

THOMSON REUTERS

LA LEY



TRATADOS DE
DERECHOS HUMANOS
Y SU INFLUENCIA EN EL
DERECHO ARGENTINO

TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO ARGENTINO

CON PRÓLOGO DE CARLOS S. FAYT

TOMO II



SILVIA B. PALACIO DE CAEIRO

Directora

MARÍA VICTORIA CAEIRO PALACIO

Coordinadora



TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS - Obligaciones y Responsabilidades del Estado. Interpretación y Aplicación. Control de Convencionalidad. Cláusula Federal.

DERECHOS HUMANOS - Vida, Salud, Integridad Personal, Ambiental, Educación, Alimentación, Acceso a la Vivienda Digna, Igualdad, Mujer, Género, Niñez, Pueblos Originarios, Nacionalidad, Circulación y Residencia, Conciencia y Religión, Expresión y Prensa, Acceso a la Información Pública, Reunión y Asociación, Participación Política, Derecho del Trabajo, Empleo Público, Libertades Sindicales, Previsión Social, Tributario, Garantías y Protecciones Judiciales, Personalidad Jurídica, Nombre, Intimidad o Privacidad, Dignidad, Honra, Protección a la Familia, Propiedad.

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - DERECHOS HUMANOS - Personalísimos, Niñez, Matrimonio, Uniones Convivenciales, Divorcio, Propiedad Privada, Ambiental

THOMSON REUTERS

LA LEY

Palacio de Caeiro, Silvia B.

Tratados de derechos humanos y su influencia en el derecho argentino - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015.

v. 2, 960 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-2807-0

1. Derechos Humanos

CDD 323

1era. edición, 2015

© Silvia B. Palacio de Caeiro, 2015

© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2015

Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved

No part of this work may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying and recording or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada: 200 ejemplares

ISBN 978-987-03-2805-6 obra completa

ISBN 978-987-03-2807-0 v.2

SAP 41755448

ARGENTINA

ÍNDICE GENERAL

SECCIÓN TERCERA

IGUALDAD. MUJER. NIÑEZ. PUEBLOS ORIGINARIOS

INTRODUCCIÓN

1. Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos —SIDH—	962
Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969)	962
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”, 16 de noviembre de 1999) ..	963
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948)	963
2. Sistema Universal de Derechos Humanos —SUDH—	963
Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948)	963
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolos facultativos (16 de diciembre de 1966, 15 de diciembre de 1989).....	964
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16 de diciembre de 1966).....	964
3. Instrumentos internacionales y organismos específicos de control ..	964
3. A. Igualdad y no discriminación	964
3. B. Mujer	966
3. C. Niños, niñas y adolescentes	967
3. D. Pueblos originarios y comunidades indígenas.....	969
4. Sistema argentino	969
Constitución de la Nación Argentina (República Argentina, 1853 — con las reformas de 1860, 1957, 1994—)	969

CAPÍTULO XX

DERECHO A LA IGUALDAD EN LA CSJN ARGENTINA
Y CORTE IDH

POR PABLO HIRSCHMANN Y BETTINA MUGNAINI

I. Importancia de la Igualdad	971
II. La igualdad en la Constitución Nacional.....	972
III. El Derecho General a la Igualdad y sus corolarios en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	974
IV. La Interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Criterios Generales.....	976
V. Supuestos particulares	988
1. Género	988
a) Sistema Interamericano.....	988
b) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación posterior a la incorporación de la República Argentina al Sistema Interamericano de Derechos Humanos	992
b.1. Derecho a la identidad	992
b.2. Derecho de aprender.....	995
b.3. Derecho de trabajar	1000
b.4. Acceso a beneficios previsionales	1001
b.5. Derecho de asociación.....	1002
2. Origen Nacional	1006
a) Sistema Interamericano.....	1006
b) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación posterior a la incorporación de la República Argentina al Sistema Interamericano de Derechos Humanos	1008
b.1 Introducción	1008
b.2. Derecho de trabajar	1012
b.3. Acceso a beneficios previsionales	1014
3. Raza.....	1015
Sistema Interamericano de Derechos Humanos	1015
4. Pueblos indígenas.....	1016
a) El Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	1016
b) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación posterior a la incorporación de la República Argentina al Sistema Interamericano de Derechos Humanos	1018
5. Despidos discriminatorios	1024

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD EN LA CSJN ARGENTINA
Y CORTE IDH

POR MARÍA VICTORIA CAEIRO PALACIO Y MARIANGEL ARGANARAZ

1. Igualdad y no discriminación. Criterios de clasificación expresamente prohibidos	1033
2. Igualdad y derechos laborales	1034
3. Igualdad y no discriminación por sexo.....	1034
4. Igualdad y no discriminación por razón de discapacidad	1034
5. Igualdad y no discriminación por razón de origen racial o étnico, religión, o ideología.....	1035
6. Igualdad y no discriminación por razón de origen nacional. Extranjería.....	1035
6.1. Derecho a trabajar y acceso a los cargos públicos	1035
6.2. Acceso a la seguridad social	1035
6.3. Acceso a la ciudadanía	1035
7. Igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género	1036
8. Igualdad y no discriminación por razón de edad	1036
9. Jurisprudencia Corte IDH.....	1036
9.1. Opiniones consultivas.....	1036
9.2. Casos contenciosos	1036
9.3 Casos de los derechos de las personas afrodescendientes y contra la discriminación racial	1037

CAPÍTULO XXI

MUJER, GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS. RESOLUCIONES
JURISPRUDENCIALES DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNEROPOR MARÍA DE LOS ÁNGELES PALACIO DE ARATO,
CON LA COLABORACIÓN DE MARÍA VIRGINIA ARATO

I. Acerca de la construcción del género	1039
II. Violencia de género. Encuadramiento jurídico en las convenciones internacionales.....	1048
III. Importancia de la CEDAW y de Belém do Pará.....	1053

IV. Reglas de Brasilia	1057
V. Legislación argentina	1060
VI. Marco legal: leyes 26.485, 26.791, 26.813, 26.472	1062
Ley 26.485.....	1062
Ley 26.791.....	1072
Ley 26.813.....	1074
Ley 26.472.....	1074
Análisis de situación	1075
VII. Jurisprudencia internacional latinoamericana.....	1078
VIII. La Corte IDH y la violencia de Género	1079
IX. Funciones de la Corte IDH y los mecanismos internacionales de protección	1082
X. Críticas y cuestionamientos a los fallos de la Corte IDH.....	1086
(A) Violencia institucional.....	1089
Penal Miguel Castro v. Perú	1090
Caso Fernández Ortega y Otros v. México	1097
Caso Gelman v. Uruguay	1099
Kawas Fernández v. Honduras	1103
Caso “Lori Berenson Mejía v. Perú”	1105
Maritza Urrutia v. Guatemala	1108
Masacre de las Dos Erres v. Guatemala.....	1111
Apitz Barbera y otros v. Venezuela.....	1113
(B) Violencia de doméstica (femicidio).....	1116
María Da Penha Fernades v. Brasil.....	1120
Campo Algodonero	1121
Rosendo Cantú y otra v. México.....	1126
(C) Discriminación.....	1129
Atala Riffo y Niñas v. Chile	1131
Sentencia interpretativa	1141
Importancia de Atala.....	1142
Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay	1144
(D) Derechos reproductivos	1148
Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) v. Costa Rica.....	1149
XI. Resoluciones judiciales en el país	1157
XII. El deber estatal de juzgar y la suspensión de juicio a prueba en los delitos de género	1157
XIII. La violencia doméstica como ofensa a la dignidad humana	1159

XIV. La responsabilidad estatal frente al incumplimiento de tratados internacionales	1160
XV. Principio de igualdad y el derecho de la mujer a la no discriminación.....	1163
XVI. Protección contra el despido arbitrario durante el embarazo.....	1167
XVII. Trata de personas con fines de explotación sexual.....	1168
XVIII. Conclusión	1171

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CSJN ARGENTINA Y CORTE IDH

POR MARÍA VIRGINIA ARATO

1. Derecho a la igualdad de oportunidades y no discriminación en razón del género	1173
2. Improcedencia de la Suspensión del Juicio Penal a Prueba en casos de violencia contra la mujer	1173
3. Derecho a la legítima defensa	1173
4. Derecho a la Igualdad	1174
5. Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	1174

CAPÍTULO XXII

DERECHOS DE LA NIÑEZ Y DERECHOS HUMANOS

POR SEBASTIÁN MONJO Y MARIANGEL ARGANAÑARAZ

1. Introducción	1176
2. Punto de partida y metodología de trabajo: el art. 19 de la CADH.....	1178
3. El interés superior del niño.....	1180
3.1. El interés superior del niño en la CIDH.....	1184
3.2. Interés superior del niño en la CSJN.....	1186
3.3. El interés superior del niño como principio rector.....	1190
4. Derecho a las medidas de protección de los niños, niñas y adolescentes	1190
4.1 Protección de la familia y de los NNA.....	1190

4.1.1. Derechos del niño a la protección de la familia en la jurisprudencia de la CIDH	1190
4.1.1.a. Filiación biológica y adoptiva. Caso “Forneron e hija v. Argentina”	1194
4.1.1.b. Protección de las familias, homosexualidad, monoparentalidad e interés superior de los NNA. Casos “Atala Riffo y Niñas v. Chile y “Forneron e hija v. Argentina”	1200
4.1.2. Derechos del niño vinculados a las relaciones familiares en la jurisprudencia de la CSJN	1202
4.1.2.a. Acciones de filiación	1202
4.1.2.b. Tenencia y Patria potestad	1204
4.1.2.c. Adopción	1208
4.1.2.c.1. Interés superior del niño	1208
4.1.2.c.2. Filiación biológica, filiación adoptiva, el triángulo adoptivo-afectivo y el interés superior del niño	1210
4.1.2.c.3. Adopción simple y plena y Adopción del hijo del cónyuge	1216
4.1.2.c.4. Entregas directas	1218
4.1.2.d. Centro de vida	1224
4.1.2.e. Alimentos	1225
4.1.2.f. Embarazo inviable y derechos de la madre a la protección de su salud, psicológica y física	1227
5. Medidas de protección especial en los casos de Restitución internacional de NNA	1228
5. 1. Restitución de menores en la jurisprudencia de la CSJN	1228
6. Medidas de protección especial para los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, derecho a la salud y a la integridad de los NNA ...	1235
6.1. La protección de los NNA con discapacidad en la jurisprudencia de la CIDH. El Caso “Furlan y Familiares v. Argentina”	1235
6.2. Derecho a la salud y a la integridad en la jurisprudencia de la CIDH	1239
6.3. La protección de los NNA con discapacidad y derecho a la salud en la jurisprudencia de la CSJN	1241
6.3.1. Protección del niño con discapacidad y del derecho a la salud del niño en los supuestos de Restitución de menores en la jurisprudencia de la CSJN	1241
6.3.2. Obras sociales	1245
6.3.3. El derecho a la salud del niño enfrentado con los derechos a la intimidad e integridad de los padres	1247

6.3.4. Derecho a la salud del niño enfrentado con el derecho a la privacidad familiar	1248
7. Medidas de protección especial para los niños, niñas y adolescentes pertencientes a pueblos originarios.....	1250
7.1. Medidas de protección especiales de NNA indígenas en relación con el derecho a la vida	1252
7.2. Derecho a la protección de la familia y a la vida cultural de los niños indígenas frente a los desplazamientos internos. Caso “Chitay Nech y otros v. Guatemala”	1262
7.3. Derecho a la integridad y a la libertad de los niños indígenas en supuestos de desplazamientos forzados	1265
8. Medidas de protección especial para los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal	1266
8.2. Prohibición de penas perpetuas privativas de la libertad. Caso “Mendoza y otros v. Argentina” y otros	1279
8.3. La situación de las penas perpetuas privativas de la libertad en la jurisprudencia de la CSJN. Caso “Maldonado”	1282
9. Medidas de protección de NNA frente a delitos de lesa humanidad, conflictos armados y violaciones a los derechos políticos.....	1291
9.1. Derechos del niño, competencia de la CIDH y delitos de lesa humanidad, conflictos armados y violaciones a los derechos po- líticos: Los derechos del niño como puerta hacia la CADH.....	1295
9.2. Derechos de los NNA en los supuestos de desaparición forzada.	1299
9.3. Derechos de los NNA desplazados en el marco de conflictos in- ternos	1307
9.4. Las pruebas como límites para el estudio de los derechos del Niño. Caso “Castillo González y otros v. Venezuela”	1310
9.5. Derecho de los niños a no ser incorporados en las fuerzas ar- madas y su incorporación en las fuerzas armadas. Caso “Vargas Areco v. Paraguay”	1312
10. Medidas de protección vinculadas con las garantías judiciales y con la administración de justicia	1313
10.1. Obligación de proteger el interés superior del niño y el acceso a la justicia de los miembros de las comunidades indígenas.....	1314
10.2. La obligación de investigar en casos de desaparición forzada de niños y niñas y el derecho a la verdad.....	1315
10.3. El derecho a ser oído	1316
10.4. Derecho al plazo razonable de los procesos judiciales	1320
10.5. Participación del Asesor de Menores.....	1322
10.6. Lineamientos procesales de la CSJN en punto a los derechos de los NNA.....	1323

11. Medidas de protección de los NNA en relación con otros derechos personalísimos de los niños, niñas y adolescentes	1326
11.1. Medidas de protección de los NNA en relación con Derecho a la vida en la jurisprudencia de la CIDH	1326
11.1.1. Sobre el comienzo del derecho a la vida, la concepción, la utilización de embriones en técnicas de reproducción humana asistida y fecundación <i>in vitro</i> . Caso “Artavia Murillo y otros (Fecundación <i>in vitro</i>) v. Costa Rica”	1327
11.2. Derecho a la identidad	1330
11.3. Derecho a la libertad	1332
11.4. Derecho a la nacionalidad	1332
11.5. Derecho al nombre	1334
11.6. Medidas de protección especial de las niñas en relación con el la violencia de género, el derecho a la igualdad y no discriminación	1335
11.7. Derecho del niño a la intimidad frente al derecho a la libertad de prensa	1340
12. Medidas de protección de los derechos sociales, culturales y económicos de los niños, niñas y adolescentes	1344
12.1. Medidas de protección especial para los niños, niñas y adolescentes en riesgo en la jurisprudencia de la CIDH: Casos “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala”, y “Servellón García y otros v. Honduras”	1344
12.2. Derechos a la educación en la jurisprudencia de la CIDH	1346
12.3. Protección del derecho a la vivienda y de otros derechos sociales de los niños en la jurisprudencia de la CSJN	1346
13. Conclusiones	1351

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

DERECHOS HUMANOS DE LA NIÑEZ EN LA CSJN ARGENTINA Y EN LA CORTE IDH

POR LUCÍA LAFERRIÈRE

1. Interés superior del niño en la CSJN	1357
2. Protección de la familia y de los NNA	1358
2.a. Responsabilidad parental. Patria potestad. Tenencia	1358
2.b. Acciones de filiación	1359
2.c. Adopción	1359
2.c.1. Interés superior del niño en la adopción	1359

2.c.2. Competencia en la adopción	1359
2.c.3. Filiación biológica, filiación adoptiva y el interés superior del niño.....	1359
2.c.4. Entregas directas	1360
2.d. Centro de vida.....	1360
2.e. Alimentos	1360
3. Restitución internacional de NNA	1360
4. Medidas de protección especial para los niños, niñas y adolescentes en relación con el derecho a la salud.....	1361
4.a. La protección de los NNA con discapacidad y derecho a la salud	1361
4.b. Obras sociales	1362
4.c. El derecho a la salud del niño enfrentado con los derechos a la intimidad e integridad de los padres	1362
5. Medidas de protección especial para los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal	1362
5.a. Condiciones de detención de NNA.....	1363
5.b. La situación de las penas perpetuas privativas de la libertad para NNA. Caso “Maldonado”	1363
6. Medidas de protección de NNA víctimas de delitos.....	1363
6.a. Derechos del niño ante casos de corrupción de menores, pornografía infantil y otros delitos sexuales	1363
6.b. Derechos de los NNA en los supuestos de sustracción de menores.....	1363
6.c. Derechos de los NNA en los supuestos de desaparición forzada.	1364
6.d. Derechos de los NNA durante conflictos armados	1364
7. Medidas de protección vinculadas con las garantías judiciales y con la administración de justicia	1364
7.a. Intervención en el proceso	1364
7.b. Actividad probatoria	1365
7.c. El derecho a ser oído	1365
7.d. Derecho al plazo razonable de los procesos judiciales	1365
7.e. Participación del Asesor de Menores.....	1365
7.f. Cuestiones de competencia.....	1365
8. Medidas de protección de los NNA en relación con otros derechos personalísimos	1366
8.a. Derecho a la identidad	1366
8.b. Derecho del niño a la intimidad frente al derecho a la libertad de prensa	1366
8.c. Derecho a la imagen.....	1366

8.d. Derecho a la intimidad	1367
9. Medidas de protección de los derechos sociales, culturales y económicos de los NNA	1367
9.a. Derecho a la vivienda digna.....	1367
9.b. Derechos a la educación en la jurisprudencia de la CSJN	1367
10. Sentencias de la Corte IDH.....	1367

CAPÍTULO XXIII

LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

POR PAULINA R. CHIACCHIERA CASTRO

I. Introducción	1371
II. Los Pueblos Indígenas argentinos ante la Corte Suprema de Justicia de La Nación	1373
II.1. Derecho a la posesión y a la propiedad comunitaria sobre sus tierras ancestrales	1374
II.2. Derecho a la vida.....	1377
II.3. Derecho de participación y consulta	1379
II.4. Derecho a la personalidad jurídica	1385
III. Los derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales y de sus miembros en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	1386
III.1. Derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras ancestrales.....	1391
III.2. Derecho a la vida	1403
III.3. Derecho de participación y consulta	1406
III.4. Derecho a la identidad cultural.....	1408
III.5. Derecho a la personalidad jurídica.....	1409
III.6. Derecho a la igualdad y a la no discriminación	1411
III.7. Derechos políticos.....	1412
III.8. Garantías y protección judiciales	1414
III.9. Otros derechos.....	1416
V. Palabras finales	1419

