

1 **PRESENTA MEMORIAL AMICUS CURIAE.**

2 Excma. Corte Suprema,

3 Juan Vicente Sola , C. S. L.XXIV F.288, Director del CENTRO DE ESTUDIOS
4 EN DERECHO Y ECONOMÍA de la Facultad de Derecho (UBA) en el caso Grupo
5 Clarin S.A. c. Poder Ejecutivo Nacional, a V. E. decimos:

6 Presentamos el Memorial de Amigos del Tribunal según lo dispuesto en la decisión que
7 nos admitió como Amicus Curiae independiente de las partes.

8 El análisis de los artículos 41, 45, 48 y 161 26522 de Sistemas de Comunicación
9 Social debe hacerse con relación a su razonabilidad económica como de la defensa de
10 derechos constitucionales.

11 La cuestión constitucional sobre de una regulación en materia de comunicación solo se
12 plantea si esta tiene algún fundamento de mejoramiento de la eficiencia o de la
13 competencia. Solamente en caso que se justificara la regulación se efectúa el análisis
14 constitucional, de otra manera resultaría innecesario porque la regulación carecería de
15 razonabilidad económica.

16 ***Monopolios y abuso de posición dominante.***

17 La ley 26522 de Sistemas de Comunicación Social regula los servicios de comunicación
18 audiovisual y indica que su objetivo es la desconcentración y fomento de la
19 competencia. En el art. 48 y en la nota a los art. 21 y 45 señala la necesidad de
20 investigar y prohibir la existencia de monopolios en los canales de televisión abierta y
21 en la comunicación social. Corresponde analizar si los medios establecidos en la ley
22 logran el objetivo buscado.

23 El monopolio es una falla del mercado, aunque algunos existen por privilegio creado
24 por ley. Para que exista un monopolio, es necesario que no existan productos sustitutos,
25 es decir, que el producto determinado es irremplazable y, por lo tanto, es la única
26 alternativa que tiene el consumidor para comprar. Se sostiene tradicionalmente que si

27

1 una empresa actúa como un monopolio sería deseable una intervención gubernamental
2 para dividirlo es decir crear nuevas empresas o si esto fuera indeseable, regularlo para
3 evitar que eleve artificialmente los precios. El argumento utilizado es que los
4 monopolios causan una mala distribución de los recursos ya que el precio que se
5 impone sobre el consumidor por el monopolista excede los costos marginales y una
6 distribución óptima requiere que el precio sea igual al costo marginal. De esta manera,
7 la intervención pública se justificaría si la industria fuera hecha competitiva haciendo
8 que el precio sea igual al costo marginal por una acción gubernamental. Esta propuesta
9 está lejos de ser obvia, ya que aunque idealmente una intervención gubernamental
10 mejoraría el funcionamiento del mercado, no quiere decir que efectivamente cuando el
11 gobierno interviene la competencia del mercado necesariamente mejore. Se plantea la
12 situación de identificación entre una actividad de mercado concreta con una actividad
13 de mercado ideal.

14 Los comportamientos monopólicos son probablemente más importantes en el sector
15 político que en el mercado. De esta manera, se nos puede plantear una preocupación
16 frente a la regulación gubernamental de los comportamientos monopólicos. Porque si
17 las imperfecciones en el comportamiento gubernamental por actividades monopólicas
18 son mayores que las que produce el mercado, puede ser preferible no regular ciertos
19 monopolios económicos y sufrir sus malos efectos, antes que regularlos y sufrir las
20 graves consecuencias de las imperfecciones del sistema político. (Enrique Bour,
21 Mercados, Equilibrio y Eficiencia, en Sola, Juan Vicente. Tratado de Derecho y
22 Economía, Buenos Aires 2013 p. 40)

23 Un cambio profundo del pensamiento hacia la teoría del monopolio se produjo con la
24 **teoría de los mercados disputables** (William J. Baumol, John c. Panzar, and Robert D.
25 Willig (1982), Contestable Markets and the Theory of Industry Structure.

26 La idea central de los mercados disputables es que, cuando hay entrada fácil es decir, a

27

1 bajo costo, el monopolio no debería ser regulado. Un mercado disputable registra un
2 precio competitivo aunque haya una sola empresa abasteciendo al mercado, lo que
3 normalmente sería clasificado como un monopolio. Su característica fundamental son
4 sus bajas barreras a la entrada y salida; un mercado perfectamente disputable no tendría
5 barreras de entrada ni de salida. Si una empresa en semejante mercado elevara sus
6 precios por encima del costo marginal comenzaría a tener beneficios anormales y
7 empresas competidoras ingresarían al mercado obligándola a bajar sus precios. De este
8 modo un mercado que tenga una sola firma podría exhibir un comportamiento altamente
9 competitivo. La reducción de barreras de entrada evita los comportamientos
10 monopólicos. Los nuevos mercados se vuelven desafiables. Al mismo tiempo la
11 regulación debe reconocer las economías de escala, existe una escala mínima eficiente
12 para ofrecer el servicio.

