance mundial

- Los titulares de cables sólo podrán insertar publicidad en la señal correspondiente al canal de generación propia.
- Se emitirán con el mismo volumen de audio y deberán estar separados del resto de la programación.
- Se cumplirá lo estipulado para el uso del idioma y la protección al menor.

Los programas dedicados exclusivamente a la promoción o venta de productos sólo se podrán emitir en las señales expresamente autorizadas para tal fin por la autoridad de aplicación y de acuerdo a la reglamentación correspondiente;

Al establecerse en el artículo 81 que la publicidad debe ser emitida separada del resto de la programación, y prever el artículo 82 que la autoridad de aplicación será quien determine “las condiciones para la inserción de publicidad en las obras artísticas audiovisuales de unidad argumental”, el resultado es una clara censura de la publicidad no tradicional, la cual solo podrá ser transmitida con la previa licencia o venia de la autoridad de aplicación³⁸.

f. Prohibición de redes

El artículo 62 de la ley prevé que las emisoras de radio-difusión integrantes de una red, no podrán iniciar transmisiones simultáneas sin la previa autorización de la Autoridad Federal de

o regional utilizando figuras internacionales ampliamente conocidas (actores, modelos, deportistas, etc.), no es razonable pensar que esos anunciantes estarán dispuestos a producir un anuncio exclusivamente para la televisión abierta de nuestro país, cuando tienen a su alcance la posibilidad de hacer sin mayor límite en la prensa gráfica, en la vía pública y en las señales de cable.

³⁸ Esta publicidad no tradicional es normalmente utilizada para solventar gastos de producción. Por ejemplo, en una escena de ficción que se desarrolla en un auto y en algún momento se puede observar la marca. Esto es algo sumamente habitual en toda la industria del cine y de la televisión, tanto a nivel local como internacional. Pretender regular y limitar arbitrariamente un ingreso genuino y de importancia para la televisión gratuita no es sino otra muestra de la finalidad clara y concreta de la legislación impugnada.

Servicios de Comunicación Audiovisual, la cual dispone de 60 días hábiles para expedirse.

Esto implica que cuando un canal del interior solicite autorización para retransmitir un programa emitido por un canal de la Capital Federal, la Autoridad de Aplicación tendrá la posibilidad de aceptar o rechazar inmediatamente la autorización requerida, o tan solo guardar silencio durante varios meses³⁹.

También se prevé que la emisora adherida a una o más redes no podrá cubrir con esas programaciones más del treinta por ciento (30%) de sus emisiones diarias.

Se trata de límites que existen para otras áreas de la información, la cultura o el entretenimiento, como podrían ser el cine, el teatro o los medios gráficos. Una limitación de esas características impuesta al cine, a los periódicos o a las editoriales no resistiría un test de constitucionalidad⁴⁰.

³⁹ Pensemos que los conocidos almuerzos de Mirtha Legrand en los veranos de Mar del Plata, podrán verse en el interior sólo si la Autoridad de Aplicación lo permite, y ello podría ocurrir recién en el invierno.

⁴⁰ El perjuicio que habrá de generarse a los canales de televisión abierta es grave. En cualquier ciudad del interior, donde existe una importante cantidad de hogares abonados al servicio de televisión satelital o por cable, el canal local deberá competir con los canales de Capital Federal (transmitidos recibidos como señales de cable), siendo de esperar que los televidentes se sigan volcando a mirar los mismos programas que antes. Quien acostumbra mirar una telenovela, "ShowMatch" o a Susana Giménez, lo seguirá haciendo a través del cable, en lugar de la oferta que, con un mínimo presupuesto, pueda brindarle el canal de su ciudad. El resultado de ello se comprende inmediatamente: los canales del interior ya no tendrán publicidad o podrán reclamar una contraprestación mucho menor por ella; ningún comerciante pagará lo mismo por transmitir su publicidad en un programa con 30 puntos de rating que en otro que ni siquiera mida. Y un último detalle, quedan exceptuados del cumplimiento del límite del 30% los servicios de titularidad del Estado nacional, los Estados provinciales, las universidades nacionales, los institutos universitarios nacionales y las emisoras de los Pueblos Originarios (art. 64). De allí que se trate de una medida claramente encaminada a perjudicar a la televisión comercial.

3.4. Registros

La ley impone una serie de registros de inscripción obligatoria en cada uno de los casos.

Registro de accionistas: El art. 56 prevé un registro de accionistas de las sociedades para verificar el cumplimiento de las disposiciones relativas a la titularidad del capital accionario y las condiciones de los accionistas.

Registro Público de Licencias y Autorizaciones: En el artículo 57, la autoridad de aplicación tiene a su cargo también un Registro Público de Licencias y Autorizaciones, el cual deberá estar disponible por Internet.

Hasta aquí no parece haber demasiados problemas. Sin embargo, luego aparecen otros dos registros que resultan un tanto más difíciles de interpretar.