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS EN LA
JURISPRUDENCIA DE LA CSJN ARGENTINA Y CORTE IDH

POR MARÍA VICTORIA CAEIRO PALACIO

1. Derechos de la comunidad indígena.....	1421
2. Derecho a la propiedad comunitaria.....	1421
3. Acceso a la justicia.....	1422
4. Competencia originaria.....	1422
5. Amparo ambiental.....	1422
6. Cuestiones procesales.....	1422
7. Jurisprudencia de la Corte IDH.....	1423

SECCIÓN CUARTA

NACIONALIDAD. CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA.
 CONCIENCIA Y RELIGIÓN. PENSAMIENTO Y EXPRESIÓN.
 ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.
 REUNIÓN Y DE ASOCIACIÓN. PARTICIPACIÓN POLÍTICA

INTRODUCCIÓN

1. Sistema Interamericano de Derechos Humanos —SIDH—.....	1428
Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969).....	1428
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948).....	1429
<i>Derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión</i> <i>Artículo IV:</i>	1429
2. Sistema Universal de Derechos Humanos —SUDH—.....	1429
Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948).....	1429
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966) y Protocolos facultativos (16 de diciembre de 1966, 15 de diciembre de 1989).....	1430
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16 de diciembre de 1966) y Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (10 de diciembre de 2008).....	1430

Convención sobre los Derechos del Niño—CDÑ—	1430
Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —CEDAW—	1431
Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación racial.....	1431
Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	1431
3. Instrumentos internacionales e interamericanos y organismos específicos de control	1431
3.A. Nacionalidad, extranjeros y migrantes.....	1431
3.B. Libertad de culto y religión.....	1432
3.C. Libertad de expresión y acceso a la información pública.....	1433
3.D. Derecho a la participación política y derechos políticos.....	1433
Convención sobre los derechos políticos de la mujer (1952)	1433
4. Sistema argentino	1434
Constitución de la Nación Argentina (República Argentina, 1853 —con las reformas de 1860, 1957, 1994—)	1434

CAPÍTULO XXIV

DERECHO A LA NACIONALIDAD Y DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS

POR MAXIMILIANO RAFAEL CALDERÓN

I. Referencias metodológicas	1435
II. Las normas involucradas	1436
1. Constitución Nacional y leyes reglamentarias	1436
2. Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	1437
3. Otros instrumentos de derechos humanos	1438
III. La jurisprudencia de la CSJN.....	1439
1. Sobre nacionalidad en general	1439
2. Sobre disparidad de trato y discriminación vinculadas a la nacionalidad.....	1445
IV. La jurisprudencia de la CIDH.....	1456
1. Casuística.....	1456
2. Análisis sistemático de la jurisprudencia de la CIDH.....	1462
V. Reflexiones finales	1472

CAPÍTULO XXV

DERECHO DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA (ART. 22 CADH)

POR CHRISTIAN G. SOMMER

.....	1475
-------	------

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

DERECHOS DE NACIONALIDAD, CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA
EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CSJN ARGENTINA
Y CORTE IDH

POR MARÍA VICTORIA CAEIRO PALACIO

1. Derecho a la nacionalidad y ciudadanía	1511
2. Extranjeros	1511
2.1. Derecho de los extranjeros a ingresar y permanecer. Ciudadanía	1511
2.2. Detención de personas	1512
2.3. Extranjeros y el principio de no discriminación	1512
2.4. Extranjeros y derechos de la seguridad social.....	1512
2.5. Expulsión de extranjeros.....	1512
3. Derechos de circulación y residencia (entrar, permanecer, transitar y salir)	1512
4. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ...	1512
4.1. Opiniones consultivas.....	1513

CAPÍTULO XXVI

LIBERTAD DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN EN LOS FALLOS
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

POR ALBERTO F. ZARZA

I. Libertad de conciencia, religión y culto en la Constitución Nacional	1515
II. Libertad de conciencia y religión en la Convención Americana sobre Derechos Humanos	1518
III. La libertad de conciencia y religión en los fallos de la CSJN.....	1520
IV. El valor de los precedentes supranacionales.....	1523

V. Los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	1526
Caso: “La Última tentación de Cristo” o Caso Olmedo Bustos y otros v. Chile	1527
Hechos acreditados según sentencia.....	1527
Alegatos de la Comisión.....	1528
Alegatos del Estado.....	1530
Consideraciones de la Corte	1530
Comentario al Fallo	1532
Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua... ..	1533
Hechos acreditados según sentencia.....	1533
Alegatos de la Comisión.....	1541
Consideraciones de la Corte	1541
Comentario al fallo	1544
Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala	1544
Hechos establecidos según sentencia.....	1544
En relación con el contexto histórico.....	1545
En relación con la aldea Plan de Sánchez.....	1546
En relación con la Masacre Plan de Sánchez.....	1547
En relación con hechos posteriores a la Masacre Plan de Sán- chez.....	1549
Reconocimiento del Estado de Guatemala	1551
Resolución de la Corte	1551
Comentario al fallo	1552
Caso de las Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana	1552
Hechos considerados por la Corte	1552
Consideraciones de la Corte	1553
Comentario al fallo	1554
Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú.....	1554
Hechos considerados por la Corte	1554
Sucesos posteriores al 9 de mayo de 1992	1560
Alegatos de la Comisión.....	1565
Alegatos de la interviniente común.....	1565
Alegatos del Estado.....	1565
Consideraciones de la Corte	1565
Comentario al Fallo	1567
Caso Chitay Nech y Otros v. Guatemala	1567
Hechos considerados por la Corte	1567
A. Contexto del caso	1569

B. Hechos relativos a la detención y posterior desaparición de Florencio Chitay Nech.....	1570
Detención y posterior desaparición de Florencio Chitay Nech.....	1571
Comentario al fallo	1574
Caso Masacres de Río Negro v. Guatemala	1575
Hechos considerados por la Corte	1575
A) Contexto general.....	1576
B) Antecedentes de las masacres de la comunidad de Río Negro .	1580
C) Masacre de 4 de marzo de 1980 en la capilla de la comunidad de Río Negro y ejecuciones extrajudiciales del 8 de julio de 1980.....	1581
D) Masacre de 13 de febrero de 1982 en la Aldea de Xococ	1582
E) Masacre de 13 de marzo de 1982 en el Cerro de Pacoxom	1583
F) Masacre de 14 de mayo de 1982 en “Los Encuentros”	1585
G) Masacre de 14 de septiembre de 1982 en “Agua Fría”	1585
H) La vida en las montañas y el reasentamiento de los miembros de la Comunidad de Río Negro en la colonia Pacux.....	1586
I) Investigación, proceso y sanción de los responsables de las masacres.....	1588
a. Masacres cometidas en la capilla de Río Negro y Los Encuentros.....	1588
b. Masacre cometida en Xococ	1588
c. Masacres de Río Negro (Pacoxom) y Agua Fría.....	1589
c.1. Diligencias principales.....	1589
Violación del derecho a la integridad personal, en relación con la libertad de conciencia y religión, y el derecho a la cultura de los sobrevivientes de las masacres de Río Negro	1593
C.1. Alegatos de las partes y de la Comisión Interamericana	1593
C.2. Consideraciones de la Corte	1593
Comentario al fallo	1599
VI. Conclusiones	1599

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

LIBERTAD DE CONCIENCIA Y RELIGIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CSJN ARGENTINA Y CORTE IDH

POR MARÍA VICTORIA CAEIRO PALACIO

1. Libertad de religión, culto y objeción de conciencia.....	1601
--	------

2. Libertad de culto y derecho a la salud	1601
3. Libertad de culto y derecho de réplica.....	1602
4. Jurisprudencia Corte IDH.....	1602

CAPÍTULO XXVII

DERECHOS HUMANOS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y DERECHO DE RÉPLICA

POR SILVIA B. PALACIO DE CAEIRO

I. Libertad de expresión y sistema democrático.....	1603
II. Marco normativo constitucional e internacional	1607
III. Dimensiones individual y social	1613
IV. Derechos y obligaciones de periodistas y medios de comunicación.	1616
V. Derecho a la honra, reputación e intimidad	1620
VI. Funcionarios y personas públicas. Protección atenuada.....	1626
VI.1. La doctrina de la “real malicia” en Argentina.....	1630
VI.2. Funcionarios públicos y derecho de expresión.....	1636
VII. Libertad de expresión e Internet	1638
VIII. Restricciones a la libertad de expresión	1652
IX. Prohibición de la censura previa y otros medios directos de supresión radical.....	1654
X. Medios indirectos de supresión	1657
XI. Restricciones penales.....	1661
XII. Restricciones y sanciones civiles.....	1669
XIII. Derecho al acceso a la información pública	1673
XIII.1. Acceso a la información y publicidad de los procesos y sentencias judiciales.....	1680
XIII.2. Restricciones al acceso a la información pública.....	1681
XIV. Derecho rectificación, respuesta o réplica	1683

CAPÍTULO XXVIII

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO DE PROPIEDAD
EN EL CASO GRUPO CLARÍN

POR ALBERTO B. BIANCHI Y ESTELA B. SACRISTÁN

1. Planteo.....	1691
2. El caso y su contexto.....	1692
a. El conflicto con el Grupo Clarín y la LSCA.....	1692
b. Las bases principales de la LSCA.....	1694
c. Los artículos de la LSCA impugnados por la actora.....	1697
3. El fallo y su contenido.....	1698
a. La distribución de los votos.....	1698
b. La <i>ratio decidendi</i> de la mayoría.....	1699
c. La estructura argumental y los <i>tests</i> constitucionales empleados...	1700
4. El test del art. 45 LSCA por vía del control de razonabilidad.....	1700
a. Todo parece ser una cuestión de fines y medios.....	1700
b. La posición de la minoría.....	1703
i. La opinión del juez Fayt.....	1703
ii. La opinión de los jueces Maqueda y Argibay en el contexto de su posición en relación con el art. 48 LSCA.....	1704
5. El control (poco intenso) de constitucionalidad de los arts. 41, 48 y 161 LSCA.....	1706
a. Los justificativos del control “poco intenso”.....	1706
b. El análisis del art. 41 LSCA.....	1707
i. El carácter <i>intuitu personae</i> de las licencias justifica su intransferibilidad.....	1707
ii. La opinión disidente del juez Fayt.....	1708
c. El análisis del art. 48, segundo párrafo LSCA.....	1709
i. La versión patrimonialista de la mayoría.....	1709
ii. El respeto al fundamento constitucional de los derechos adquiridos del juez Maqueda.....	1710
iii. La opinión del juez Fayt.....	1712
iv. La opinión de la jueza Argibay. Remisión.....	1712
d. El análisis del art. 161 LSCA.....	1713
ii. La opinión de la mayoría.....	1713
ii. El voto de la jueza Argibay.....	1713
6. Nuestra opinión.....	1715
a. Un abordaje cuestionable.....	1715

b. El control en abstracto es insuficiente	1716
c. El debilitado control de constitucionalidad	1720
ii. Los fundamentos de la crítica.....	1720
ii. La reducción de los derechos del grupo Clarín a lo puramente patrimonial.....	1720
iii. El peligro de las categorías rígidas de derechos.....	1722
d. La desprotección de los derechos adquiridos en una visión puramente patrimonial de los mismos. El remanido recurso al “interés público”	1725
7. Conclusiones	1735

CAPÍTULO XXIX

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

POR EMILIO A. IBARLUCÍA

I. Introducción	1737
II. La jurisprudencia de la CSJN.....	1741
III. Los fallos de la CIDH.....	1746
IV. Conclusión y algunas reflexiones.....	1751

CAPÍTULO XXX

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

POR ALFONSO BUTELER

I. Introducción	1757
II. Aproximación conceptual.....	1757
III. Evolución.....	1759
a) El modelo de confidencialidad y secreto	1759
b) El reconocimiento del derecho de acceso a la información pública.....	1760
c) La información pública positiva	1762
IV. Plataforma constitucional.....	1762
V. La regulación en el plano supranacional.....	1763
1. El contenido de los tratados internacionales	1763

2. La Declaración de principios sobre libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	1765
3. El criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	1766
1. La Opinión Consultiva 5/85	1767
2. Caso “La Última Tentación de Cristo”	1769
3. Caso “Ivcher Bronstein v. Perú”	1770
4. Caso “Maritza Urrutia v. Guatemala”	1771
5. Caso “Herrera Ulloa v. Costa Rica”	1771
6. Caso “Ricardo Canese v. Paraguay”	1772
7. Caso “Palamara Iribarne v. Chile”	1774
8. Caso “Claude Reyes y otros v. Chile”	1775
9. Caso “Albán Cornejo y otros. v. Ecuador”	1776
10. Caso “Kimel v. Argentina”	1777
11. Caso “Ríos y otros v. Venezuela”	1778
12. Caso “Cepeda Vargas Manuel v. Colombia”	1778
13. Caso “Gelman v. Uruguay”	1779
14. Caso “Contreras y otros v. El Salvador”	1780
15. Caso “Fontevecchia y D’Amico v. Argentina”	1781
16. Caso “Mémoli v. Argentina”	1782
VI. La jurisprudencia de la Corte Suprema	1783
VII. Objeto de acceso.....	1788
VIII. Principios aplicables	1790
A) Principios generales	1790
B) Principios específicos.....	1794
IX. Titularidad del derecho informativo.....	1799
X. Legitimación	1799
1. Activa	1799
2. Pasiva	1800
XI. Limitaciones	1802
1. Aspectos generales	1802
2. La carga de la prueba.....	1804
3. Causales.....	1804
XII. Mecanismos de protección.....	1806
XIII. La información pública positiva.....	1810

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA
DE LA CSJN ARGENTINA Y CORTE IDH

POR MARÍA VIRGINIA CÁCERES DE IRIGOYEN

1. Libertad de expresión e interés público	1819
2. Derecho a la libertad de expresión y derecho al honor	1819
3. Derecho a la libertad de expresión y derecho de propiedad	1821
4. Derecho a la libertad de prensa y publicidad oficial	1821
5. Libertad de expresión e intimidad	1821
6. Derecho a la libertad de expresión y censura previa	1822
7. Libertad de expresión y limitaciones especiales.....	1822
8. Libertad de expresión y delitos cometidos por la prensa.....	1822
9. Libertad de expresión y derecho a replica.....	1822
10. Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos	1823
10. 1. Casos contenciosos.....	1823
10. 2. Opiniones consultivas	1824

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CSJN ARGENTINA Y CORTE IDH

POR MARÍA VICTORIA CAEIRO PALACIO

1. Derecho a la información	1825
2. Acceso a la información pública	1826
3. Jurisprudencia de la Corte IDH. Opiniones consultivas	1826
3. 1. Casos contradictorios	1826
3. 2. Opiniones consultivas	1827

CAPÍTULO XXXI

DERECHOS HUMANOS DE REUNIÓN Y LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

POR SILVIA B. PALACIO DE CAEIRO

I. Introducción	1829
-----------------------	------

II. Marco normativo	1831
III. Obligaciones y deberes del Estado.....	1834
IV. Restricciones.....	1836
V. Dimensiones individual y social	1837
VI. Libertad de asociación en defensa de derechos humanos	1838
VI.1. Libertad de asociación en materia ambiental.....	1839
VI.2. Libertad de asociación y derechos políticos.....	1842
VI.3. Libertad de asociación y derechos de la niñez.....	1845
VI.4. Libertad de asociación y libertad de expresión.....	1845
VI.5. Libertad de asociación sindical	1847

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

DERECHO DE REUNIÓN Y LIBERTAD DE ASOCIACIÓN EN LA CSJN ARGENTINA Y CORTE IDH

POR MARÍA VICTORIA CAEIRO PALACIO

1. Derecho de asociación y reunión.....	1853
2. Legitimación activa y derechos de incidencia colectiva	1853
3. Restricciones.....	1854
4. Jurisprudencia de la Corte IDH.....	1854

CAPÍTULO XXXII

PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y DERECHOS HUMANOS EN LA ARGENTINA: LOGROS Y OBSTÁCULOS

POR PABLO L. MANILI

I. Introducción	1857
II. Panorama de la normativa constitucional	1859
III. La normativa internacional	1861
IV. Los obstáculos: las cuestiones políticas no justiciables	1864
V. Posible habilitación de la jurisdicción internacional	1871

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA Y DERECHOS POLÍTICOS
EN LA CSJN ARGENTINA Y CORTE IDH

POR MARÍA VICTORIA CAEIRO PALACIO Y MARIANGEL ARGANARAZ

1. Derechos políticos y derechos electorales.....	1879
1. 2. Candidatos. Reelección.....	1879
1. 3. Candidaturas. Requisitos. No discriminación.....	1880
1. 4. Sufragio. Derechos al voto.....	1880
1. 5. Validez de títulos de autoridades electas	1880
1. 6. Partidos políticos. Condiciones para su reconocimiento.....	1880
2. Jurisprudencia de la Corte IDH.....	1880

CAPÍTULO XXVIII

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL CASO GRUPO CLARÍN

Por Alberto B. Bianchi y Estela B. Sacristán

SUMARIO: 1. Planteo. 2. El caso y su contexto. a. El conflicto con el Grupo Clarín y la LSCA. b. Las bases principales de la LSCA. c. Los artículos de la LSCA impugnados por la actora. 3. El fallo y su contenido. a. La distribución de los votos. b. La *ratio decidendi* de la mayoría. c. La estructura argumental y los tests constitucionales empleados. 4. El test del art. 45 LSCA por vía del control de razonabilidad. a. Todo parece ser una cuestión de fines y medios. b. La posición de la minoría. i. La opinión del juez Fayt. ii. La opinión de los jueces Maqueda y Argibay en el contexto de su posición en relación con el art. 48 LSCA. 5. El control (poco intenso) de constitucionalidad de los arts. 41, 48 y 161 LSCA. a. Los justificativos del control “no intenso”. b. El análisis del art. 41 LSCA. i. El carácter *intuitu personae* de las licencias justifica su intransferibilidad. ii. La opinión disidente del juez Fayt. c. El análisis del art. 48, segundo párrafo LSCA. i. La versión patrimonialista de la mayoría. ii. El respeto al fundamento constitucional de los derechos adquiridos del juez Maqueda. iii. La opinión del juez Fayt. iv. La opinión de la jueza Argibay. Remisión. d. El análisis del art. 161 LSCA. i. La opinión de la mayoría. ii. El voto de la jueza Argibay. 6. Nuestra opinión. a. Un abordaje cuestionable. b. El control en abstracto es insuficiente. c. El debilitado control de constitucionalidad. i. Los fundamentos de la crítica. ii. La reducción de los derechos del grupo Clarín a lo puramente patrimonial. iii. El peligro de las categorías rígidas de derechos. d. La desprotección de los derechos adquiridos en una visión puramente patrimonial de los mismos. El remanido recurso al “interés público”. 7. Conclusiones.