13 En caso de los medios de comunicación no existe rivalidad en el consumo ya que un
14 usuario no impide que otro lo haga en el mismo momento. Cuando un programa es
15 creado este puede ser provisto a una persona adicional a un muy bajo costo marginal.
16 Ya que añadir un consumidor tiene costos marginales muy bajos se favorece la creación
17 de economías de escala, porque la producción crece más rápidamente que los insumos.
18 Los costos medios y marginales son decrecientes. Los costos fijos son altos pero los
19 variables bajos de manera que el costo unitario es decreciente. Las empresas que llegan
20 a cierta escala ofrecen sus servicios a mejor precio y calidad.

21 En el caso de la comunicación y difusión de ideas la reglamentación debe aumentar la
22 oferta, ya que la existencia de una información más amplia mejora la eficiencia del
23 mercado de ideas, además de ser un mandato constitucional. Es decir que la función de
24 la ley reglamentaria es fomentar el ingreso al mercado y no limitarlo. Porque los
25 mercados con ingreso a bajo costo son mercados competitivos. En el caso de los medios
26 de comunicación el impedimento al ingreso al mercado tiene una problema

27

1 suplementario. La limitación del ingreso de medios al mercado de la difusión de ideas
2 por decisión legal reduciría la oferta dejando la existencia de medios de comunicación
3 de propiedad gubernamental o con subsidios gubernamentales, que al ser financiados
4 por el erario público no requieren de obtener beneficios. Es decir, la limitación de
5 quienes ofrecen sus productos al mercado de ideas favorece la existencia de monopolios
6 informativos y no los reduce.

7 ***Las presunciones de la ley de Medios .***

8 La ley 26522 presume que ciertas características de las empresas de medios de
9 comunicación llevarán a comportamientos monopólicos y ordena su cese o las limita.
10 Esta posición es contraria al sistema establecido en las normas de defensa de la
11 competencia. La ley 25.156 de Defensa de la Competencia, establece un control ex post,
12 es decir describe los comportamientos anti competitivos y luego establece un
13 procedimiento para su revisión con el debido control judicial. Caracteriza como anti-
14 competitivos los actos que distorsionen la competencia o representen abuso de posición
15 dominante, siempre que los mismos puedan provocar un perjuicio para el interés
16 económico general. Este ultimo concepto puede identificarse con la noción de
17 excedente total de los agentes económicos, y medirse como la suma de los excedentes
18 del consumidor y del productor. Asimismo, la idea de “abuso de posición dominante”
19 puede relacionarse con el ejercicio del poder de mercado por parte de una empresa o
20 coalición que tenga una posición monopólica, monopsonica o de liderazgo en precios o
21 cantidades. Los actos y conductas anticompetitivos pueden no provenir de una situación
22 de abuso de posición dominante, pero deben implicar ejercicio del poder de mercado y
23 repercutir sobre el excedente total de los agentes económicos.

24 Los medios de comunicación son un sector muy dinámico de la economía, esto lleva a
25 una integración entre la TV paga, Internet y las telecomunicaciones. Esta convergencia
26 no es reconocida por la ley de servicios de comunicación audiovisual 26.522 que regula
27

1 exclusivamente a la televisión paga, ignorando otras formas de comunicación y
2 plataformas tecnológicas. Separa la ley los mercados de telefonía, televisión por cable e
3 internet. Impide utilizar las economías de escala que podrían ofrecerse al público.

4 La función del regulador es la protección de los consumidores, permitiendo obtener
5 nuevos y mejores servicios al menor costo. La regulación debe favorecer la
6 competencia, también permitir la innovación y aprovechar los beneficios del desarrollo
7 tecnológico en beneficio de los consumidores. Esto supone realizar inversiones en
8 investigación y desarrollo e incorporación de nuevas tecnologías.

9 ***Los límites en la multiplicidad de licencias.***

10 El artículo 45, reduce la escala a las empresas y las obliga a asumir los costos hundidos.
11 Al mismo tiempo se encuentran frente a una posible discriminación con la televisión
12 satelital que cuenta con una sola licencia nacional que le permite vender servicios en
13 todo el país. Por la interdependencia de los servicios de comunicación, la limitación de
14 licencias de televisión por cable afectarán la provisión del servicio de internet en las
15 localidades en las que la empresa deba dejar el servicio.

16 La restricción en el número de licencias limita la oferta de servicios a los consumidores,
17 llevaría a aumentar su precio, no permite la plena utilización de la infraestructura
18 existente. El aumento de precios se puede producir también por la pérdida de
19 descuentos por volumen en la adquisición de señales de programación. La reducción de
20 escala disminuye las posibilidades de desarrollar o adquirir nuevas tecnologías.

21 El art. 45 asimismo establece restricciones a la cantidad de señales que podrán
22 comercializar los titulares de licencias. Quienes tengan una licencia de televisión abierta
23 o radio podrán ser titulares de una señal de servicios audiovisuales, y los prestadores de
24 servicios de televisión por cable no podrán ser titulares de registro de señales, salvo de
25 generación propia. Esta norma podría restringir la competencia en el mercado de
26 señales, porque al reducir la escala podría haber una reducción en la producción de

27

1 contenidos.