Registro de Señales y Productoras: El artículo 58 establece un registro de Señales y Productoras, en el cual deben inscribirse los siguientes sujetos:

- a) productoras de contenidos destinados a ser difundidos a través de los servicios regulados por esta ley al solo efecto de constatar el cumplimiento de las cuotas de producción;
- b) empresas generadoras y/o comercializadoras de señales o derechos de exhibición para distribución de contenidos y programas por los servicios regulados por esta ley.

Registro Público de Agencias de Publicidad y Productoras Publicitarias: También existe, según lo determinada el artículo 59, un registro en el cual la inscripción será obligatoria para la comercialización de espacios en los servicios de radiodifusión.

La reglamentación determinará los datos registrales a completar por las mismas y cuáles deberán ser públicos. El registro incluirá:

- a) las agencias de publicidad que cursen publicidad en los servicios regidos por esta ley;
- b) las empresas que intermedien en la comercialización de publicidad de los servicios regidos por esta ley.

A ello se le agrega la prohibición del artículo 61 de la ley, por la cual: “Los licenciarios o autorizados a prestar los servicios regulados en la presente ley no podrán difundir avisos publicitarios de cualquier tipo, provenientes de agencias de publicidad o productoras publicitarias que no se encuentren inscriptas”.

La existencia de estos registros puede generar severos conflictos, ya que si bien se habla de mera inscripción, la autoridad de aplicación cuenta con la posibilidad de excluir de los registros a quienes incumplan las normas de la ley 26.522, lo cual impediría, por ejemplo a una productora, que sus contenidos sean difundidos a través de un servicio de comunicación audiovisual.

3.5. Señales

Según las define el artículo 4 de la Ley, la *señal* es el “contenido empaquetado de programas producido para su distribución por medio de servicios de comunicación audiovisual”.

Ella será considerada *señal extranjera* cuando se trate de “contenido empaquetado de programas que posee menos del sesenta por ciento (60%) de producción nacional por cada media jornada de programación”.

En este caso, el artículo 60 establece que los responsables de la producción y emisión de señales que se difundan en el territorio nacional deberán (i) inscribirse en un registro creado por la Ley; (ii)

designar un representante legal con poderes suficientes; (iii) constituir domicilio legal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Sin el cumplimiento de tales recaudos no será posible la transmisión en el país de la señal.

Genera dudas el art. artículo 67 de la ley, ya que el mismo sugeriría que no basta la sola inscripción; en ese artículo se habla de las señales que no fueren consideradas nacionales “*autorizadas a ser retransmitidas* por los servicios de televisión por suscripción”.

De allí que podría llegar a entenderse que la ley exige algo más que una mera inscripción en el registro; concretamente, una *autorización* de parte de la autoridad de aplicación.

3. 6. Cesión obligatoria de espacios

a. Contenidos de interés relevante

El artículo 77 garantiza el derecho al acceso universal a través de los servicios de comunicación audiovisual a los contenidos informativos de interés relevante y de acontecimientos deportivos, de encuentros futbolísticos u otro género o especialidad.

En el cumplimiento de estas previsiones el Consejo Federal de Comunicación Audiovisual deberá elaborar un listado anual de acontecimientos de interés general con una anticipación de seis meses.

De esta forma, queda librado al Comité Federal de Comunicación Audiovisual, decidir cuáles son los “contenidos informativos de interés relevante” que el canal estará obligado a transmitir.

b. Publicidad política

El artículo 74 impone la obligación de ceder, sin cargo, espacios de programación a los partidos políticos, de conformidad a lo que se establezca en la ley electoral. A su vez esta última, reciente-

mente reformada, establece que los servicios de comunicación audiovisual están obligados a ceder gratuitamente para fines electorales el diez por ciento “del tiempo total de programación” (art. 43 quater ley 26.215 conforme ley 26.571) durante los 30 días previos a elecciones nacionales tanto legislativas como provinciales.

c. Cadena Nacional o Provincial

A través del artículo 75, tanto el Poder Ejecutivo Nacional como los Poderes Ejecutivos Provinciales pueden disponer, en “situaciones graves, excepcionales o de trascendencia institucional”, la integración en cadena nacional o provincial, la cual será obligatoria para todos los licenciarios.

d. Avisos oficiales y de interés público

A la cadena nacional o provincial, se suma también una nueva categoría de “avisos oficiales y de interés público” prevista en el art. 76 de la ley.

Por este dispositivo legal, la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual podrá disponer la emisión de mensajes de interés público, que los titulares de licencias deberán emitir sin cargo, según la frecuencia horaria determinada y conforme a la reglamentación. Estos mensajes no podrán tener una duración mayor a los ciento veinte (120) segundos, pero no se establece un límite en cuanto a cantidades de veces por hora o por día que ellos deberán ser transmitidos.

Hasta allí tenemos un breve repaso de la ley 26.522 y su relación con el control de contenidos. De lo visto podemos concluir que existe una notoria intención del Estado por intervenir en el universo audiovisual con la finalidad declarada de asegurar transmisiones democráticas, pluralistas y de calidad. Asimismo, también se considera conveniente y deseable promover los contenidos nacionales en desmedro de los extranjeros, los cuales son objeto de limitaciones concretas.