I. PLANTEO

La contienda legal entre el Estado Nacional y el denominado “Grupo Clarín”⁽¹⁾, ha tenido un hito importante con el fallo dictado

(1) Grupo Clarín SA, Arte Radiotelevisivo Argentino SA, Cablevisión SA, Multicanal SA, Radio Mitre SA y Teledigital Cable SA.

por la Corte Suprema el 29 de octubre de 2013⁽²⁾. Es probable que la disputa continúe en sede administrativa y judicial —el propio fallo admite esta posibilidad⁽³⁾—. Empero, desde el punto de vista de la constitucionalidad de los artículos de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (en adelante, LSCA)⁽⁴⁾ impugnados por la actora, la cuestión tiene una decisión final. Así, con este fallo, finaliza una batalla judicial, extendida a lo largo de más de tres años, que comenzó a poco de sancionada la LSCA⁽⁵⁾.

De las muchas cuestiones constitucionales que aborda el fallo tres de ellas han captado nuestra atención y es inevitable señalar, desde el inicio, que el resultado no nos resulta satisfactorio. Ellas son: (a) el control de razonabilidad ejercido en abstracto; (b) el control de constitucionalidad ejercido en forma limitada; y (c) la sustitución absoluta del agravio a los derechos adquiridos por una compensación en dinero.

Las páginas que siguen estarán dedicadas a analizar estas tres cuestiones para arribar a las conclusiones pertinentes.

2. EL CASO Y SU CONTEXTO

a. El conflicto con el Grupo Clarín y la LSCA

En la historia argentina han tenido lugar dos batallas de proporciones épicas entre el Estado y los medios de comunicación. La primera tuvo lugar con el diario “La Prensa” a finales de la primera presidencia de Juan Domingo Perón y concluyó con la expropiación de dicho diario en abril de 1951⁽⁶⁾. La segunda es la que se ha

(2) Grupo Clarín SA y otros v. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ Acción Meramente Declarativa, G. 439. XLIX, G. 445. XLIX y G. 451. XLIX; 29/10/2013.

(3) Véanse los considerandos 58º y 59º del voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, donde se admite que el Grupo Clarín podría plantear una acción de daños y perjuicios.

(4) Ley Nº 26.522; BO 10/10/2009.

(5) Todos los documentos del juicio, incluidos los videos de las audiencias públicas ante la Corte Suprema, pueden verse en <http://www.todoeljuiciodeclarin.com/>

(6) A tal fin se dictó la Ley Nº 14.021. Una breve reseña de este proceso puede verse en un trabajo reciente de Silvia Mercado publicado en Infobae. <http://opinion.infobae.com/silvia-mercado/>

librado desde 2009 con el Grupo Clarín. Tan fuerte y prolongada ha sido esta lucha que hasta se han escrito libros sobre ella⁽⁷⁾.

Inicialmente, la relación del gobierno de Néstor Kirchner con el Grupo Clarín fue buena, al punto que en diciembre de 2007 el órgano administrativo competente aprobó la fusión ente Cablevisión y Multicanal, dos empresas del Grupo⁽⁸⁾. Poco tiempo después, sin embargo, se desató la crisis con el sector agropecuario a raíz de la Resolución N° 125/2008 del Ministerio de Economía⁽⁹⁾ y la cobertura periodística de la misma fue vista como una señal de alarma para el gobierno, el cual, a partir de allí, desató una lucha campal contra Clarín y el resto de los medios⁽¹⁰⁾.

Legislativamente, esta batalla se corporizó en la LSCA. Presentada oficialmente en sociedad como una ley destinada a combatir las prácticas periodísticas favorecidas por la Ley de Radiodifusión N° 22.285 —dictada en 1980⁽¹¹⁾, es decir, durante un gobierno *de facto*— su remisión al Congreso dio ocasión a la Presidenta de la Nación para decir que “*libertad de expresión no debe confundirse con libertad de extorsión y la libertad de prensa no puede ser confundida con la libertad de los propietarios de la prensa*”⁽¹²⁾. Aludía claramente al art. 41, sobre transferencia de licencias, al art. 45, sobre limitación de la cantidad de licencias que puede tener un solo ti-

(7) Mochkofsky, Graciela: Pecado Original. Clarín, los Kirchner y la lucha por el poder, Planeta, Buenos Aires, 2011; Zunino, Edi, Patria o medios: La loca guerra de los Kirchner por el control de la realidad, Sudamericana, Buenos Aires, 2009, 350 ps.; Sirvén, Pablo, Perón y los medios de comunicación: La conflictiva relación de los gobiernos justicialistas con la prensa 1943-2011, Sudamericana, Buenos Aires, 2012, 162 ps.; Sivak, Martín Ernesto, Espejo de la Argentina. Clarín. Una historia, 2da. ed., Planeta, Buenos Aires, junio 2013, 448 ps.; Rodríguez Simón, Fabián, Clarín y la ley de medios, Planeta, Buenos Aires, noviembre 2013, 392 ps.; entre otros.

(8) Resolución N° 257/2007 de la Secretaría de Comercio Interior. Curiosamente, la Resolución fue suscripta por Guillermo Moreno, que luego firmaría su revocación en 2009. Ver al respecto la descripción de esta operación en el considerando 51° del voto del juez Maqueda.

(9) BO 12/3/2008. Fue reformada parcialmente por la Resolución M.E. 141/ 2008 (BO 17/3/2008).

(10) La crisis del campo está relatada con detalle por Alberto Fernández, por entonces Jefe de Gabinete, en su libro *Políticamente incorrecto. Razones y pasiones de Néstor Kirchner*, Ediciones B, Buenos Aires, Noviembre de 2011, ps. 193-221.

(11) BO 19/9/1980.

(12) Palabras pronunciadas en el acto de envío del proyecto de Ley al Congreso, llevado a cabo el jueves 27 de agosto de 2009 en el Salón de las Mujeres de la Casa de Gobierno.

tular, y al art. 161, que impuso un plazo de un año para readecuar las licencias al nuevo régimen legal, disposiciones éstas que luego motivaron la acción declarativa de inconstitucionalidad que ha concluido con el fallo objeto de este comentario.

b. Las bases principales de la LSCA

En lo que a este caso interesa, del extenso articulado de la LSCA⁽¹³⁾, surgen dos líneas directrices: por un lado, se repite el concepto —ya existente en la Ley de Radiodifusión N° 22.285— de que la llamada “comunicación audiovisual” (antes radiodifusión) es un “servicio de interés público” y, por el otro, se establece una típica regulación *antitrust* de tipo sectorial.

En virtud de lo primero, el art. 2° define a la comunicación audiovisual como “*una actividad de interés público, de carácter fundamental para el desarrollo sociocultural de la población por el que se exterioriza el derecho humano inalienable de expresar, recibir, difundir e investigar informaciones, ideas y opiniones*”. Agrega este mismo artículo que se trata de “*una actividad social de interés público, en la que el Estado debe salvaguardar el derecho a la información, a la participación, preservación y desarrollo del Estado de Derecho, así como los valores de la libertad de expresión*”. Para enfatizar más aún esta idea, el citado artículo dice que “*El objeto primordial de la actividad brindada por los servicios regulados en la presente es la promoción de la diversidad y la universalidad en el acceso y la participación, implicando ello igualdad de oportunidades de todos los habitantes de la Nación para acceder a los beneficios de su prestación. En particular, importa la satisfacción de las necesidades de información y comunicación social de las comunidades en que los medios estén instalados y alcanzan en su área de cobertura o prestación*”.

Farragoso y repetitivo, este artículo no modifica esencialmente el concepto sobre la actividad regulada ya sentado por la Ley de Radiodifusión N° 22.285, sino que, en todo caso, modifica parcialmente sus objetivos. Bajo la ley de 1980, la radiodifusión (llamada ahora comunicación audiovisual) era un “servicio de interés público” (art. 2°) que debía “*colaborar con el enriquecimiento cultural de la población, según lo exigen los objetivos asignados por esta ley*”.

(13) Articulado éste que, además, en algunos casos está comentado o explicado con notas de pie de página, lo que constituye una práctica inusual en la legislación nacional y que plantea serias dudas sobre el valor normativo de tales aditamentos.

al contenido de las emisiones de radiodifusión, las que deberán propender a la elevación de la moral de la población, como así también al respeto de la libertad, la solidaridad social, la dignidad de las personas, los derechos humanos, el respeto por las instituciones de la República, el afianzamiento de la democracia y la preservación de la moral cristiana” (art. 5º)⁽¹⁴⁾. La LSCA, en consonancia con la ley anterior, reitera que la comunicación audiovisual es una actividad de interés público. Se modifican en cambio sus objetivos, al menos en su expresión escrita, pues ahora la comunicación audiovisual tiene por objetivo primordial la “promoción de la diversidad y la universalidad en el acceso y la participación”.

En lo que se refiere a la regulación *antitrust*, el acento está puesto en los arts. 41, 45, 48 y 161 que son, precisamente, aquellos cuya inconstitucionalidad fue planteada por el Grupo Clarín.

El primero de ellos establece, como regla general, que las autorizaciones y licencias de servicios de comunicación audiovisual son intransferibles, con las excepciones allí indicadas⁽¹⁵⁾.

En el art. 45 se establece la cantidad máxima de licencias de las que puede ser titular una persona de existencia visible o ideal o bien tener participación en sociedades titulares de licencias de servicios de radiodifusión⁽¹⁶⁾.

(14) Esta redacción fue dada por el Decreto 1005/99; BO 27/9/1999.

(15) **Artículo 41.** - *Transferencia de las licencias. Las autorizaciones y licencias de servicios de comunicación audiovisual son intransferibles.*

Excepcionalmente se autoriza la transferencia de acciones o cuotas partes de las licencias luego de cinco (5) años de transcurrido el plazo de la licencia y cuando tal operación fuera necesaria para la continuidad del servicio, respetando que se mantenga en los titulares de origen más del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito o por suscribirse y que represente más del cincuenta por ciento (50%) de la voluntad social. La misma estará sujeta a la previa comprobación por la autoridad de aplicación que deberá expedirse por resolución fundada sobre la autorización o rechazo de la transferencia solicitada teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos solicitados para su adjudicación y el mantenimiento de las condiciones que motivaron la adjudicación.

La realización de transferencias sin la correspondiente y previa aprobación será sancionada con la caducidad de pleno derecho de la licencia adjudicada y será nula de nulidad absoluta.

Personas de existencia ideal sin fines de lucro. Las licencias concedidas a prestadores de gestión privada sin fines de lucro son intransferibles.

(16) **Artículo 45.** - *Multiplidad de licencias. A fin de garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local se establecen limitaciones a la concentración de licencias.*

En el art. 48 se regulan las llamadas prácticas de concentración indebida, pero en lo que interesa al caso aquí comentado, la cuestión está centrada en el párrafo segundo en el cual no se reconocen derechos adquiridos sobre las licencias preexistentes frente a las

En tal sentido, una persona de existencia visible o ideal podrá ser titular o tener participación en sociedades titulares de licencias de servicios de radiodifusión, sujeto a los siguientes límites:

1. En el orden nacional:

a) Una (1) licencia de servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital. La titularidad de una licencia de servicios de comunicación audiovisual satelital por suscripción excluye la posibilidad de ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual;

b) Hasta diez (10) licencias de servicios de comunicación audiovisual más la titularidad del registro de una señal de contenidos, cuando se trate de servicios de radiodifusión sonora, de radiodifusión televisiva abierta y de radiodifusión televisiva por suscripción con uso de espectro radioeléctrico;

c) Hasta veinticuatro (24) licencias, sin perjuicio de las obligaciones emergentes de cada licencia otorgada, cuando se trate de licencias para la explotación de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico en diferentes localizaciones. La autoridad de aplicación determinará los alcances territoriales y de población de las licencias.

La multiplicidad de licencias —a nivel nacional y para todos los servicios— en ningún caso podrá implicar la posibilidad de prestar servicios a más del treinta y cinco por ciento (35%) del total nacional de habitantes o de abonados a los servicios referidos en este artículo, según corresponda.

2. En el orden local:

a) Hasta una (1) licencia de radiodifusión sonora por modulación de amplitud (AM);

b) Una (1) licencia de radiodifusión sonora por modulación de frecuencia (FM) o hasta dos (2) licencias cuando existan más de ocho (8) licencias en el área primaria de servicio;

c) Hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva por suscripción, siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión abierta;

d) Hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva abierta siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión por suscripción;

En ningún caso la suma del total de licencias otorgadas en la misma área primaria de servicio o conjunto de ellas que se superpongan de modo mayoritario, podrá exceder la cantidad de tres (3) licencias.

3. Señales:

La titularidad de registros de señales deberá ajustarse a las siguientes reglas:

a) Para los prestadores consignados en el apartado 1, subapartado "b", se permitirá la titularidad del registro de una (1) señal de servicios audiovisuales;

b) Los prestadores de servicios de televisión por suscripción no podrán ser titulares de registro de señales, con excepción de la señal de generación propia.

Cuando el titular de un servicio solicite la adjudicación de otra licencia en la misma área o en un área adyacente con amplia superposición, no podrá otorgarse cuando el servicio solicitado utilice la única frecuencia disponible en dicha zona.

normas de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, ya sean actuales o futuras. ⁽¹⁷⁾

Por último, el art. 161 otorga un plazo de un año para que los titulares de licencias que excedan el máximo de las indicadas en el art. 45, efectúen la “adecuación” correspondiente ⁽¹⁸⁾.

c. Los artículos de la LSCA impugnados por la actora

El Grupo Clarín planteó una acción declarativa de inconstitucionalidad de los arts. 41, 45, 48 y 161 de la LSCA. De acuerdo con la reseña que efectúa el fallo ⁽¹⁹⁾, los fundamentos de la demanda, en muy apretada síntesis, son los siguientes:

(i) el art. 41 (intransferibilidad de las licencias) afecta la libertad de comercio y el derecho de propiedad al prohibir sin fundamento alguno la libre disponibilidad de acciones o cuotas partes de las sociedades titulares de licencias, así como la transferencia de éstas;

(ii) el art. 45 (límite a la titularidad de licencias) desbarata la sustentabilidad operativa y económica de la empresa y afecta directamente su independencia así como la libertad de prensa y expresión que les asegura la Constitución Nacional. Alegaron, más en

(17) **Artículo 48.** - *Prácticas de concentración indebida. Previo a la adjudicación de licencias o a la autorización para la cesión de acciones o cuotas partes, se deberá verificar la existencia de vínculos societarios que exhiban procesos de integración vertical u horizontal de actividades ligadas, o no, a la comunicación social.*

El régimen de multiplicidad de licencias previsto en esta ley no podrá alegarse como derecho adquirido frente a las normas generales que, en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, se establezcan por la presente o en el futuro.

Se considera incompatible la titularidad de licencias de distintas clases de servicios entre sí cuando no den cumplimiento a los límites establecidos en los arts. 45, 46 y concordantes.

(18) **Artículo 161.** - *Adecuación.* Los titulares de licencias de los servicios y registros regulados por esta ley, que a la fecha de su sanción no reúnan o no cumplan los requisitos previstos por la misma, o las personas jurídicas que al momento de entrada en vigencia de esta ley fueran titulares de una cantidad mayor de licencias, o con una composición societaria diferente a la permitida, deberán ajustarse a las disposiciones de la presente en un plazo no mayor a un (1) año desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición. Vencido dicho plazo serán aplicables las medidas que al incumplimiento —en cada caso— correspondiesen.

Al solo efecto de la adecuación prevista en este artículo, se permitirá la transferencia de licencias. Será aplicable lo dispuesto por el último párrafo del art. 41.

(19) Ver considerando 1º.

particular, que la limitación impuesta en el art. 45, apartado 1 (licencias nacionales): (a) genera una desventaja competitiva con el único operador de televisión satelital; (b) produce un tratamiento desigual con el Estado porque éste puede acumular el servicio de televisión satelital como los otros servicios que contempla la ley; (c) no se justifica incluir en la limitación a las señales de televisión paga pues éstas no ocupan espacio radioeléctrico; y (d) restringe el aprovechamiento de las economías de escala, que son inherentes a la industria de la televisión. En cuanto al art. 45, apartado 2 (licencias locales), sostuvieron que la restricción es irrazonable desde el punto de vista de la competencia y genera incentivos perversos que atentan contra el bienestar de los consumidores, por cuanto elimina el doble margen. En cuanto al apartado 3 (señales) se sostuvo que la norma restringe la integración vertical entre productores de contenidos de televisión y las empresas distribuidoras de televisión por suscripción (cable y satélite), límite que afecta los incentivos de las empresas por cable a expandir sus servicios y que las obliga a pagar un mayor precio por los contenidos, con el consiguiente perjuicio que ello irroga a los consumidores.