2 El art. 45 prohíbe a una empresa que tenga una licencia de televisión por suscripción
3 explotar una licencia de televisión abierta. Las actividades empresarias son diferentes, la
4 televisión paga obtiene sus ingresos de los abonados al sistema, por lo que esos
5 empresarios buscarán aumentar ese número. En cambio la televisión abierta recibe
6 ingresos de la publicidad. La televisión paga no produce contenidos sino que reproduce
7 los desarrollados por otros. La televisión abierta produce los contenidos que se emiten
8 en su señal. No hay competencia entre ambos sistemas. La televisión por cable no
9 utiliza un bien limitado como es el espectro radioeléctrico, por ese motivo debería ser
10 dejada a las reglas del mercado y solo controlada por las normas de defensa de la
11 competencia. Al mismo tiempo la televisión abierta es un producto de rentabilidad
12 decreciente, por ese motivo su difusión está asociada a la televisión por cable. Existe
13 una complementariedad entre la televisión abierta y por cable, es la regla Must-Carry de
14 la Federal Communications Commission, FCC que ordena a los proveedores de
15 televisión por cable a incluir en su señal a todos los canales locales de televisión que
16 poseen licencia. Esta norma se creó para prevenir que los sistemas de televisión por
17 cable afecten los intereses de las emisoras de libre difusión.

18 ***El caso Comcast.***

19 En las notas de los artículos 45, 46 y 48 de la ley 26522 se cita que en Estados Unidos
20 “la audiencia potencial nacional no puede superar el treinta y cinco por ciento (35%) del
21 mercado” esta disposición a perdido eficacia por decisión judicial.

22 Comcast Corporation v. Federal Communications Commission Cctv. U.S. Court of
23 Appeals, District of Columbia Circuit: *Comcast Corporation y varios participantes*
24 *relacionados con la industria de la televisión vía cable solicitan la revisión de una*
25 *regla en la cual la Comisión Federal de Comunicaciones establecía un tope de 30% de*
26 *abonados como cuota de mercado de un único operador de televisión por cable.*

27

1 *Estamos de acuerdo con Comcast que el 30% como límite de abonados es arbitrario y*
2 *caprichoso. Por consiguiente, concedemos la petición y abandona la regla.*

3 *Habida cuenta de la abrumadora evidencia relativa a "la naturaleza dinámica del*
4 *mercado de las comunicaciones," 47 U.S.C. § 533(f)(2)(E) y la entrada de nuevos*
5 *competidores en la programación y los niveles de distribución, fue arbitraria y*
6 *caprichosa a la Comisión para concluir que un operador de cable que sirve más del*
7 *30% del mercado plantea una amenaza a la competencia o a la diversidad en la*
8 *programación.*

9 ***Control ex ante y ex post y calificaciones sospechosas.***

10 La ley de defensa de la competencia se diferencia de la Ley de medios de
11 comunicación en que establece un control ex ante, es decir establece restricciones de
12 oficio sin admitir una prueba en contrario, con lo cual establece una clasificación de
13 constitucionalidad sospechosa, ya que determina comportamientos como monopólicos
14 sin admitir la posibilidad de defensa y sin el control judicial posterior. Esta regulación
15 puede establecer una clasificación sospechosa la que establece la limitación de licencias
16 a la televisión por cable y las permite a la televisión por satélite ya que por tratarse de
17 una discriminación debe tener un fundamento gubernamental importante. Las
18 clasificaciones sospechosas que limitan derechos fundamentales deben tener un nivel de
19 escrutinio judicial más estricto. Toda norma realiza una **clasificación**, porque incluye o
20 excluye a personas o situaciones dentro de su reglamentación. Cuando algunas de estas
21 clasificaciones se refieren a derechos individuales protegidos por la Constitución, éstas
22 son denominadas **clasificaciones sospechosas** en relación a su constitucionalidad.
23 niveles de escrutinio se basan en el tipo de derecho constitucional en conflicto con la
24 decisión gubernamental, se profundizará el control judicial en los casos en que el ataque
25 a una libertad individual sea más grave. Este tipo de normas no tienen presunción de
26 legitimidad por lo que el impugnante no tiene en ellas la carga de demostrar su

27

1 inconstitucionalidad. (Hooft c. Provincia de Buenos Aires (Fallos 327:5118 (2004)).
2 La posición dominante no puede ser declarada ex ante, sino definida en las normas de
3 defensa de la competencia que establece un procedimiento para su determinación con
4 control judicial.

