Capítulo III

CONTROL DE LOS CONTENIDOS DE LOS SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

Ignacio M. de la Riva*

I. EL CONTROL DE LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES: UN TEMA COMPLEJO

1. Importancia de los medios y su impacto social

El fenómeno audiovisual plantea al derecho una problemática compleja, que exige armonizar intereses pertenecientes a planos muy dispares y muchas veces contrapuestos: los de carácter económico con los de índole cultural, los colectivos con aquellos individuales, los que hacen al ejercicio del poder público con los referidos al respeto de las libertades personales. No falta razón, por tanto, a quienes afirman que la regulación de los medios masivos de comunicación es una de las empresas más delicadas que enfrenta el Estado moderno.[1]

La necesidad de una decidida intervención pública dirigida a regular la actividad de los medios se hizo evidente desde un comienzo. Aunque más no fuera desde una perspectiva meramente técnica, dirigida a evitar que las señales (sonoras o audiovisuales) transmitidas por el espacio se superpusieran entre sí y pudieran ser recibidas sin interferencias, se tornó indispensable que la autoridad pública asignara frecuencias de manera exclusiva. Ya en un plano económico, bien pronto se hizo presente la conveniencia de establecer un marco tendiente a resguardar condiciones básicas de libre mercado entre las empresas del sector.

Pero está claro que lo inherente al control de los contenidos resulta uno de los puntos más sensibles de la actividad audiovisual, toda vez que compromete directamente la libertad de expresión y amenaza convertirse en un mecanismo de censura

* Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Santa María de los Buenos Aires. Correo electrónico: idlr@cassagne.com.ar.

1 Carlos Nino, «La filosofía de una ley de radiodifusión», *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, julio 2013, DOI: ‹http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858›, p. 1.

previa. Pese a ello, es universalmente aceptado que, dentro de la dinámica general del control de los medios, la supervisión de los contenidos transmitidos no puede estar ausente.

La influencia adquirida por los medios audiovisuales sobre los comportamientos sociales se ha agudizado con el correr de las décadas, tanto para suscitar conductas beneficiosas como para instalar modelos nocivos para el conjunto de la comunidad.[2] Tal incidencia se advierte en toda su dimensión tan pronto como se repara en que, a través de los diferentes canales de que se vale la comunicación masiva (radio, televisión, internet), los contenidos emitidos llegan hasta el ámbito doméstico de todos y cada uno de los hogares.[3]

Los avances tecnológicos incluso han extendido todavía más las fronteras del impacto social y cultural de los medios audiovisuales, al proporcionar soluciones técnicas asequibles a cualquiera para difundir, con alcance planetario y en muy escaso tiempo, ideas, noticias, imágenes o mensajes, y hacerlo a costos muy acotados.[4] Estas facilidades surgidas del lado de la oferta de contenidos audiovisuales han llevado a poner más el acento en la necesidad de resguardar mejor los derechos de los destinatarios o de los potenciales afectados por esos mismos contenidos. Así lo expresa, con singular dramatismo, la idea de que «en el reino de la casi absoluta libertad para expresar y difundir cualquier opinión, la prioridad más importante es la protección de los potenciales receptores».[5]

---

2 ZAFFARONI lo ha expuesto de manera muy gráfica en su voto particular, concurrente con la mayoría, en la sentencia dictada por la Corte Suprema argentina con fecha 29 de octubre de 2013, en los autos *Grupo Clarín S. A. y otros contra Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa,* DOI: ‹http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=706428›. En esa ocasión, el magistrado observó que los medios audiovisuales «fabrican amigos y enemigos, simpatías y antipatías, estereotipos positivos y negativos, condicionan gustos, valores estéticos, estilos, gastos, consumo, viajes, turismo, ocio, espectáculos, deportes, entes envidiables o despreciables, vestimenta, modas, usos, sexualidad, conflictos y modo de resolverlos, y hasta las creencias, el lenguaje mismo y, al incidir en las metas sociales [...] también determinan los propios proyectos existenciales de la población. Para cualquier escuela sociológica [concluyó], fuera de toda duda, esto es *configuración de cultura*» (cursivas del texto original).

3 Guillermo Andrés MUÑOZ, «Televisión, Estado y familia», en el libro publicado en coautoría con Carlos Manuel GRECCO bajo el título *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 836-838.

4 Beatriz BELANDO GARÍN y Gonzalo MONTIEL ROIG, «La regulación de los contenidos audiovisuales: presente y futuro», DOI: ‹http://www.uv.es/genero/_docs/public_com/reg_contenidos_aud.pdf›, pp. 3-5.

5 Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ, «¿Están justificadas las autoridades administrativas de control del contenido de las emisiones? La experiencia norteamericana», en *Revista Catalana de Dret Públic*, n.° 34, 2007, p. 55.

2. Dificultades y riesgos del control público de los contenidos audiovisuales

Hechas estas observaciones, es preciso reconocer que en cuanto se encomienda a la autoridad pública la tarea de velar, por caso, por evitar la presencia de escenas inconvenientes para menores de edad por su carácter obsceno o indecente, o de mensajes que puedan considerarse discriminatorios, o se la hace responsable de procurar que no se emitan noticias falaces que puedan afectar el honor de las personas involucradas, o de evitar una uniformidad ideológica de contenidos que conspira contra el pluralismo que debe imperar en las fuentes de información, se estará depositando en ella el poder de examinar la sustantividad de los contenidos transmitidos. Solo a través de semejante examen, en efecto, le resultará posible decidir si lo exhibido resulta obsceno, discriminatorio, falso y lesivo del honor, o contrario a la expresión plural de las distintas vertientes ideológicas presentes en la sociedad.

Se responderá que, para evitar que la autoridad de control se conduzca con sus propios criterios y con absoluta discrecionalidad, será menester definir previamente, con la mayor objetividad posible, qué ha de entenderse por cada uno de los estándares en juego (en suma, qué es «obsceno», «discriminatorio», «falaz y lesivo del honor» o contrario al «pluralismo ideológico»). Lo cierto, sin embargo, es que no existe norma capaz de predeterminar de manera definitiva los contornos precisos de cada uno de estos conceptos jurídicos indeterminados, hasta el punto de anticipar de modo exhaustivo los alcances de su aplicación ante las distintas circunstancias que pudieran plantearse.

Y aun si se contara con un marco legal y reglamentario que acotase la amplitud de tales conceptos, seguirá siendo indiscutible que la atribución a una autoridad administrativa del poder de evaluar, de oficio, la pertinencia de los contenidos audiovisuales a la luz de dichos parámetros dejará en sus manos un amplio margen de apreciación subjetiva que expone, inevitablemente, a los destinatarios del control a manejos arbitrarios por parte de aquella. En los sistemas donde la censura previa está, como regla, prohibida por el constituyente, el ejercicio de semejante control difícilmente resulte compatible con el marco constitucional.[6]

[6] La doctrina ha destacado, a este respecto, la notable diferencia que existe entre el modelo norteamericano y el europeo. Mientras en el primero sería inadmisible un control previo y de oficio sobre el contenido ideológico de las emisiones a efectos de garantizar el pluralismo y la honestidad de la información —lo cual equivaldría a un acto de censura—, bajo el derecho francés ese tipo de control estaría permitido (véase BETANCOR RODRÍGUEZ, «¿Están justificadas las autoridades...», p. 34).

3. Singularidad del derecho a la libertad de expresión

Aunque resulte un lugar común, es necesario recordar que no existen derechos absolutos: todos ellos deben ejercerse conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio,[7] de modo de armonizarlos con las exigencias del bien común y con los derechos de los terceros. El derecho a la libertad de expresión no escapa, ciertamente, a esta regla.[8] A él se contrapone, al menos, el derecho de quienes puedan padecer algún daño directo como consecuencia del mensaje emitido,[9] por no mencionar la amenaza que, en casos extremos, ciertos contenidos puedan comportar para el orden público, en función del respeto que merecen los valores esenciales que integran el acervo cultural de una nación, o el resguardo de la paz social.