(iii) el art. 48, segundo párrafo fue impugnado por desconocer derechos adquiridos, y el agravio contra art. 161, finalmente, fue la brevedad del plazo de adecuación que obliga a vender o transferir licencias a pérdida, lo que es contradictorio con la prórroga de diez años que había sido otorgada por el Decreto (de necesidad y urgencia) N° 527/2005 que, incluso, había sido aprobado por el Senado después de sancionada la LASC⁽²⁰⁾.

3. EL FALLO Y SU CONTENIDO

a. La distribución de los votos

Una ajustada mayoría de 4-3 ha permitido que la LSCA superara el *test* constitucional de la Corte Suprema. Sumamente extenso⁽²¹⁾, el fallo se compone de seis votos en total, tres en la mayoría y tres en la minoría. La primera se integra con el voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco (que constituye la sentencia en sí) y los votos de los jueces Petracchi y Zaffaroni. La minoría, por su lado, se

(20) Resolución N° 288 de fecha 28 de octubre de 2009.

(21) La sentencia tiene casi 400 páginas.

compone de los de los jueces Maqueda y Argibay (dos disidencias parciales) y el voto del juez Fayt (una disidencia total).

En forma de tabla, donde ✓ significa constitucional y ☒ significa “inconstitucional”, el resultado del caso es el siguiente:

	Art. 41	Art. 45	Art. 48	Art. 161
Lorenzetti	✓	✓	✓	✓
Highton de Nolasco	✓	✓	✓	✓
Petracchi	✓	✓	✓	✓
Zaffaroni	✓	✓	✓	✓
Maqueda	✓	✓	☒	No lo trata
Argibay	✓	Parcialmente constitucional	☒	☒
Fayt	☒	Parcialmente constitucional	☒	No lo trata

b. La *ratio decidendi* de la mayoría

Los votos que conforman la mayoría se sustentan en cuatro ideas básicas que nos permitimos sintetizar de la siguiente manera:

(i) en la dimensión colectiva de la libertad de expresión, es decir la que ejercen los grandes medios, lo que el Estado debe tutelar no es tanto la libertad de expresión, como la libertad de información del público. La primera es sólo un “instrumento necesario” para garantizar la segunda;

(ii) bajo esta premisa, el control de las medidas restrictivas de la libertad de expresión colectiva debe no debe ser intenso, en tanto el objetivo de tal legislación es el interés público;

(iii) los titulares de licencias no tienen derechos adquiridos irrevocables frente a un cambio legislativo que modifica la cantidad o la calidad de sus licencias; y.

(iv) si el cambio legislativo les ocasiona a los titulares de licencias algún perjuicio, el Estado debe indemnizarlos bajo los postulados de la responsabilidad por acto lícito o legítimo.

c. La estructura argumental y los *tests* constitucionales empleados

Para desarrollar estas cuatro ideas, los jueces que integran la mayoría trazaron una divisoria de aguas entre cuestiones patrimoniales y cuestiones no patrimoniales. Así, el análisis de los arts. 41, 48 y 161 estuvo enfocado desde un punto de vista exclusivamente patrimonial y, como resultado de ello, los mismos fueron sometidos a un control de constitucionalidad muy leve. El art. 45, en cambio, fue analizado en un contexto no patrimonial y sometido al control de razonabilidad, como subespecie del género control de constitucionalidad.

4. EL TEST DEL ART. 45 LSCA POR VÍA DEL CONTROL DE RAZONABILIDAD

a. Todo parece ser una cuestión de fines y medios

Todo el análisis constitucional del art. 45 LSCA se lleva a cabo bajo el control de razonabilidad, es decir, sobre la base de la adecuación proporcional de los medios con los fines y de la confrontación de los derechos individuales del Grupo Clarín con los derechos colectivos que emanan de la llamada “Sociedad de la Información” y de la libertad de expresión en su faz colectiva.

Según expresan los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco: *“para evaluar la razonabilidad del art. 45 —de acuerdo con los criterios establecidos— corresponde examinar si el medio escogido por el legislador resulta idóneo para alcanzar los fines que se propone y si la restricción que conlleva guarda proporción con los beneficios que se derivan de aquellos fines. Tal análisis presupone identificar claramente los medios elegidos, las restricciones que ellos generan a la actora y los fines que persigue la norma”* ⁽²²⁾

Enuncia la Corte que los medios, en el caso, son la cantidad máxima de licencias de las que una persona puede ser titular⁽²³⁾, y que el fin es *“fomentar la libertad de expresión como bien colectivo y preservar el derecho a la información de todos los individuos ... garantizar los principios de diversidad pluralidad y respeto por lo*

(22) Considerando 39°.

(23) Ver considerando 40°.

local (art. 45), así como el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia para abaratar, democratizar y universalizar el aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (art. 1)”⁽²⁴⁾.

Ampliando la enunciación de fines, dicen también que “... en el art. 3º de la ley se hace referencia, entre otros objetivos, a la promoción y garantía del libre ejercicio del derecho de toda persona a investigar, buscar, recibir y difundir informaciones, opiniones e ideas, sin censura; a la construcción de una sociedad de la información y el conocimiento que priorice la alfabetización mediática y la eliminación de las brechas en el acceso al conocimiento y las nuevas tecnologías; a la promoción de la expresión de la cultura popular y el desarrollo cultural, educativo y social de la población; al ejercicio del derecho de los habitantes al acceso a la información pública; a la actuación de los medios de comunicación en base a principios éticos; 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; a la administración del espectro radioeléctrico en base a criterios democráticos y republicanos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos; a la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombres y mujeres, y el tratamiento plural, igualitario y no estereotipado, evitando toda discriminación por género u orientación sexual; al derecho de acceso a la información y a los contenidos de las personas con discapacidad; y a la preservación y promoción de la identidad y de los valores culturales de los Pueblos Originarios”⁽²⁵⁾.

Expuestos los fines perseguidos y los medios dispuestos para alcanzarlos, el voto —sin mayor análisis de la cuestión— afirma que “no se requiere un mayor esfuerzo expositivo para concluir que **las medidas en cuestión resultan idóneas** para cumplir con los objetivos mencionados, en tanto las restricciones contenidas en el art. 45 a la cantidad de licencias y registros aparecen como apropiadas o aptas para permitir la participación de un mayor número de voces, o al menos poseen entidad suficiente como para contribuir de algún modo a ese objetivo. Es evidente que a través de la limitación de la cantidad de licencias y registros a todos los operadores de medios de

(24) Considerando 42º.

(25) Considerando 42, tercer párrafo.

comunicación se podría evitar la concentración y ello permitiría una mayor participación y diversidad de opiniones”⁽²⁶⁾.

Luego refuerzan esta convicción con cuatro afirmaciones:

(i) la LSCA apunta a favorecer políticas competitivas y antimonopólicas para preservar un derecho fundamental para la vida de una democracia como lo es la libertad de expresión y de información⁽²⁷⁾;

(ii) la LSCA no compromete la sustentabilidad económica de las empresas que integran el grupo actor ni impiden a éste —como a ningún otro prestador— alcanzar una dimensión de significativa importancia en el mercado audiovisual⁽²⁸⁾;

(iii) todas las limitaciones impuestas por el art. 45 son razonables⁽²⁹⁾; y.

(iv) el espíritu de la LSCA es coherente con el derecho de los consumidores a la información y con la defensa de la competencia⁽³⁰⁾.

Como síntesis de la cuestión, el voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco expresa: “... *por las razones apuntadas, la entidad de los objetivos que persigue la ley y la naturaleza de los derechos en juego, las restricciones al derecho de propiedad de la actora —en tanto no ponen en riesgo su sustentabilidad y sólo se traducen en eventuales pérdidas de rentabilidad— no se manifiestan como injustificadas. Ello es así en la medida en que tales restricciones de orden estrictamente patrimonial no son desproporcionadas frente al peso institucional que poseen los objetivos de la ley*”⁽³¹⁾.

Por su lado el juez Petracchi sostiene que “*se encuentra acreditado que el mercado argentino de medios audiovisuales está altamente concentrado... según se refiere en el peritaje económico..., la participación en el mercado de televisión paga del mayor operador de cable del país, asciende al 45% del total nacional de abonados*”⁽³²⁾.

(26) Considerando 43°. Énfasis en el original.

(27) Considerando 44°.

(28) Considerando 45°.

(29) Considerando 47°.

(30) Considerando 48°.

(31) Considerando 49°.

(32) Considerando 23°, párrafos primero y tercero.

Así, “[e]n un mercado de las características descritas, las restricciones a la concentración de la propiedad de los medios aparecen como necesarias a fin de lograr ‘la diseminación más amplia posible de información de fuentes diversas y antagónicas’.. [p]or lo que, en principio, es posible pensar que permitir a un único actor dominar la oferta mediática, o al menos, preponderar en forma decisiva, habrá de representar una amenaza potencial a los intereses de los consumidores y del pluralismo⁽³³⁾ ... [por ello el] 35% como tope de la audiencia, no puede considerarse irrazonable, no sólo porque representa, en definitiva, más de un tercio del mercado, sino porque en el expediente se ha acreditado que dicha restricción no impide la sustentabilidad económica de la actora”⁽³⁴⁾. También se considera justificada la cantidad máxima de licencias permitidas por el art. 45 LSCA⁽³⁵⁾.

b. La posición de la minoría

i. La opinión del juez Fayt

Muy diferente es el extenso y detallado análisis del art. 45 LSCA, que lleva a cabo el voto del juez Fayt⁽³⁶⁾ el cual conduce a la inconstitucionalidad del mismo salvo en lo referente al ap. 2 incisos a y b. Extenderíamos mucho este comentario si nos detuviéramos en cada uno de los considerandos que conforman ese análisis⁽³⁷⁾, por lo que preferimos transcribir las conclusiones del mismo, en las cuales aparece una diferente preocupación por los costos involucrados y los derechos de los usuarios que vale la pena poner de resalto: “*las normas restrictivas de los derechos de las actoras contenidas en el art. 45 de la ley 26.522, en la medida en que arrastran como consecuencia la extinción forzada del vínculo contractual y voluntario de los usuarios de los servicios de cable que las demandantes prestan, importan una intromisión indebida de la autoridad pública en el ámbito de privacidad que resguarda en plenitud el art. 19, primera parte, de la Constitución Nacional ... además, las normas en cuestión, por los efectos que producen sobre los derechos de los usuarios*

(33) Considerando 23º, cuarto párrafo.

(34) Considerando 27º, primer párrafo.

(35) Considerandos 29º a 32º.

(36) Ocupa casi 14 fojas de la sentencia.

(37) Considerandos 23º a 34º.

que forzosamente se verían privados de los servicios de cable de las actoras, entran en abierta colisión con la ‘libertad de elección’, que el art. 42 de la Constitución Nacional expresamente reconoce entre esos derechos” (38).

ii. La opinión de los jueces Maqueda y Argibay en el contexto de su posición en relación con el art. 48 LSCA

Por último, si bien es cierto que los jueces Maqueda y Argibay también admiten la constitucionalidad del art. 45 en términos similares a los de la mayoría, forzoso es reconocer que el análisis que ambos efectúan tiene como marco la inconstitucionalidad del art. 48 LSCA, lo que constituye una diferencia sustancial en el enfoque del caso. Volveremos sobre esta cuestión cuando expresemos nuestra opinión.

Como principio general que avala todo el régimen de multiplicidad de licencias establecido en el art. 45, el juez Maqueda expresa “... *la protección de la libertad de expresión no sólo autoriza al Estado sino que, a la vez, lo obliga a adoptar una serie de medidas destinadas a promover, respetar y garantizar la pluralidad en los medios de comunicación. Así, entre otras, debe dictar un marco normativo que prevenga la concentración indebida de la propiedad pública y privada de los medios y controlar su observancia; debe abstenerse tanto de aprobar operaciones, como de otorgar licencias que puedan conducir a la configuración de esa clase de concentración y debe ejecutar las leyes antimonopólicas existentes cuando se verifiquen conductas que distorsionan la competencia, extremo este último que implica adoptar las medidas necesarias para obtener la liquidación, disolución, desconcentración o división de las empresas infractoras*” (39).

(38) Considerando 31º, párrafo décimo segundo y considerando 32º, primer párrafo.

(39) Considerando 30º, primer párrafo.

Seguidamente analiza si cabe diferenciar entre los medios de comunicación audiovisual que emplean espectro radioeléctrico de los que no lo emplean y sostiene, que si bien la reglamentación respecto de los primeros debe ser mayor, ello no implica que los segundos estén totalmente exentos de la injerencia estatal pues “*la reglamentación de los que no utilizan el espectro radioeléctrico no implica por definición invadir una esfera que esté a priori ajena a toda clase de intervención regulatoria estatal*”. Considerando 32º, último párrafo.

En cuanto al límite impuesto a las licencias que usan espectro radioeléctrico afirma que “*El límite establecido por la ley posee un justificativo objetivo y técnico, y resulta*

Tampoco ofrece reparos constitucionales, a juicio de la jueza Argibay, la limitación del número de licencias impuesto por el art. 45 LSCA porque *“no altera de manera expresa el derecho a la libre expresión de ideas garantizado en la Constitución. En primer lugar, porque las prohibiciones y restricciones que introduce no se fundan en el contenido de la información que se transmite a través de los servicios de comunicación alcanzados por la ley, o sea que tales normas no se tornan operativas en función de la exposición de cierto tipo de opinión o idea, sino que alcanzan a cualquier medio de comunicación, con independencia de cuál o cuáles sean los contenidos que transmiten. En segundo término, porque los fines legislativos son pertinentes desde el punto de vista constitucional: promoción de la*

acorde a la finalidad perseguida de permitir el acceso plural e igualitario por parte de otros actores a expresarse adecuadamente en un medio técnicamente restringido y de garantizar, correlativamente, el derecho de la sociedad de recibir dicha información plural”. Considerando 35, último párrafo.

También encuentra razonable el límite impuesto a las licencias que emplean un vínculo o soporte físico, en tanto *“[d]esde una visión de conjunto, de integralidad del sistema, el tope de 24 licencias a nivel nacional habría sido fijado tomando como punto de inicio que los licenciarios de cable en la Argentina tienen un promedio de 1,6 licencias, y que sólo dos grupos excedían de esa cantidad (confr. lo manifestado por el Estado Nacional en la audiencia pública del día 29 de agosto, fs. 4089 vta.). Además, se habría evaluado que con esas licencias, más las extensiones autorizadas, se podría alcanzar el 35 por ciento del mercado, lo que garantiza un grado suficiente de penetración comunicacional y de sustentabilidad económica”.* Considerando 37º, primer párrafo.

Justifica también el diferente tratamiento dado a la televisión satelital ya que *“aun cuando la televisión satelital y por cable brindan un servicio similar e integran un mismo mercado, lo hacen sobre la base de un distinto soporte técnico. El alcance de la señal satelital, por sus propias características, a diferencia del cable, no puede limitarse por zonas geográficas... Esta circunstancia brinda un sustento objetivo que justifica la diferente regulación encarada por la norma”.* Considerando 38º, último párrafo.

“Tampoco son atendibles —dice este voto— las objeciones formuladas a las restricciones establecidas en el art. 45, apartado 2º, que limita ciertas configuraciones a la propiedad cruzada de medios de comunicación audiovisual en el ámbito local. Tales limitaciones guardan una razonable correspondencia con el fin que esta disposición persigue de favorecer el pluralismo informativo en contextos en que, precisamente por su dimensión social y geográfica acotada, la superposición en la titularidad de medios compromete de un modo más grave la posibilidad de una real diversidad informativa”. Considerando 40º, primer párrafo.

Por último *“la restricción en materia de señales de contenidos prevista en el inc. 3º del art. 45 aparece fundada en la necesidad de establecer límites al grado de integración vertical que existe en el mercado de proveedores de señales y de los operadores de sistemas televisivos, y de evitar que se produzcan prácticas de exclusión entre los actores de ese mercado”.* Considerando 42º, primer párrafo.

competencia de mercado, la defensa del consumidor y mayor diversidad y pluralidad en servicios de comunicación”⁽⁴⁰⁾.

5. EL CONTROL (POCO INTENSO) DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTS. 41, 48 Y 161 LSCA

a. Los justificativos del control “poco intenso”

En el considerando 37º, del voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco se anuncia que se ingresará en el control de constitucionalidad de las citadas normas cuestionadas.

Siguiendo una clásica tendencia, según la cual el control de constitucionalidad es la última *ratio* del ordenamiento jurídico y un acto de suma gravedad institucional⁽⁴¹⁾, el voto afirma que “*no corresponde presumir la inconstitucionalidad de las normas involucradas*”⁽⁴²⁾. “*El escrutinio —dice— debe realizarse teniendo en cuenta la naturaleza y entidad de los derechos en juego: el derecho de propiedad y libre comercio del grupo actor, por un lado, y el derecho a la libertad de expresión en su faz colectiva, por el otro. Cuando lo que está en juego son normas referidas a cuestiones patrimoniales y restringen derechos de esa naturaleza —como ocurre en el caso de autos—, el control debe ser menos intenso, pues cabe reconocer al legislador un mayor margen de discrecionalidad. **Estas pautas permiten descartar un estándar intenso de control**, por lo cual no corresponde que el Tribunal revise el requisito de necesidad de los medios seleccionados por el legislador para el cumplimiento de los fines*”⁽⁴³⁾.

Afirma también que “*.. la sanción de la ley 26.522 —que modificó el régimen anterior— se funda en el interés público y en la defensa de la libertad de expresión en su faceta colectiva. Así, la ley caracteriza a la actividad desarrollada por los medios de comunicación audiovisual como una actividad de interés público (conf. art. 2º). Es en*

(40) Considerando 22º, segundo párrafo.

