



*Ministerio Público de la Nación*

119/2010. SALA CIV. Y COM. FED. I.

GRUPO CLARIN S.A. Y OTROS C- PODER EJECUTIVO NACIONAL Y OTRO S-  
ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA.

**PROSECRETARIA DE JURISPRUDENCIA  
CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL**

Exma. Cámara:

Llega este asunto a conocimiento de V.E. en virtud de las apelaciones deducidas contra la sentencia de primera instancia que, en cuanto aquí interesa, reza como sigue: "FALLO: 1) Rechazando la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada Estado Nacional —Jefatura de Gobierno—. 2) Rechazando la acción declarativa de inconstitucionalidad promovida por Grupo Clarín SA, Arte Radiotelevisivo Argentino SA, Cablevisión SA, Multicanal SA, Radio Mitre SA y Teledigital Cable SA. 3) Ordenando como consecuencia de lo aquí decidido, y en virtud de las nuevas circunstancias configuradas, el inmediato levantamiento de toda medida cautelar dictada en el presente proceso" (fs. 3232 y vuelta).

V.E. me corre vista "a fin de que se expida acerca de los planteos de inconstitucionalidad efectuados" (fs. 3618).

Tales planteos de inconstitucionalidad se concentran en el rechazo de la acción declarativa que se menciona en el citado punto 2 de la parte resolutive del Fallo. Por tanto he de limitar mi dictamen a ese específico punto, sin perjuicio de lo que V.E. pueda resolver en su momento con respecto a lo demás también apelado, lo cual se justifica en virtud de los principios de economía procesal, celeridad y eventualidad.

Ello sentado, cabe destacar de antemano que al iniciar los fundamentos de su decisión el *a quo* puntualizó lo siguiente: "con carácter previo estimo imprescindible advertir que no he de seguir a las partes en todas sus argumentaciones, así como tampoco he de volcar en este fallo la totalidad del resultado del análisis de las pruebas producidas y de los planteos formulados en torno de ellas, sino que limitaré la exposición a aquéllos aspectos que sean conducentes o posean relevancia para decidir el caso, pues conforme lo tiene dicho reiterada doctrina y la interpretación del Alto Tribunal, y se sustenta en pautas elementales de buen sentido, los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de la partes sino precisamente aquéllas que sean relevantes para arribar a la solución definitiva (Fallos: 258:304; 262:222; 365:301; 272:225, entre muchos otros). Y en análogo sentido, también pongo de

  
LUIS OMAR SALOMON  
PROSECRETARIO DE CÁMARA  
OFICINA DE JURISPRUDENCIA

manifiesto que tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas ni hacerse cargo de la totalidad de los planteos que se formulan, sino abordar aquéllos aspectos que se estimen apropiados y relevantes para resolver la cuestión (Fallos: 144:611; 274:113; 280:3201, entre otros), por lo que habré de ceñir los desarrollos de este fallo a las argumentaciones y aportes probatorios que considere decisivos para emitir la decisión de mérito” (fs. 3218/3219).

Señalado esto, paso a analizar los diversos problemas a dilucidar en esta instancia, en cuanto compete a este Ministerio Público Fiscal.

## Impugnación constitucional

### 1. Principios y pautas generales

Como quedó dicho, V.E. me corre vista en atención a las aludidas impugnaciones planteadas con base constitucional, a cuyo efecto me parece pertinente formular de antemano una reseña de los principios y pautas con los cuales, en mi opinión, cabe analizar y resolver este tipo de cuestiones,

Por lo pronto, puede recordarse una vez más que tales pautas y principios fueron modernamente enunciadas con nitidez en la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, dictada el 24 de febrero de 1803 “in re” “Marbury v. Madison”, decisivo antecedente del sistema implantado entre nosotros sobre tales asuntos.

Allí, entre otros importantes argumentos, se dijo: “La esencia de la libertad civil (The very essence of civil liberty) consiste, ciertamente, en el derecho de todo individuo para reclamar la protección de las leyes, toda vez que recibe un daño. Uno de los primeros deberes del gobierno es otorgar dicha protección”.

Más adelante: “Los poderes de la legislatura se hallan definidos y esos límites no pueden ser equivocados ni olvidados, la Constitución está escrita. ¿Para qué propósito se han limitado los poderes y para qué propósito por escrito; si esos límites pueden ser en cualquier momento traspasados por aquellos a quienes se quiso limitar? La diferencia entre un gobierno con poderes limitados y no limitados se ha abolido, si aquellos límites no confirman a las personas a quienes se les impone, y si las leyes permitidas y las leyes prohibidas son de igual obligatoriedad. Es una proposición demasiado simple para ser discutida, o la Constitución controla cualquier acto legislativo repugnante a ella: o la legislatura puede alterar la Constitución por una ley común. Entre estas alternativas no hay posibilidad intermedia. La Constitución es o una ley superior, principalísima, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que los actos legislativos ordinarios, y como otras leyes, es alterable cuando a la legislatura le parece. Si la primera parte de la alternativa es verdadera, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley, si la última parte es verdad, entonces las

constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo, de limitar un poder ilimitable por su propia naturaleza”.

Luego: “Constituye enfáticamente un deber del poder judicial y es de su competencia, decir lo que la ley es. Aquellos que aplican la norma a casos particulares deben necesariamente explicar e interpretar dicha norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí, las cortes deben decidir cual es la efectiva. *Así si una ley se opone a la constitución: y ambas, la ley y la constitución se aplican a un caso particular, la corte debe o bien decidir el caso conforme a la ley dejando de lado la constitución, o bien conforme a la constitución dejando de lado la ley: la corte debe determinar cual de estas normas en conflicto rige el caso. Esto es de la misma esencia del deber judicial (This is of the very essence of judicial duty)* (énfasis agregado; la versión castellana transcripta ha sido tomada de “Marbury v. Madison (CRANGH’S REPORT- VOL. I –P.49)”, traducido por. Enrique Santiago Petracchi, en “Lecciones y Ensayos”, 1962-1963-, N° 25, Universidad de Buenos Aires- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, páginas 290, 301 y 302).

Como quedó dicho más arriba, principios semejantes han sido asumidos desde antiguo en nuestro derecho, tanto doctrinario como jurisprudencial. Cabe citar al respecto la sentencia de la Suprema Corte dictada el 11 de abril de 1874, publicada en la colección de Fallos: 14:425, donde puede leerse: “Esta ley, como toda ley de la Nación es obligatoria en todo su territorio; y todas las autoridades tanto nacionales como de las Provincias le deben respeto y obediencia (artículo treinta y uno de la Constitución); solo una razón puede obstar á que se aplique á los casos ocurrentes, y es que á juicio de la Suprema Corte, sea contraria á las prescripciones de la ley fundamental ó á los principios que le sirven de base. Toda la presente cuestión depende por lo tanto de investigar si la ley del Congreso es ó no repugnante á la Constitución; y de establecer para ello cuál es la verdadera significación de las cláusulas constitucionales referentes á la jurisdicción de la Corte. Al entrar en esa investigación, es necesario tener presente que, para que una ley debidamente sancionada y promulgada sea declarada ineficaz por razón de inconstitucionalidad, se requiere que las disposiciones de una y otra ley sean absolutamente incompatibles; que haya entre ellas una evidente oposición según la espresion (sic) del “Federalista” (número ochenta y uno, párrafo tercero). Así lo exige el respeto que se debe á los altos Poderes que concurren á la formación de las leyes. La incompatibilidad puede ser con la letra de la Constitución, ó solamente con su espíritu, es decir, con su verdadero significado cuando la letra es oscura ó dá lugar á diversas interpretaciones” (se intenta mantener la ortografía del original). Vale puntualizar que esta sentencia fue suscripta, entre otros jueces, por José Benjamín Gorostiaga y Salvador María del Carril, ambos constituyentes de 1853, por lo cual bien puede afirmarse que se trata de una interpretación auténtica de nuestra Ley Fundamental.

La evolución posterior de esta doctrina fue resumida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo dictado el 27 de noviembre último “in re”

“Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”. Allí el Alto Tribunal se pronunció a favor del control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio, aspectos éstos que no atañen al caso de autos. Sí, en cambio, son ahora relevantes lo afirmado por la Corte con respecto a ciertos alcances y límites del mentado control constitucional. Tales afirmaciones se encuentran en los párrafos que a continuación se transcriben.

“8°) Que con estas bases normativas, la doctrina atinente al deber de los jueces de efectuar el examen comparativo de las leyes con la Constitución Nacional fue aplicada por esta Corte desde sus primeros pronunciamientos cuando -contando entre sus miembros con un convencional constituyente de 1853, el Doctor José Benjamín Gorostiaga- delineó sus facultades para “aplicar las leyes y reglamentos tales como son, con tal que emanen de autoridad competente y no sean repugnantes a la Constitución” (Fallos: 23:37)”.

“9°) Que en esta senda se expidió el Tribunal en 1888 respecto de la facultad de los magistrados de examinar la compatibilidad entre las normas inferiores y la Constitución Nacional con una fórmula que resulta hoy ya clásica en su jurisprudencia: “es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos”. Tal atribución -concluyó la Corte- “es un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo ordinario” (Fallos: 33:162). Como es bien sabido, un año antes, en el caso “Sojo”, esta Corte ya había citado la autoridad del célebre precedente “Marbury vs. Madison” para establecer que “una ley del congreso repugnante a la Constitución no es ley” y para afirmar que “cuando la Constitución y una ley del Congreso están en conflicto, la Constitución debe regir el caso a que ambas se refieren” (Fallos: 32:120). Tal atribución encontró fundamento en un principio fundacional del orden constitucional argentino que consiste en reconocer la supremacía de la Constitución Nacional (art. 31), pues como expresaba Sánchez Viamonte “no existe ningún argumento válido para que un juez deje de aplicar en primer término la Constitución Nacional” (Juicio de amparo, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XVII, pág. 197, citado en Fallos: 321:3620)”.

Según surge de la doctrina transcripta, y sin perjuicio del posible control de oficio, toda persona de cualquier índole debidamente legitimada tiene en nuestro país el derecho de tachar de inconstitucionales las leyes cuya aplicación estiman que les causa agravios en tanto vulneran la Constitución Nacional. A su vez, todos y cada uno de los jueces nacionales competentes tienen la potestad, el derecho y el

deber de realizar el aludido control de constitucionalidad, admitiendo o rechazando los planteos impugnatorios formulados por las partes.

Ahora bien, los aludidos planteos están sujetos a determinados límites que no pueden soslayarse. Nótese que no podría ser de otra manera, ya que las potestades del Poder Judicial son limitadas, como son limitadas las potestades de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, cuyos titulares e integrantes han sido elegidos para el desempeño de específicas e importantes funciones, distintas de otras no menos específicas e importantes como las conferidas por la Constitución al Poder Judicial. Así, ni el Legislativo ni el Ejecutivo han sido elegidos para administrar justicia (ver, por ejemplo, el artículo 109 de la Constitución Nacional).