5 ***La integración vertical.***

6 El artículo 48 se refiere a las prácticas de concentración indebida entre los que incluye
7 la existencia de vínculos societarios que exhiban procesos de integración vertical. En la
8 teoría económica reciente la integración vertical no afecta necesariamente los derechos
9 del consumidor, ya que tiene elementos que permiten la mejor competencia y aumenta
10 el bienestar general. La Integración vertical produce eficiencias que la justifican incluso
11 cuando la estructura del mercado crea algunos peligros a la competencia. Una
12 aplicación de este marco básico para la industria televisiva sugiere que el énfasis en la
13 prevención de la integración vertical es fundamentalmente equivocado ya que los
14 mercados no están estructurados de manera que permita a cualquier firma utilizar
15 integración vertical para dañar a la competencia. Por otra parte, la estructura de costos
16 de producción de programas de televisión es tal que la integración vertical es probable
17 que conduzca a la realización de eficiencias significativas. Christopher S. Yoo. Vertical
18 integration and media regulation in the new economy. Yale Journal on Regulation. 9
19 Yale J. on Reg. 171

20 Los mercados son simplemente demasiado desconcentrados y sin barreras de entrada
21 para que la integración vertical represente una amenaza creíble a la competencia.
22 Además, una revisión de la estructura de costos de producción de programas de
23 televisión sugiere que es muy posible que la integración vertical en la industria
24 televisiva producirá importantes beneficios en la eficiencia del servicio.
25 Específicamente, la necesidad de importantes inversiones iniciales de costo fijos y
26 costos marginales mínimos de la transmisión hace a los productores de programas de
27

1 televisión extremadamente dependientes de su capacidad para llegar a audiencias
2 garantizadas y los deja vulnerables al comportamiento oportunista post-inversión.
3 Ante estas circunstancias establecer límites a la integración vertical tiene muy poco
4 sentido. (Christopher Yoo p. 182).

5 ***Evolución de la teoría económica y la regulación.***

6 Luego de la Segunda Guerra mundial sin demasiada reflexión económica se estableció
7 una regulación estricta antimonopólica en materia de radiodifusión que luego se
8 extendió a la televisión. La Comisión Federal de Comunicaciones tenía en esa época la
9 convicción de que las redes de integración vertical y restricciones contractuales
10 verticales perjudicarían a la competencia. Se sostenía que poco se perdería si se suponía
11 que una actividad era "ilegal sin investigación detallada en cuanto a los daños exactos
12 que ha causado o la justificación de las empresas dada por las empresas sobre su
13 utilización" (N. Pac. Ry. Co. v. United States, 356 U.S. 1, 5 (1957))

14 Esta teoría de la regulación ex ante, que presume que ciertos comportamientos son de
15 por sí monopolícos, sin una investigación detallada y sin permitir la defensa de las
16 empresas cuestionadas ha quedado desacreditada.

17 Es imposible afirmar una teoría coherente de la posición dominante a menos que existan
18 dos premisas estructurales. En primer lugar, la empresa fusionada debe tener poder de
19 monopolio en su mercado principal, ya que sin ese poder, cualquier intento de cobrar
20 precios mayores a los que establece la competencia simplemente llevaría a los clientes a
21 obtener los bienes que necesitan de otras fuentes. En resumen, una empresa que carece
22 de poder de mercado no tiene una posición dominante en primer lugar.[Richard A.
23 Posner & Frank H. Easterbrook, Antitrust 870-71 (2d ed. 1982) (“La teoría de la
24 posición dominante no tiene sentido si la empresa con integración vertical no es un
25 monopolio.”)] En segundo lugar, el mercado en que la empresa trata de integrarse
26 verticalmente (que se denomina el mercado secundario) también debe estar concentrado

27

1 y protegido por las barreras a la entrada. Si no existen barreras de entrada, cualquier
2 intento de subir los precios en el mercado secundario, simplemente atraer nuevos
3 competidores hasta que el precio baja a niveles competitivos. [Richard A. Posner,
4 Antitrust Law: An Economic Perspective 172-73 (1976).] A menos que estas dos
5 premisas estructurales se hayan cumplido, es imposible ver la integración vertical puede
6 ofrecer a una empresa de la capacidad de obtener beneficios superiores a los del
7 mercado.

8 Aunque las empresas con poder de monopolio puede tener la capacidad de ejercer
9 influencia sobre los mercados ascendentes y descendentes, las empresas suelen carecer
10 de los incentivos para hacerlo. Esto es debido a que cuando hay ganancia monopolista
11 en cualquier cadena de producción, el monopolio puede capturar toda la ganancia sin
12 tener que recurrir a la integración vertical. Todo lo que tiene que hacer es simplemente
13 poner precio de monopolio a sus productos. [Robert H. Bork, The Antitrust Paradox
14 226-31, 372-73, 375 (1978)]

15 Por lo tanto, como regla general el monopolista no gana nada por integrar verticalmente
16 la producción de servicios. Todo lo que tiene que hacer para capturar todos los
17 beneficios disponibles es poner un precio a los insumos de la magnitud necesaria para
18 que el producto final sea un precio de monopolio.

19 (Bork, at 232; Sam Peltzman, Issues in Vertical Integration Policy, in Public Policy
20 Towards Mergers 167, 169-70 (J. Fred Weston & Sam Peltzman eds., 1969).

21 **La integración vertical elimina costos de transacción.**

22 Al impedirse la integración vertical las partes deben asumir costos de transacción en la
23 negociación sobre la transmisión de señales. Coase en su artículo La Naturaleza de la
24 Empresa señaló que el tamaño de las empresas era variable según los costos de
25 transacción que debieran afrontar sus directivos para ofrecer mejores bienes y servicios
26 al mejor precio. Si las empresas actuaban con rigidez frente a los variables costos de
27

1 transacción se produce una falla de jerarquía. Se producen fusiones y absorciones de
2 empresas para reducir los costos de transacción de la industria.