(41) Ver considerando 37º.

(42) Considerando 38º.

(43) Considerando 38º. Énfasis en el original.

la búsqueda de este objetivo que el legislador estableció una nueva política regulatoria en la materia”⁽⁴⁴⁾.

En síntesis, el control “poco intenso” de constitucionalidad sobre las normas involucradas está fundado en:

(i) la naturaleza y entidad de los derechos en juego: el derecho de propiedad y libre comercio del grupo actor y el derecho a la libertad de expresión en su faz colectiva; y.

(ii) el carácter de interés público de la actividad desarrollada por los medios de comunicación audiovisual.

b. El análisis del art. 41 LSCA

i. El carácter intuito personae de las licencias justifica su intransferibilidad

Al analizar la constitucionalidad de la intransferibilidad de las licencias establecida en el art. 41 LSCA el voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco hace hincapié en la inoponibilidad de derechos adquiridos frente a los cambios legislativos y dice: “*al considerar a la comunicación audiovisual como una actividad social de interés público, el principio de la intransferibilidad brinda especial importancia al carácter intuito personae del titular de la licencia, constituyéndose en un medio adecuado para la consecución del fin social que persigue. Cabe resaltar que las licencias son otorgadas luego de un análisis de las condiciones económicas, técnicas y jurídicas de los solicitantes*”⁽⁴⁵⁾.

Adhiere a esta posición el juez Petracchi en cuya opinión la intransferibilidad de las licencias, es constitucional en tanto “*constituye una razonable reglamentación; pues la importancia fundamental de la identidad del licenciatario es más que suficiente para justificar la exigencia legal de que el titular de origen permanezca como responsable de la licencia —al menos en más del 50%— durante todo su plazo*”⁽⁴⁶⁾.

(44) Considerando 55º, segundo párrafo.

(45) Considerando 71º, último párrafo.

(46) Considerando 33º, cuarto párrafo.

Similar razonamiento ofrece el juez Maqueda. Luego de un pormenorizado relato de la causa, este voto ingresa en el tratamiento del art. 41⁽⁴⁷⁾, al cual considera constitucional por dos razones: (a) la norma no es retroactiva porque la intransferibilidad de las licencias de radiodifusión ya se encontraba establecida en la Ley 22.285, que exigía contar con la autorización del Comité Federal de Radiodifusión (Comfer) para transferir una licencia y (b) el carácter *intuitu personae* de las licencias. Agrega que *“en tanto la norma permite autorizar la transferencia de una porción por demás significativa del paquete accionario de la licencia, no aparece, como está formulada, una restricción manifiesta a los derechos de propiedad de la actora con entidad tal que implique suprimir de plano o de un modo particularmente gravoso sus derechos patrimoniales”*⁽⁴⁸⁾.

En forma coincidente, a juicio de la juez Argibay, la intransferibilidad de las licencias de radiodifusión establecida en el art. 41 LSCA es constitucional, pues *“resulta legítimo el interés del Estado Nacional por mantener en el ejercicio de las licencias a aquellas personas a quien se las ha otorgado por considerarlas aptas para ello, sea bajo el régimen anterior de la ley de facto 22.285 y sus modificatorias, sea bajo las condiciones establecidas en los arts. 21 y siguientes de la ley 26.522. Por lo demás, es un medio que sirve a ese fin el de establecer el carácter intransferible de las licencias, como principio, y la posibilidad de su transferencia, como excepción sujeta a determinadas condiciones. No merece objeciones el propósito de que la Autoridad Federal (AFSCA) aplique en la mayor medida posible los criterios establecidos en los arts. 21 y siguientes de la LM tanto para el otorgamiento de nuevas licencias como para la adquisición de licencias otorgadas bajo el régimen anterior”*⁽⁴⁹⁾.

ii. La opinión disidente del juez Fayt

Luego de establecer que las licencias que posee el Grupo Clarín gozan de una doble protección constitucional pues (a) integran su derecho de propiedad⁽⁵⁰⁾ y (b) están amparadas por la libertad de

(47) Ver considerando 25º.

(48) Considerando 25º, último párrafo.

(49) Considerando 20º, segundo párrafo.

(50) Considerando 17º.

expresión⁽⁵¹⁾, el juez Fayt recuerda cuáles son las limitaciones del Congreso para restringir o reglamentar los derechos individuales y el consiguiente poder de los tribunales para controlar la constitucionalidad de las leyes dictadas bajo el art. 28 de la Constitución⁽⁵²⁾.

Recordados estos principios, el voto entra en el análisis del art. 41, al cual considera inconstitucional pues, sobre la base de que es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, la intransferibilidad de las licencias establecida en esta norma atenta contra el derecho a disponer libremente de las mismas⁽⁵³⁾. Agrega que *“si la finalidad era evitar incumplimientos y fraudes derivados de sucesivas transferencias y fusiones que impedían controlar y establecer responsabilidades, el medio al que acudió el legislador para lograrla —indisponibilidad de las licencias y severas restricciones para que la autoridad de turno acceda a otorgar una excepción— resulta desmedido en orden al sacrificio que produce en los derechos de los titulares de las licencias”*⁽⁵⁴⁾.

c. El análisis del art. 48, segundo párrafo LSCA

i. La versión patrimonialista de la mayoría

Similar razonamiento en relación con los derechos adquiridos preside el análisis del art. 48, segundo párrafo. Recordemos que el Grupo Clarín sostuvo la inconstitucionalidad de esta norma por considerarla violatoria de sus derechos adquiridos bajo las licencias de las cuales es titular.

Luego de afirmar que este artículo se aplica a las licencias vigentes, el voto expresa: ***“el titular de una licencia no tiene un “derecho adquirido” al mantenimiento de dicha titularidad frente a normas generales que, en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, modifiquen el régimen existente al tiempo de su otorgamiento ... nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de la titularidad de la licencia hasta el plazo de su finalización, circunstancia que no impediría que quien considerase afectado su derecho de propiedad pudiera reclamar daños y perjui-***

(51) Considerando 18°.

(52) Considerandos 19° a 21°.

(53) Considerando 22°, párrafo décimo primero.

(54) Considerando 22°, párrafo décimo cuarto.

cios. Esta es la interpretación que mejor armoniza con la Constitución Nacional, a cuyos principios y garantías debe adecuarse la hermenéutica jurídica de las normas legales, en tanto lo permita su letra y su espíritu”⁽⁵⁵⁾.

ii. El respeto al fundamento constitucional de los derechos adquiridos del juez Maqueda

A diferencia de los votos de la mayoría, que muestran un gran desinterés por la protección de los derechos adquiridos, en tanto pueden ser fácilmente sustituibles por una indemnización de daños y perjuicios, el juez Maqueda analiza la cuestión desde una óptica respetuosa del derecho de propiedad constitucional y de la confianza legítima que los actos estatales infunden —y deben infundir— en los particulares.

Su razonamiento, lejos de operar en la abstracción jurídica, analiza objetivamente la realidad de la relación mantenida a lo largo de décadas entre la actora y la demandada y puede ser resumido de la siguiente manera:

(i) *“desde finales de los años ochenta y en más importante medida durante el periodo 2000-2007, el Grupo Clarín obtuvo una posición en el mercado de las comunicaciones audiovisuales que fue convalidada por el Estado Nacional, que dictó una serie de actos que autorizaron al grupo a aumentar su tamaño y alcance. Así, le otorgó nuevas licencias hasta el año 2006, también le renovó aquellas que expiraban y, en el año 2005 mediante el decreto 527, suspendió por diez años los términos de todos los plazos en curso. Además, en el año 2007 aprobó una operación de concentración económica que fortaleció a la actora en el mercado de la televisión por cable. Incluso le permitió operar una importante cantidad de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico sin que las autoridades administrativas pertinentes se hubiesen expedido respecto de las condiciones en que esa operatoria se llevaba adelante”*⁽⁵⁶⁾;

(ii) *“resulta claro entonces que la conducta del Estado Nacional en la materia, desarrollada en forma continua y permanente por un lapso más que prolongado, llevó a la actora a presumir legítima-*

(55) Considerando 66°. Énfasis en el original.

(56) Considerando 52°, primer párrafo. Énfasis en el original.

mente la estabilidad de su situación jurídica ... Por lo tanto, existe un, derecho subjetivo digno de protección jurídica de quienes, como la actora, a partir de la expresa conformidad del Estado, realizaron inversiones económicas y desarrollaron un proyecto periodístico con la legítima confianza de que su derecho se mantendría por los plazos legalmente fijados en las licencias que le fueron concedidas”⁽⁵⁷⁾;

(iii) *“la actora ha explotado efectivamente las licencias desde que le fueran formalmente otorgadas y que para eso puso en funcionamiento un proyecto comunicacional con vistas al cumplimiento de las condiciones establecidas para el uso de aquéllas, realizó las inversiones necesarias a tal fin y amplió el servicio en la medida de lo permitido por el otorgante, de modo de lograr la satisfacción de la demanda del público. De esta forma, generó una situación patrimonial consolidada, no susceptible de ser menoscabada ulteriormente”*⁽⁵⁸⁾; y

(iv) *“en razón de lo expresado puede concluirse que tanto del otorgamiento y prórroga de las licencias reconocidas por el Estado Nacional a la demandante bajo el régimen de la ley de radiodifusión anterior, como de la conducta desplegada por la actora en consecuencia, se deriva con claridad la existencia de un derecho adquirido, entendido como aquél que ha sido definitivamente incorporado al patrimonio de una persona y, como tal, amparado plenamente por los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional”*⁽⁵⁹⁾;

(v) *“El componente temporal resulta inescindible del acto de otorgamiento ya que, sin lugar a dudas, generó en el licenciatario no sólo el derecho a poseer la autorización, sino además el de explotarla por dicho lapso”*⁽⁶⁰⁾;

(vi) *“en consecuencia, las licencias deben estar sometidas a condiciones razonables y proporcionadas de uso. Sus plazos de duración no sólo tienen por objeto permitir la recuperación de la inversión y asegurar una rentabilidad para quienes las explotan, sino que también constituyen una verdadera garantía para evitar intro-*

(57) Considerando 53º, párrafos primero y tercero.

(58) Considerando 55º.

(59) Considerando 56º, primer párrafo.

(60) Considerando 58º.

misiones arbitrarias o presiones indebidas sobre el medio y su línea editorial”⁽⁶¹⁾;

(vii) *“es precisamente por encontrarse involucrado el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión que éste quedaría desnaturalizado si se admitiese que un conflicto como el aquí planteado puede resolverse mediante el mero pago de una indemnización. Una medida que implica no respetar el término de duración de una licencia e interrumpe el desarrollo de un proyecto comunicacional produce una lesión al derecho a la libertad de expresión que ninguna reparación pecuniaria podría remediar eficaz e integralmente. En una sociedad democrática, el valor de una información no expresada no puede ser mensurado en términos económicos”*⁽⁶²⁾;

(viii) *“[todo ello] no implica reconocer a los demandantes un derecho adquirido al mantenimiento ad infinitum del régimen legal pero sí a que se respeten los plazos de las licencias que el propio Estado Nacional le otorgó y renovó hace menos de una década. Máxime cuando no se ha alegado ni demostrado que corresponda adoptar otro criterio por encontrarse comprometida la buena recepción de las señales y la eficacia de las comunicaciones de la que depende la seguridad pública”*⁽⁶³⁾.

iii. La opinión del juez Fayt

En opinión del juez Fayt, el art. 48 es inconstitucional en tanto *“importa una severa restricción a los derechos emanados de licencias ya otorgadas (arts. 14 y 17, Constitución Nacional), severidad que se acentúa al traducirse, en los hechos y por efecto de su aplicación, en una rigurosa e injustificada negación legal del derecho de defensa en juicio (art. 18, Constitución Nacional)”*⁽⁶⁴⁾.

iv. La opinión de la jueza Argibay. Remisión

Si bien la jueza Argibay también entiende que el art. 48 LSCA es inconstitucional, su análisis de la cuestión está fuertemente rela-

(61) Considerando 63°.

(62) Considerando 68, primer párrafo.

(63) Considerando 69°, primer párrafo.

(64) Considerando 35°.

cionado con el del art. 161 LSCA, de modo que nos remitimos a su opinión en relación con éste último.

d. El análisis del art. 161 LSCA

ii. *La opinión de la mayoría*

Siguiendo los planteos de la actora, esta cuestión fue abordada desde dos puntos de vista: (a) la protección de los derechos adquiridos bajo las licencias vigentes frente a la aplicación de la LSCA a las relaciones jurídicas existentes y (b) la brevedad del plazo otorgado para “desinvertir”.

En relación con lo primero, el voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco reconoce que los derechos emergentes de las licencias integran el derecho de propiedad de sus titulares, pero sostiene que éste debe quedar subordinado al interés público pues “[s] ostener que existen relaciones jurídicas que resultan insusceptibles de modificación **implicaría sobreponer el interés privado de un particular por encima del interés de la comunidad, lo cual resulta inadmisibles y contrario al texto constitucional (conforme art. 17). La existencia de derechos adquiridos de ningún modo puede eximir a un sujeto del cumplimiento de un nuevo régimen normativo**”⁽⁶⁵⁾.

La segunda cuestión apenas merece una afirmación dogmática, corroborable —si se quiere— sólo por el Tribunal: “*no surge de autos ningún elemento concreto que permita sostener ni justificar de algún modo la declaración de inconstitucionalidad del plazo de un año previsto en la ley*”⁽⁶⁶⁾. Se agrega a esta consideración el siguiente razonamiento “[p]or lo demás, cualquier eventual perjuicio que pudiera sufrir el licenciatario como consecuencia de este proceso de desinversión podría ser reclamado con fundamento en los principios de responsabilidad del Estado por su actividad lícita”⁽⁶⁷⁾.

ii. *El voto de la jueza Argibay*

Si el voto del juez Maqueda había puesto el acento en los derechos adquiridos del Grupo Clarín para resolver la inconstitucio-

(65) Considerando 57°. Énfasis en el original.

(66) Considerando 60°.

(67) Considerando 59°.

nalidad del art. 48 LSCA, el voto de la juez Argibay lo pone en la libertad de expresión y enfoca este análisis, no tanto en el art. 48, como en el art. 161.

“El punto a resolver —dice— es, entonces, si la cancelación por el gobierno de licencias para la operación de medios de comunicación, fundada en razones de oportunidad o conveniencia, lo cual es el presupuesto para la operatividad del artículo 161 LSCA, altera la libertad de expresión. La respuesta es, a mi entender, afirmativa, es decir, que dichas cancelaciones restringen la libertad de expresión que se ejercita a través de los medios de comunicación que opera actualmente la parte actora, que dicha restricción no ha sido válidamente justificada por las demandadas y que, por consiguiente, ella no puede ser convalidada judicialmente. En cuanto a los derechos económicos derivados de la licencias, también pueden ellos resultar afectados, aunque, como se verá, es prematuro pronunciarse en esta causa al respecto”⁽⁶⁸⁾. Agrega luego que “[l]a consideración que se acaba de hacer sobre el cese anticipado de licencias de medios de comunicación, en el caso se ve fortalecida por una serie de circunstancias singulares: se trata de una ley especial, el régimen fue aprobado en un contexto de una relación intensamente conflictiva entre el gobierno y las empresas demandantes y, finalmente, el cese compulsivo de licencias no contempla sus efectos sobre las personas que integran las audiencias de los medios afectados”⁽⁶⁹⁾.

Explicados con abundante detalle todos estos fundamentos⁽⁷⁰⁾ la juez Argibay concluye diciendo: *“Las consideraciones precedentes permiten comprender con mayor definición el motivo por el cual la validez constitucional del art. 45 LSCA no se transmite mecánicamente a las vías trazadas en los arts. 161 y 48 LSCA para su implementación. Si bien el Estado tiene amplias facultades para establecer y revisar, con la frecuencia que encuentre conveniente, las reglas generales bajo las cuales se desarrolla la industria de los medios de comunicación y se organiza el mercado respectivo, no cuenta con la misma amplitud de facultades para interferir en la actividad individual y concreta de tales medios, en especial cuando dicha interferencia se traduce en el impedimento para continuar con la comunicación entre esos medios y las personas que integran sus audiencias. No es*

(68) Considerando 25°.

(69) Considerando 26°.

(70) Ver considerandos 27° a 33°.

preciso hacer un gran esfuerzo para comprender que si la misma amplitud de poderes que tiene el gobierno para fijar y reformar políticas públicas se traslada a la posibilidad de retirar licencias a los medios, poco quedaría de las garantías que es preciso acordarles a éstos para que puedan desplegar una actividad que sea incluso duramente crítica para con las autoridades. Uno de los componentes básicos de la libertad de expresión, aunque no el único, consiste, precisamente, en esta barrera predispuesta contra el avance gubernamental” ⁽⁷¹⁾.

6. NUESTRA OPINIÓN

a. Un abordaje cuestionable

Cualquier análisis que se intente hacer del fallo en cuestión, debe empezar por reconocer que, para declarar la constitucionalidad de los arts. 41, 45, 48 y 161 de la LSCA, los jueces que integran la mayoría dividieron —a nuestro juicio en forma arbitraria, errada— los aspectos no patrimoniales del caso de los aspectos patrimoniales, sin advertir que las cuestiones que ellos rotulan como puramente patrimoniales y, por ende, susceptibles de ser compensadas con una simple indemnización pecuniaria, hunden sus raíces en el centro de gravedad del sistema republicano.

Merced a esta división, el fallo separa el art. 45 LSCA de los tres restantes tal que el análisis del primero se desarrolla en un contexto no patrimonial y se agota con un control, en abstracto, de la razonabilidad del mismo, mientras que los arts. 41, 48 y 161 LSCA son evaluados en un contexto patrimonial, propio del “derecho de años”, donde cualquier perjuicio es susceptible de ser reparado, presuntamente, con una adecuada indemnización.