De la aludida división de poderes, órganos y funciones resulta un acotado ámbito para el control de constitucionalidad, que ha sido señalado por la propia Corte en el mismo caso "Rodríguez Pereyra" ya citado. Allí se lee:

"13) Que resulta preciso puntualizar, sin embargo, que el ejercicio del control de constitucionalidad ( ... ) por los magistrados debe tener lugar "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes" (confr. casos "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña" y "Gómez Lund y otros", citados). Desde esta perspectiva, *el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes. ( ... ) Como puede apreciarse, el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el Tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control*" (énfasis agregado).

"14) Que, en tal sentido, *cabe recalcar la jurisprudencia de esta Corte según la cual la declaración de inconstitucionalidad al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio de última ratio que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas (Fallos: 14:425; 147:286). Además, cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución (Fallos: 300:1029; 305:1304). En suma, la revisión judicial en juego, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, solo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad*" (énfasis agregado).

Desde luego que para cumplir la delicada y trascendente función de controlar la constitucionalidad de las leyes los jueces han de respetar y hacer respetar su

independencia, tanto con respecto a los otros poderes del Estado, como frente a cualquier otra entidad pública o privada, sean estas grandes o pequeñas, concentradas o no, teniendo solo en mira la realización de la justicia y del bien común. En el específico caso del Ministerio Público, la propia Constitución establece expresamente su autonomía funcional (Constitución Nacional, artículo 120). La ley 24.946, en sentido coincidente, en su artículo primero dice: "El Ministerio Público es un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (...) sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura". Debe quedar en claro que, en rigor, el Ministerio Público no es órgano que integre los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial cuando se alude a él como defensor de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

## 2. Los procesos cautelares y el control constitucional de las leyes

Cuando se requiere a los jueces declarar la inconstitucionalidad de una norma ello no puede decidirse durante el trámite de una medida cautelar, en la que solo cabe examinar provisionalmente la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, no para obstaculizar el dictado de la sentencia de fondo, sino para asegurar su adecuado cumplimiento. Se trata de impedir así posibles e innecesarios perjuicios, lo cual conduce –también– a la necesidad de limitar una desmesurada extensión temporal de lo meramente precautorio susceptible de frustrar los derechos de las partes. En esta línea de pensamiento, cabe recordar el artículo 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: "Carácter provisional. Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento". Al respecto, la Corte Suprema ha sostenido que "La resolución que dispone medidas cautelares es siempre provisional y debe ser modificada o suprimida atendiendo a la variación o a la invalidez de las circunstancias. No cabe invocar cosa juzgada material o formal respecto de las decisiones que decretan medidas precautorias" (Fallos: 269:131, considerando 7° y sus citas sobre el punto). En el estado actual del trámite nos hallamos en el curso de un proceso en el que se puede arribar a un pronunciamiento de fondo sobre los cuestionamientos constitucionales aludidos. Precisamente durante el prolongado diferendo que mantienen el llamado Grupo Clarín y el Estado Nacional V.E. dictó una medida cautelar el 13 de mayo de 2010 "in re" "Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares". Dijo entonces la Cámara: "8. De la normativa señalada se desprende, en lo que es pertinente para el presente conflicto, que por una parte el artículo 41 de la ley 26.522 impide la libre disposición de las licencias y autorizaciones –sin definir el ámbito temporal de aplicación de esta regla–, estableciendo excepciones que requieren previa autorización y que comprenden las transferencias resultantes del

desprendimiento de activos que resulta del art. 161 de la ley. Por otra parte, esta última norma obliga a los titulares a transferir las licencias que hoy explotan en tanto excedan los límites del nuevo régimen legal, y ello debe suceder en el plazo de un año y bajo apercibimiento de sanciones”.

“9. Atento lo precedentemente expuesto, el Tribunal advierte que la interacción simultánea y conjunta de ambas disposiciones legales conduce a una *desinversión forzada* que altera el régimen tutelado por la ley 22.285 (especialmente, las garantías del art. 53, inciso ‘h’ de la citada ley en materia de compensaciones), con prescindencia de los planes de inversión y de conductas consolidadas al amparo de situaciones conformes al decreto 527/05 (...) La situación expuesta torna verosímil que las demandantes se encuentren forzadas en un plazo sorpresivo, breve y fatal a vender las licencias que permitirían que una actividad sea económicamente sustentable y, a la vez, que les sea jurídicamente imposible en razón del artículo 41 de la ley 26.522, desprenderse de las licencias o autorizaciones cuya explotación no fuese redituable, *provocando en forma conjunta un efecto de indefensión patrimonial* que afecta la seguridad jurídica y pone en crisis el derecho de propiedad de las actoras (art. 17 y 18 de la Constitución Nacional)...”.

“10. Con respecto al peligro en la demora (...). Este requisito aparece configurado en forma patente respecto del art. 161 impugnado, pues el breve plazo establecido para concretar la obligación de desinversión forzosa para el tipo de empresa de que se trata -...- hace altamente improbable que se llegue a tiempo en el esclarecimiento de los derechos mediante sentencia a dictarse en el procedimiento judicial ordinario. En efecto, la alteración de las reglas de juego podría afectar la actividad periodística de las actoras, con claro desmedro de la libertad de prensa por conductas que serían manifiestamente incompatibles con los principios consagrados en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

“12. No obstante lo anterior, eliminado el efecto nocivo de la interacción de las dos normas impugnadas, en razón de la suspensión -que se confirma- de la aplicación del art. 161 de la ley 26.522, el Tribunal entiende que el art. 41 de la nueva ley contiene un principio conocido en el régimen anterior -la intransferibilidad de licencias salvo autorización de la Autoridad de Aplicación- cuyos alcances en la nueva regulación y diferencias eventualmente dañosas exigen un debate propio del proceso ordinario”.

Por lo transcripto y otros fundamentos, V.E. resolvió “confirmar la resolución apelada en cuanto ordena la suspensión de la aplicación del artículo 161 de la ley 26.522 respecto de las empresas actoras, y revocarla en lo que se refiere al artículo 41 de la ley 26.522”.

Ulteriormente, la Corte Suprema estimó que debía evitarse el mantenimiento *sine die* de la referida resolución anticipatoria, razón por la cual consideró conveniente la fijación de un límite temporal razonable para la medida cautelar que armonizara

el interés general en la aplicación de la ley frente a la defensa del derecho individual de propiedad del afectado. En cumplimiento de ello, la Cámara fijó un plazo de treinta y seis meses que fue calificado por la Corte como no irrazonable y ajustado “a los tiempos que insume la vía procesal intentada (acción meramente declarativa), a la prueba ofrecida por las partes en el sub examine y a la naturaleza de la cuestión debatida, cuya dilucidación no admitiría, en principio, una excesiva prolongación en el tiempo, sin afectar los intereses de ambos litigantes” (CSJN – Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional (Jefatura de Gabinete de Ministros) en la causa “Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares”, 22 de mayo de 2012, considerando 6°).

En este mismo considerando la Corte adujo que “no se advierte que, durante el lapso establecido, la medida cautelar pueda desnaturalizar la finalidad perseguida en la ley 26.522, máxime si se repara en que el plazo previsto en el art. 161 para que los titulares de licencias de servicios audiovisuales las adecuaran a las disposiciones de la ley recién concluyó a finales de 2011 ( ... ). En este sentido es dable señalar que la propia autoridad de aplicación no se ha mostrado demasiado apresurada en el proceso de implementación de la normativa en cuestión y ha prorrogado los plazos y suspendido las licitaciones, lo cual contradice en gran medida la afectación que dice sufrir como consecuencia de la decisión del *a quo*”.

Empero, la Corte rectificó el modo de computar el referido plazo, pues la Cámara había establecido que este debía contarse a partir de la fecha de notificación de la demanda y soslayó el hecho de que la medida cautelar había sido ordenada casi un año antes.

“Es decir –dijo la Corte- que, si bien las actoras obtuvieron una medida cautelar el 7 de diciembre de 2009 y promovieron la demanda el 4 de febrero de 2010, recién procedieron a notificarla el 17 de noviembre de ese año. De manera que, entre el dictado de la medida precautoria y la notificación de la demanda transcurrió un año, por la sola voluntad de las peticionarias, lo cual resultaría demostrativo de un interés más centrado en lo provisional que en la resolución definitiva del pleito. Así, de admitirse el criterio propuesto en el fallo apelado, que deja en manos de la parte beneficiada por la medida cautelar el momento en que debe comenzar el cómputo de razonabilidad de su vigencia, se daría lugar a especulaciones procesales que no sólo resultan incompatibles con la buena fe que debe guiar a las partes en el proceso sino que afectan seriamente la seguridad jurídica. (...) Por ello, y a los fines de brindar seguridad jurídica a las partes de modo compatible con el interés general, debe precisarse que: 1°) el plazo de un año previsto en el art. 161 de la ley 26.522 ha vencido en fecha 28 de diciembre de 2011; 2°) que dicho vencimiento no se aplica a la actora en virtud de la medida cautelar dictada en el presente caso” (pronunciamiento citado, considerando 7°).

Finalmente sentenció la Suprema Corte: “Por todo lo expuesto, ( ... ) se confirma la sentencia apelada en cuanto rechazó el pedido de levantamiento de la medida cautelar y fijó su plazo de vigencia en treinta y seis meses, y se la revoca en lo



relativo al momento desde el cual dicho plazo debe computarse, el que debe tenerse por iniciado a partir del 7 de diciembre de 2009. En consecuencia, a partir del 7 de diciembre de 2012 vence la suspensión del art. 161 de la ley 26.522 y se aplica a la actora. De ahí que estando su plazo para adecuarse a las disposiciones de la ley, vencido el 28 de diciembre de 2011, sea plenamente aplicable a la actora con todos sus efectos a partir de la fecha indicada” (Fallo citado).

En la misma sentencia se encuentran algunas aseveraciones que pueden resultar útiles para la sentencia final a dictarse sobre el problema de fondo. Así, en el respectivo considerando 10): “Que en cuanto a la protección de la libertad de expresión, esta Corte ha sido muy clara y consistente en su reconocimiento a lo largo de una extensa e importante jurisprudencia. Sin embargo, en la causa no hay más que una mención al tema, ya que la parte actora no aportó ningún elemento probatorio que demuestre de qué modo resultaría afectada esa libertad. Más aún, en sus escritos no hay más que menciones generales, pero no existen argumentos que relacionen directamente la norma de desinversión con la libertad de expresión. Ello resulta necesario, porque en todo el derecho comparado existen normas de organización del mercado en el campo de los medios de comunicación, sin que su constitucionalidad haya sido cuestionada de modo genérico. Debe existir una afectación concreta de la libertad de expresión para invalidar una norma de regulación de la competencia, lo que en el caso no se ha demostrado, al menos en el campo de la medida cautelar”.

De las sentencias descriptas emanadas de V.E. y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, surge que la medida cautelar dispuesta cumplió una función útil, que resiste las críticas que la parte demandada ha formulado. Nótese que, en definitiva, tendió a que la sentencia de fondo pudiera dictarse en mejores condiciones, pues se orientó a subsanar las complicaciones y las desinteligencias interpretativas atinentes a la aplicación de los artículos 41 y 161 de la ley, que debieron conjugarse con las distintas y sucesivas normas reglamentarias dictadas a partir del decreto 1225/2010 (sancionado el 31/8/2010 y publicado en el B.O. el 1/9/2010); además permitió que la parte actora pudiera defender los derechos que alega e, incluso, aportó elementos para apreciar de manera más ajustada la virtualidad de los presuntos agravios que la actora pudiera argüir sobre lo exiguo del tiempo legalmente previsto para proceder a la adecuación legal (ver sentencia de la Corte Suprema del 27 de diciembre de 2012 “in re” “Grupo Clarín S.A. y otros s/medidas cautelares”, especialmente considerandos 14 y siguientes). Según esto último, de acuerdo a principios emanados del propio Alto Tribunal, no podría ya aducirse un lesivo “plazo sorpresivo, breve y fatal”.