Aun así, los sistemas jurídicos occidentales suelen dotar a la libertad de expresión de una jerarquía singular. Mientras que en el derecho norteamericano se la suele calificar, sin ambages, como la «libertad preferida»,[10] la Corte Suprema argentina no cesa de recordar que la libertad de expresión configura uno de los pilares del modelo democrático y, por ello, un ingrediente indispensable del sistema.[11] Desde esta perspectiva, la radio, la televisión, internet pasan a ser vehículos imprescindibles para la difusión de las ideas, y si su emisión debe pasar por un control previo sistemático de la autoridad pública, su aptitud para transmitir visiones contrarias al gobierno de turno correrá el riesgo de quedar completamente anulada.

La tensión entre ambos polos luce, por tanto, difícil de resolver. La libertad de expresión está sujeta a la relatividad de todos los derechos, pero emerge, al propio tiempo, como uno al que se atribuye una entidad singular. Casi, podríamos decir, un *derecho privilegiado*. Precisamente, en virtud de esta relevancia que las sociedades democráticas asignan a la libertad de expresión como derecho fundamental, es habitual que se estime preferible tener que soportar, en ciertos casos, el abuso de ese derecho, antes que dar rienda suelta a la constante interferencia de los poderes públicos sobre el ejercicio de tal libertad.[12]

---

7 Artículo 14 de la Constitución Nacional.

8 Fallos 217: 145 y 308: 789, entre otros. Véase también Jorge Reinaldo A. VANOSSI, «La censura ante el derecho constitucional argentino», en AA. VV., *Poder político y libertad de expresión*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pp. 330 y 361, y Gregorio BADENI, *Tratado de libertad de prensa*, Lexis Nexis y Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 206.

9 En este sentido, véase el considerando 26 del voto concurrente de los doctores MOLINÉO'CONNOR y LÓPEZ en el precedente de Fallos 324: 975, y el considerando 9.° del voto disidente del doctor BARRA en el precedente de Fallos 315: 1492.

10 Alberto Ricardo DALLA VÍA, «La libertad de expresión en la sociedad abierta», en AA. VV., *Poder político y libertad de expresión*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pp. 144 y 146.

11 Fallos 248:291, entre muchos otros.

12 BETANCOR RODRÍGUEZ, «¿Están justificadas las autoridades administrativas...», p. 33. Entre nosotros, BADENI, *Tratado de libertad de prensa*, p. 245.

En el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia argentina al resolver la causa en la que el Grupo Clarín S. A. y otras entidades plantearon la inconstitucionalidad de diversos artículos de la ley 26.522, en un intento por dar respuesta al intríngulis planteado, los doctores Lorenzetti y Highton de Nolasco hicieron notar que el derecho a la libertad de expresión presenta dos dimensiones: la individual y la colectiva.[13]

Sostuvieron ambos magistrados en esa ocasión que la faz individual del derecho a la libertad de expresión consiste en el derecho de todo individuo a hacer público, transmitir, difundir o exteriorizar sus ideas, opiniones, creencias, etc., a través de cualquier medio. El ejercicio de este derecho, según señalan, «admite una casi mínima actividad regulatoria estatal, la que solamente estaría justificada en aquellos supuestos en los que dicha libertad produce una afectación a los derechos de terceros».[14]

En el mismo caso, los jueces citados calificaron a la libertad de expresión en su faz colectiva como la «piedra angular de la existencia misma de una sociedad democrática», y observaron que, «a diferencia de lo que sucede con la libertad de expresión en su dimensión individual [...], la faz colectiva exige una protección activa por parte del Estado, por lo que su intervención aquí se intensifica». Respaldaron semejante afirmación en el hecho de que «los medios de comunicación tienen un rol relevante en la formación del discurso público, motivo por el cual el interés del Estado en la regulación resulta incuestionable», puesto que «los medios de comunicación masiva, como la televisión, radio y prensa, tienen un innegable poder en la formación cultural, política, religiosa, etc., de todos los habitantes».[15]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva 5/85, observó que estas dos caras de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. Sostuvo, en este sentido:

> [...] no sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.[16]

---

[13] Véanse los considerandos 18 y siguientes de su voto concurrente en el fallo del 29 de octubre de 2013 en los autos *Grupo Clarín S. A. y otros contra Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción meramente declarativa.*

[14] Considerandos 19 y 20 del precedente citado.

[15] Véanse los considerandos 21 y 24 del voto de LORENZETTI y HIGHTON en el fallo comentado.

[16] Parágrafo 33 de la citada opinión consultiva.

Encuentro sumamente interesante la crítica que dirige Carlos Laplacette a este esfuerzo por armonizar las dos dimensiones que se atribuyen al derecho a la libertad de expresión, la individual y la colectiva. Según deja en claro el autor citado, la pretensión de erigir a una y otra como auténticos *derechos* conduce, necesariamente, a que cada vez que entren en conflicto deba sacrificarse alguna de esas facetas (la individual o la colectiva), sin que existan pautas claras que guíen al decisor para optar por una u otra.[17] En definitiva, lo que la propuesta dicotómica ensayada parece no tomar en cuenta es que la materialidad de la cuestión (esto es, la libre difusión de las ideas) es una sola, de modo que reconocer la posibilidad de invocar alternativamente su faz individual con vistas a avalar su ejercicio sin trabas o su faz colectiva para respaldar una supervisión más rigurosa por parte de los poderes públicos introduce una fisura en el corazón mismo del derecho en cuestión, cuyo respeto y alcance quedarán a exclusiva merced de la autoridad pública y del énfasis que ella decida poner, en cada caso, sobre una u otra de las dimensiones apuntadas.

II. ALCANCE DEL CONTROL PÚBLICO DE LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES

1. Alcance material del control de contenidos: bienes jurídicos tutelados

Pese a lo expuesto, pocos dudarán en admitir que el ejercicio de la libertad de expresión no puede extenderse de forma ilimitada, hasta el extremo de dejar totalmente desprotegidos, por ejemplo, a los colectivos más vulnerables (como es el caso de los niños) de cara a contenidos que puedan dañar su psiquis, o a las personas en general frente a la difusión de información falaz susceptible de lesionar de manera irreversible su honor. En atención a este tipo de circunstancias, el Estado no puede desentenderse de la necesidad de regular y controlar el ejercicio de la libertad de expresión, también —y, tal vez, con mayor razón— cuando se ejerce a través de medios de comunicación masiva como son los audiovisuales.

En razón de la singularidad del derecho a la libertad de expresión, es evidente que ese poder de fiscalización ha de quedar estrictamente acotado, lo cual exige empezar por una rigurosa identificación de las razones que podrían justificar su ejercicio. En otras palabras, se impone, como primer paso, individualizar con esmero

[17] Carlos José LAPLACETTE, «Libertad de expresión ¿derecho individual o colectivo?», en *La Ley (Suplemento Constitucional)*, agosto 2014, n.° 5, pp. 24-26.

el elenco de bienes jurídicos que avalarían la labor interventora de los poderes de control.

Un repaso de los sistemas comparados pertenecientes al mundo occidental arroja como resultado la existencia de un círculo sumamente reducido de situaciones en las que tal injerencia pública se estima admisible. Podría decirse que el control de los contenidos audiovisuales solo estaría autorizado cuando se orienta a la tutela de los siguientes bienes jurídicos: 1) la protección de los menores frente a la difusión de escenas inapropiadas para su edad en razón de su contenido violento o sexual; 2) la tutela de un mínimo marco de pluralismo ideológico; 3) el resguardo de la intimidad, el honor y la imagen de las personas frente a la difusión de informaciones que pudieran afectarlas; 4) la protección de las minorías (étnicas, raciales, de género, etc.) ante a la transmisión de mensajes discriminatorios, y 5) el respeto de creencias o valores esenciales de las personas contra contenidos que puedan resultar injuriosos hacia su religión o su patria.