3 La integración puede reducir la fricción general existente en la organización de las
4 empresas por internalización de ciertas transacciones dentro de la empresa. Al mismo
5 tiempo la integración vertical puede conducir a eficiencias permitiendo que las
6 empresas para evitar los costos de transacción asociados a protegerse contra el
7 comportamiento oportunista. R.H. Coase, *The Theory of the Firm*, 4 *Economica* 386
8 (1937). Empresas pueden sufrir comportamientos oportunistas como el Polizón y la
9 Selección adversa.

10 La manera de evitar este tipo u otros de comportamientos oportunistas es la integración
11 vertical. En esta circunstancias la actividad de las empresas favorece la libre
12 competencia ya que la integración permite mantener costos bajos. Si ésta no fuera
13 permitida las empresas proveedoras de servicios se verían obligadas a aumentar el
14 precio de sus servicios para de esta manera compensar las pérdidas de estos
15 comportamientos oportunistas. Es decir que en los medios audiovisuales la integración
16 vertical no crea incentivos para precios monopolistas y mantiene el bienestar general.

17 La Corte Suprema ha invalidado precedentes que consideraban a las integraciones
18 verticales como ilegales por si mismas, como lo hace con los controles ex ante. (Casos
19 *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997) *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*,
20 433 U.S. 36 (1977))

21 En otras ocasiones la Corte Suprema requirió al actor, que estableciera la existencia de
22 las condiciones estructurales antes de sujetar la restricción al escrutinio de una
23 investigación de antimonopolio.

24 *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs. Inc.*, 504 U.S. 451, 481 (1992);
25 *Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pac. Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284,
26 296-97 (1985); cf. *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447, 459 (1993)

27

1 (Afirmando que las leyes antimonopolio se aplican a "la conducta de una empresa es
2 ilegal sólo cuando efectivamente es un monopolio o si amenaza peligrosamente con
3 serlo")

4 El hecho es que, a pesar de los muchos tradicionales argumentos en contrario,
5 integración vertical no es suficientemente capaz de amenazar a la competencia como
6 para justificar la imposición de una prohibición categórica en la regulación. Este
7 resultado sería equivalente a regresar al mundo de la ilegalidad de por sí que tipifica el
8 ahora desacreditado el pensamiento económico de la década de 1950 y 1960.

9 *La cuestión constitucional.*

10 La cuestión constitucional planteada es determinar si los artículos mencionados de la
11 ley 26.522 se encuentran dentro de la capacidad reglamentaria del Congreso por estar
12 referidos a la libertad de expresión. La cuestión es saber si las normas analizadas
13 reducen las posibilidades de expresar un discurso constitucionalmente protegido. Es
14 decir si causa una disminución de la oferta de expresión libre. La libertad de expresión
15 cumple el papel fundamental de fortalecer el acceso de información a la sociedad y
16 permite una mejor actividad económica, y la toma de decisiones políticas que mejoren
17 la calidad de vida de la sociedad. La Constitución en el art. 32 prohíbe al Congreso
18 leyes que restrinjan la libertad de expresión, debe analizarse su aplicación al caso.

19 Una visión de las consecuencias de la aplicación de las normas supone tener en una
20 visión instrumental de la libertad de expresión que es valiosa porque asegura tanto la
21 estabilidad política, la prosperidad económica y la felicidad personal. (Richard Posner.
22 *Frontiers of legal theory*. Harvard University Press. 2001. p. 62.) Es decir que la libertad
23 de expresión está en función de la utilidad personal de los individuos, que expresan sus
24 opiniones y, a veces, conocer las de los demás a través de todos los medios a su alcance.
25 Blackstone señala que sujetar a la prensa al poder restrictivo de una licencia es sujetar
26 toda libertad de sentimientos a los prejuicios de un solo hombre y transformarlo en el
27

1 juez arbitrario e infalible de todos los puntos controvertidos en ciencias, religión o
2 gobierno. William Blackstone. Commentaries on the Laws of England. [1769] tomo 4º
3 página 151 y ss.

4 La libertad de expresión debe ser protegida para:

- 5 1. impulsar el autogobierno,
- 6 2. para colaborar en el descubrimiento de la verdad a través del mercado de ideas,
- 7 3. para promover la autonomía y
- 8 4. para estimular la tolerancia.

9 La Libertad de expresión es crucial en una democracia, discusiones abiertas entre
10 candidatos son esenciales para que los votantes puedan tomar decisiones informadas en
11 un momento de votar. Es a través de la libertad de expresión que las personas pueden
12 influir la elección de políticas públicas por parte de los gobiernos. Al mismo tiempo, los
13 funcionarios públicos pueden ser controlados a través de las críticas que se efectúan a
14 través de la expresión lo que puede llevar a su reemplazo. La libertad de expresión es
15 una consecuencia de la idea que las cuestiones públicas deben ser decididas por el
16 sufragio universal, ya que un gobierno democrático puede existir solamente si los
17 votantes encuentran la inteligencia, la integridad y la sensibilidad que les permita
18 comprender el bienestar general que debe ser formulado y defendido a través del
19 sufragio. Al mismo tiempo la libertad de expresión permite el control del gobierno,
20 permite conocer y denunciar el abuso de poder por funcionarios públicos y a través de
21 ella los votantes retienen una capacidad de veto que puede ser empleado cuando las
22 decisiones de los funcionarios superan ciertos límites.