### 3. Examen de las cuestiones constitucionales planteadas

Sentado lo expuesto, cabe proceder a analizar las razones aducidas por el *a quo* para decidir como lo hizo, con el objeto de confrontarlas con las críticas formuladas por los apelantes.

Por lo pronto, cabe recordar que las actoras Grupo Clarín SA, Arte Radiotelevisivo Argentino SA, Cablevisión SA, Multicanal SA, Radio Mitre SA y Teledigital Cable SA promovieron “la acción prevista en el art. 322 del CPCCN contra el Poder Ejecutivo Nacional —Jefatura de Gabinete de Gobierno— a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 41, 45, 48 (segundo párrafo), 161 y concordantes de la Ley 26.522, y su inaplicabilidad respecto a las licencias y señales de las que eran titulares al momento de promulgarse la ley, con expresa imposición de costas”.

Al rechazar semejante pretensión, el magistrado comenzó sus consideraciones aduciendo que “el sustento constitucional de la ley 26.522 ha de ser enmarcado en las cláusulas de la Constitución Nacional y de los instrumentos internacionales (cuyas condiciones de vigencia y jerarquía han sido establecidas en el art. 75 inc. 22 de aquélla), en función de las cuales y a partir del precepto contenido en el art. 14 de nuestra Carta Fundamental, el acceso a la información es la primera escala en el camino hacia el conocimiento”.

El *a quo* enunció expresamente las siguientes fuentes normativas: “art. 4° de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 13.1 y 17 de la Convención sobre los Derechos del Niño”. Y agregó: “el poder regulatorio del Estado en punto al ordenamiento del espacio audiovisual resulta del art. 75, inc. 19, último párrafo CN, que contiene la cláusula del desarrollo humano la cual tiene estrecha relación con el precepto contenido en el art. 42 que consagra los derechos del consumidor y del usuario, y con el art. 43 que asigna jerarquía constitucional a la “competencia”.

El magistrado destacó lo atinente a la libertad de pensamiento y de expresión, las prerrogativas que comprende su ejercicio y goce efectivos, así como las prohibiciones a diversas formas de restricción (por vías o medios indirectos).

También citó doctrina emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la cual “los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática -...- el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo, de modo que la equidad debe regir el flujo informativo (causa “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” sentencia del 29.11.2011)”.

Asimismo adujo la Opinión Consultiva N5/85 CIDH donde se afirma: “Las dos dimensiones mencionadas de la libertad de expresión deben ser garantizadas

simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa -...- como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista. -...- Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, inter alia, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas (conf. Opinión Consultiva citada)".

Puntualizó el Juez: "Es de señalar la relevancia de los precedentes citados, pues como lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Fallos: 328:2056)".

A continuación el magistrado destacó lo que –en su criterio- comporta "en definitiva el aspecto medular de la controversia", a saber: "aquellas reglas y principios que en el particular supuesto de la regulación de los servicios de radiodifusión conciernen al orden público interno, con especial referencia a la naturaleza y alcances de los derechos resultantes de las licencias otorgadas para el uso de frecuencias empleadas en el desarrollo y prestación de los servicios de comunicación audiovisual".

"Así pues, -agregó- la Ley 26.522 regula los servicios de comunicación audiovisual y el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y el fomento de la competencia, y declara la actividad de dichos servicios como de interés público —...—, fijando los objetivos a que deben propender los mencionados servicios, y establece la competencia del Poder Ejecutivo Nacional a través de la autoridad de aplicación— a los fines de la administración, asignación, control y cuanto concierna a la gestión de los segmentos del espectro radioeléctrico (al que se asigna el carácter de bien público) destinados al servicio de radiodifusión (arts. 1, 2, 3 y 7 ley cit.)".

Destaca también la diferencia técnica fundamental que media entre la radiodifusión y la prensa escrita, "lo que determina que el derecho a la utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas como medio de expresión o comunicación admita mayor reglamentación y que ese derecho deba ser ejercido dentro de los límites que impone la naturaleza reducida del medio utilizado, los derechos de terceros y el interés público".

Puso de manifiesto que la actividad de los servicios de radiodifusión y televisión se encuentra reglado y requiere licencia de la autoridad, pues "el mecanismo de

habilitación deriva de un acto de autorización que consiste precisamente en la adjudicación de una licencia para la instalación y explotación de un servicio de radiodifusión". Añadió que la actividad de radiodifusión por parte de particulares está supeditada al otorgamiento de una licencia, y el derecho del licenciatario constituye un derecho "ex novo" que nace con el acto administrativo de otorgamiento, lo que hace que la licencia sea siempre constitutiva de derechos y no declarativa. Se trata —dijo el Juez— del "otorgamiento de un derecho nuevo al particular, que configura una excepción a una prohibición impuesta por una norma de policía en forma preventiva".

Invocó doctrina y jurisprudencia para afirmar que son amplias las facultades que tiene la autoridad competente para reglamentar el servicio, incluso modificando las condiciones de su prestación para adecuarlo a las cambiantes circunstancias fácticas y tecnológicas. Con apoyo en la doctrina nacional, el *a quo* puso de resalto que "la concesión crea dos situaciones jurídicas: a) una legal o reglamentaria, que es la más importante y domina toda la operación; b) otra contractual, pero que no es necesariamente de derecho civil, sino de derecho administrativo y que, como acto administrativo que es, atribuye derechos e impone obligaciones al concesionario. Cita jurisprudencia para indicar la importancia de la cuestión relativa a la facultad que la Administración tiene de modificar las condiciones y especialmente el funcionamiento del servicio público objeto de la concesión".

Agrega el Juez: "Y en el mismo orden el Alto Tribunal ha reconocido que las frecuencias deben ser sometidas al control y regulación del Estado Nacional, justificándose de tal modo una planificación ordenada mediante planes de adjudicación de frecuencias que permiten a las administraciones de telecomunicaciones compatibilizar sus asignaciones de frecuencias en el interior y con otros países del mundo, estableciéndose criterios racionales para fijar un patrón técnico a los fines de la asignación y distribución de las señales (conf. doct. Fallos: 319:998, causa "Comité Federal de Radiodifusión" del 20.06.96)".

Con cita de doctrina emanada de la Suprema Corte de los Estados Unidos, sostiene el *a quo* que la libertad de expresión, "no concede una absoluta inmunidad frente a la responsabilidad por excesiva concentración de propiedad a los operadores de las telecomunicaciones, de modo que la existencia de un régimen que articula los derechos de los operadores en ésta materia no limita la libertad de expresión, sino que por el contrario, la promueve".

Añade: "una inteligencia que prescindiera del análisis de las garantías involucradas, de los propósitos tenidos en cuenta para su adecuada tutela a los fines de garantizar el goce de los derechos, así como del debido resguardo de los principios de la competencia y las prerrogativas de usuarios y consumidores, antes que a preservar el predominio de la pluralidad informativa en la sociedad argentina —...— da por tierra con el sistema que el legislador organiza sobre la base del otorgamiento de licencias sujetas a normas técnicas que las limitan y sin cuyo

respeto no se edifica aquélla, ni se aseguran los beneficios de la libertad (conf. doct. Fallos: 318:359 "Pay TV SA" del 14.03.95)".

Argumenta el magistrado que "el art. 45 citado, tanto respecto de la cantidad de licencias en el orden nacional (ap. 1), como en el local (ap. 2), así como en cuanto concierne a la titularización de señales (ap. 3), no permite vislumbrar la afectación de la libertad de expresión (...); así como tampoco resulta de la causa ni ha sido demostrado, que tal regulación carezca de razonabilidad o los medios implementados resulten inadecuados o inconducentes al logro de las finalidades propuestas, y a la cabal tutela de los derechos de rango constitucional objeto de mención, todo lo cual conduce al rechazo de la impugnación en el ámbito que se lleva analizado".

Reitera el juez los principios de la relatividad de los derechos y del análisis que cabe realizar sobre la razonabilidad de las decisiones adoptadas por la autoridad, además de la regla según la cual el acierto o el error, el mérito o la conveniencia son aspectos sobre los cuales el Poder Judicial no debe pronunciarse, ni basarse en ellos para declarar la inconstitucionalidad de las leyes con la gravedad institucional que ello comporta.

No se advierte, según el Juez, "la existencia de un interés superior que autorice a prohibir lisa y llanamente —...—, que el sistema de licencias múltiples de radiodifusión sea objeto de un nuevo tratamiento, regulación y distribución, aún cuando ello determine claro está la imposibilidad de continuar con el ejercicio de los derechos que resultaban de algunas de las licencias otorgadas al amparo del régimen jurídico anterior; pues a partir de la elaboración y valoración de nuevas consideraciones de interés general y con la finalidad de resguardar los derechos de pluralidad y acceso a la información, han de considerarse de tal modo revocadas o "rescatadas" las licencias o concesiones conferidas a sus anteriores titulares, debiendo procederse a su adecuación y nueva asignación, temperamento que como se viera, ha sido adoptado por las autoridades legítimamente constituidas".

Sin perjuicio de ello, con cita del art. 2312 del C.C. y antecedentes jurisprudenciales, destaca el doctor Alfonso que "es preciso tener en cuenta también que la licencia de radiodifusión constituye un objeto inmaterial susceptible de valor, que conjuntamente con los objetos materiales afectados a un servicio de radiodifusión son bienes de la persona jurídica y concurren a conformar su patrimonio (...), por manera que si la necesidad de adecuación del grupo actor a la actual normativa, le impone desprenderse (desinvertir) de determinados medios, las consecuencias de orden económico patrimonial resultantes de ello, encontrarán adecuada e integral reparación por la vía indemnizatoria".

En semejante línea de pensamiento enfatiza el sentenciante: "los perjuicios de quien es titular de un derecho adquirido al goce de una licencia por el lapso para el que le fuera concedida, y que pudiere experimentar a consecuencia del deber de adecuarse a la nueva regulación y eventualmente desprenderse de activos, serían

en todo caso de índole patrimonial y por ende sujetos a un integral resarcimiento; y en tales condiciones, cualquier menoscabo de naturaleza económica que pudiera sufrir la actora o las empresas que componen el grupo —el que solo es susceptible de materialización, y efectiva concreción una vez implementada y finalizada la adecuación— deberá ser objeto del pertinente reclamo indemnizatorio en su oportunidad, por la vía y forma que corresponda, motivo por el cual tampoco se advierte el menoscabo concreto y actual a derechos constitucionales de naturaleza económica susceptibles de ser titularizados por las accionantes a consecuencia de las licencias de que en un futuro, eventualmente debieran desprenderse con motivo de la adecuación a la regulación vigente (art. 17 CN), todo lo cual determina el rechazo de la tacha”.