2. Incidencia del principio de proporcionalidad

Como es propio de toda actividad interventora, la validez de las restricciones impuestas sobre los contenidos audiovisuales estará necesariamente supeditada a un *test* tendiente a evaluar la proporción que debe mediar entre las limitaciones estipuladas y los fines de interés público que a través de ellas se persiguen. Es lo que se conoce como *principio de proporcionalidad* o, empleando una terminología más propia del derecho norteamericano, *principio de razonabilidad.*[18]

A la luz de este postulado, no todo sacrificio de la libertad será jurídicamente admisible, por muy elevados y loables que puedan resultar los propósitos que lo inspiran. La regla que debe primar para juzgar la validez de las restricciones y los límites instaurados proviene, precisamente, de la ponderación entre medios y fines a la que se alude.

En este *test* de proporcionalidad no solo interviene, como se sabe, el examen de la aptitud o no de la carga impuesta para alcanzar el objetivo perseguido, sino también su estricta necesidad, esto es, la inexistencia de remedios menos gravosos para lograr la misma meta.

En la sentencia del recordado caso *Grupo Clarín,* los mismos doctores Lorenzetti y Highton estimaron ajustada al principio de razonabilidad la imposición de un tope en el número de licencias y registros de servicios audiovisuales en cabeza de una misma persona, en aras de garantizar el pluralismo. No juzgaron como un

[18] Juan CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad (Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad),* Ábaco, Buenos Aires, 2004, p. 25.

óbice a esos efectos que la medida hubiera acarreado una merma en los ingresos y en la rentabilidad de la empresa, en tanto la sustentabilidad económica de la firma o grupo no se encontraba amenazada.[19] El voto concurrente vertido por dichos jueces, sin embargo, limitó su análisis a ponderar la aptitud de la medida (la limitación de la cantidad de licencias y registros) para alcanzar el objetivo planteado (permitir la participación de un mayor número de voces), aduciendo que «si hay concentración, solo algunas ideas o algunas informaciones llegarán al pueblo, perjudicando seriamente el debate público y la pluralidad de opiniones».[20] No obstante, asumieron —erróneamente, a mi juicio— que no se debía indagar si existían otros medios alternativos igualmente idóneos y menos lesivos de los derechos involucrados, «en tanto ello implicaría [sostuvieron] ingresar en un ámbito de exclusiva discrecionalidad legislativa».[21] Su análisis, en suma, se redujo a examinar la *idoneidad* del remedio legislativo, pero se abstuvo en cambio de evaluar su *necesidad,* pese a que este último aspecto configura un extremo que entra dentro del escrutinio judicial, en tanto integra, indiscutiblemente, lo referido a la razonabilidad de toda medida interventora.[22]

Desde una tesis opuesta, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, a este respecto, que la validez de las restricciones a la libertad de pensamiento y expresión no solo «dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo». El citado tribunal internacional ha sido claro acerca de que «entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido», razón por la cual «no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno».[23]

3. ¿Control previo o *ex post*?

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hace radicar la esencia del derecho a la libertad de prensa en la facultad de todos los hombres de publicar sus ideas por medio de la prensa sin censura previa,[24] tal como lo contempla el artículo 14 de la Constitución Nacional.

---

[19] Véase el voto de los dos jueces mencionados en la sentencia dictada en los autos *Grupo Clarín S. A. y otros contra Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa,* ya citada, considerandos 27 a 50.

[20] Considerandos 43 a 48 del mismo voto concurrente.

[21] Fallo y voto comentados, considerando 50.

[22] CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad...*, pp. 79-93.

[23] Véase su opinión consultiva 5/85, del 13 de noviembre de 1985, sobre colegiación obligatoria de periodistas, parágrafo 46. La doctrina ha sido recogida en diversos pronunciamientos posteriores de la misma Corte (véanse las sentencias dictadas por el tribunal el 2 de julio de 2004 en el caso *Herrera Ulloa versus Costa Rica,* parágrafo 121, y el 22 de noviembre de 2005 en el caso *Palamara Iribarne versus Chile,* parágrafo 85).

[24] Fallos 269: 189; y 315: 632.

Ahora bien, ¿qué ha de entenderse por *censura previa*? En un sentido estricto, equivale a decir «sin el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir»,[25] pero en una acepción más amplia, más acorde al grado actual de evolución del derecho en este terreno, la expresión abarca también la interdicción de otros mecanismos menos directos pero igualmente eficaces para impedir o retacear la difusión libre del propio pensamiento, de ideas, información, imágenes o conceptos de cualquier índole.[26]

Ante los términos categóricos de la cláusula constitucional aludida, la primera pregunta que cabe hacerse es si la prohibición de censura previa comporta una regla absoluta.

La Corte Suprema argentina ha seguido, en este punto, la doctrina acuñada por el máximo tribunal de los Estados Unidos, que se ha mostrado permeable a flexibilizar la directiva constitucional pertinente, dando así espacio a eventuales situaciones de excepción a la regla prohibitiva. No obstante, nuestro cimero tribunal no se ha privado de señalar que «cualquier restricción o censura previa tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad y corresponde al gobierno la carga de demostrar convincentemente lo contrario», razón por la cual los límites que se impongan al ejercicio del derecho en cuestión solo pueden justificarse ante la evidencia de un peligro claro e inminente.[27]

Otro tema que ha suscitado hondo debate es el referido a si el control judicial preventivo, ejercido a través del dictado de una medida cautelar que ordene la abstención de difundir determinados contenidos audiovisuales, puede equiparase a un acto de censura.

La diversidad de opiniones sobre esta cuestión aparece suficientemente retratada en la disparidad de posturas vertidas por los ministros de la Corte Suprema en los casos en los que les ha tocado expedirse. Mientras algunos de ellos han sostenido que la censura previa no pierde ese carácter por emanar de órganos jurisdiccionales,[28] otros niegan que la «censura» judicial sea equiparable a aquella que proviene de los órganos legislativo y ejecutivo, por cuanto la intervención preventiva de los jueces está rodeada de las máximas garantías de independencia, imparcialidad y respeto

---

[25] Fallos 269: 189.

[26] BADENI, *Tratado de libertad de prensa*, p. 216.

[27] Fallos 315: 1943, considerando 10. Véanse también los respectivos votos concurrentes emitidos por los doctores MOLINÉ O'CONNOR y LÓPEZ (considerando 9.°) y por el doctor FAYT (considerando 4.°), en el precedente de Fallos 324: 975, y el voto en disidencia de este último en Fallos 312: 916 (considerandos 12 y 14). En contra, véase el considerando 11 del voto del doctor BELLUSCIO en el precedente citado en primer término.

[28] BELLUSCIO, considerando 14 de su voto en el caso de Fallos 315: 1492, y PETRACCHI, en el considerando 16 de su disidencia parcial en la misma sentencia. Este último ha reiterado su postura en el considerando 14 de su voto disidente emitido en el precedente de Fallos 324: 975.

del derecho de defensa en juicio de los involucrados.[29] Estos últimos apuntalan su posición señalando que «si la conducta de quien intenta dar a conocer sus ideas no suscita dudas sobre su ilicitud, no parece irrazonable conceder al juez la potestad de impedir o limitar el ejercicio de la libertad de expresión, máxime en los supuestos en que el daño al honor o a la intimidad pueda adquirir graves proporciones y no sea razonablemente posible su reparación por otros medios», y coronan su tesis con la afirmación de que «la interdicción de la censura previa, en la Constitución Nacional, no llega al extremo de convertir al juez en mero espectador de un daño inexorable».[30]

4. ¿Control de oficio o a instancia de parte?

Otra vía para morigerar el riesgo de que la autoridad de control de los contenidos audiovisuales se erija en un censor público consiste en supeditar el ejercicio de su función a la previa denuncia de un espectador, impidiéndole así actuar de oficio.[31]

Un esquema de este tipo introduce, como es evidente, un filtro inexorable a cualquier iniciativa oficial dirigida contra contenidos que, a exclusivo juicio del funcionario, se estiman inadmisibles. La dinámica propuesta permite suponer, por otra parte, que únicamente los excesos que superen ciertos umbrales y vayan más allá de lo tolerable harán que algún ciudadano se vea impulsado a promover una denuncia.