Así, el razonamiento el fallo se divide en dos postulados: (a) la limitación de las licencias establecida en el art. 45 LSCA es razonable y (b) tal limitación puede aplicarse, incluso, a las licencias ya existentes, pues los derechos (adquiridos) que éstas han generado, pueden ser reemplazados por una indemnización pecuniaria.

Todo ello ha producido como resultado tres escrutinios constitucionales equivocados, que aquí adelantamos. En primer lugar, merced a un control en abstracto de razonabilidad, la libertad de

(71) Considerando 34º, primer párrafo.

expresión y el derecho de informar —ambos en su contexto individual— quedan automáticamente subordinados a la llamada “Sociedad de la Información”. En segundo lugar, el resto del conflicto se enfoca en lo puramente patrimonial, con el fin de reducir el control de constitucionalidad a una escala mínima. Finalmente, en tercer lugar, se establece, como criterio general, que los derechos adquiridos, en tanto integran el derecho de propiedad, pueden ser válidamente sustituidos por una indemnización de daños y perjuicios, dando con ello, al concepto de propiedad constitucional, una estrechez civilista que no es la del art. 17 de la Constitución.

b. El control en abstracto es insuficiente

Nadie podría poner en duda, a esta altura, que el acceso a la información es vital en cualquier sociedad como medio de facilitar el conocimiento y, con él, estimular el pensamiento y la expresión. Así, la libertad de información es un supuesto básico de la libertad de expresión y, como tal, no solamente es un derecho incorporado a la Constitución⁽⁷²⁾, sino que también se lo considera un deber⁽⁷³⁾. El circuito resultante “información-conocimiento-pensamiento-expresión”, que asiste a todo individuo, alcanza un potencial mucho mayor cuando se traslada a los medios de prensa, quienes recolectan grandes volúmenes de información con dos objetivos: informar al público y expresar su propia opinión sobre aquello que informan. La ruta de la información tiene, entonces, dos vías: la que nutre al informante (por lo general los medios de prensa) y la que el informante produce y llega al público. Se sigue de ello que hay dos libertades básicas en relación con la información (a) la de recibirla y (b) la de transmitirla.

Tanta importancia ha alcanzado la información en el mundo actual que se ha creado la figura de la “Sociedad de la Información” la cual ha dado lugar a las Cumbres Mundiales de la Sociedad de la Información (CMSI) llevadas a cabo en Ginebra y Túnez en 2003

(72) El art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 dice: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

(73) Véase: Desantes Guanter, José María, *La información como deber*, Ábaco, Buenos Aires, 1994.

y 2005⁽⁷⁴⁾. En la Cumbre de Ginebra en 2003 se formuló la “Declaración de Principios” de la Sociedad de la Información entre los cuales figura el siguiente: “8. *Reconocemos que la educación, el conocimiento, la información y la comunicación son esenciales para el progreso, la iniciativa y el bienestar de los seres humanos. Es más, las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) tienen inmensas repercusiones en prácticamente todos los aspectos de nuestras vidas. El rápido progreso de estas tecnologías brinda oportunidades sin precedentes para alcanzar niveles más elevados de desarrollo. La capacidad de las TIC para reducir muchos obstáculos tradicionales, especialmente el tiempo y la distancia, posibilitan, por primera vez en la historia, el uso del potencial de estas tecnologías en beneficio de millones de personas en todo el mundo*”.

Este concepto, está muy arraigado en la LSCA. Así, por ejemplo, el art. 3º dice: “*Se establecen para los servicios de comunicación audiovisual y los contenidos de sus emisiones, los siguientes objetivos: ... e) **La construcción de una sociedad de la información** y el conocimiento, que priorice la alfabetización mediática y la eliminación de las brechas en el acceso al conocimiento y las nuevas tecnologías*”. Agrego el subrayado.

Hasta aquí nadie puede poner en tela de juicio estos principios que, en el marco de una exposición teórica, son inobjetable. Sin embargo, cuando la sentencia los recuerda a fin de establecer si el art. 45 LSCA es constitucional en la causa del Grupo Clarín efectúa un análisis completamente lineal que se agota, como vimos, en un control de razonabilidad incompleto, sesgado: la comparación entre los fines públicos enunciados por la LSCA —en la práctica, irrevisables judicialmente como expresión del criterio de oportu-

(74) De acuerdo con la Resolución 56/183 de la Asamblea General de la ONU, la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI) se llevó a cabo en dos fases. La primera tuvo lugar en Ginebra, en diciembre del 2003 y la segunda en Túnez, en noviembre de 2005. La CMSI se constituyó como un foro en el cual múltiples partes interesadas (organizaciones internacionales, gobiernos, el sector privado y la sociedad civil) discutieron las oportunidades del nuevo ambiente de información y comunicación, y el modo de afrontar la desigualdad en el acceso a la información y la comunicación (la llamada “brecha digital”). La CMSI se produjo un conjunto de documentos finales y también dio lugar a la creación de Foro de la Gobernanza de Internet (Internet Governance Forum - IGF) y Grupo de las Naciones Unidas sobre la Sociedad de Información (UN Group on the Information Society - UNGIS). Ver: <http://www.itu.int/wsis/index-es.html>.

nidad del legislador⁽⁷⁵⁾ en un marco de rousseauniana soberanía parlamentaria—, con los medios que ella pone a disposición de estos fines, es decir, la limitación de las licencias.

Obvio es decir que, en tal contexto de abstracción, extraño a nuestra dogmática procesal constitucional, donde lo que se juzga en realidad es la validez de la norma en sí, y no su validez según su aplicación a las partes involucradas en el caso en concreto, el triunfo de la constitucionalidad del art. 45 LSCA estaba asegurado desde el comienzo. En el vacío fáctico, los indiscutibles fines justificaban los medios adoptados⁽⁷⁶⁾. Ello, cuando antigua jurisprudencia demuestra que el control de razonabilidad ha de efectuarse no en abstracto sino a la luz de los hechos del caso a juzgar⁽⁷⁷⁾.

Si la finalidad del art. 45 LSCA, tal como expresa la sentencia es “*fomentar la libertad de expresión como bien colectivo y preservar el derecho a la información de todos los individuos ... garantizar los principios de diversidad pluralidad y respeto por lo local (art. 45), así como el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia para abaratar, democratizar y universalizar el aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (art. 1)*”⁽⁷⁸⁾, y el medio empleado es la limitación de las licencias que puede tener cualquier operador, ya sea el Grupo Clarín u otro, parece imposible que el art. 45 LSCA no supere el control de razonabilidad en la medida en que la limitación sea, en apariencia o en alguna faz o aspecto

(75) El criterio de oportunidad del legislador ha sido considerada irrevisable en, por ej., *Minera del Altiplano SA v. Estado Nacional - PEN y otra s/amparo*, Fallos 335-1315 (2012); *Chiara Díaz, Carlos Alberto v. Estado provincial s/ acción de ejecución*, Fallos 329-385 (2006); *Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio s/ información sumaria - sumarísimo*, Fallos 321-92 (1998); *Indo SA v. Fisco Nacional (DGI.) s/ repetición (ley 11.683)*, Fallos 318-785 (1995); *Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas -causa n° 6491*, Fallos 314: 424 (1991); *Russo, Ángel, y otra v. C. de Delle Donne, E.*, Fallos 243-467 (1959).

(76) Un intelectual diría que “*la búsqueda de lo incondicionado prevalece sobre la evaluación de los modos de alcanzarlo*”; Laclau, Ernesto, *Debates y combates*, (Miguel Cañadas, Ernesto Laclau y Leonel Livchitz, trads.), FCE, Buenos Aires, 2008, cfr. p. 91.

(77) Así, por ejemplo, Cianciardo, Juan - Sacristán, Estela B., “El caso *Avico* y sus ecos, ochenta años después”, *pro manuscripto*, con sustento en la letra del cons. 8vo. de *Avico v. De la Pesa*, Fallos 172-21 (1934); desde una perspectiva general, Toller, Fernando M., “Los derechos in concert. Metodologías para tomar decisiones armonizadoras en casos entre derechos y bienes constitucionales”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2011-III, ps. 1262-1281, esp. p. 1264.

(78) Considerando 42°.

(por ej., idoneidad), razonable. De este modo, son los fines los que se convierten en “cartas de triunfo”, por parafrasear a Dworkin⁽⁷⁹⁾.

Lo que debía analizarse en el caso no era la constitucionalidad en abstracto del art. 45 LSCA sino su validez en relación con su aplicación al Grupo Clarín. Recordemos —aunque ello no debería ser necesario— que el control de constitucionalidad en nuestro sistema es concreto⁽⁸⁰⁾, es decir, no juzga la inconstitucionalidad de las normas en abstracto, sino según su aplicación a una situación de hecho donde es relevante la norma o a un sujeto en particular involucrado en la causa. Por lo demás, no se trataba de un caso planteada por un número indeterminado de sujetos (una acción de clase, por ejemplo) en el cual el análisis de la constitucionalidad de las normas en juego es inevitablemente mucho menos concreto pues no puede detenerse en la individualidad de cada uno. Muy por el contrario, el actor en este caso era un solo prestador con una situación de hecho claramente delimitada.

En síntesis, el limitado control de razonabilidad del art. 45 LSCA, efectuado por la sentencia constituye una comprobación abstracta, sobre un derecho titularizado (en el mejor de los casos) en abstracto, que arroja un resultado puramente teórico, divorciado de nuestra tradición procesal constitucional, sin andamiaje alguno que lo ate al caso en análisis.

¿Podría haberse justificado en algún caso el control de razonabilidad en abstracto del art. 45? La respuesta es afirmativa si se considera (a) que el art. 48 es inconstitucional porque no respeta los derechos adquiridos bajo las licencias existentes —tal como señalan los jueces Maqueda y Argibay— o (b) que no tiene efectos respecto de las licencias en curso⁽⁸¹⁾. En tales casos el art. 45 podría ser analizado en abstracto, pues ya no impactaría en los derechos adquiridos bajo licencias existentes.

(79) Ver Dworkin, Ronald, “Rights as Trumps”, en Waldron, Jeremy (edit.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984, ps. 153-167, donde postula que los derechos humanos son verdaderas cartas de triunfo, logros que, como tales, no pueden ser alterados ni siquiera mediante mayorías.

(80) Ampliar en Sagüés, Néstor P., *Compendio de Derecho procesal constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2009, ps. 32-33, donde compara los sistemas de control abstracto y de control concreto, en el caso, de normas relevantes, para las partes involucradas.

(81) Admitimos que esta interpretación no es la que surge del texto literal del art. 48 LSCA.

En otras palabras, si se respetan los derechos adquiridos bajo las licencias existentes, el art. 45 aplicado al otorgamiento de licencias futuras no parecería tener mayores obstáculos constitucionales pues, más allá de su acierto o error, una vez fenecidas las licencias existentes, nadie puede invocar derechos adquiridos para que le sean renovadas las mismas que obtuvo bajo un régimen ya derogado.

c. El debilitado control de constitucionalidad

ii. Los fundamentos de la crítica

Ya vimos en § 5.a que el fallo ejerce un control de constitucionalidad leve o poco intenso sobre las normas de la LSCA porque (a) lo que está en pugna son los derechos patrimoniales de la actora con la libertad de expresión en sentido colectivo y (b) la actividad de los medios de comunicación audiovisual es de interés público.

Esta visión del problema merece, a nuestro juicio, diversas reflexiones críticas. En primer lugar, reducir los derechos del grupo Clarín a lo puramente patrimonial constituye una visión muy limitada del caso. En segundo lugar, ello permite establecer una pugna o conflicto entre derechos puramente patrimoniales y la libertad de expresión en sentido colectivo, contienda ésta en la cual, merced a una confrontación en abstracto, se hace prevalecer a la segunda sobre los primeros sin importar en absoluto las circunstancias fácticas y jurídicas del caso y sus partes. En tercer lugar, nos parece peligrosa la invocación casi mágica al interés público como medio de que el mismo prevalezca sobre cualquier derecho adquirido. Esta cuestión será analizada en § 6.d con motivo, precisamente, de la crítica a la desprotección de los derechos adquiridos que propicia el fallo.

ii. La reducción de los derechos del grupo Clarín a lo puramente patrimonial

Según parece desprenderse del pensamiento de la mayoría, los derechos del grupo Grupo Clarín en este caso son puramente patrimoniales. “... *no encontrándose en juego la libertad de expresión* —dicen los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco— *no existen razones que justifiquen la aplicación de una tutela inhibitoria a favor*

de los titulares de las licencias, protección que conllevaría la imposibilidad de implementar la ley hasta que se produzca el vencimiento de los plazos de cada una de las licencias” ⁽⁸²⁾.

A pesar de tratarse de una empresa de medios, que como tal constituye el vehículo natural por medio del cual se expresan una gran cantidad de personas individuales (periodistas, columnistas, lectores, etc.), el voto de los jueces que integran la mayoría no advierte que está en juego la libertad de expresión individual de la actora y se preocupa solamente de los aspectos patrimoniales. Esta reducción le permite fácilmente bajar a su mínima expresión el estándar del control de constitucionalidad valiéndose para ello de una extensa serie jurisprudencial. En la Argentina desde *Avico v. De la Pesa* ⁽⁸³⁾ en adelante, el control de constitucionalidad sobre las leyes que restringen los derechos patrimoniales viene evidenciando un *decrecendo* ⁽⁸⁴⁾ al cual se suma el fallo aquí comentado.

Ha prevalecido aquí la tesis de la minoría en el caso *La Prensa* ⁽⁸⁵⁾, originado en la multa impuesta a ese diario por no respetar los precios máximos. Este caso fue ocasión para un interesante debate interno en el Tribunal suscitado entre los defensores de la libertad de expresión y quienes —en minoría— veían al diario como una empresa comercial común y corriente, destinataria de la Ley de Abastecimiento en igualdad de condiciones con las restantes de su especie. La mayoría —en ese caso— integrada por los jueces Cabañero, Belluscio y Fayt, produjo tres votos separados —lo que pone en evidencia la intensidad del debate aún entre quienes estaban de acuerdo con una misma solución— que en esencia pueden resumirse con las palabras del voto del entonces Presidente del Tribunal, “... es parte de esa libertad de imprenta que se ejerce a través de la publicación del producto, el fijar el precio, y resulta obvio que

(82) Considerando 59º, tercer párrafo.

(83) Fallos 172-21 (1934).

(84) Consideremos *Avico v. De la Pesa*, Fallos 172-21 (1934) (control de razonabilidad atado a los hechos del caso); *Peralta, Luis Arcenio y otro v. Estado Nacional (Mrio. de Economía - BCRA.) s/ amparo*, Fallos 313-1513 (1990) (control de razonabilidad centrado en los medios y fines o costos y beneficios); *Bustos, Alberto Roque y otros v. E.N. y otros s/ amparo*, Fallos 327-4495 (2004) (razonabilidad como ausencia de daño); *Galli, Hugo Gabriel y otro v. PEN - ley 25.561 - dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo sobre ley 25.561*, Fallos 328-690 (2005) (razonabilidad como no ineficacia del ejercicio del poder y como proporcionalidad de medios y fines); entre otros.

(85) Fallos 310-1715 (1987).

si se faculta al poder administrador a regular éste, o se somete a las empresas a la previa autorización, para aumentar los precios de sus ediciones, pueden alterarse garantías constitucionales, pues el art. 32 de la Ley Fundamental refuerza, en este sentido, la protección del derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la Constitución Nacional”⁽⁸⁶⁾.

La minoría en cambio, en voto suscripto por los jueces Petracchi y Bacqué, no efectuó distinción alguna entre un diario y cualquier otra empresa comercial: “... *las disposiciones legales dictadas en ejercicio del poder de policía económico social, vinculadas con el aspecto empresarial de la prensa, no se encuentran vedadas por el art. 32 primera parte, de la Constitución Nacional, por el hecho de que hayan sido expedidas por el Congreso Federal... En la medida en que el periodismo adopta características análogas a las de las empresas comerciales para alcanzar la capacidad económica requerida por su modalidad actual, lo específicamente periodístico queda indisolublemente vinculado con una categoría de intereses de distinta especie, que no pueden dejar de ser regulados. Sin pretender, para dichos intereses, condiciones de excepción fundadas en el mero hecho que no altera la naturaleza del vínculo aludido de aquéllos, la cual, en definitiva, es la que justifica la regulación. El hecho de que la empresa tenga por fin la publicación de ideas por medio de la prensa no sustrae su política económica particular del deber de ajustarse a la política económica nacional que fije el órgano encargado por la Constitución de ese cometido (doctrina de Fallos: 217:145)*⁽⁸⁷⁾.

Así, en opinión de los autores de esta disidencia —actualmente la mayoría del Tribunal— cuando la libertad de expresión está canalizada por un medio empresario, se iguala con la venta de cualquier otro producto comercial. La información y la expresión, en la Sociedad de la Información, pierden su faz ontológicamente republicana y se convierten en una *commodity*.

iii. El peligro de las categorías rígidas de derechos

Luego de reducir los derechos del Grupo Clarín a lo puramente patrimonial (derecho de propiedad y libre comercio), el voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco establece que los mismos

(86) Fallos 310, en p. 1729.

(87) Fallos 310, en ps. 1741 y 1742.

confrontan, en el caso, con la libertad de expresión en sentido colectivo⁽⁸⁸⁾, según el enfoque epistemológico adoptado⁽⁸⁹⁾. Si bien no se afirma expresamente, que la libertad de expresión en su sentido colectivo prevalece sobre los derechos puramente patrimoniales, ésta es, claramente, la conclusión que arroja este voto.