Con respecto a la aducida inconstitucionalidad de los arts. 41 y 161 de la ley 26.522, indica el *a quo* que como consecuencia de medidas cautelares la aplicación de los preceptos impugnados se encuentra suspendida respecto de la actora, “advirtiéndose que como resultado de todo ello han transcurrido hasta el presente más de tres años desde el dictado de la norma, plazo que se estima como razonable para que las accionantes de autos hubieran elaborado racional, conveniente y organizadamente un programa progresivo de adecuación, por lo que queda también sin efecto ni virtualidad actual el fundamento de la tacha formulada”.

Además, indica que la prohibición de transferencia de permisos y licencias, contenida en el art. 41 de la ley, no rige para supuestos como el aquí analizado, en virtud del propio texto del citado artículo 161 y de lo establecido en el decreto 1225/2010 (reglamentario de la misma ley). Según el magistrado, “resulta claro de los propios textos -...- que la libertad de transferencia de señales resultante de la adecuación voluntaria, constituye una prerrogativa explícitamente reconocida para aquellos titulares de licencias que deban desprenderse de activos a consecuencia de la nueva reglamentación, por manera que desde esta óptica el cuestionamiento carece de sustento lo que impone su rechazo”.

Por último precisa el juez que “si bien en la pieza de ampliación de demanda de fs. 123/124, la parte actora hizo mención a la existencia de los daños y perjuicios que causa a su parte la promulgación de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual -...- y de refinanciar deuda existente a tasas más convenientes (fs. 123 y vta. punto 2.1), “no puede ello ser considerado como un concreto y específico reclamo de daños y perjuicios susceptible de ser analizado y resuelto en esta causa”, pues -según el juez- no se han identificado adecuadamente las pretensiones aludidas, sin perjuicio de lo que la parte pueda invocar judicialmente sobre ello en el futuro.

#### 4. Apelación de la parte actora

A fs. 3244 el Grupo Clarín S.A., Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Cablevisión S.A., Multicanal S.A. y Radio Mitre S.A interponen recurso de apelación contra “lo decidido en los puntos 2) y 3) de la sentencia dictada en autos con fecha 14 de diciembre de 2012” (fs. 3244). A fs. 3255 el apoderado de la actora manifiesta que por un “involuntario error material” en el escrito de fs. 3244 no se incluyó entre los poderdantes a Teledigital Cable S.A., por lo que solicita que se conceda a esta entidad las apelaciones “en la misma forma y con los mismos efectos que le fue concedido a los restantes co-actores”.

Concedidos los recursos aludidos los impugnantes “expresan agravios” a fs. 3346 y siguientes.

Comienzan por formular una serie de “definiciones” que conforman una especie de “glosario”, en el cual precisan que con la palabra “constitucionalidad” significan también la noción de “convencionalidad” para poner de resalto que sus impugnaciones no solo se basan en el texto de la Constitución Nacional sino también los “tratados internacionales con jerarquía constitucional”. Además puntualizan que bajo la denominación “normas impugnadas” incluyen los artículos 41, 45, 48 (segundo párrafo), 161 y concordantes de la ley 26.522 (“LSCA” según el vocabulario que adoptan).

A continuación realizan un minucioso análisis de las fuentes jurisprudenciales asumidas por el *a quo*. Lo hacen, como no podía ser de otra manera, mediante reseñas y críticas favorables a los intereses que defienden. Ello, desde luego, no es reprochable desde el punto de vista del derecho de defensa en juicio, aunque no puede negarse que prácticamente siempre los precedentes invocados se atienen a circunstancias fácticas nunca idénticas, de manera que, en rigor, su valor como antecedentes solo alcanza a los principios y pautas que asumen y no a las aludidas contingencias fácticas de cada caso en particular.

Luego, sucesivamente, los actores enuncian sus agravios contra la sentencia bajo los siguientes títulos (se transcriben en forma literal, respetando, en lo posible, lo enfatizado mediante signos tipográficos especiales): 4.1. ARBITRARIEDAD E INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA. 4.1.1. La sentencia es arbitraria porque no hace mención alguna a la prueba producida y obrante en autos. 4.1.2. LA SENTENCIA ES INCONGRUENTE POR CUANTO IGNORA LO DETERMINADO EN LA AUDIENCIA DEL ART. 360 DEL CPPCN Y OMITIÓ RESOLVER PLANTEOS DE LA DEMANDA QUE HAN SIDO ACREDITADOS Y ALEGADOS. 4.1.3. LA PRUEBA QUE EL A QUO OMITIÓ TRATAR RESULTA ESENCIAL PARA LA CORRECTA SOLUCIÓN DE LA CAUSA. 4.1.4. LA SENTENCIA SE APOYA EN JURISPRUDENCIA NO APLICABLE AL CASO, TERGIVERSADA Y DISTORSIONADA Y EN LA MERA MENCIÓN FORMAL Y DOGMÁTICA, DE NORMAS CONSTITUCIONALES. 4.2. LA SENTENCIA AGRAVIA A MIS MANDANTES AL SER DENEGATORIA DE JUSTICIA POR CUANTO EN LA PRACTICA EL A QUO ABDICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, 4.2.1. Manifiesta reticencia del *a quo* a ejercer el control de constitucionalidad.

4.2.2. Omisión de actuar según la doctrina del fallo de CSJN “Rodríguez Pereyra” que faculta a los jueces a declarar la inconstitucionalidad de oficio, aunque no fuera solicitada por la parte afectada. 4.2.3. Virtual denegación de justicia, violación del debido proceso y falta de tutela judicial efectiva. 4.3. LA SENTENCIA NO ANALIZA LA RAZONABILIDAD DE LAS NORMAS IMPUGNADAS. 4.3.1. La omisión del a quo de efectuar el control de razonabilidad agravia al Grupo Clarín. 4.3.2. La sentencia no aplicó ningún criterio de control de razonabilidad. HECHOS Y DERECHOS ACREDITADOS Y ALEGADOS POR GRUPO CLARIN CUYA FALTA DE CONSIDERACIÓN EN LA SENTENCIA AGRAVIA A MIS MANDANTES. 4.3.2.1. Se acreditó lo irrazonable de los artículos impugnados de la LSCA y el perjuicio irreparable que su aplicación causaría a las libertades de imprenta, prensa y expresión de Grupo Clarín. 4.3.2.1.1. Se acreditó la irrazonabilidad genérica del artículo 45 desde el punto de vista económico y de la defensa de la competencia. 4.3.2.1.2. Se acreditó la irrazonabilidad particular del artículo 45 desde el punto de vista económico y de la defensa de la competencia. 4.3.2.1.3. Se acreditó la irrazonabilidad económica del artículo 161. 4.3.2.2. Se acreditaron los perjuicios que causaría la aplicación del inciso **1.c) del artículo 45** (las letras destacadas en negrita figuran en el original). 4.3.2.3. Se acreditaron los perjuicios que causaría la aplicación del inciso **1.b) del artículo 45** (las letras destacadas en negrita figuran en el original). 4.3.2.4. Se acreditaron los perjuicios que causaría la aplicación de las limitaciones previstas en los incisos **2.c) y d) del artículo 45** (las letras destacadas en negrita figuran en el original). 4.3.2.5. Se acreditaron los perjuicios que causaría la aplicación de las limitaciones previstas en los incisos **3.a) y b) del artículo 45** (las letras destacadas en negrita figuran en el original). 4.3.2.6. Se acreditaron los perjuicios que causaría la aplicación de las limitaciones del artículo 45 relacionados con los costos financieros y el acceso al mercado de capitales. 4.3.2.7. Se acreditaron las pérdidas de eficiencia que sufrirían mis mandantes por la aplicación de los artículos 45 y 161. 4.3.2.8. Se acreditó el daño al interés económico general y al bienestar de los consumidores que causaría la aplicación de los artículos 45 y 161. 4.3.2.8.1. Se acreditó el impacto sobre los precios, y es bienestar económico general resultante de la pérdida de economías de escala, alcance y densidad. 4.3.2.8.2. Se acreditó que la organización del mercado de televisión por cable resultante del artículo 45 sería mucho más ineficiente y la industria de la televisión por cable y de acceso a Internet sufrirían graves retrocesos. 4.3.2.8.3. Se acreditó que la aplicación del artículo 43 afectaría la aplicación del servicio de internet que bajo la marca Fibertel presta Cablevisión. 4.3.2.8.4. Se acreditó el impacto sobre los precios, y el bienestar económico general resultante de la pérdida de economías de escala, alcance y densidad. 4.3.2.9. Se acreditó el daño patrimonial que a las inversiones realizadas por mis mandantes causaría la aplicación retroactiva de las normas impugnadas. 4.4. LA SENTENCIA CONFUNDE LOS PROPÓSITOS OBJETIVOS Y ALCANCES DE LAS NORMAS ANTIMONOPÓLICAS, ASI COMO LA



SITUACIÓN DEL GRUPO CLARIN AL RESPECTO. 4.4.1. El marco normativo aplicable a la defensa de la competencia y el interés económico general. 4.4.2. La Resolución 257/07 que aprobó la operación de concentración entre Cablevisión y Multicanal por no ser distorsiva de la competencia ni perjudicar al interés económico general. 4.4.3. El Principio 12 sobre Libertad de Expresión de la CIDH dispone expresamente que los medios de prensa se encuentran sujetos a leyes antimonopólicas de carácter general, pero que en ningún caso podrá haber leyes exclusivas para medios de comunicación. 4.5. LA SENTENCIA IGNORA LAS ESTRIDENTES VIOLACIONES AL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN QUE INCURREN TANTO LAS NORMAS IMPUGNADAS COMO EL ACCIONAR DEL AFSCA. 4.6. LA SENTENCIA DESCONOCE FLAGRANTEMENTE EL DERECHO DE PROPIEDAD DE MIS MANDANTES SOBRE SUS LICENCIAS Y ACTIVOS DESTINADOS A EXPLOTARLAS. 4.6.1. Agravia a mi parte que pese a admitir que las licencias integran el patrimonio de mis mandantes, no les otorgue la tutela del derecho de propiedad. 4.6.2. Agravia a mi parte que el *a quo* construya un absurdo y ajeno a derecho silogismo para justificar el despojo de los bienes que mi mandante utiliza para su actividad como medio de prensa. 4.6.3. Agravia a mi parte que el *a quo* mediante malabarismos jurídicos invierta la pirámide normativa y subordine los derechos y garantías constitucionales a los apetitos y rencores del gobierno de turno. 4.6.4. Agravia a mi parte la confusión del *a quo* sobre los medios audiovisuales que utilizan el espectro radioeléctrico y los que no lo hacen. 4.6.5. Agravia a mi parte que LA SENTENCIAL (sic) desnaturalice la naturaleza jurídica de los medios de comunicación audiovisual al considerarlos concesiones administrativas y no medios de prensa. 4.6.6. Agravia a mi parte que LA SENTENCIA otorgue al Estado un desmesurado y discrecional poder de policía en materia de medios de comunicación audiovisual que en la práctica funciona como un mecanismo de censura y domesticación de la prensa independiente. 4.6.7. LA SENTENCIA omite considerar el DNU 527/05, posteriormente ratificado por el Congreso Nacional constituye un acto propio del Estado Nacional contradictorio con la LSCA. 4.6.8. LA SENTENCIA autoriza a que el Estado Nacional realice una confiscación. 4.6.9. Los derechos adquiridos. La inviolabilidad de la propiedad. 4.7. LA SENTENCIA RESULTA VIOLATORIA DEL DEBER CONSTITUCIONAL DE PREVENCIÓN DEL DAÑO. 4.7.1. Mi parte se agravia porque la sentencia recurrida considera que la violación de los derechos constitucionales debe ser tolerada y luego suplida por una indemnización de daños y perjuicios posterior. 4.7.2. Mi parte se agravia por cuanto LA SENTENCIA no reconoce los daños concretos y actuales que ya le causan las normas impugnadas. 4.7.3. Arbitrario desconocimiento del preciso y concreto reclamo indemnizatorio contenido en la demanda. 4.7.4. Arbitraria omisión de evaluar las pruebas que demuestran la existencia y alcances del daño reclamado. 4.7.4.1. Ya al iniciar las medidas cautelares, mi mandante acompañó un informe (ver Anexo 12 de dicho incidente) que daba cuenta de la caída del valor de sus acciones