23 La libertad de expresión protege primordialmente la expresión política, pero también
24 incluye la garantía para otras formas de expresión incluyendo el discurso comercial. Se
25 ha dicho *"que la garantía de la expresión y de la prensa no son exclusivas de la*
26 *expresión política o del comentario sobre los asuntos públicos, aun cuando éstos sean*
27

1 *esenciales para un gobierno saludable.*" Cf. *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374 en 1967.

2 En gran medida esta protección amplia de la libertad de expresión es debida a la
3 dificultad de definir lo que es el discurso político, porque virtualmente todo discurso
4 desde las caricaturas hasta los anuncios comerciales o aún la pornografía pueden tener
5 una dimensión política. Pero al mismo tiempo la negativa a limitar la libertad de
6 expresión refleja la importancia que ésta tiene sobre temas tan diversos como los
7 debates científicos o la acertada información comercial en el mercado.

8 La libertad de expresión promueve una competencia vigorosa que estimula la
9 innovación y la diseminación de ideas. De allí que se haya también hablado del libre
10 mercado de ideas. Al institucionalizar la competencia la democracia hace los cargos
11 públicos inseguros. Los políticos y funcionarios buscan seguridad a través del control
12 de la información. La garantía de libertad de expresión impide a los funcionarios
13 públicos de reducir la competencia política por la restricción de la expresión. De allí que
14 se transfiera la Constitución transfiera la decisión de los órganos políticos a los jueces.

15 El derecho constitucional a la libertad de expresión aumenta la efectividad de la
16 competencia entre los candidatos políticos.

17 La libertad de expresión es un derecho fundamental necesario para el descubrimiento de
18 la verdad.

19 Aunque se pudieran criticar el modelo del mercado de ideas señalando que las personas
20 pueden dejarse guiar por emociones e irracionalidad y dejarse seducir por ideas nuevas
21 pero perversas como son las basadas en el odio y la discriminación, las alternativas
22 como serían la determinación por el gobierno de la verdad y la censura de supuestas
23 falsedades, serían mucho peores. El mercado de ideas puede tener inconvenientes pero
24 permitir al gobierno, o a un grupo esclarecido dentro de él decidir qué es lo verdadero y
25 correcto y suprimir lo demás es mucho más grave. Inevitablemente, el gobierno censura
26 a sus críticos para obtener sus propios beneficios, y aún un gobierno benevolente podrá
27

1 cometer errores sobre lo que es verdadero y falso. Podemos hacernos la siguiente
2 pregunta: ¿si aceptar la idea de la competencia en el mercado no es la mejor prueba,
3 cuál es la alternativa? Sólo puede ser la aceptación de un idea por un individuo o un
4 grupo privilegiado mucho menor que el público en general. Melvilla Nimmer. Nimmer
5 on Freedom of Speech. 1984, p. 1 a 12.

6 La tercera razón expresada en favor de la protección de libertad de expresión con un
7 derecho fundamental es que es un aspecto esencial de la autonomía de la voluntad.
8 Quien asume voluntariamente un discurso está asumiendo una definición de expresión
9 de sí mismo. Quien en un acto público protesta en oposición a una política
10 gubernamental no lo hace con la esperanza de que su discurso cambie esa política, sino
11 que participa en ese acto para definir públicamente su posición en contra del gobierno.
12 Este ejemplo de quien protesta públicamente señala la importancia de la protección de
13 la expresión como forma de autonomía de la voluntad, independientemente de la
14 comunicación efectiva hacia otros y con un objetivo primordial de auto realización.
15 Edwin Baker, Scope of the First Amendment Freedom of Speech, 25 UCLA L. Rev.
16 964, en 1978.

17 La protección de la libertad de expresión porque favorece al proceso político o atiende
18 la búsqueda de la verdad enfatiza el valor instrumental de la expresión. Pero al mismo
19 tiempo la protección de la expresión es un aspecto crucial de la autonomía de la
20 voluntad, el juez Thurgood Marshall señaló que la libertad de expresión no sólo sirve
21 las necesidades del sistema político sino también las del espíritu humano, un espíritu
22 que requiere la autonomía en la expresión. En Procunier v. Martínez, 416 U.S. 396.