Cualquier persona debería estar habilitada para ser denunciante, y no solamente aquella que pueda esgrimir un perjuicio directo, derivado de un contenido obsceno —el padre de chicos menores de edad—, de un mensaje discriminatorio —un miembro de la minoría afectada— o la víctima de una información falaz —la persona lesionada en su honor—.

[29] Boggiano, considerando 9.° de su voto en el mismo precedente de Fallos 315: 1492.

[30] Véase el considerando 10 del voto de Boggiano en el caso publicado en Fallos 315: 1492. En igual sentido se pronuncia Barra en su voto disidente en mismo caso (considerandos 7.°, 8.° y 9.°), y Moliné O'Connor y López (considerando 9.°) y Boggiano y Vázquez (considerandos 10, 11, 31 y 32), en sus respectivos votos concurrentes en Fallos 324: 975.

[31] Betancor Rodríguez, «¿Están justificadas las autoridades administrativas de control...?», pp. 39-40 y 50.

III. INSTRUMENTOS DE CONTROL DE LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES

1. Técnicas de control de carácter policial

El instrumento más habitual para el control de los contenidos audiovisuales reside, como es obvio, en la imposición de restricciones a quienes prestan los servicios de comunicación, dispuestas para resguardar aquello que genéricamente se conoce como el *orden público*.

Cabe imaginar, en tal sentido, una amplia variedad de medidas limitadoras de la libertad de expresión en los medios. El caso más extremo viene dado por la lisa y llana prohibición de determinados contenidos, aquellos que se estiman absolutamente inconciliables con la seguridad pública. Es habitual, en efecto, y resulta definitivamente justificado, que el ordenamiento jurídico prohíba la difusión de mensajes que inciten al odio o a la violencia, o que resulten francamente discriminatorios por razones de raza, religión o sexo.

En una escala inferior se sitúan las limitaciones referidas a ciertos contenidos que, sin llegar a su absoluta prohibición, acotan su difusión a determinados horarios e imponen sobre los responsables de su emisión precisas obligaciones de hacer, tales como la exigencia de anteponer señales o mensajes de advertencia acerca de su inconveniencia para ciertas audiencias. Este abordaje es el que normalmente se emplea para proteger a los menores frente a programaciones que puedan resultar nocivas para su salud psicológica, en razón de las escenas de sexo o violencia inadecuadas para su edad que pudieran contener.

En este terreno, se ha llamado la atención sobre la necesidad de que los instrumentos regulatorios se vayan adaptando a las circunstancias sobrevinientes, en particular aquellas derivadas de las posibilidades que otorgan los avances tecnológicos. El fenómeno de la convergencia, que ha conducido a una intensa interoperabilidad de las infraestructuras vinculadas a las industrias audiovisual y de las telecomunicaciones, ha difuminado los respectivos campos de acción de ambos sectores, lo que obliga a replantearse la conducencia y eficacia de algunas soluciones tradicionales. Así, por ejemplo, frente a la posibilidad de acceder a toda hora a programas emitidos en horarios nocturnos, es menester preguntarse si la fijación de un *horario de protección al menor* sigue siendo un instrumento adecuado y suficiente para evitar que los niños estén expuestos a contenidos inapropiados para su edad.[32]

[32] Joan BOTELLA CORRAL, «La regulación independiente del sector audiovisual español: Una reflexión sobre problemas, perspectivas y posibilidades», *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 34, 2007, DOI: ‹http://www10.gencat.net/eapc_revistadret/revistes/revista.2007-05-08.9854996892/

Adicionalmente, no puede desconocerse la utilidad de imponer a los productores de contenidos la carga de etiquetarlos, de modo de permitir al receptor conocer con facilidad, entre otras cosas, si se trata (al menos a juicio del productor y eventualmente con la venia de la autoridad pública) de un material apto o recomendable para menores de edad o si contiene escenas de violencia, sexo, drogas o lenguaje inapropiado.[33]

En otro orden de cosas, es también usual que las normas limiten la libertad de programación, la cual forma parte de la libertad de expresión y del derecho de ejercer industria lícita.[34] Tal restricción se introduce a través de la fijación de *cuotas de pantalla* en función de las características y de la procedencia de los contenidos. Es habitual, así, que se exija a los titulares de los medios que dediquen, por ejemplo, ciertos porcentajes mínimos de la programación a temas educativos o informativos.[35] Se trataría, en este caso, de restricciones impuestas en aras de proteger o promover la cultura nacional o la industria audiovisual local, y que solo estarán justificadas, por tanto, en la medida en que guarden la necesaria razonabilidad y proporción con tales fines. Esta cuestión abre, por cierto, un amplio espacio para el debate.

Otro límite que normalmente se impone, y que afecta particularmente la libertad de contratación, se dirige a obligar a los titulares de derechos exclusivos que resignen su posición de privilegio en beneficio del derecho del público a acceder a la transmisión de acontecimientos relevantes a través de medios de acceso abierto.[36] En el derecho comunitario europeo, el dilema se suele resolver mediante la imposición de la obligación de transmitir por televisión abierta sucesos de esa naturaleza (por ejemplo, ciertos espectáculos deportivos) o bien, al menos, a través del reconocimiento a terceros operadores del derecho a transmitir resúmenes.[37]

Entre las medidas dirigidas a evitar, atenuar y reparar los abusos y excesos en que incurren los medios de comunicación, no pueden faltar instrumentos que hagan posible el pleno ejercicio de los derechos de respuesta y de rectificación por parte de quienes se sientan agraviados.[38] Este aspecto de la cuestión ya no hace, sin

La_regulacio_independent_del_sector_audiovisual_espanyol__una_reflexio_sobre_/es», p. 3.

33 Para un desarrollo más detallado de este tema, remito a Victoria Tur Viñes, Macarena Lozano Oyola y Luis Benjamín Romero Landa, «Contenidos programáticos audiovisuales: Experiencias internacionales en regulación, *Sphera* Pública (Revista de Ciencias Sociales y de la Comunicación), n.º 8, Murcia, 2008, pp. 46-58.

34 Ambos derechos se encuentran expresamente contemplados en el artículo 14 de la Constitución Nacional argentina.

35 Cfr. José Carlos Laguna de Paz, *Televisión y competencia*, La Ley, Madrid, 2000, p. 213.

36 Santiago Muñoz Machado, *Servicio público y mercado*, tomo III (La Televisión), Civitas, Madrid, 1998, pp. 250-259.

37 Laguna de Paz, *Televisión y competencia*, pp. 195-202.

38 Fallos 315:1492.

embargo, a la protección del orden público sino al resguardo de los derechos de terceros, de modo que trasciende del ámbito estricto de la técnica policial.

Finalmente, y como complemento indispensable para dotar de eficacia a las restricciones aludidas, no ha de sorprender que el legislador invista a una autoridad administrativa de facultades para imponer sanciones (multas o, incluso, la revocación de licencias) frente a la detección de infracciones a los límites fijados en materia de contenidos audiovisuales.

2. Autorregulación

Ante las dificultades que enfrenta el ejercicio de las facultades regulatorias de los contenidos audiovisuales en manos de los poderes públicos, la doctrina señala con insistencia la ventaja de implementar, en paralelo, mecanismos de autorregulación de la actividad, en los que la fijación de los estándares de comportamiento y la corrección de las disfunciones provengan de los propios agentes y empresas del sector, a través de códigos deontológicos aprobados por ellos mismos.[39]

Esta variante no debe ser percibida, desde luego, como una alternativa excluyente frente al control público. Se trata, más bien, de vertientes que pueden convivir y, más aún, pueden devenir complementarias.[40] Se ha llegado a sostener, en este sentido, que la autorregulación que debe propiciarse es aquella que propende a los fines públicos previamente definidos por el mismo Estado, y que los estándares elaborados por los operadores de la actividad podrían, a su vez, en una fase ulterior, ser aprobados por la autoridad pública.[41]

Podría augurarse, incluso, que en un futuro no muy lejano la regulación pública en terrenos como el que nos ocupa (el del control de los contenidos audiovisuales) pase a desempeñar un papel secundario, de mera suplencia ante el fracaso de la autorregulación.[42] Esta perspectiva casa bien con los dictados del principio de subsidiariedad.