como consecuencia de la sanción de la ley impugnada. 4.7.4.2. Por otro lado, al contestar el pto. "1" de la prueba contable ofrecida por mi parte, el perito contador detalla las tasas de interés abonadas por Cablevisión entre octubre de 2009 y septiembre de 2011 y, comparándolas con las tasas de endeudamiento de las compañías seleccionadas como comparables, concluye que la principal empresa del Grupo Clarín, durante dicho período, habría pagado un mayor valor de intereses de entre \$28 millones y \$68 millones. 4.8. LA SENTENCIA CONFUNDE LOS MOTIVOS POR LOS QUE CLARIN IMPUGNÓ EL ARTICULO 161 (AÑO DE DESINVERSION CONTRA TRES AÑOS DE PROCESO). 4.8. (sic). AGRAVIA A MI PARTE QUE LA SENTENCIA CONFUNDA LOS ALCANCES DE LA IMPUGNACION DE MIS MANDANTES AL ARTICULO 41. 4.9. AGRAVIA A MIS MANDANTES QUE LA SENTENCIA IGNORE EL IMPUDICO ATROPELLO DE LAS NORMAS IMPUGNADAS A LAS LIBERTADES DE PRENSA Y EXPRESION DE MIS MANDANTES. 4.9.1. Las pericias técnicas obrantes en autos acreditan el daño irreparable que sufrirían las libertades de prensa y expresión de mis mandantes en caso de aplicarse las normas impugnadas. 4.9.2. LA SENTENCIA desconoce el carácter superlativo de las libertades de prensa y expresión. 4.9.3. LA SENTENCIA contrapone artificial y forzadamente las libertades de prensa y expresión al derecho de acceso a la información. 4.9.4. Agravia a mis mandantes que la sentencia pretenda que solo los medios gráficos de comunicación cuenten con una tutela plena para su libertad de prensa en tanto los medios audiovisuales, ocupen o no espacio radioeléctrico, solo contarían con una precaria y subordinada al poder gubernamental. 4.10. EL CONJUNTO ACUMULADO DE FALENCIAS Y ERRORES DE LA SENTENCIA RESULTA EN UN AGRAVIO DE TAL MAGNITUD QUE HACE NULA A LA SENTENCIA. 5. LA SENTENCIA NO HA SIQUIERA CONSIDERADO EL PLANTEO EFECTUADO POR MI PARTE SOBRE EL PERJUICIO QUE OCASIONAN LAS NORMAS IMPUGNADAS A LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURIDICA DE MIS MANDANTES. 6. CONTEXTO SOCIO POLITICO Y DE GRAVEDAD INSTITUCIONAL OMITIDO POR EL A QUO AL DICTAR SENTENCIA Y QUE V.E. DEBE TENER EN CUENTA AL RESOLVER LA CUESTION DE AUTOS. 6.1. CAMPAÑA "CLARIN MIENTE". 6.2. USO Y ABUSIVO Y CONTRARIO A LA LEYDE LA CADENA NACIONAL DE RADIODIFUSION. 6.3. Difusión de spots de propaganda oficialista con ataques a políticos opositores y medios independientes en Futbol para Todos. 6.3.1. Contra el Gobierno de la CABA por la transferencia de los subterráneos. 6.3.2. Reclamo de la Provincia de Córdoba por deudas de la Nación. 6.3.3. Expropiación de la empresa Ciccone. 6.3.4. Expropiación de la empresa Ciccone. 6.3.4. Consecuencias del 7D para "la cadena del desánimo". 6.4. Escandaloso manejo de la publicidad oficial y de prebendas gubernamentales para fidelizar a medios de comunicación social. 6.4.1. A lo antedicho debe agregarse la escalada gubernamental contra la justicia independiente y las denuncias y amenazas contra jueces y Consejeros de la Magistratura y miembros de la Suprema Corte de

Justicia por parte de los más altos funcionarios y operadores gubernamentales; así como las temerarias declaraciones y actitudes del Presidente del AFSCA; el proyecto de reforma constitucional que pretende perpetuar en el poder al elenco gobernante y la increíble degradación institucional que ha vivido nuestro país en los últimos años, todos ellos hechos notorios y que V.E. conoce acaso mejor que yo. 7. CONCLUSION. 8. DERECHO. 9. RESERVA DEL CASO FEDERAL. 10. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. RESERVA DE CONCURRIR ANTE LA CIDH.

El Estado Nacional –Jefatura de Gabinete de Ministros- contesta agravios a fs. 3457/3615, a cuyos argumentos se adhiere la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (fs. 3616/3617).

A mi parecer, los agravios de la actora titulados en la forma antedicha pueden dividirse entre los que versan sobre las circunstancias fácticas y normativas que el magistrado consideró suficientes para la solución del asunto, y aquellas que no tuvo en cuenta omitiendo analizar medios probatorios ofrecidos por la parte. Señalo que tal selección es una facultad privativa del juez de la causa en tanto no incurra en arbitrariedad. El ejercicio de tal facultad fue anunciado y destacado por el sentenciante desde los comienzos de su pronunciamiento, tal como se indicó *supra*.

Con respecto a estos aspectos, cabe destacar que el *a quo* se atuvo a jurisprudencia corriente atinente al artículo 386 del Código Procesal, que reza como sigue: **Art. 386.** – “Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa”.

Sobre esto, puede citarse a título de mero ejemplo lo siguiente: “La tacha de arbitrariedad no cubre las discrepancias del recurrente respecto de la ponderación de las pruebas efectuadas por los jueces de la causa, y la sola omisión de considerar determinada prueba no configura agravio atendible si el fallo pondera y decide aspectos singulares de la cuestión y la resuelve con otros elementos de juicio” (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 329:2206). También: “Los jueces no están obligados a tratar todos los argumentos utilizados por las partes sino sólo aquéllos que estimen decisivos para la solución del caso.- Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema- (Fallos: 329:1951, En igual sentido: 326:4675, 324:3421, 311:1191, 311:836, 310:2012, 310:1835, 308:2172, 308:2263, 303:1947, 301:970, 297:255, 278:271). Además, “Los jueces no están obligados a tratar todas las argumentaciones de las partes sino sólo aquéllas que se estimen decisivas para la solución de la controversia y el fundamento de sus conclusiones” (Fallos: 320:2289).

Para una mejor interpretación de todo ello, puede asumirse la distinción formulada por Lino E. Palacio entre *pertinencia*, *admisibilidad* y *atendibilidad* de la prueba. Dice el autor citado: "Entiéndese por *pertinencia* de la prueba la adecuación entre los datos que ésta tiende a proporcionar y los hechos sobre que versa el objeto probatorio. Se trata de una noción relacionada con la *idoneidad* de la prueba". Para Palacio, "la *admisibilidad* de la prueba se relaciona, en cambio, con la legalidad (posibilidad jurídica) del medio propuesto para producirla o con el tiempo o la forma de su ofrecimiento o agregación", y la *atendibilidad* de la prueba "hace a la eficacia de aquélla para crear, en un caso concreto, la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes. La *atendibilidad* supone la previa *valoración* de la prueba producida en el proceso, y sólo puede extraerse, por lo tanto, del contenido de la sentencia" (Lino Enrique Palacio, "Derecho Procesal Civil", Tomo IV, Actos Procesales, Segunda Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, págs. 358/361).

Según lo expuesto, el juez tiene la posibilidad de admitir la producción de prueba no manifiestamente *impertinente* y también de prueba que en definitiva resulte *inatendible*, lo cual comporta que a la hora de dictar sentencia puede desestimarlas e inatenderlas incluso de modo no necesariamente expreso y puntual. El sentenciante puede legítimamente hallar argumentos suficientes ajenos a tales pruebas para fundar su pronunciamiento, lo cual solo puede acontecer en oportunidad de dictar sentencia definitiva y no en fases previas, como la oportunidad prevista en el artículo 360 del Código Procesal. Es que, como indica Hugo Alsina, "El juez aprecia la prueba en la sentencia definitiva, porque es recién entonces cuando puede darse cuenta exacta, por la consideración en conjunto de las diligencias acumuladas, de su pertinencia y eficacia en relación a los hechos alegados" (Hugo Alsina, "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", Tomo III, Segunda edición, Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires, 1958, pág. 301. En el mismo sentido: "Fassi, Maurino, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes". Comentado, anotado y concordado. Tomo 3. 3ra. Edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, pág. 465).

En mi criterio, en la especie es relevante una distinción que algunos admiten entre los efectos propios y comunes de los hechos, y las consecuencias ajenas que pueden resultar de ellos según contingencias y situaciones dispares. Así puede leerse en Augusto C. Belluscio- Eduardo A. Zannoni, "CODIGO CIVIL y leyes complementarias, Comentado, anotado y concordado", Tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979, página 21: "**Las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas.** Se controvierte en doctrina respecto de la distinción entre los efectos de un hecho y las consecuencias de él. Efectos son las derivaciones necesarias de un hecho o acto; las consecuencias, en cambio, sólo se producen con ocasión del hecho o acto, no teniendo a éste como causa eficiente, sino simplemente como concausa." Me parece importante atenerse analógicamente a

tal distinción a la hora de interpretar las normas jurídicas, pues en estas sus “efectos” propios –en el sentido indicado- surgen de su propio texto y sus consecuencias, en cambio, pueden ser fortuitas y dependientes de cambiantes circunstancias particulares. Nótese que la impugnación constitucional de una ley debe realizarse según el propio texto de ésta y no según contingencias circunstanciales y de algún modo “externas”. Esto es lo que acontece con el señalamiento de los perjuicios económicos y técnicos, que según los apelantes, la *aplicación* de la ley de medios ocasionaría a los actores en particular y a los servicios de comunicación audiovisual en general. Sobre tales perjuicios versan algunas de las alegaciones de la parte actora y también, en general, de la prueba pericial producida, que se pronuncia en términos conjeturales sobre aquellos perjuicios, términos conjeturales que incluso a veces se presentan mediante posibles distintos “escenarios” que podrían verificarse en el futuro. Adviértase que no se trata de negar autoridad a los peritos, sino poner de resalto que en sus trabajos se ponen en primer plano posibles situaciones y consecuencias dañosas que no se siguen *necesariamente* de la ley, lo cual no alcanza para declarar la inconstitucionalidad de normas legales. Debe insistirse que en este dictamen nos hallamos en el ámbito de una acción declarativa de inconstitucionalidad y no ante una acción de daños y perjuicios.