23 La libertad expresión es un derecho fundamental ya que promueve la tolerancia que es
24 un valor básico en nuestra sociedad. Según expresa Bollinger:

25 *"mientras que la teoría de la libertad de expresión ha estado tradicionalmente*
26 *concentrada en el valor de la actividad protegida, el discurso, una visión alternativa*

27

1 *busca la justificación observando el disvalor de la respuesta habitualmente intolerante*
2 *a esa actividad... el principio de la libertad de expresión incluye una actividad especial*
3 *de extraer un área de integración social para la auto restricción extraordinaria, cuyo*
4 *objetivo es desarrollar y demostrar la capacidad social de controlar las emociones*
5 *evocadas en los encuentros sociales." Lee Bollinger, The Tolerant Society: Freedom of*
6 *Speech and Extremist Speech in America. 1986. pp. 9 y ss. La tolerancia es entonces un*
7 *valor deseable aun cuando no esenciales y la protección de discursos impopulares o*
8 *desagradables son en sí un acto de tolerancia. Más aún, este modelo favorece el*
9 *aumento de la visión tolerante dentro de la sociedad.*

10 ***El mercado de ideas.***

11 *El bien último deseado es mejor logrado por el libre comercio de ideas [free trade in*
12 *ideas], que la mejor prueba de la verdad es el **poder del pensamiento para ser***
13 ***aceptado en la competencia del mercado** Abrams vs. United States, 250 U.S. 616, 630*
14 *(1919). (Thomas Healy. THE GREAT DISSENT How Oliver Wendell Holmes*
15 *Changed His Mind — and Changed the History of Free Speech in America. N. York.*
16 *2013)*

17 El mercado de ideas es ejemplo habitual de externalidad positiva. Una externalidad es
18 una transferencia de valor sin pago. Generalmente son negativas. En el caso de la
19 expresión de ideas las externalidades son positivas. Las cantidades de discurso
20 beneficioso son siempre insuficientes. De allí la protección de la libertad de expresión.
21 Si yo tengo una buena idea y la comunico, esta información beneficia a otras personas.
22 Yo conservo mi idea y los demás están en una situación mejor debido a la idea que han
23 recibido.

24 Alberdi adelantó la idea de la importancia de la libertad de expresión *La libertad de*
25 *publicar por la prensa importa esencialmente a la producción económica, ya se*
26 *considere como medio de ejercer la industria literaria o intelectual, o bien como*

27

1 *garantía tutelar de todas las garantías y libertades, tanto económicas como políticas.*
2 *La experiencia acredita que nunca es abundante la producción de la riqueza, en donde*
3 *no hay libertad de delatar y de combatir por la prensa los errores y abusos que*
4 *embarazan la industria; y, sobre todo, de dar a luz todas las verdades con que las*
5 *ciencias físicas y exactas contribuyen a extender y perfeccionar los medios de*
6 *producción. (Alberdi Sistema económico y rentístico” p. 12)*

7 La protección de la expresión de ideas se ejerce aún en casos que puedan existir
8 falsedades como es la doctrina de la real malicia establecida originalmente en New
9 York Times Co. vs. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964). Es el fundamento de la protección
10 constitucional del discurso comercial. La oferta de información a través de la
11 propaganda promueve la competencia mientras que la regulación del debate comercial
12 puede suprimirla. Los grupos comerciales y también profesionales buscan muchas veces
13 “rentas” induciendo a la administración a imponer límites en la publicidad y otras
14 formas de discurso comercial. (Virginia. Pharmacy Bd. vs. Virginia Consumer council,
15 425 U.S. 748 (1976)

16 La teoría económica de la libertad de expresión provee una justificación para proteger al
17 discurso político. Dado el monopolio estatal de la fuerza, la competencia por los cargos
18 públicos es más importante que la competencia en el mercado de un determinado
19 producto. El riesgo para la democracia de la pérdida de la competencia política plantea
20 un peligro mayor para el público que el riesgo de monopolio en algunos mercados.

21 En la libertad de expresión no hay rivales, si una persona utiliza una idea, o la difunde,
22 no hay límites para los demás. Si yo difundo una idea los demás obtienen algo que no
23 conocen, pero yo no pierdo la idea original al difundirla. Por lo tanto, la expresión libre
24 de ideas crea externalidades que son positivas. Existen entonces razones económicas
25 que justifican la importancia de la libertad de expresión, además de las muchas ya
26 existentes por razones de defensa del sistema democrático. Al institucionalizar la

27

1 competencia política, la democracia hace los cargos públicos inseguros. Los dirigentes
2 políticos y los funcionarios pueden buscar seguridad a través del control de la
3 información, es decir tratan de dictar el acceso al público de información que pueda
4 hacer peligrar el control que ejercen sobre el monopolio del ejercicio del poder estatal.
5 Pero la libertad de expresión impide a gobernantes y funcionarios públicos reducir la
6 competencia política, es por eso que la protección constitucional de la libertad de
7 expresión, es derivada por las constituciones hacia los jueces y no dejadas al arbitrio del
8 poder político.