---

39 BELANDO GARÍN y MONTIEL ROIG, «La regulación de los contenidos audiovisuales...», pp. 6-16, y Ángel GARCÍA CASTILLEJO, «La regulación de los contenidos audiovisuales en internet», DOI: ‹http://pendientedemigracion.ucm.es/info/cyberlaw/actual/6/legis01.htm›.

40 María Àngels ORRIOLS I SALLÉS y Ferran PONS CÁNOVAS, «La futura regulación de un Consejo estatal de los medios audiovisuales», *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 34, 2007, IDO: ‹http://www10.gencat.net/eapc_revistadret/revistes/revista.2007-05-08.9854996892/article.2007-05-09.1688286583/es›, pp. 12-13.

41 BELANDO GARÍN y MONTIEL ROIG, «La regulación de los contenidos audiovisuales...», pp. 13-14.

42 En igual sentido, BELANDO GARÍN y MONTIEL ROIG, «La regulación de los contenidos audiovisuales...», p. 12.

3. La dispensación de ayudas públicas como técnica ordenadora

El empeño de los poderes públicos en materia de contenidos audiovisuales no debe limitarse a poner coto a la difusión de aquellos que se estimen disvaliosos para el interés general, sino que deben orientarse también, cuando sea el caso, a propiciar programas que propendan a un desarrollo equilibrado y sustentable en el plano económico, cultural y social. A tal efecto, podrán concederse ayudas públicas dirigidas, por ejemplo, a incentivar audiciones que contribuyan al progreso científico o educativo de la población, o que faciliten el desarrollo de una industria audiovisual local. No faltan, incluso, quienes consideran que, en atención a los dictados del principio de subsidiariedad, el Estado tiene el deber de auxiliar financieramente a los medios cuando tal sostenimiento se perciba como indispensable para proteger un escenario de pluralidad ideológica.[43]

No ha de perderse de vista, sin embargo, que las ayudas públicas no comportan una mera liberalidad de las autoridades públicas, sino que —en cuanto técnica de ordenación de la economía— están inescindiblemente orientadas a promover la realización de alguna actividad concreta, aquella que se procura fomentar. Se trata, pues, de la asignación de ventajas o beneficios condicionados (o, más precisamente, *afectados*) a la realización de aquella actividad que se decide sostener mediante el auxilio de fondos públicos.[44]

Esta nota típica de la figura (me refiero al carácter afectado del beneficio otorgado) genera, sin embargo, un riesgo que no puede ser desatendido en aquellos casos en que la intervención mediante ayudas tiene lugar en terrenos en los que se encuentra particularmente comprometida la libertad ideológica o de opinión, en tanto los recaudos a los que se someta el otorgamiento de los beneficios puedan condicionar indebidamente el ejercicio de tales libertades. De allí que la doctrina especializada haya planteado la necesidad de que, en ese tipo de ámbitos, la intensidad de la afectación del derecho o bien dispensado a la actividad comprometida no deba orientarse a obtener de parte del beneficiario un resultado excesivamente definido, pues de otro modo no estará asegurada la necesaria neutralidad de la política de fomento instaurada.[45]

---

[43] Ezequiel CASSAGNE, «Las técnicas promocionales para los medios gráficos de comunicación», en AA. VV., *Cuestiones de intervención estatal (Servicios públicos, poder de policía y fomento)*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2011, pp. 387-388.

[44] Para ampliar sobre este punto, remito a mi libro *Ayudas públicas (Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado)*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, en particular pp. 122-128.

[45] Cfr. José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Subvenciones al ejercicio de libertades y derechos fundamentales en el Estado Social de Derecho: educación y sindicatos», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 47, 1985, pp. 408-409.

IV. AUTORIDAD A CARGO DEL CONTROL

1. ¿Control administrativo o judicial?

Existe un intenso debate en el derecho comparado con relación a si la función de control de los contenidos audiovisuales debe recaer en los jueces o puede estar, *prima facie,* en manos de una autoridad administrativa.

Si bien la mayor parte de los sistemas admiten sin dificultad esta última variante, no faltan algunas voces disonantes que expresan su resistencia a dejar tal función a cargo de una autoridad administrativa, debido al riesgo de que su ejercicio devenga arbitrario.[46]

Va de suyo que, en aquellos casos en los que la función de control se asigna primariamente a una autoridad administrativa, al igual que sucede con cualquier actividad desplegada por la Administración, ella no estará exenta de un posterior control de los jueces cuando suscite una controversia pasible de ser sometida a los tribunales.

Queda por examinar, de todas maneras, cuáles han de ser el alcance y la intensidad del control judicial posterior. Dado que la labor de los jueces resultará de carácter estrictamente revisor, ella deberá limitarse a comprobar que la decisión adoptada por la Administración se ajuste a las pautas establecidas por el régimen aplicable y no ha excedido el ámbito de su competencia. Así lo impone el respeto del margen de discrecionalidad asignado en tales casos a los órganos administrativos.[47]

2. Caracterización de la autoridad administrativa a cargo del control

En las últimas décadas se ha impuesto la tendencia de crear entidades administrativas independientes en las cuales delegar la tarea de controlar el mercado audiovisual en su conjunto, incluido el contenido de sus emisiones.[48] Esa indepen-

[46] BETANCOR RODRÍGUEZ, «¿Están justificadas las autoridades administrativas de control...», pp. 67-68.

[47] BETANCOR RODRÍGUEZ, «¿Están justificadas las autoridades administrativas de control...», p. 42. En contra, Jean-Louis AUTIN, quien señala que en el sistema francés, el Consejo de Estado no se atiene a esta tesitura, sino que postula un control amplio de los jueces sobre la legalidad de los actos emanados de las autoridades administrativas independientes, como es el caso del Consejo Superior del Audiovisual (véase su trabajo «El Consejo Superior del Audiovisual en Francia», en *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 34, 2007, IDO: ‹http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/viewFile/2124/2500›, pp. 12 y 14-15).

[48] Joaquín TORNOS MAS, «El Consejo del audiovisual de Cataluña», en *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 34, 2007, p. 158, y BOTELLA CORRAL, «La regulación independiente del sector audiovisual español...», p. 6.

dencia ha de ser doble, procurando eludir toda injerencia tanto del gobierno como de los operadores privados sujetos a control.[49]

Dada la complejidad técnica de la materia, ha de tratarse, además, de una entidad altamente especializada, integrada por funcionarios que cuenten con un conocimiento y una comprensión acabados de la dinámica del sector. Ante un fenómeno tan imbuido de aspectos tecnológicos, la pretensión de controlarlo solo puede depositarse en manos de personas dotadas de la necesaria formación profesional.

V. RÉGIMEN JURÍDICO ARGENTINO EN MATERIA DE CONTROL DE LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES

1. Marco constitucional

El constituyente argentino reconoce de manera enfática el derecho de todos los habitantes de la Nación «de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa»[50] y, en consonancia con ello, fija un límite infranqueable a la labor legisferante al disponer que «el Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal».[51]

Ambos preceptos otorgan al derecho de libertad de expresión por medio de la prensa una configuración especial, reflejada de manera elocuente en el reducido alcance de la facultad reglamentaria de que dispone el Congreso nacional.[52] Tales

[49] Se ha enfatizado particularmente la importancia de este requisito al señalar que el encargado de aplicar el régimen audiovisual debe ser «un órgano técnico e independiente, protegido contra indebidas interferencias, tanto del gobierno como de otros grupos de presión» (véase el considerando 74 del voto concurrente de Lorenzetti y Highton en la sentencia del 29 de octubre de 2013, en autos *Grupo Clarín S. A. y otros contra Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa*).

[50] Artículo 14 de la Constitución Nacional.