Algo semejante cabe destacar cuando los recurrentes se detienen en circunstancias de oportunidad, mérito y conveniencia, lo cual comporta valoraciones o estimaciones coyunturales y cambiantes. Ellas no bastan, por ejemplo, para fundar la ilegitimidad de los actos administrativos. Menos aun alcanzan para tachar de inconstitucionales las leyes en virtud de tales inconcluyentes valoraciones.

Puede, efectivamente, opinarse sobre ello incluso en severos términos (aunque nunca en términos injuriosos, especialmente impropios en los litigios judiciales). Puede –desde luego- discutirse el acierto o el error con que las leyes encaran aspectos técnicos –o tecnológicos- o consecuencias económicas, pero las posibles discrepancias no permiten, de suyo, sostener una inconstitucionalidad ni hacer prevalecer el propio opinable criterio por sobre el de los legisladores. Es obvio que ni los abogados litigantes ni los peritos ni los fiscales ni los jueces son legisladores. Esta última aseveración no comporta, desde luego, negar el control judicial de la constitucionalidad y convencionalidad de las leyes, sino indicar las inherentes limitaciones de tal control, señaladas en innumerables precedentes por la Corte Suprema, incluso en la tan reciente sentencia dictada “in re” “Rodríguez Pereyra” ya citada en este expediente.

## 5. El derecho de propiedad y los derechos adquiridos

Mayor pertinencia con respecto a la impugnación constitucional encuentro en las objeciones formuladas por los actores sobre la base del derecho de propiedad y de los derechos adquiridos.

Por lo pronto, es necesario reconocer la polisemia o diversidad de sentidos que encierra la palabra "propiedad", tanto desde el punto de vista del lenguaje común y corriente como desde el punto de vista técnico-jurídico.

Como indica Germán Bidart Campos, "7.-*Propiedad* en sentido constitucional es más -y mucho más- que propiedad o dominio en la codificación civilista, donde se mueve en torno de los derechos reales" (Germán Bidart Campos, "Manual de la Constitución Reformada", Tomo II, Editorial Ediar, 1997, páginas 117/118).

El propio Bidart Campos enseña: "El concepto genérico de propiedad constitucional, que engloba todas sus formas posibles, ha sido acuñado por la jurisprudencia de la Corte al señalar que el término "propiedad" empleado en la constitución comprende *todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad*, con lo que *todos los bienes susceptibles de valor económico* o apreciables en dinero alcanzan nivel de derechos patrimoniales rotulados unitariamente como derecho constitucional de propiedad" (idem). El mismo autor ensaya una enumeración no taxativa del "contenido" en el derecho de propiedad consagrado en la Constitución Nacional, a saber: "A) El derecho de *dominio* y sus *desmembraciones*, de acuerdo con la legislación común", "B) Las *concesiones de uso sobre bienes del dominio público*", "C) Las *concesiones* que reconocen como causa a una delegación de la autoridad del estado a favor de particulares", "D) Los *derechos y las obligaciones emergentes de contratos*", "E) Los actos jurídicos de *disposición y uso* de la propiedad", "F) Los *derechos "adquiridos"* e ingresados al patrimonio". Bidart Campos se detiene especialmente en este punto, estrechamente vinculado a lo que concierne a la *Irretroactividad de la ley* (Germán J. Bidart Campos, obra y tomo citados, páginas 118 y siguientes).

Claro que el mismo recordado tratadista y profesor se encarga de puntualizar que el derecho de propiedad que reconoce con amplitud la Constitución no es *absoluto sino relativo*, y admite limitaciones, entre las cuales menciona las *restricciones administrativas* que –según él dice– "se imponen en beneficio del público o de la colectividad" (página 130 de la obra citada), y las limitaciones "sociales" incrementadas, sostiene nuestro autor, "una vez asumido el constitucionalismo social y tomadas en cuenta las normas incorporadas a la constitución por la reforma de 1994" (obra citada, página 131).

No deja de puntualizar "un *principio general* de nuestro derecho constitucional, según el cual cuando un derecho patrimonial cede por razón de interés público o general frente al estado, o sufre daño por actividad del estado o de los particulares, *el daño debe ser indemnizado*, tanto si la actividad que los produce es ilícita o ilegítima cuando si es lícita o legítima"(idem, página 130).

En apoyo de sus conclusiones Bidart Campos cita expresamente el *Pacto de San José de Costa Rica* que “enfoca en el art. 21 el derecho de propiedad privada con esta fórmula: “1. Toda persona tiene el derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley” (ob. cit., pág. 132).

Observo que si estas consideraciones pueden formularse en la órbita del derecho constitucional, conclusiones no demasiado distintas pueden hallarse en la doctrina civilista.

Así, Marina Mariani de Vidal, en su importante “Curso de Derechos Reales” (Tomo 1, Sexta Edición, Editorial Zavallia, Buenos Aires, 2000), distingue “propiedad y dominio”, y pone en primer plano “cuestiones sobre el significado técnico de ambos vocablos e importancia desde el punto de vista constitucional” (obra citada, página 266).

Al respecto señala que “el Código Civil utiliza generalmente en forma indistinta los términos “propiedad” y “dominio”, pero también emplea el primero como sinónimo de “derecho real” (ej.: arts. 2351, 2757, 2758, 3766) y aun de derecho patrimonial (ej.: arts. 732, 1457, 1459) (ibídem). Pero, agrega, “en el Derecho moderno, ... , la relación se ha invertido: propiedad es el término genérico, dominio, el específico y técnico” (obra citada, pág. 267).

Y se formula la siguiente pregunta: “¿qué derechos ampara la garantía constitucional de la propiedad? O dicho en otros términos: ¿la garantía constitucional de la propiedad ampara sólo al derecho de dominio, técnicamente definido en el art. 2506 Cód. Civ., o tiene un alcance más amplio? (págs. 268/269).

Para responder este interrogante cita precedentes emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre los cuales transcribo el que me parece más significativo sobre este punto: “Caso “Bourdieu, Pedro c/ Municipalidad de la Capital” (Fallos: 145:307) “Que en cuanto al primer fundamento, debe observarse que las palabras “libertad” y “propiedad”, comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en su *sentido más amplio*. El término “propiedad” cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de este estatuto, *comprende*, como lo ha dicho esta Corte, “*todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad*”. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de “propiedad” (obra citada, págs. 270/271).

También la autora se detiene en lo siguiente: “Concepto y definición del dominio en el Código Civil: especialmente análisis del art. 2506 y su nota”. Sobre ello dice:

"Concepto de dominio. Es el más amplio derecho de señorío que puede tenerse sobre una cosa, el que constituye la *plena in re potestas*, el derecho real que confiere la mayor cantidad de facultades que es posible tener sobre su objeto. Con ello no quiere expresarse, como a veces se piensa, que es un derecho ilimitado y sujeto al arbitrio individual, ya que, como todo derecho, el dominio tiene un estatuto regulador que implica la existencia de restricciones a la exclusiva voluntad del titular y que conforma su contenido normal". Y añade: "La nota al art. 2506 Cód. Civ. establece que el dominio es: "...la reunión de todos los derechos posibles sobre una cosa, un derecho completo..." mas la nota al 2508 determina que ello es así : "...con la reserva que no existe... sino en los límites y bajo las condiciones determinadas por la ley, por una consideración esencial a la sociedad: el predominio, para el mayor bien de todos y de cada uno, del interés general y colectivo, sobre el interés individual". Son llamativas las opiniones vertidas por el propio codificador Dalmacio Vélez Sarsfield en las notas parcialmente transcritas. La doctora Mariani de Vidal parece admitir el derecho de propiedad como el *género*, en tanto el derecho real de dominio como una *especie* de dicho *género*. Al respecto dice: "Si concebimos al derecho de propiedad como el género, identificable con todo derecho subjetivo incorporado al patrimonio, el dominio sería el derecho de propiedad sobre las cosas, que brinda la mayor cantidad de facultades que un derecho puede otorgar sobre las mismas, concretadas en los tres *ius* del Derecho romano: *utendi* (derecho de uso), *fruendi* (derecho de goce) y *abutendi* (derecho de disposición)" (obra citada, págs. 271/272).

Lo expuesto parece coincidir con los principios que inspiran la jurisprudencia dominante en la Corte sobre el concepto constitucional de propiedad: distinguir el derecho de propiedad del derecho real de dominio, como el "género" se distingue de la "especie".

En este sentido, puede recordarse el caso "Piccione Cayetano SA Ltda. c/ Reyes Alberto", publicado en la colección de Fallos: 252:26 donde puede leerse: "El derecho de propiedad no consiste solamente en el derecho de dominio. Comprende todo lo que integra el patrimonio, ya sean derechos reales o personales, bienes materiales o inmateriales (Voto del Doctor Luis María Boffi Boggero)".

Y en el más reciente caso "Cuello, Patricia Dorotea c/ Lucena, Pedro Antonio", publicado en la colección de Fallos: 330:3483: "El vocablo propiedad, empleado por la Constitución comprende todos los intereses apreciables que un ser humano puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones privadas sea que nazca de actos administrativos, integra el concepto constitucional de propiedad a condición, de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en el goce del mismo (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti)".



Ello sentado, me parece que los actores ponen los derechos que alegan al amparo del concepto constitucional de propiedad, y no del derecho real de dominio propio del derecho civil. A la luz de esta premisa cabe analizar los derechos adquiridos invocados por los actores y lo atinente a la no retroactividad de la ley, conjugado todo ello con el orden público declarado en la misma ley.

Al invocar la incidencia de la noción de "derecho adquirido" en este asunto es conveniente transcribir el artículo 165 de la llamada ley de medios y conjugarlo con otras normas y principios, como, por ejemplo, el Artículo 3 del Código Civil y el artículo 13 de la ley 19.549.

El citado artículo 165 de la ley 26.522 reza como sigue: "Las disposiciones de esta ley se declaran de orden público. Los actos jurídicos mediante los cuales se violaren las disposiciones de la presente ley son nulos de pleno derecho". A su vez, el mencionado artículo 3 del Código Civil establece: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias". El artículo 13 de la Ley nacional de procedimientos administrativos N° 19.549 dispone: "El acto administrativo podrá tener efectos retroactivos -siempre que no se lesionaren derechos adquiridos- cuando se dictare en sustitución de otro revocado o cuando favoreciere al administrado".

Por lo pronto, corresponde destacar la primacía de las pautas que aparecen en el transcripto artículo 3° del Código Civil. La nueva ley de medios no contiene una norma expresa que elimine nítidamente la regla según la cual las leyes no tienen efecto retroactivo y deben aplicarse a partir de su entrada en vigencia con arreglo a las contingencias que la misma ley prevé. El citado artículo 13 de la ley 19.549 parece más amplio al admitir la retroactividad de los efectos de los actos administrativos "-siempre que no se lesionaren derechos adquiridos-". En cualquier caso queda a los impugnantes demostrar que, de todas maneras, median lesiones a derechos amparados por garantías constitucionales que impiden cualquier retroactividad, expresa o implícita.