Esta solución lleva implícita dos creencias (a) que existe un orden jerárquico de derechos; y (b) que, en ese orden jerárquico de derechos, la libertad de expresión colectiva es superior al derecho de propiedad individual. Parecería, entonces, que, en la confrontación entre un derecho de jerarquía superior (la libertad de expresión en sentido colectivo) y uno de jerarquía menor (el derecho de propiedad individual), debe triunfar el primero. La modalidad de enfrentar derechos o ponerlos en conflicto ya se había perfilado en *Arriola*⁽⁹⁰⁾ y en *F. A. L.* al privilegiarse la autonomía personal para preterir la salud pública y la vida del *nasciturus*, respectivamente. El *handicap* del conflictivismo es que siempre hace prevalecer un derecho, eliminando al otro, sin tratar de que convivan, en forma armonizada, como armónica tiene que ser la vida en sociedad (aspiración del Derecho).

La jerarquización de derechos, que en algunos sectores del mundo académico es intelectualmente muy atractiva, se puede tornar muy peligrosa —si se abusa de ella— en la decisión de casos judiciales. Si bien se ha dicho que no todos los derechos protegen valores del mismo rango, cuestión ésta que la doctrina constitucional viene trabajando desde hace tiempo⁽⁹¹⁾, no es posible ni con-

(88) Considerando 38º.

(89) Considerandos 16 y 17: “En primer lugar... se hará referencia al marco constitucional en el que se sitúa el conflicto... [C]orresponde comenzar identificando los derechos que, según las partes, se encuentran en conflicto en el presente caso...”. Se evidencia, de ese modo, la adopción del enfoque conflictivista sobre los derechos.

Para una crítica del conflictivismo (como jerarquización o como ponderación) y su superación, ver Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Julian Rivers, trad., Oxford University Press, Oxford, 2010, ps. 93-110; Cianciardo, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Ediciones Universidad de Navarra SA, Pamplona, 2000, ps. 106-121, esp. ps. 119-121; entre otros.

(90) *Arriola*, Sebastián y otros s/ causa 9080, Fallos 332-1963 (2009); *F. A. L.* s/ medida autosatisfactiva, Fallos 335-197 (2012).

(91) Véase Ekmekdjian, Miguel Ángel, “De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles”, *El Derecho* 114-945 (1985); Bidart Campos, Germán J., “¿Hay un orden jerárquico en los derechos personales?”, *El Derecho* 116-800 (1986); Barceñat, Eduardo, “A propósito del orden jerárquico de los derechos”, *El Derecho* 116-802

veniente concluir a partir de ello que los casos judiciales pueden ser decididos: (i) adoptando la postura conflictivista, y, desde tal plataforma, optando por (ii) la solución de casos por vía de la jerarquización de derechos conforme una “tabla jerárquica de derechos” previamente establecida en abstracto. Ello pues, con este criterio, la tarea judicial quedaría reducida a encontrar el derecho de cada parte en dicha tabla y, así, la solución del caso fluiría en forma automática. Conforme este sistema, el ganador será, en todo los casos, aquel cuyo derecho esté mejor posicionado en la tabla. Obviamente como el derecho de propiedad individual seguramente estará ubicado al pie de la tabla, difícilmente resultará ganador.

No hace falta decir que, de prevalecer esta idea, la tarea de resolver las controversias ya no necesitaría de jueces ni de abogados. La misma podría ser llevada a cabo por “operadores” técnicos de la tabla de derechos, entrenados en establecer los derechos en controversia y en encontrar la solución automática conforme la “posición” de cada uno de ellos en la tabla. De allí, a la prescindencia del Poder Judicial como poder del Estado, no hay un paso muy largo.

Creemos, sin embargo, que la solución de los casos en donde confrontan derechos constitucionales es una tarea mucho más compleja. No podemos olvidar que la solución de una controversia de este tipo no se produce en el vacío, ni en el mundo de las abstracciones. El “caso o causa judicial” nace siempre en un entramado fáctico cuya consideración y análisis es esencial para la solución del problema. Oscar Wilde decía que la verdad raramente es pura y nunca es simple⁽⁹²⁾, y lo mismo sucede habitualmente con los hechos de un caso en sede judicial. Quien haya presenciado alguna vez una audiencia ante la Corte de los Estados Unidos, sabe per-

(1986); Ekmekdjian, Miguel Ángel, “Nuevas reflexiones acerca del orden jerárquico de los derechos individuales”, *El Derecho* 117-895 (1986); Claveria, Roberto H., “Orden jerárquico de derechos y censura previa”, *La Ley* 1992-C, ps. 925-930; Ekmekdjian, Miguel Ángel, “La teoría del orden jerárquico de los derechos fundamentales como garantía del ciudadano frente a la Administración Pública”, en AA.VV, *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, ps. 2119-2140. Ver la reseña doctrinaria y sus implicancias interpretativas en Cianciardo, Juan, “Presentación” en Cianciardo, Juan (coord.), *La interpretación de los derechos constitucionales. Ir y venir entre la teoría y sus aplicaciones concretas*, número especial de *Jurisprudencia Argentina*, 2011-III, 27/7/2011, esp. n. 17.

(92) “*The truth is rarely pure and never simple*”. The Importance of being Earnest, Act I.

fectamente que las preguntas con que los jueces abruma a los abogados de las partes no son sobre el derecho aplicable (que ya conocen), sino que, por el contrario, indagan en los hechos. Esto es curioso, pues parecería que, llegado el caso a la Corte Suprema, la cuestión fáctica está superada. No es tan así: al llegar a esa máxima instancia, lo que ha quedado definido es la “cuestión federal”, el problema constitucional del caso, pero su consideración siempre debe tener lugar en el “caso” y sus hechos, y no fuera de él.

En síntesis, para resolver una controversia constitucional no basta con establecer los derechos en pugna y adjudicarles una determinada jerarquía comparativa. En todo caso, ello es el comienzo de la tarea. Es lo más sencillo, pero al mismo tiempo puede ser caprichoso o arbitrario. Lo difícil es verificar si los hechos del caso permiten que tal esquema teórico sea volcado en la solución del caso o si, por el contrario, es necesario formular ajustes que reflejen las “circunstancias comprobadas de la causa”.

d. La desprotección de los derechos adquiridos en una visión puramente patrimonial de los mismos. El remanido recurso al “interés público”

Veamos, finalmente, qué solución práctica se les acuerda a los derechos adquiridos bajo las licencias existentes.

El voto de los jueces Lorenzenti y Highton de Nolasco lo resuelve de esta manera:

*“...el Congreso diseñó un sistema de multiplicidad de licencias basado en reglas cuya aplicación tiende a modificar relaciones jurídicas existentes por razones de interés público. Para lograrlo, el legislador estableció que los sujetos que fueran titulares de un mayor número de licencias que el establecido en su articulado tendrán que adecuarse, pudiendo para ello transferir aquellas que tengan en **exceso**... no se está en presencia de un caso de expropiación por razones de utilidad pública, ni de revocación de actos administrativos por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, ni del rescate de un servicio público. Se trata de un sistema de desinversión por el cual los sujetos alcanzados por la ley se encuentran obligados a adecuarse al nuevo régimen legal en materia de multiplicidad de licencias y, en consecuencia, deben transferir dentro de un plazo todas aquellas que resulten necesarias para ajustarse al límite actualmente dispuesto por*

*la norma ... sobre la base de estos principios, el argumento del grupo actor según el cual el nuevo régimen no puede afectar las licencias que fueron otorgadas o prorrogadas bajo el sistema anterior y cuyos vencimientos aún no se han producido, llevaría a reconocer que, aun cuando el interés público lo exija, existen relaciones jurídicas que no son susceptibles de ser modificadas, conclusión contraria a la doctrina de esta Corte según la cual nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de un régimen jurídico (Fallos: 267:247; 308:199, entre muchos otros). Sostener que existen relaciones jurídicas que resultan insusceptibles de modificación **implicaría sobreponer el interés privado de un particular por encima del interés de la comunidad**, lo cual resulta inadmisibile y contrario al texto constitucional (conforme art. 17). La existencia de derechos adquiridos de ningún modo puede eximir a un sujeto del cumplimiento de un **nuevo régimen normativo**... cualquier eventual perjuicio que pudiera sufrir el licenciatario como consecuencia de este proceso de desinversión podría ser reclamado con fundamento en los principios de responsabilidad del Estado por su actividad lícita”⁽⁹³⁾.*

Una vez más, la solución del caso es hartamente simplista y se agota en dos reglas:

(i) nadie puede invocar derechos adquiridos frente al interés público; y.

(ii) si la extinción del derecho adquirido produce algún daño, el particular puede reclamar una indemnización de daños y perjuicios.

Hagamos en primer lugar una reflexión en torno al interés público. Si bien parece razonable, a primera vista, que toda la vida de una comunidad deba armonizar con el interés público, ello supone —y ya es mucho suponer— que ese interés público está correctamente y repúblicamente delineado conforme los postulados y principios de la Constitución. Sabemos, sin embargo, pues la historia está plagada de ejemplos, que la apelación al interés público no siempre conduce a un resultado democráticamente valioso. En ocasiones, ha sido el empedrado del camino opuesto⁽⁹⁴⁾. En ocasiones es la

(93) Considerandos 56º, 57º y 59.

(94) Pensemos en esta frase “*Todo lo que es útil para la nación es legal; todo lo que la daña es ilegal*”. En abstracto, este pensamiento parece aceptable. Sin embargo, figura en el *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, publicación de la Academia

evidencia de la futilidad⁽⁹⁵⁾, o de la flexibilidad⁽⁹⁶⁾. Muchas veces es un concepto flexible, multifacético, confuso⁽⁹⁷⁾. De tal suerte, en la jurisprudencia de la Corte Suprema, el concepto en cuestión ha sido considerado equivalente al bien común de la tradición tomista⁽⁹⁸⁾; al orden institucional⁽⁹⁹⁾; incluso equivalente a la noción de orden público⁽¹⁰⁰⁾; y se lo ha considerado comprensivo de asuntos de orden o interés público como los constitucionales, los de competencia, los de prescripción y los de recusación de los magistrados, entre otros⁽¹⁰¹⁾. En fin, se la ha percibido como presente

del Derecho Alemán, creada por el régimen nazi en 1933. El autor de esta frase —pronunciada en un discurso en 1939— fue Hans Frank, prominente abogado nazi, asesor jurídico del partido y presidente de la Academia en 1934. Luego, entre 1939 y 1945, fue Gobernador General de los territorios polacos ocupados, con el rango militar de *SS-Obergruppenführer*. Capturado por las fuerzas norteamericanas, fue enjuiciado en Núremberg y condenado a morir en la horca.

(95) Cuando tomemos un tren recordaremos la L. 26352, art. 5º: “en el ejercicio de sus funciones, la Administración de Infraestructuras Ferroviarias S.E. deberá tener en cuenta la garantía del interés público...”; cuando se corte la luz rememoraremos la L. 24065 de Electricidad, art. 56.q., por el cual el regulador propone “medidas a adoptar en beneficio del interés público, incluyendo la protección de los consumidores”; cuando no se cuente con red de agua pensaremos en la L. 26221 de AYSA, art. 42.z, que establece que el regulador “realiz[a]... un informe sugiriendo las medidas que a su entender corresponde adoptar en beneficio del interés general”.

(96) Veinte años después de la respectiva privatización, y luego de expropiado el 51% de las acciones de Repsol en YPF, la L. 26741, art. 1º, declaró “de interés público nacional y como objetivo prioritario de la República Argentina el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos”.

(97) Remitimos a Sagüés, Néstor P., “El papel del ‘interés público’ en la ley 26.854 sobre medidas cautelares”, *Jurisprudencia Argentina*, 2013-II, ps. 13/18; Sacristán, Estela B., “El concepto de interés público en la ley 26.854”, en *Suplemento Especial La Ley: Cámaras Federales de Casación, ley 26.853 - Medidas cautelares y el Estado como parte, ley 26.854*, ps. 145-153.

(98) Que es la tradición que adopta nuestro constituyente histórico; ver art. 28 (“los derechos (...) reconocidos”). Ver, asimismo, *Partido Obrero - Capital Federal*, Fallos 253-133 (1962); *Ormache, José E.*, Fallos 308-934 (1986).

(99) *Bonasegale v. Círculo de Suboficiales de las Fuerzas Armadas*, Fallos 294-327 (1976).

(100) *Ríos, Argentino y otros*, Fallos 310-1510 (1987). Cfr. De la Fuente, Horacio H., *Orden público*, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 3, donde diferencia orden público e interés general; p. 14, donde enuncia una de las doctrina (doctrina del interés general) que equipara orden público, interés general, interés colectivo, interés público, interés social, interés de la sociedad, bien público, bien común, bienestar general, bienestar social, y términos similares, explicando que adhiere a esta postura Borda, Guillermo, “Concepto de ley de orden público”, en *La Ley*, 58, p. 999 y ss.

(101) *Ríos, Argentino y otros*, Fallos 310-1510 (1987).

en toda actividad humana útil a la sociedad⁽¹⁰²⁾, e incluso como justificativo del servicio público⁽¹⁰³⁾.

La LSCA, art. 2do., establece que “*La actividad realizada por los servicios de comunicación audiovisual se considera una actividad de interés público*”. Debemos preguntarnos, entonces, si es suficiente la invocación del interés público por parte del legislador para que todo quede subordinado a esta noción, sin que los jueces puedan investigar si tal interés guarda arreglo con los principios constitucionales, o si, por el contrario, la revisión judicial debe correr el velo de tal invocación, penetrar en ella y examinar su constitucionalidad. En otras palabras, la pregunta es si la invocación legislativa del interés público es judicialmente revisable o si integra el catálogo de las cuestiones políticas no justiciables. Si lo integrara —y tal parece ser el criterio que sienta este fallo— bastaría que la ley —cualquier ley— invocara el interés público para que todos los derechos adquiridos de naturaleza patrimonial resultaran revocables y susceptibles —en el mejor de los casos— de ser sustituidos por una indemnización en dinero. Enfrentada con casos similares, la Corte Suprema estadounidense ha revisado el interés público invocado y ha ordenado indemnizar cuando la restricción al derecho del particular era excesiva⁽¹⁰⁴⁾.

(102) C.A.V.I.C. v. Juan Maurín y Cía. SRL, Fallos 277-147 (1970).

(103) Meridiano S.C.A. v. Administración General de Puertos, Fallos 301-292 (1979); Productos Internacionales SACI, Fallos 303-1041 (1981).

(104) *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922), 413-414: “Este es el caso de una sola casa particular. Sin duda, hay un interés público aún en ello, como lo hay en toda compraventa y en todo lo que ocurre dentro de la comunidad. Algunos derechos existentes pueden ser modificados incluso en tal caso... Pero por lo general, en asuntos comunes privados, el interés público no garantiza mucha de esta clase de interferencia... La extensión del interés público es evidenciada por la ley a ser limitada, toda vez que la ley ordinariamente no se aplica a la tierra cuando el suelo es de propiedad del dueño del carbón. Es más, no está justificada como protección de la seguridad personal. Ello podría ser cubierto con una notificación... De otra parte, es grande la dimensión del *taking*... Si nos convocaran para tratar sólo la pretensión del demandante, deberíamos considerar claro que la ley no evidencia un interés público suficiente como para garantizar tal amplia destrucción de los derechos constitucionalmente protegidos del demandado”.

Puede ampliarse en Sacristán, Estela B., “Las expropiaciones de fuente regulatoria (‘regulatory takings’). Perspectivas, en especial, en materia de responsabilidad del Estado por acto lícito”, en *Derecho Administrativo - Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Abeledo Perrot, enero-febrero 2013, Nro. 85, ps. 67/90.

En segundo lugar, debemos preguntarnos cuál debería ser el alcance de esta regla. La jurisprudencia de la Corte Suprema condiciona los sacrificios de la propiedad privada al interés público, al recaudo de la correspondiente indemnización previa⁽¹⁰⁵⁾. Si bien es cierto que una larga serie jurisprudencial de la Corte Suprema, vinculada con la responsabilidad del Estado por acto legislativo⁽¹⁰⁶⁾, ha establecido que cuando se produce una modificación legislativa que afecta derechos adquiridos bajo leyes anteriores, el particular no puede objetar la ley —salvo que ésta sea inconstitucional— y debe contentarse con el pago de la indemnización, nos preguntamos: ¿rige esta jurisprudencia en forma absoluta? Y, por ende, ¿están los jueces obligados a aplicar rígidamente la ley que persigue un interés público? O bien, por el contrario, ¿tienen algún margen de apartamiento fundado, por ejemplo, en los hechos del caso?

Creemos que tal apartamiento, con fundamento en los hechos del caso, es posible y el fundamento de ello brilla con elocuencia en los votos de los jueces Maqueda y Argibay que hemos transcripto más arriba⁽¹⁰⁷⁾, a cuyas conclusiones nos permitimos adherir. Ambos jueces encuentran en sus votos un equilibrio muy razonable en la interpretación de los arts. 45, 48 y 161 de la LSCA. Si bien no objetan la constitucionalidad del art. 45, sí le ponen un valladar en cuanto a su aplicación inmediata a las licencias en curso. Así, estos votos respetan el interés público que inspira a la LSCA, pero sofrenan la “urgencia” en aplicarlo de inmediato a las licencias que se encuentran en curso de ejecución. Cada uno de estos votos, a su vez, ofrece un fundamento diferente, pero igualmente valedero. El juez Maqueda lo centra en el respeto al derecho adquirido y en la conducta estatal previa. La jueza Argibay, por su lado, pone el acento en la protección de la libertad de expresión.

(105) *Cadesa SA v. Estado Nacional (ANA) s/ daños y perjuicios*, Fallos 312-343 (1989); *Municipalidad de Federación v. Baylina, Juan*, Fallos 116-116 (1912); *Antunovich, Clemente y otros v. Provincia de Santa Fe*, Fallos 153-231 (1928); *Pizarro, Ricardo A. v. Dock Sud de Buenos Aires Cía. Ltda.*, Fallos 187=72 (1940).