Todos estos puntos no guardan relación con los motivos que llevaron a regular la radiodifusión. Aquí el problema de la interferencia de las emisoras no podría ser esgrimido para justificar toda esta regulación.

C. Conclusiones

Los puntos de abordaje al tema pueden ser múltiples. Tan solo un análisis de la Ley 26.522 a la luz de la restricción del artículo 32 de la Constitución Nacional generaría una rica discusión.

Por mi parte, he preferido centrar la atención en un aspecto más general, vinculado con los conflictos existentes entre la libertad de expresión y la regulación de la radiodifusión, en particular la establecida en el Ley 26.522.

Me atrevo a afirmar que no estamos ante un problema de compatibilizar regulaciones distintas y aparentemente contradictorias (libertad de expresión y regulación de contenidos en radiodifusión), sino ante un conflicto todavía más profundo.

La libertad de expresión se ha desarrollado a partir de exigir al Estado una posición pasiva, una abstención y no interferencia en las expresiones de los particulares. Toda limitación a la libertad de expresión sólo se considera admisible si no está motivada en el contenido del mensaje. Más aún, las expresiones contrarias al Estado, al sistema político o incluso las denominadas “expresiones de odio” son, salvo casos excepcionales, toleradas por la filosofía tradicional de la libertad de expresión.

Este concepto exige y promueve una intervención estatal mínima, prácticamente nula. Promueve la discusión de ideas, aun por parte de quienes están fuera del sistema (anarquistas, comunistas, fascistas, ultramontanos). Se considera, desde esta óptica, más

sencillo justificar la prohibición de una conducta, que la expresión de una idea (se puede obligar a un hombre a prestar el servicio militar y sancionar su desertión, pero no es posible prohibirle que lo critique por entenderlo inconveniente, pensemos aquí en “Texas vs. Johnson”).

Por el contrario, la regulación de la radiodifusión se apoya sobre una filosofía completamente diversa, promoviendo una activa intervención estatal, tanto en la decisión de quiénes son los que transmiten, como en el contenido de lo que se puede transmitir, cómo y en qué momentos se lo hace.

De esta manera el sistema regulatorio de la radiodifusión, y particularmente la Ley 26.522, entra en conflicto con casi todos los aspectos sobre los que se ha construido tradicionalmente la libertad de expresión. Bajo esta última, la decisión de quiénes serán los que se expresen y qué es lo que expresarán no le corresponde al gobierno, éste se encuentra especialmente inhabilitado para realizar esa elección.

La regulación de la radiodifusión viene a contravenir estas premisas; el gobierno decide quién podrá hablar, qué deberá decir y qué no podrá decir, exige una licencia y un registro para poder expresarse y sanciona a quien se exprese violando esas disposiciones; ello parece ser lo más alejado posible a la filosofía tradicional de la libertad de expresión⁴¹.

Todo el cúmulo de regulaciones ha tenido su origen en la necesidad material generada por lo limitado del espectro radioeléctrico. Sin embargo, aun cuando esa necesidad haya sido el justificativo inicial de la regulación, una regulación de contenidos es injustificable dentro de esa premisa y parece un verdadero absurdo continuar haciendo mención a ello para sostener regulaciones como las de la Ley 26.522.

⁴¹ Weinberg, Jonathan, “Broadcasting and speech”, 81 Cal. L. Rev. 1101.

En el caso de la Ley 26.522 la situación presenta una inmensa novedad en nuestro derecho, ya que no estamos ante una ley de radiodifusión, sino de una norma que viene a regular e imponer contenidos a los medios de comunicación en general.

Cualquier forma de comunicación que pueda ser incluida dentro de los amplísimos términos del artículo 4 de la Ley 26.522, quedará sometida al régimen de autorizaciones, registros, controles de contenidos y sanciones previstos en su ordenamiento.

No parecen existir diferencias serias para sostener una distinta regulación entre una señal de cable, un canal de televisión transmitida por Internet o un diario digital. Por lo que si aceptamos que la señal de cable puede ser sometida a una regulación de contenidos, 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 las mismas 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, creo que el intento de compatibilizar ambas parece estar condenado al fracaso.

O aceptamos, como propuso Cass Sunstein⁴² extender las regulaciones de contenidos más allá de la radiodifusión. O, por el contrario, aplicamos la filosofía tradicional de la libertad de expresión también a la radiodifusión.

En lo personal la elección parece sencilla, sólo la segunda alternativa es compatible que con un sistema constitucional respetuoso del individuo y de la libertad humana. Y, como lo escribiera Holmes en 1917, “ésta es, de cualquier manera, la teoría de nuestra Constitución, y esa teoría es un experimento, como todo en la vida es un experimento”.

42 “Free Speech Now”, 59 U.Chi.L.Rev. 255.