Con todo ello se abre un capítulo complejo, pues se ha cuestionado la propia locución "derecho adquirido", sus alcances y virtualidades, sus desemejanzas con los llamados "derechos en expectativa" y de las "meras facultades", su relevancia con respecto a la retroactividad o irretroactividad de las leyes y normas jurídicas.

Como enseña el citado Bidart Campos, "aun cuando la terminología de "derecho adquirido" ha sido abandonada en la reforma del código civil por la ley 17.711, su arraigo en la doctrina y en el derecho judicial -aún después de esa reforma- nos impele a mantenerla por causa de su significación y uso tradicionales" (pág. 118). Sea de ello lo que fuere, me parece vigente la doctrina de la Corte según la cual "el contenido del derecho constitucional de propiedad se vincula con la noción de

derechos adquiridos, o sea, de derechos definitivamente incorporados al patrimonio de una persona" (Fallos: 326:417).

En cualquier caso, es necesario determinar cuál es el título que da origen a derechos adquiridos en cada caso, según que el derecho sea adquirido automáticamente por una ley, o por un contrato, o por un acto administrativo inmutable, o por una sentencia firme, etc. En este sentido, el citado Bidart Campos señala que "es imprescindible retener que "la calidad de "adquirido" que tiene un derecho proviene directamente de alguno de los *actos jurídicos* que se la confieren (ley, contrato, acto administrativo, sentencia, etc.), y *no* depende del hecho "material" de que un bien esté *realmente* en "posesión" de quien titulariza el derecho adquirido". Agrega: "Es menester entender que si un derecho se puede "adquirir" a través de distintas fuentes (ley, contrato, acto administrativo, sentencia, etc.), la "adquisición" por *ley* presenta un interés especial, porque hay casos en que una ley engendra por sí misma y automáticamente (sin necesidad de ningún otro acto particular de aplicación a favor de un sujeto), un derecho "adquirido" a favor de éste" (pág. 120).

Además de las "fuentes" de la adquisición de un derecho, es necesario determinar qué es lo "adquirido" en cada caso, ya que lo "adquirido" puede no ser solo el derecho real de dominio, sino otros supuestos que no tienen la fijeza ni la "completitud" del mentado derecho real. Quiere decir que cuando se intenta proteger un derecho adquirido tal protección debe atenerse a la índole y límites de ese derecho, sin disminuirlo pero también sin aumentarlo ni acrecentarlo.

A los fines aludidos, cabe reiterar las pretensiones de los actores en la especie: "la acción prevista en el art. 322 del CPCCN contra el Poder Ejecutivo Nacional — Jefatura de Gabinete de Gobierno— a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 41, 45, 48 (segundo párrafo), 161 y concordantes de la Ley 26.522, y su inaplicabilidad respecto a las licencias y señales de las que eran titulares al momento de promulgarse la ley". Con arreglo a esto conviene transcribir en parte las normas impugnadas:

"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...".

“ARTÍCULO 45.- Multiplicidad de licencias. A fin de garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local se establecen limitaciones a la concentración de licencias...”.

“ARTÍCULO 48.-... 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...”.

“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 artículo 41”.

Nótese que al limitar sus impugnaciones solo a algunas disposiciones los apelantes dan por aceptable y aplicable el resto de la ley, de modo que cabe interpretar los artículos impugnados en función del texto completo del nuevo cuerpo normativo, en el que aparece un capítulo de definiciones necesarias, pues muchos de los vocablos allí empleados son multivalentes y polisémicos. Según esto cabe interpretar prioritariamente tales términos polisémicos con arreglo a las definiciones que aparecen en el Artículo 4° de la Ley 26.522.

Así puede identificarse al menos aproximadamente lo que en el contexto legal aludido se entiende por autorización, comunicación audiovisual, licencia de radio o televisión, permiso, radiocomunicación, radiodifusión, señal, señal de origen nacional, señal extranjera, señal regional, etc. También cabe atenerse a lo dispuesto en el artículo 5°, que dispone: “Remisión a otras definiciones. Para la interpretación de los vocablos y conceptos técnicos que no estén previstos en la presente, se tendrán en cuenta las definiciones contenidas en la Ley Nacional de Telecomunicaciones 19.798, su reglamentación y los tratados internacionales, de telecomunicaciones o radiodifusión en los que la República Argentina sea parte”.

Precisamente estas dificultades semánticas que la ley intenta subsanar mediante las mentadas definiciones no dejan de influir a la hora de identificar la naturaleza jurídica de lo que suelen llamarse concesión, licencia, autorización, permiso. Así en distintos cuerpos normativos, nunca o casi nunca se emplean tales palabras de una manera unívoca sino multívoca, empleando la misma palabra para nombrar a distintos conceptos e instituciones, y usando diversos vocablos para nombrar conceptos e instituciones fundamentalmente idénticos.

Esas circunstancias contribuyen a dificultar la interpretación de lo que la ley de medios llama "licencia" y "autorización", dificultades que también aparecen en las discusiones doctrinarias sobre el tema.

Para acreditar este aserto, me parece útil transcribir textos de dos importantes juristas, que muestran las aludidas vacilaciones semánticas; conceptuales y doctrinales.

Sobre estos aspectos el profesor Miguel S. Marienhoff dejó escrito: "La *licencia* es una figura jurídica híbrida, ambigua, de contornos jurídicos imprecisos, aún no definidos por la ciencia del derecho; fluctúa entre la concesión y el permiso, no pudiéndosela equiparar a la *concesión*. Por cierto que "licencia" no es lo mismo que concesión, son cosas distintas. La licencia se aleja de la concesión y se acerca al "*permiso*", que, por principio, es revocable y sin indemnización. De ahí que no sea plausible otorgar la prestación de un servicio público trascendente mediante *licencia*; en tal caso el colaborador del Estado estaría actuando sin mayor certeza y estabilidad jurídica, expuesto a diversidad de opiniones acerca de su "status" legal. La figura del "*licenciatario*" afecta la certeza jurídica del "*adjudicatario*". El titular de una *concesión* tiene un "status" claro y preciso. No ocurre lo mismo con la *licencia*, en la que, para establecer el verdadero y concreto "*status*" de su titular, habrá que coordinar diversas notas jurídicas que aparezcan en el pliego de condiciones y el contrato formalizado en su mérito, todo lo cual se presta a "*interpretaciones*" que pueden ser divergentes entre sí" (Miguel S. Marienhoff, "Los privilegios en el derecho público" (Exclusividad; monopolio; exención impositiva)- Lo atinente a la "reserva de zona". La "zona de influencia", El Derecho, Tomo 162, Buenos Aires, 1995, pág. 1204).

A su turno, el doctor Juan Carlos Cassagne, formuló las siguientes opiniones:

"IV. Concesión y licencia. Al referirse al vínculo que une al prestatario del servicio público con el Estado, los marcos regulatorios utilizan, indistintamente, la figura de la licencia (Ej.: ley 24.076) y la de la concesión (ley 24.065 -Adla, LII-A, 82-). El paradigma de lo típicamente contractual es el contrato de concesión de servicios públicos o la concesión de obra pública y si bien durante algún tiempo se sostuvo, por influencia de la escuela francesa, la tesis del acto mixto (donde la relación jurídica se consideraba mitad reglamentaria y mitad contractual), nuestra doctrina se ha inclinado por la concepción del contrato administrativo. Toda concesión es constitutiva de derechos e implica que la administración transfiere a un particular una atribución o poder que le pertenece *iure proprio*. Aún dentro de la técnica concesional, la figura de la licencia no trasunta *per se* una vinculación contractual, ni la idea de monopolio o exclusividad total o parcial de un servicio, ni tampoco las clásicas cláusulas de reversión o de rescate que son propias de la concesión. Tiene, además, la ventaja de generar relaciones bilaterales de inmediato, haya o no reciprocidad, sin necesidad de formalizar un contrato. A diferencia de la autorización, no puede suponerse aquí la configuración de derechos preexistentes ya que el derecho del licenciatario constituye un derecho *ex novo* que nace con el

acto administrativo de otorgamiento, lo que hace que la licencia sea siempre, al igual que la concesión, constitutiva de derechos y no declarativa, como es, en cambio, la autorización. La figura de la licencia, que posee una mayor estabilidad que los llamados permisos, ha sido específicamente incorporada a nuestro Derecho positivo en el ordenamiento que rige en materia de telecomunicaciones y radiodifusión” (Juan Carlos Cassagne, “El servicio público y las técnicas concesionales”, La Ley 1995-C, pág. 1182).

En el estado actual de la doctrina aparecen criterios discrepantes cuando se plantean estos temas en términos generales. Lo más adecuado parece, entonces, acudir directamente a los textos normativos bajo análisis, respetando su terminología y sus conceptos.

Por lo pronto, la ley se refiere explícitamente a “servicios de comunicación audiovisual”, cuya actividad se caracteriza de la siguiente manera: “La actividad realizada por los servicios de comunicación audiovisual se considera 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” (art. 2° de la ley 26.522). En el artículo 4° de la misma ley define a la “Licencia de radio o televisión” que, en el texto expreso de la norma, es: “Título que habilita a personas distintas a las personas de derecho público estatales y no estatales y a las universidades nacionales para prestar cada uno de los servicios previstos en esta ley y cuyo rango y alcance se limita a su definición en el momento de su adjudicación”. Nótese que la propia ley define por separado a la “Autorización” como el “Título que habilita a las personas de derecho público estatal y no estatal y a las universidades nacionales e institutos universitarios nacionales para prestar cada uno de los servicios previstos en esta ley, y cuyo rango y alcance se limita a su definición en el momento de su adjudicación”. El “Permiso” es caracterizado aparte como algo excepcional y específico “con carácter precario y del que no se deriva ningún derecho para su titular”. También la “Señal” es definida en el mismo artículo 4°.

Crea la nueva ley una autoridad de aplicación, la “Autoridad Federal de Servicios de Comunicación”, a la que atribuye determinadas “Misiones y funciones”, regula la “Prestación de la actividad de los servicios de comunicación audiovisual”, los “Prestadores de los servicios de comunicación audiovisual”, el “Régimen para la adjudicación de licencias y autorizaciones” -que incluye el aquí impugnado artículo 41 referido a la transferencia de las licencias-, el artículo 45 -también impugnado- sobre “Multiplicidad de licencias”, y el artículo 48 sobre “Prácticas de concentración indebida”, cuyo segundo párrafo se impugna en cuanto establece “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”. La ley también legisla sobre “Registros”, sobre

“Fomento de la diversidad y contenidos regionales”, sobre “Contenidos de la programación”, sobre “Obligaciones de los licenciatarios y autorizados”, sobre “Derecho al acceso a los contenidos de interés relevante”, sobre “Publicidad”, sobre “Aspectos técnicos” -incluso sobre “Nuevas tecnologías y servicios”-, sobre “Gravámenes”, sobre “Régimen de sanciones”, sobre “Servicios de radiodifusión del Estado Nacional”, sobre “Medios de comunicación audiovisual universitarios y educativos”, sobre “Servicios de comunicación audiovisual de Pueblos originarios”, sobre “Determinación de políticas públicas”. A su vez, el artículo 161 de la ley instituye la adecuación impugnada en estos autos.