(106) Ver Bianchi, Alberto B., *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa. Estudio sobre los efectos jurídico-patrimoniales de los actos normativos lícitos*, Abaco, Buenos Aires, 1999, esp. cap. II, ps. 53-81.

(107) Ver § 5.c.ii y § 5.d.ii.

Ambos, sin embargo, llevan agua al molino de la seguridad jurídica, que también es un valor protegible por el interés público⁽¹⁰⁸⁾. No debemos olvidar que los cambios legislativos que modifican sustancial y abruptamente los derechos adquiridos bajo leyes anteriores, por muy bien inspirados que estén, producen inseguridad jurídica pues constituyen un cambio *ex post* de las reglas de juego: las leyes deben ser prospectivas pues uno no puede hallar guía alguna en leyes retroactivas⁽¹⁰⁹⁾. El concepto de seguridad jurídica exige una cierta previsibilidad⁽¹¹⁰⁾ y ello se vincula con la moral, que nace de conductas más o menos estables⁽¹¹¹⁾.

El mensaje, entonces, que debe recibir la sociedad, es que si bien el Estado puede modificar las reglas de juego existentes, su poder no es absolutamente discrecional en el sentido de que puede hacerlo *ad libitum*. Ello, en todo caso, se justifica en una emergencia, pero, fuera de ella (la LSCA no declara una emergencia de los medios), es preferible que se respeten los derechos adquiridos vigentes, especialmente cuando éstos, como en el caso, tienen un plazo de vigencia acotado en el tiempo. Todo ello, por lo demás, genera un alto incentivo para la inversión, la cual, de lo contrario, pierde interés y busca otros rumbos⁽¹¹²⁾.

(108) Ver disidencia del juez Maqueda en Resch, Héctor Juan v. M° del Interior - Policía Federal s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de seg., Fallos 327-4681 (2004) y en Daus, Oscar Normando v. M° del Interior y otros s/ daños y perjuicios, Fallos 329-2886 (2006).

(109) Raz, Joseph, *The Authority of the Law. Essays on Law and Morality*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 214.

(110) En tal sentido, Bianchi, Alberto B., *Dinámica del Estado de Derecho. La seguridad jurídica ante las emergencias*, Abaco, Buenos Aires, 1996, p. 93; Rogers, William y Wright Carozza, Paolo, *La Corte Suprema y la seguridad jurídica*, Abaco, Buenos Aires, 1995, p. 34; Bidart Campos, Germán J., *Derecho constitucional, realidad, normatividad y justicia*, Ediar, Buenos Aires, 1966, t. I, p. 111. Sobre la seguridad como prerrequisito de la justicia: Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del Derecho*, 18va. ed., Porrúa, México D.F., 2006, p. 618, cit. en Valim, Rafael, *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*, Malheiros, IDAP, São Paulo, 2010, p. 28.

(111) Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, 4ta. ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, t. I, p. 196, aludiendo a la estabilidad de conductas; Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 1997, ps. 175/178, refiriendo a inmunidad ante los cambios deliberados.

(112) Tal la tesis de Dalla Via, Alberto R., "La seguridad y el progreso económico", en su *Derecho constitucional económico*, 2da. ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, ps. 475/500.

Por último, hagamos una reflexión en torno a la efectividad real de la indemnización que el Estado argentino puede ofrecer en estos casos. Cuando el voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco dice que “*cualquier eventual perjuicio que pudiera sufrir el licenciatario como consecuencia de este proceso de desinversión podría ser reclamado con fundamento en los principios de responsabilidad del Estado por su actividad lícita*”, están aludiendo a un mundo ideal, en el cual el Estado paga puntualmente los créditos emergentes de los fallos judiciales. Bien sabemos, sin embargo, que la realidad es muy diferente y que el cobro de las condenas pecuniarias contra el Estado en la Argentina de nuestros días es casi una quimera.

Empecemos por reconocer que la situación de emergencia económica —y sus efectos en el cumplimiento de las sentencias de contenido pecuniario por parte del Estado demandado— en la Argentina ya es una enfermedad crónica. Es casi una “condición” de la vida cotidiana. En octubre de 2013 el Congreso dictó la Ley 26.896⁽¹¹³⁾ por medio de la cual se prorrogó por dos años más —hasta el 31 de diciembre de 2015— la vigencia de la Ley de Emergencia 25.561 sancionada en enero de 2002. Ello significa que esta emergencia económica se prolongará —hasta ahora— por espacio de casi catorce años. Si sumamos las emergencias económicas anteriores, desde 1984 a la fecha (Decreto 1096/1985; Ley 23.697 y Ley 25.344) comprobaremos que los últimos 30 años, desde el regreso a la democracia hasta el presente, los hemos pasado en situación de emergencia económica.

Este “estado de sitio económico permanente”, es más que suficiente para desterrar el mito del Estado *semper solvens* u “omnisolvente”, pues cada declaración de emergencia equivale, en los hechos, a una declaración de quiebra del Estado. Es que, por lo general, las emergencias vienen acompañadas de medidas propias de una quiebra, tales como la suspensión de juicios contra el Estado⁽¹¹⁴⁾

(113) BO 22/10/2013.

(114) L. 23696, art. 50 y ss. (“Suspéndese la ejecución de las sentencias y laudos arbitrales que condenen el pago de una suma de dinero dictadas contra el Estado Nacional y los demás entes (...) por el plazo de 2 años a partir de la fecha de vigencia de la presente ley (...”).

Dto. 34/1991, art. 1ro. (“Suspéndese por el término de 120 días la tramitación de los juicios que tengan por objeto el cobro de sumas de dinero contra la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, entidades autárquicas, empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal

(avalada judicialmente)⁽¹¹⁵⁾ y la consolidación de las deudas estatales, es decir, pago de las mismas en bonos, tal como ocurrió con las leyes 23.982 y 25.344.

A ello debe sumarse que las sentencias de condena contra el Estado no son ejecutables, ni siquiera en tiempos de normalidad. Hace ya mucho tiempo que la Argentina regresó al antiguo sistema de inejecutabilidad de las condenas pecuniarias contra el Estado y sus entes descentralizados, que había concluido en 1966 cuando la Corte resolvió el caso *Pietranera*⁽¹¹⁶⁾. Todo comenzó con el dictado del Decreto N° 679/1988 que reglamentó el art. 7° de la Ley 3952, cuya inconstitucionalidad fue señalada ampliamente en su mo-

mayoritaria, sociedades de economía mixta, servicios de cuentas especiales, obras sociales del sector público, bancos y entidades financieras oficiales nacionales y todo otro ente en que el Estado Nacional o sus entes descentralizados tengan participación total o mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias”).

Dto. 214/2002, art. 12 (“A partir del dictado del presente decreto, se suspende por el plazo de 180 días el cumplimiento de las medidas cautelares en todos los procesos judiciales, en los que se demande o accione contra el Estado Nacional y/o las entidades integrantes del sistema financiero (...) Por el mismo lapso se suspende la ejecución de las sentencias dictadas con fundamento en dichas normas contra el Estado Nacional, los Estados Provinciales, los Municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sus entidades autárquicas o descentralizadas o empresas o entes estatales, en todos los procesos judiciales (...”).

Dto. 320/2002, art. 3ro. (“Sustitúyese el art. 12 del Dto. 214/2002, el cual quedará redactado de la siguiente forma: ‘A partir del dictado del presente decreto, se suspende por el plazo de 180 días el cumplimiento de las medidas cautelares en todos los procesos judiciales, en los que se demande o accione contra el Estado Nacional y/o las entidades integrantes del sistema financiero, en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en el Decreto 1570/2001, en la L. 25.561, en el Decreto 71/02, en el presente decreto, en el Decreto 260/2002, en las resoluciones del Ministerio de Economía y en las circulares y demás disposiciones del Banco Central de la República Argentina dictadas en consecuencia y toda otra disposición referida a dicha normativa. Por el mismo lapso se suspende la ejecución de las sentencias dictadas con fundamento en dichas normas contra el Estado Nacional, los Estados Provinciales, los Municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sus entidades autárquicas o descentralizadas o empresas o entes estatales, en todos los procesos judiciales (...”).

Dto. 1316/2002, art. 1ro. (“Suspéndase por el plazo de 120 días hábiles el cumplimiento y la ejecución de todas las medidas cautelares y sentencias definitivas dictadas en los procesos judiciales a los que se refiere el art. 1° de la Ley [Antigoteo] 25587, las que se ejecutarán conforme lo previsto en el presente decreto. (...)).

(115) Videla Cuello, Marcelo sucesión de v. La Rioja, Pcia. de s/ daños y perjuicios, Fallos 313-1638 (1990).

(116) *Pietranera v. Nación*, Fallos 265-291 (1966).

mento por la doctrina⁽¹¹⁷⁾, posición ésta confirmada por los tribunales federales⁽¹¹⁸⁾ y siguió luego con la Ley 24.624⁽¹¹⁹⁾, luego regulada en forma permanente por la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto (Ley 11.672). Por virtud de los arts. 20 y 21 de la Ley 24.624, las sentencias de condena pecuniaria contra el Estado no son ejecutables; por el contrario, se pagan cuando el Estado decide —discrecionalmente— incorporarlas al Presupuesto.

Todo ello —que podría ampliarse con numerosas medidas parciales, vigentes o de objeto agotado⁽¹²⁰⁾—, brinda un panorama poco

(117) Tawil, Guido S., “El decreto 679/88 y la ejecución de sentencias condenatorias contra la Nación. Conclusión”, *La Ley* 1988-D, ps. 932-964; Chiappini, Julio O., “La inconstitucionalidad del decreto 679/88”, *Jurisprudencia Argentina*, 1988-III-746; Barra, Rodolfo C., “La inconstitucionalidad del decreto 679/88”, *La Ley* 1988-D-1184; Bidart Campos, Germán J., “El decreto 679/88: inicuo, injusto e inconstitucional”, *El Derecho* 131-484 (1989).

(118) *Vittar v. Empresa de Ferrocarriles Argentinos*, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, 14/10/1988.

(119) BO 29/12/1995.

(120) L. 24447 (BO 30/12/1994), art. 25: “*El 30 de junio de 1995 caducarán los derechos y prescribirán las acciones para petitionar créditos contra el Estado nacional o cualquiera de los entes comprendidos en la Ley N° 23.982 de causa o título anterior al 1° de abril de 1991, a excepción de las deudas provisionales y las que reclamen las provincias y los municipios. La extinción de las consecuentes obligaciones del Sector Público Nacional se producirá de pleno derecho; sin perjuicio de la extinción que ya se hubiere operado con anterioridad en cada caso en particular por el vencimiento del plazo de prescripción, o la caducidad del derecho respectivo*”.

L. 23110 (BO 9/11/1984), art. 32: “*Queda en suspenso hasta el 31 de diciembre de 1984, el plazo de un 1 año a que se refiere el art. 32 de la Ley de Contabilidad, con respecto a los libramientos correspondientes al ejercicio 1983 que se encuentren en la Tesorería General de la Nación, aun cuando dicho plazo se hubiere cumplido con anterioridad a la vigencia de la presente ley. No obstante, el Ministerio de Economía, por intermedio de la Secretaría de Hacienda, podrá autorizar la cancelación de los libramientos que por su carácter o condiciones no sean necesarios mantener en vigencia*”.

L. 23270 (BO 17/10/1985), art. 19: “*Queda en suspenso hasta el 31 de diciembre de 1985, el plazo de un año a que se refiere el art. 32 de la Ley de Contabilidad, con respecto a los libramientos correspondientes al ejercicio 1984 que se encuentren en la Tesorería General de la Nación, aún cuando dicho plazo se hubiere cumplido con anterioridad a la vigencia de la presente ley. No obstante, el Ministerio de Economía, por intermedio de la Secretaría de Hacienda, podrá autorizar la cancelación de los libramientos que por su carácter o condiciones no sea necesario mantener en vigencia*”.

L. 23410 (BO 9/12/1986), art. 19: “*Queda en suspenso hasta el 31 de diciembre de 1986, el plazo de un año a que se refiere el art. 32 de la ley de contabilidad, con respecto a los libramientos correspondientes al ejercicio 1985 que se encuentren en la Tesorería General de la Nación, aun cuando dicho plazo se hubiere cumplido con anterioridad a la vigencia de la presente ley. No obstante, el Ministerio de Economía, por intermedio de la Secretaría de Hacienda, podrá autorizar la cancelación de los libramientos que por su carácter o condiciones no sea necesario mantener en vigencia*”.

menos que desconsolador para el acreedor del Estado por deudas de dinero. A ello puede sumarse, ahora, el proyecto de ley de responsabilidad del Estado que está a consideración el Congreso⁽¹²¹⁾, por medio del cual se pretende limitar la indemnización al daño emergente, excluyendo el lucro cesante, disposición ésta que contradice la clásica jurisprudencia de la Corte en la materia⁽¹²²⁾.

En síntesis, la revocación de un derecho adquirido y su sustitución por una indemnización pecuniaria en la Argentina de hoy, no es una solución. Antes bien, es un castigo al acreedor impuesto por la legislación vigente, cuerpo normativo que ha sido cuidadosamente diseñado para impedir que el Estado pague puntualmente sus deudas dinerarias. Por ello, cuando el fallo comentado dice que la revocación de los derechos adquiridos debe ser indemnizada, está convirtiendo al titular de ese derecho en acreedor de un Estado que, o bien es insolvente, o bien posee todos los medios legales —que el propio Estado impulsa, fija o modifica— para pagar discrecionalmente.

L. 23526 (BO 5/8/1987), art. 19: “Queda en suspenso hasta el 31 de diciembre de 1987, el plazo de un año a que se refiere el art. 32 de la Ley de Contabilidad con respecto a los libramientos correspondientes al ejercicio 1986 que se encuentren en la Tesorería General de la Nación, aún cuando dicho plazo se hubiere cumplido con anterioridad a la vigencia de la presente ley. No obstante el Ministerio de Economía, por intermedio de la Secretaría de Hacienda, podrán autorizar la cancelación de los libramientos que por su carácter o condiciones no sean necesario mantener en vigencia”.

L. 23659 (BO 11/1/1989), art. 19: “Queda en suspenso hasta el 31 de diciembre de 1988, el plazo de un año a que se refiere el art. 32 de la Ley de Contabilidad, con respecto a los libramientos correspondientes al ejercicio 1987 que se encuentren en la Tesorería General de la Nación, aún cuando dicho plazo se hubiere cumplido con anterioridad a la vigencia de la presente ley. No obstante, el Ministerio de Economía, por intermedio de la Secretaría de Hacienda, podrá autorizar la cancelación de los libramientos que por su carácter o condiciones no sea necesario mantener en vigencia”.

(121) Mensaje Nro. 1780/13 y Proyecto de ley; iniciado: Diputados Expediente: 0009-PE-2013; publicado en: Trámite Parlamentario n° 172, fecha: 12/11/2013; Cámara revisora: Senado Expediente: 0062-S-2013; Diputados: Orden del Día 2704/2013. Puede ampliarse en www.comisiondcda.wordpress.com.

(122) Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SAICFI v. Dirección Nacional de Vialidad, Fallos 306-1409 (1984); Juncalán Forestal, Agropecuaria SA. v. Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios, Fallos 312-2266 (1989); El Jacarandá SA v. Estado Nacional s/ juicios de conocimiento, Fallos 328-2654 (2005); Zonas Francas Santa Cruz SA v. Estado Nacional, Fallos 332 1367 (2009); R.401.XLIII, Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra v. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios, 27/11/2012.

7. CONCLUSIONES

Negar que la LSCA fue el fruto del conflicto del gobierno de la Presidenta Cristina F. de Kirchner con el Grupo Clarín, sería un acto de ingenuidad o de hipocresía. De no haber mediado tal conflicto, es muy probable que la LSCA no hubiera sido nunca sancionada o, en todo caso, hubiera tenido una redacción diferente, tal vez más cuidada, con vocación de trascendencia.

Como consecuencia de su origen la LSCA tiene dos tipos de cláusulas: las motivadas en el conflicto, y las que están inspiradas en un horizonte un poco más elevado, al cual podríamos identificar como la “Sociedad de la Información”, que ha provisto la vestimenta institucional y el contenido de largo alcance a la urgencia episódica del conflicto.

De las normas de la LSCA impugnadas por el Grupo Clarín, podría admitirse —con visión benevolente— que el art. 45 se inspira en los fines institucionales, en la protección de la libertad de información del gran público. Los otros tres, en cambio, son hijos directos de la contienda.

Frente a esta división entre los artículos de la LSCA, la Corte Suprema tenía dos alternativas (a) tomar parte en el conflicto o (b) mantenerse al margen del mismo.

Ambas posiciones están reflejadas claramente en los votos de la mayoría y en los de la minoría.

La mayoría optó por arbitrar el conflicto entre el gobierno y Clarín y decidió a favor del primero. Los jueces Maqueda y Argibay, por el contrario, se mantuvieron al margen del conflicto: convalidaron los aspectos institucionales de la LSCA, pero preservaron para el Grupo Clarín —y para todos los habitantes de la República Argentina— el valor de los derechos adquiridos, impidiendo que una simple indemnización de daños y perjuicios pueda sustituirlos. Finalmente, el juez Fayt tampoco arbitró el conflicto, pero efectuó un fuerte escrutinio del interés público que invoca la LSCA para limitar el número de licencias.

Con ello, esta sentencia nos permite reflexionar sobre algo simple, pero importante en relación con el control de constitucionalidad. Es cierto que los jueces deben emplearlo con precaución

para no erigirse en legisladores. Pero tal abstención, válida frente a las cuestiones institucionales, deja de serlo cuando lo que está en juego son los derechos individuales agredidos por un gobierno en lucha contra un particular. Porque, en tal caso, y en la realidad, lo que pretende ser una abstención se transforma en un arbitraje en contra de los derechos adquiridos.