9 ***La protección del artículo 32 de la Constitución.***

10 El art. 32 garantiza la existencia de un derecho republicano. En el debate de este artículo
11 en la constituyente de 1860 Vélez Sarsfield señala:

12 *"La reforma dice aún más: que el Congreso no puede restringir la libertad. La libertad*
13 *de imprenta, señores, puede considerarse como una ampliación del sistema*
14 *representativo o como su explicación de los derechos que quedan al pueblo, después*
15 *que ha elegido sus representantes al cuerpo legislativo. Cuando elige un representante*
16 *no se esclaviza a ellos, no pierde el derecho de pensar o de hablar sobre sus actos, esto*
17 *sería hacerlos irresponsables... El pueblo necesita conocer toda la administración,*
18 *observarla, y aun dirigirla en el momento que se separe de sus deberes... Sólo la libre*
19 *discusión por la prensa puede hacer formar el juicio sobre la administración o sobre*
20 *los hechos políticos que deben influir en la suerte de un país". Diario de Sesiones de la*
21 *Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución*
22 *Federal, ps. 91 y 92*

23 José Manuel Estrada afirma que. . ."*las condiciones generales sobre las cuales reposa*
24 *la libertad de imprenta en la legislación moderna son: la supresión de la censura*
25 *previa, la abolición de la represión administrativa, y el establecimiento de una*
26 *represión puramente judicial contra todos los delitos cometidos por medio de la prensa.*
27

1 . ." *Curso de Derecho Constitucional*", segunda edición, 1927, págs. 229/230.

2 Señala bien Fiorini que hay ataques destructores de la libertad de expresión cuando se le
3 niega a un núcleo ciudadano por medidas administrativas la publicación de su órgano.
4 Hay corrupción y destrucción cuando las autoridades administrativas discriminan
5 privilegiados avisos oficiales y otorgan la conformidad de la factura según el monto de
6 los elogios que se les prodigue. Hay restricción al derecho republicano de prensa
7 cuando los poderes ejecutivos adquieren, como simples contratos administrativos de
8 suministros, acciones o participaciones en empresas periodísticas de información por
9 radiodifusión. Hay ataque destructor, pese a la simplicidad del acto administrativo,
10 cuando se limita o se imponen trabas desiguales, para obtener "stock" de papel o
11 parcialmente se permite obtenerlos en forma generosa con créditos oficiales. También
12 configura restricción el acto administrativo que emana de un modesto jerarca
13 administrativo que prohíbe o retiene la recepción a plaza del certificado aduanero sobre
14 máquinas de imprenta, repuestos o materias de información. Hay vulneración a la
15 libertad de imprenta cuando bajo la aprobación de un acto de investigación, ordenado
16 por superiores ocultos, el modesto estafetero de correo retiene periódicos. Todos estos
17 actos administrativos, cuando son aceptados sin impugnación, terminan
18 perfeccionándose con los monopolios de información oficial o por el manejo
19 discriminatorio de sus directorios que terminan en el servilismo interesado. El remate
20 final lo presenta luego la propiedad de periódicos que sin ser oficiales se adquieren con
21 los fondos que provienen de las arcas fiscales por medio de fáciles créditos. (Fiorini,
22 Bartolomé A. El Art. 32 de la Constitución. La prensa republicana. LA LEY 141, 221)

23 Analizando la expresión "**ninguna ley**" el juez Black dijo:
24 "*la frase 'el Congreso no dictará ninguna ley' está compuesta de palabras claras*
25 *fácilmente comprensibles. El lenguaje es absoluto... los constituyentes mismos*
26 *establecieron el equilibrio cuando escribieron que los tribunales no tenían el derecho*
27

1 *ni el poder que tomar una decisión diferente."* Hugo Black, *The Bill of Rights*, 35
2 N.Y.U. l. Rev. 865. (1960).

3 ***La desinversión y la expropiación regulatoria.***

4 El art. 161 establece la desinversión de ciertas empresas de comunicación. Al dividirse
5 las empresas, las partes podrían sufrir una reducción de su valor de mercado, si esto
6 fuera así se trataría de una limitación al derecho de propiedad asimilable a una
7 expropiación regulatoria. (*Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003
8 (1992))

9 ***La regulación a través del litigio.***

10 En la regulación a través del litigio es un juez quien crea una norma jurídica a través del
11 precedente establecido en su decisión. La norma jurídica que ha sido aprobada por el
12 legislador o la administración se transforma en un primer proyecto de la norma
13 definitiva, ya que esa reglamentación final será redactada definitivamente a través de
14 una decisión judicial cuando ésta analiza su constitucionalidad y razonabilidad. La
15 norma general hipotética es transformada por la decisión judicial para hacerla aplicable
16 a un caso concreto; y al hacerlo, deberá contrastarse con el resto del ordenamiento
17 jurídico y particularmente con la Constitución. Pero también debe asegurarse su
18 aplicación razonable. Por ese motivo puede decirse que una norma que no ha sido
19 analizada y aplicada judicialmente no es una norma completa: es una norma hipotética.
20 (SUNSTEIN, Cass R., "The cost-benefit state: the future of regulatory protection". *The*
21 *American Bar Association*. 2002. p. 55 y ss. MORRIS, Andrew P. - YANDLE, Bruce -
22 DORCHAK, Andrew, *Regulation by litigation*. Yale University Press 2008. p. 33)

23 PETITORIO.

24 Se tenga por presentado el memorial de Amicus Curiae en estos autos.

25 Provea V.E. de conformidad que

26 SERA JUSTICIA.

27

28

29