[51] Artículo 32 de la Constitución Nacional. No está de más recordar que este precepto fue incorporado al texto constitucional en 1860, con ocasión de alcanzarse la unidad nacional a través de la anexión de la Provincia de Buenos Aires.

[52] Cabe aclarar que la interpretación del artículo 32 de la Constitución que inicialmente prevaleció conducía a entender que el Congreso nacional tenía absolutamente vedado dictar normas reglamentarias de la libertad de imprenta. Semejante lectura se flexibilizó con el tiempo, de modo que hoy impera la idea de que tanto las provincias como la Nación pueden sancionar leyes dirigidas a regular la actividad, y que la prohibición constitucional apunta, únicamente, a impedir que emitan disposiciones legales dirigidas específicamente a restringirla (cfr. Badeni, *Tratado de libertad de prensa*, pp. 193-201; en términos parecidos, véase Ricardo Muñoz (h), *Federalismo y regulación de los medios de comunicación (Un análisis jurídico de la ley de servicios audiovisuales)*, RAP, Buenos Aires, 2014, pp. 103-106).

límites al ejercicio del poder público están particularmente enlazados con la prohibición de ejercer censura previa.

Dado que la literalidad del texto constitucional solo hace referencia a «la prensa», corresponde plantearse si esta prohibición de censura es trasladable a los demás medios de comunicación, inexistentes al tiempo de sancionarse la Constitución.

La doctrina especializada ya había anticipado su respuesta favorable a la pertinencia de ensanchar el ámbito de aplicación de dicha interdicción con vistas a proteger la libertad de expresión en todas sus formas, de modo de brindar cobijo a su ejercicio a través de medios que «no son prensa».[53] La misma interpretación ha sido adoptada por nuestro máximo tribunal al declarar que todos los habitantes gozan del derecho a expresar y difundir sus ideas sin censura previa «por cualquier medio de comunicación».[54] Como con todo acierto se ha observado, el bien jurídico que el constituyente ha pretendido tutelar no es otro que la libertad de expresión, con prescindencia del vehículo técnico a través del cual se la ejerza.[55]

Es cierto, no obstante, que la Corte ha subrayado la necesidad de ajustar el rigor con que ha de aplicarse la interdicción de censura según el medio del cual se trate en cada caso. Sostuvo, en efecto, el tribunal —siguiendo a su par norteamericano— que, si bien «la garantía constitucional que ampara la libertad de expresarse por la prensa sin censura previa cubre a las manifestaciones vertidas a través de la radio y la televisión, en tanto estas constituyen medios aptos para la difusión de las ideas», estos últimos medios «gozan de protección más atenuada, fundamentalmente por su intensa penetración en el seno del hogar, donde el amparo del individuo a gozar de su intimidad "desplaza los derechos de quien allí se entromete" y además porque sus transmisiones son singularmente accesibles a la infancia, lo que explica, en determinadas hipótesis, un tratamiento diferente (438 U.S. 726:397 U.S. 728;395 U.S. 367)».[56]

La jurisprudencia de la Corte Suprema se ha ocupado de dejar también en claro que la prohibición de censura previa en modo alguno supone que las

---

53 Germán Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1986, pp. 269-270.

54 Sentencia del 7 de julio de 1992 en los autos *Ekmekdjian, Miguel Ángel contra Sofovich, Gerardo y otros*, considerando 23, Fallos 315: 1492. El tribunal había dado un anticipo de esta interpretación extensiva al proyectar la garantía constitucional en cuestión sobre las producciones cinematográficas (Fallos 282: 396).

55 Badeni, *Tratado de libertad de prensa*, p. 84.

56 Fallos 315: 1943, considerando 4.°. También se ha aludido a la «intensidad decreciente desde la televisión hasta el libro y la prensa» que cabe admitir en las restricciones, fundándola en «la amplitud de difusión, la impresión instantánea y generalmente no reflexiva que la televisión —mucho más aún que la radio y el cinematógrafo— provoca en el espectador, como contraste frente a la idea o expresión escrita» (véase el considerando 5.° del voto disidente de Barra en el caso de Fallos 315: 1943).

manifestaciones vertidas a través de los medios y de la prensa estén exentas de sanción en aquellos casos en que infrinjan el ordenamiento jurídico o comporten un ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión.[57] La falta de censura exige, por tanto, de parte de los propios ciudadanos un ejercicio responsable de su derecho a expresarse libremente, ya que no los libera de la tener que hacerse cargo de las consecuencias dañosas que pudieran derivar de su conducta, sino únicamente del escrutinio preliminar de la autoridad pública.

Como complemento de las dos normas constitucionales arriba aludidas, para completar el cuadro que ofrece nuestro estatuto básico con referencia a las cláusulas protectoras del derecho a la libre expresión, se suele también hacer mención del artículo 42 de la Constitución, por cuanto garantiza a consumidores y usuarios el derecho «a una información adecuada y veraz» y obliga a las autoridades a proveer «a la protección de esos derechos» y «a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados».

No es posible soslayar, finalmente, lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyas normas han adquirido rango constitucional tras la reforma sancionada en 1994.[58] En el marco de dicho instrumento se garantiza en términos amplios el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, entendido como «la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, [...] oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección»,[59] y se declara que el ejercicio de tal derecho «no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas».[60] Según el texto citado, solo los espectáculos públicos pueden ser sometidos por ley a previa censura «con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia».[61]

El régimen constitucional brevemente descripto pone de manifiesto que los poderes de intervención en el campo audiovisual exhiben una configuración especial, que obliga al legislador a ser particularmente cauto a la hora de establecer medidas restrictivas a la libre expresión. Ante ello, no faltan voces autorizadas que ponen

[57] Fallos 155: 57; 167: 138; 269: 189; 269: 195; 293: 560; 306: 1892; 310: 508; 315: 632; 315: 1492, y 316: 703.
[58] Cfr. el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.
[59] Artículo 13, inciso 1.°, de la CADH.
[60] Artículo 13, inciso 2.°, de la misma convención.
[61] Artículo 13, inciso 4.°, de la CADH.

en entredicho la compatibilidad entre tales disposiciones constitucionales y ciertos artículos de la ley 26.522,[62] cuyo análisis será objeto del siguiente apartado.

2. Régimen de control de contenidos en la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual argentina

La sanción de la ley 26.522 (LSCA), en octubre de 2009, instauró un nuevo marco legal para la actividad desarrollada por los medios de comunicación audiovisual en la Argentina, el cual vino a reemplazar el previsto en la ley 22.285, en vigor desde 1980, conocida como Ley de Radiodifusión. El marco legal aprobado configura una ley muy extensa (166 artículos, con abundantes notas a pie de página), que aborda con amplitud y de manera minuciosa todas las cuestiones relevantes de la industria audiovisual, incluido lo atinente a los contenidos audiovisuales. La nota al primer artículo de la ley anticipa, a este respecto, la postura del legislador conforme a la cual los «contenidos audiovisuales [...] deben ser reglamentados por el mismo marco regulatorio, independientemente de la tecnología de transmisión».

La LSCA califica a la actividad regulada como de interés público y establece que ella forma «parte de las obligaciones del Estado nacional», el cual «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».[63] Este encuadre preanuncia el alto grado de intervención, también en materia de contenidos, que se verá reflejado a lo largo de todo el articulado de la ley.

Al enunciar los objetivos que inspiran el régimen «para los servicios de comunicación audiovisual y los contenidos de sus emisiones», el artículo 3.° de la LSCA comienza por mencionar «la promoción y garantía del libre ejercicio del derecho de toda persona a investigar, buscar, recibir y difundir informaciones, opiniones e ideas, sin censura».[64] Sin embargo, acto seguido la ley pone el foco en otros aspectos más ligados a la dimensión colectiva de la libertad de expresión, para aludir, por ejemplo, a «la promoción de la expresión de la cultura popular y el desarrollo cultural, educativo y social de la población»;[65] al «ejercicio del derecho de los habitantes al acceso a la información pública»;[66] a «la participación de los medios de comunicación como formadores de sujetos, de actores sociales y de diferentes

[62] Tal es el caso, entre otros, de Rodolfo C. BARRA, en su «Estudio introductorio: La cuestión federal de la ley de medios. ¿Es posible una salida constitucional?» que encabeza el libro de Ricardo MUÑOZ (h), *Federalismo y regulación de los medios de comunicación...*, ya citado, pp. 11-36.

[63] Artículo 2.° de la LSCA.

[64] Inciso *a* del artículo 3.° de la LSCA.

[65] Inciso *f* del artículo 3.° de la LSCA.

[66] Inciso *g* del artículo 3.° de la LSCA.

modos de comprensión de la vida y del mundo, con pluralidad de puntos de vista»;[67] al «desarrollo cultural, artístico y educativo de las localidades donde se insertan y la producción de estrategias formales de educación masiva y a distancia»;[68] al «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»;[69] al «tratamiento plural, igualitario y no estereotipado, evitando toda discriminación por género u orientación sexual»,[70] y a la «preservación y promoción de la identidad y de los valores culturales de los Pueblos Originarios».[71] Las limitaciones en materia de contenidos que aparecen en las normas subsiguientes del texto legal serán consistentes con el listado de propósitos reseñado.

Cuando se avanza en la lectura de la ley, la primera restricción concreta sobre los contenidos que aparece es la que figura en su artículo 9.°, que señala que la programación emitida, incluidos los avisos publicitarios, «debe estar expresada en el idioma oficial [español] o en los idiomas de los Pueblos Originarios». De esta directiva quedan únicamente a salvo los casos taxativamente contemplados en el mismo precepto.[72]

Unos artículos más adelante, la LSCA fija límites a la concentración de licencias en manos de una misma persona, y lo hace con la declamada finalidad de «garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local». La restricción es múltiple, ya que versa tanto sobre el número máximo de licencias que puede reunir un mismo sujeto, como sobre la magnitud de la audiencia a la que se puede brindar servicios (no más del 35% de la población o de la cantidad total de abonados existentes dentro del territorio nacional), como sobre la cantidad de registros de señal de contenidos de los que se puede ser titular.[73] A su vez, la constitución

[67] Inciso *i* del artículo 3.° de la LSCA.

[68] Inciso *j* del artículo 3.° de la LSCA.

[69] Inciso *k* del artículo 3.° de la LSCA.

[70] Inciso *m* del artículo 3.° de la LSCA.

[71] Inciso *ñ* del artículo 3.° de la LSCA.

[72] Las excepciones aludidas están referidas a programas dirigidos a públicos ubicados en el extranjero o a comunidades extranjeras residentes en el país, o que estén destinados a la enseñanza de otras lenguas, o que se difundan en otro idioma y sean simultáneamente traducidos o subtitulados, o que estén amparados por convenios de reciprocidad; a las letras de composiciones musicales, poéticas o literarias, y a las señales de alcance internacional recibidas en nuestro país (véanse los incisos *a* a *g* del citado artículo 9.° de la LSCA).

[73] Artículo 45 de la LSCA. Cabe hacer notar que los límites cuantitativos señalados podrían entrar en contradicción con los criterios consagrados en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión elaborada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que, si bien establece que «los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas», aclara acto seguido que «en ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación» (véase el principio 12 del documento citado). La doctora Carmen ARGIBAY, en su disidencia parcial en la sentencia dictada por la Corte Suprema el 29 de octubre de 2013 en los autos *Grupo Clarín S. A. y otros contra Poder Ejecutivo Nacional y otro*

de redes de radio o televisión se encuentra, igualmente, limitada a varios respectos, y la transmisión simultánea a través de emisoras integrantes de una red está sujeta a la previa autorización de la autoridad pública.[74]

El capítulo V de la LSCA —artículos 65 a 71— está íntegramente dedicado a los contenidos de la programación. Las pautas que establece son de tal rigor que han despertado serios cuestionamientos de la doctrina acerca de su constitucionalidad.[75]

En ese tramo la ley dispone que los servicios audiovisuales deberán evitar:

> [...] contenidos que promuevan o inciten tratos discriminatorios basados en la raza, el color, el sexo, la orientación sexual, 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 o que menoscaben la dignidad humana o induzcan a comportamientos perjudiciales para el ambiente o para la salud de las personas y la integridad de los niños, niñas o adolescentes.[76]

El régimen procura, por otra parte, la protección de la niñez a partir de la fijación de un horario (entre las 6.00 y las 22.00 horas) durante el cual todos los contenidos transmitidos (incluso los que comporten publicidad) deberán ser aptos para todo público. En cuanto a los programas no aptos para menores emitidos fuera de ese horario, se les exige anticipar la calificación que merecen, y exhibir durante los primeros treinta segundos de cada bloque el símbolo que determine la autoridad de aplicación a efectos de identificar tal calificación.[77] Únicamente los servicios de televisión por suscripción de emisiones codificadas estarán exentos de estas restricciones.[78]

La LSCA impone, asimismo, una serie de cargas dirigidas a garantizar ciertas cuotas de pantalla.

En primer lugar, la ley fija las cantidades mínimas de contenidos de producción nacional y local que deberán emitir los titulares de licencias o autorizaciones de servicios audiovisuales, y lo hace con distinto criterio según se trate de servicios de radiodifusión sonora, de radiodifusión televisiva abierta o de televisión por

---

s/ acción meramente declarativa, entendió, sin embargo, que tal apartamiento no basta para tornar inconstitucional el régimen legal comentado.

74 Véanse los artículos 62, 63 y 64 de la LSCA.

75 Cfr. Hernán Víctor GULLCO, «Algunos problemas constitucionales de la Ley de Medios n.º 22.522», publicado en la *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, julio 2013, DOI: ‹http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858›, pp. 3-5, y Carlos José LAPLACETTE, *Ley de servicios de comunicación audiovisual (Entre la disputa ideológica y la política agonal)*, en prensa, p. 22.

76 Artículo 70 de la LSCA.

77 Artículo 68 de la LSCA.

78 Artículo 69 de la LSCA.

suscripción. En el caso de emisoras de titularidad estatal, establece también un porcentaje mínimo de contenidos educativos, culturales y de bien público. En el caso de la televisión por suscripción, exige la inclusión, sin codificar, de las emisiones y señales de todas las emisoras y señales públicas del Estado nacional o de aquellas en que este tenga participación, o bien, cuando sea el caso, de aquellas de carácter local que correspondan a su área de cobertura.[79]

Por otra parte, la LSCA pone en cabeza de los licenciatarios de servicios de televisión abierta la obligación de exhibir en estreno televisivo ocho películas de largometraje nacionales por año calendario, con cargo de adquirir los derechos de antena con anterioridad a la iniciación del rodaje. Los licenciatarios de servicios de televisión por suscripción podrán cumplir esta carga destinando a tal fin el 0,50% de la facturación bruta anual del año anterior.[80]

Por último, los canales de televisión abierta deben destinar al menos tres horas diarias de su programación a contenidos especialmente dedicados a niños y adolescentes, que hayan sido elaborados por productores nacionales en un porcentaje no inferior al 50%.[81]

La LSCA garantiza, además, el derecho de acceso universal a contenidos de interés relevante, tanto en lo referido a contenidos informativos como a acontecimientos deportivos que revistan tal carácter, y encomienda al Poder Ejecutivo nacional la adopción de las medidas necesarias para asegurar su difusión directa y gratuita en todo el territorio nacional. Este derecho prevalece, como es obvio, sobre los derechos exclusivos que pudieran existir en cabeza de terceros.[82]

La emisión de publicidad está sujeta a restricciones tanto o más gravosas que las que venimos comentando, lo cual pone también en tela de juicio la constitucionalidad del régimen en este aspecto.[83] Entre otras pautas, la LSCA exige que los avisos publicitarios emitidos en servicios de radiodifusión abierta, o en canales o señales por suscripción o insertas en señales nacionales, sean de producción nacional;[84] que las tandas publicitarias no excedan del tiempo fijado para cada caso;[85] prohíbe

[79] Artículo 65 de la LSCA.

[80] Artículo 67 de la LSCA. Esa última opción está también disponible, según lo indica el precepto citado, para los licenciatarios de servicios de televisión abierta cuya área de cobertura total comprenda menos del 20% de la población del país.

[81] Artículo 68 de la LSCA y artículo 68 del decreto 1225/2010.

[82] Artículos 77 y siguientes de la LSCA. La ley establece que, para merecer tal calificación, debe tratarse de eventos tradicionalmente emitidos a través de la televisión abierta, que revistan importancia nacional o internacional, y que incluyan la participación de representantes argentinos «en calidad o cantidad significativa» (artículo 78 de la LSCA).

[83] En igual sentido, véanse Gullco, «Algunos problemas constitucionales de la Ley de Medios n.º 22.522», pp. 3-5, y Laplacette, *Ley de servicios de comunicación audiovisual...*, p. 22.

[84] Artículo 81, inciso *a*, de la LSCA.

[85] Artículos 81, inciso *d*, y 82 de la LSCA.

la emisión de publicidad subliminal;[86] extiende a la publicidad las restricciones impuestas a los contenidos en general en cuanto al idioma y a la protección al menor;[87] prohíbe avisos de carácter discriminatorio, o que menoscaben la dignidad humana, u ofendan convicciones morales o religiosas, o induzcan a comportamientos perjudiciales para el ambiente o la salud,[88] y exige autorización previa para los anuncios dirigidos a promocionar tratamientos estéticos[89] o juegos de azar.[90]

El régimen de sanciones incorporado como título VI de la LSCA contempla como faltas pasibles de sanción algunos incumplimientos referidos a las pautas que han sido objeto de análisis en los párrafos precedentes, concernientes a los contenidos audiovisuales. Tal es, por ejemplo, el caso del apartamiento de los porcentajes de producción nacional, propia o local, tanto en la programación como en la publicidad emitida,[91] o la transmisión de contenidos inapropiados dentro del horario calificado como apto para todo público.[92]

El legislador ha incluido, asimismo, algunas conductas infractoras adicionales, tales como la «realización de actos atentatorios contra el orden constitucional de la Nación» y la «utilización de los Servicios de Comunicación Audiovisual para proclamar e incentivar la realización de tales actos».[93] En este y otros casos, los tipos consagrados en la ley resultan de tal amplitud e indeterminación que permiten, fundadamente, dudar de si satisfacen los imperativos derivados del principio de legalidad que rige en materia sancionatoria.[94] Este reparo adquiere mayor relieve tan pronto como se advierte que los incumplimientos referidos pueden merecer, incluso, la sanción de la caducidad de la licencia o del registro.[95]

No es posible dar por terminado este somero análisis sin dedicar una mirada al esquema institucional instaurado por la LSCA, a fin de apreciar la fisonomía de los órganos a cargo de aplicar el régimen comentado.

El protagonismo, en este sentido, se lo lleva la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA), creada como ente «descentralizado y

86 Artículo 81, inciso *f*, de la LSCA.
87 Artículo 81, inciso *g*, de la LSCA.
88 Artículo 81, inciso *i*, de la LSCA.
89 Artículo 81, inciso *l*, de la LSCA.
90 Artículo 81, inciso *m*, de la LSCA.
91 Artículos 104, inciso *b*, y 106, inciso *b*, de la LSCA.
92 Artículo 107 de la LSCA.
93 Artículo 108, inciso *a*, de la LSCA.
94 Remito, sobre este punto, a mi trabajo «La frontera de la policía administrativa», en AA. VV., *Estudios de derecho administrativo en homenaje al profesor Julio Rodolfo Comadira*, dirigido por Juan Carlos Cassagne, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, pp. 394-395.
95 Artículo 108 de la LSCA.

autárquico» e investida de la calidad de autoridad de aplicación del régimen.[96] La conducción del cuerpo está en manos de un Directorio integrado por siete miembros que, a tenor de la ley, deben contar con una «alta calificación profesional en materia de comunicación social y poseer una reconocida trayectoria democrática y republicana, pluralista y abierta al debate y al intercambio de ideas diferentes», a la par de no tener intereses o vínculos con los asuntos bajo su órbita».[97] Entre las numerosas funciones que se asignan a la AFSCA, algunas hacen expresa referencia a la supervisión de los contenidos emitidos por los servicios de comunicación audiovisual, en orden a verificar que sean respetuosos de las normas de la Constitución, de los tratados internacionales, de las leyes y de los compromisos asumidos por los prestadores en el marco de la propia LSCA.[98]

Paralelamente, la LSCA dispuso la creación de otros órganos con injerencia en la materia, a saber: el Consejo Federal de Comunicación Audiovisual,[99] con funciones primordialmente consultivas; el Consejo Asesor de la Comunicación Audiovisual y la Infancia,[100] llamado —entre otras tareas— a contribuir a la fijación de criterios sobre contenidos recomendados o prioritarios, o bien que resulten inconvenientes o dañinos para niños y adolescentes;[101] la Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de la Comunicación Audiovisual,[102] para hacer de nexo con el órgano legislativo, investida de atribuciones de segundo orden, y la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual,[103] con vistas a canalizar las consultas y denuncias del público, pero dotada, también, de legitimación para ac-

---

96 Artículo 10 de la LSCA.

97 Artículo 14 de la LSCA.
La ley establece ciertos recaudos tendientes a garantizar la independencia de los miembros del Directorio del AFSCA. A tal efecto, prevé que su remoción solo podrá disponerse sobre la base de incumplimientos o mal desempeño de sus funciones o por verificarse alguna incompatibilidad, mediante acto fundado aprobado por mayoría de dos tercios del total de los integrantes del Consejo Federal de Comunicación Audiovisual, y previo procedimiento que garantice su derecho de defensa (artículo 14, LSCA). Sin embargo, el hecho de que la remoción de los miembros de este último cuerpo (léase, del Consejo Federal) no gocen de igual estabilidad (véase el anteúltimo párrafo del artículo 16 de la LSCA) hace dudar de la autonomía de criterio con que tales funcionarios habrán de ejercer su poder de remoción.
En lo que hace a la alta calificación técnica exigida por la normativa legal, se ha observado que esta no ha sido valorada siquiera en los decretos de designación de los actuales miembros del Directorio de la AFSCA (así lo señala Matías S. Sucunza en su trabajo «La organización de poder en la Ley de Medios», publicado en la *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, julio 2013, DOI: ‹http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858›, p. 3.

98 Artículo 12, incisos 12 y 19, de la LSCA.

99 Artículos 15 y 16 de la LSCA.

100 Artículo 17 de la LSCA.

101 Véanse en particular los incisos *b* y *l* del artículo 17 de la LSCA.

102 Artículo 18 de la LSCA.

103 Artículo 19 de la LSCA.

tuar de oficio en sede administrativa o judicial, incluso en defensa de derechos de incidencia colectiva.

3. Reflexión final

Según se ha señalado al comienzo de este trabajo, la necesidad de algún grado de intervención pública en materia de contenidos audiovisuales goza de abundante consenso en el derecho comparado.

El somero análisis desarrollado en el apartado precedente acerca del régimen de control de los contenidos audiovisuales plasmado en la LSCA permite, sin embargo, comprobar que el legislador argentino ha optado por acoger niveles de injerencia estatal de marcada intensidad. Sin embargo, lo que resulta más preocupante, a mi juicio, no pasa tanto por los estándares impresos en la normativa legal, sino por el déficit que se observa en la faz institucional, evidenciado en la puesta en funciones de una autoridad de aplicación que, ya desde los primeros tiempos de su andadura, ha exhibido una conducción que parece privilegiar los gestos políticos por encima de los aspectos técnicos que hacen al ejercicio de su delicada función.

Tal vez sea prematuro extraer conclusiones definitivas. Aun así, frente a un marco legal de tan notorio sesgo interventor, sería deseable reforzar las garantías que permitan poner freno a cualquier ofensiva arbitraria que pudiera deslizarse de parte de las autoridades a cargo de aplicarlo.