De la breve reseña formulada surge que nos hallamos ante un régimen que parece tener la consistencia de un sistema, es decir de un todo compuesto de partes interrelacionadas que adquieren alcances especiales en virtud de tales interrelaciones entre las partes entre sí y con el todo que integran.

Se trata de un régimen distinto aunque coincidente en algunos aspectos con el anteriormente vigente. En ambos regímenes, el anterior y el actual, se advierte que lo “adquirido” en estos casos por los licenciatarios es hallarse “inmersos” en un complejo de derechos, deberes, obligaciones y cargas que en la nueva ley se ponen de manera peculiar y distintiva al servicio de objetivos puntualmente enunciados “para los servicios de comunicación audiovisual y los contenidos de sus emisiones” (art. 3°). Esos objetivos, preceptos y pautas alejan al sistema de la ley de toda asimilación al derecho real de dominio.

Nótese que la hoy derogada ley de radiodifusión n° 22.285 contenía también numerosas normas reguladoras para los servicios de radiodifusión. Su artículo 4° establecía que “Los servicios de radiodifusión se declaran de interés público”, establecía “Plazos de adjudicación”, “Prórrogas” y limitaciones a la “Multiplicidad de licencias” (artículos 43 y 44), establecía como causal de extinción de las licencias “Razones de interés público, en cuyo caso corresponderá indemnizar al titular de la licencia conforme a derecho” (artículo 53, inciso h); también un régimen sancionatorio que incluía entre las causales de caducidad “Las maniobras de monopolio” (artículo 85, inciso d)). Lo transcripto permite advertir que el régimen anterior contenía normas no menos enérgicas en cuanto a las potestades del Estado con respecto a la vigencia de las licencias y en cuanto a proscribir el monopolio o las “maniobras de monopolio” en esta materia. Todo ello da cuenta de la mayor o menor -aunque nunca ausente- regulación que aparece en estos supuestos.

Cabe admitir que si los actores logran invalidar las pocas normas que impugnan, de todos modos han de ajustarse a los principios y preceptos establecidos en el resto de la ley nueva, principios y preceptos que no impugnan al menos en estas actuaciones. Así lo referido al objeto, al carácter y alcances de la actividad realizada por los servicios de comunicación audiovisual, a la que se califica de interés público, a los objetivos establecidos para los servicios de comunicación audiovisual y los contenidos de sus emisiones, entre los que se enfatizan la

pluralidad de puntos de vista y el debate pleno de las ideas, etc. También ha de acatar lo establecido en el artículo 12, inciso 13 de la ley 26.522, que establece entre las misiones y funciones de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual "13) Promover y estimular la competencia y la inversión en el sector. Prevenir y desalentar las prácticas monopólicas, las conductas anticompetitivas, predatorias y/o de abuso de posición dominante en el marco de las funciones asignadas a este organismo u otros con competencia en la materia". Deberán aceptar que se apliquen a su respecto la mayoría de las normas sobre el régimen para la adjudicación y autorización de licencias. Seguramente los actores tendrán que admitir lo atinente a los servicios de radiodifusión nacional, y probablemente no criticarán la inclusión entre los objetivos de Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado "respetar y promover el pluralismo político, religioso, social, cultural, lingüístico y étnico", con lo cual la nueva ley compromete al servicio de radiodifusión del Estado Nacional a respetar el pluralismo y a rechazar las posiciones dominantes y hegemónicas en este campo, con lo cual las prácticas monopólicas, abusivas e incluso persecutorias aparecen vedadas por la nueva ley tanto para los sectores públicos y estatales como para los sectores privados. Tales son las normas que se espera sean cumplidas con "probidad, lealtad y buena fe", lo cual no cabe descartar de antemano. Esto último comporta el debido cumplimiento por parte de sectores tanto privados como públicos del objetivo que aparece en el artículo 3° inciso h) de la ley: "La actuación de los medios de comunicación en base a principios éticos".

No creo que todo en el nuevo régimen que pasan a integrar les parezca a los actores rechazable y que se nieguen a cumplirlo. Pero lo cierto es que el derecho que dicen "adquirido" e incorporado a su patrimonio en los términos de la anterior legislación no es el "mismo" derecho ahora, cuyo contenido aceptan en muchos aspectos decisivos -quizás no de buen grado- al no impugnar la casi totalidad del articulado de la ley 26.522. Algo de esto parecen advertir los mismos actores cuando en su escrito inicial formulan una reserva en los siguientes términos: **"4.3. Mis mandantes no reconocen la constitucionalidad de los artículos y efectos de la LSCA no cuestionados en esta demanda, efectuando expresa reserva de accionar judicialmente en el futuro, en la oportunidad y forma que les parezca más adecuada para la mejor defensa de sus derechos.** Mis mandantes ponen en conocimiento de V.E. que se encuentran analizando la posibilidad de accionar judicialmente contra el Poder Ejecutivo Nacional por otros artículos de la LSCA y por otros efectos de los aquí cuestionados, así como de la futura reglamentación de la misma, que consideren antijurídica y violatoria a sus derechos. Pero tratándose de los artículos bajo análisis, a diferencia de los artículos impugnados en la presente demanda, de normas que no resultan de aplicación retroactiva, al desnaturalizar o aniquilar derechos adquiridos y cuya revisión judicial no podría resolverse mediante la sola aplicación de normas y principios del derecho común sino que resultaría necesario profundizar en normas

y principios de derecho público, tal demanda se interpondría, eventualmente, ante el Fuero Contencioso Administrativo” (fs.71 vta., lo resaltado en negrita figura en el original). Tal reserva, formulada en términos harto vagos y hasta dubitativos, sin especificar lo que presuntamente se impugnará en el futuro ante jueces de otro fuero, no forma parte de esta litis, pero muestra una actitud renuente y desconfiada ante el nuevo régimen al que –reitero- han de ajustarse en la casi totalidad de sus preceptos aun cuando tengan éxito en la presente demanda.

El señalado conjunto sistemático de normas torna necesario que se apliquen a su respecto algunas pautas interpretativas indicadas por la Corte Suprema. En particular ha de tenerse en cuenta que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto y atendiendo como primera fuente de interpretación a su letra (Voto de los Dres. Ricardo Levene (h.), Mariano Augusto Cavagna Martínez y Eduardo Moliné O’Connor. T. 314, p. 1704 y voto de los Dres. Levene (h), Cavagna Martínez y Moliné O’Connor en T. 315, p. 293). También: “La inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen, por lo que la interpretación debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el criterio que las concilie y suponga la integral armonización de sus preceptos”(Fallos: 317:779). En el mismo sentido dijo la Corte: “Las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, procurando adoptar como verdadero el que las concilia y deja a todas con valor (Fallos: 319:68; 320:1909, 2656; 323:2117. y disidencia del Dr. Bossert en 323:1023).

Por otro lado, señalo que en planteos constitucionales como el *sub examine* corresponde realizar una interpretación razonable y armónica del plexo normativo en estudio (doct. de Fallos: 331:1123, entre muchos otros).

A la luz de estos principios no parece que los artículos impugnados aisladamente por los actores configuren nítidamente “derechos adquiridos” tomados, insisto, en forma aislada.

Adoptando para llegar a esta conclusión las líneas metódicas propuestas por Bidart Campos y citadas más arriba, la “fuente” de las disposiciones impugnadas no es la ley directamente sino que supone actos posteriores a la ley misma, y tales “fuentes” no los han establecido separadamente sino incorporadas y “funcionalizadas” dentro de un régimen determinado que no cabe ignorar para tenerlas por “adquiridas”.

Ello acredita, en mi opinión, que tal y como los problemas mencionados se han planteado en autos, no aparece comprometido el principio de irretroactividad de la ley ni se justifica la pretensión de mantener la ultra actividad o supervivencia de los preceptos criticados, especialmente si ello ocurre en el marco de un régimen legal que les es extraño.



Esta conclusión tiene perfiles especiales en lo que se refiere al impugnado art. 161 de la ley, pues en este caso no cabe apartarse de lo que surge de las sentencias de la Corte Suprema dictadas el 22 de mayo de 2012 en "RECURSO DE HECHO "Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares", y el 27 de diciembre de 2012 "in re" "Grupo Clarín S.A. y otros s/medidas cautelares". Me remito sobre ello a lo dicho en el último párrafo del capítulo de este dictamen titulado "2. Los procesos cautelares y el control constitucional de las leyes".

Las soluciones hasta aquí propiciadas se robustecen si se tiene en cuenta el "orden público" expresamente atribuido a la ley. Al respecto vale volver a transcribir la norma respetiva, contenida en el ya citado artículo 165 de la ley 26.522: "Las disposiciones de esta ley se declaran de orden público. Los actos jurídicos mediante los cuales se violaren las disposiciones de la presente ley son nulos de pleno derecho".

Hay que reconocer que el "orden público" es una categoría no demasiado precisa, que se ha prestado y se presta a múltiples interpretaciones. Como indica Llambías, "Se trata de una noción fluida y relativamente imprecisa en cuanto a su contenido concreto, por una exigencia de su misma naturaleza" (Jorge J. Llambías, "Tratado de Derecho Civil, Parte General", tomo I, tercera edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1967, página 156).

A la hora de definir la sobredicha noción a menudo nos hallamos sólo ante pautas generales, como las que pueden encontrarse en algunos pronunciamientos de la Corte Suprema. Además, predomina la opinión de que no todas las leyes imperativas son de orden público, con la consiguiente diversa flexibilidad que ha de admitirse al interpretar tales normas.

En rigor, la noción de "orden público" es una noción genérica, que admite distintas especies, subespecies y hasta "grados". Según esto, habría un "*orden público general*" y uno o varios "*ordenes públicos parciales*" que deben ceder cuando entran en colisión con aquél. En este sentido, puede recordarse la opinión del citado Llambías en el voto emitido en el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil "in re" "Mijalovich, Juan y otro c/ Noguero Armengol, José" del 20 de septiembre de 1963.

Una clasificación o división del "orden público" se encuentra en el "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado" bajo la dirección de Augusto César Belluscio, Tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979, páginas 66/67. Allí se lee: "La mayoría de la doctrina ve en el orden público una noción confusa, cambiante en el tiempo y el espacio. Sin embargo, examinando su funcionamiento, se observa la existencia de dos nociones distintas que permiten afirmar que hay un *orden público interno* ( ... ) y otro de *carácter internacional* ( ... ). Esta división, que aparece con el autor suizo Brocher, responde a dos conceptos perfectamente diferenciados: a) *El orden público del derecho sustitutivo* es la restricción a la autonomía de la voluntad que, con sentido de equidad, ampara el interés general de la sociedad, para la realización de una idea de justicia. **Son**

**leyes imperativas de jerarquía constitucional, nacidas de la necesidad de regular un sector de la realidad con criterio socio-político-económico** (énfasis agregado). b) *El orden público del derecho internacional privado* es el impedimento a la aplicación del derecho extranjero cuando éste es contrario al espíritu de la legislación nacional ( ... )”.

Como puede verse, esta clasificación, que no parece exhaustiva, señala un “*orden público interno*”, fundamentalmente sustitutivo de la autonomía de la voluntad aun en mayor medida que las leyes solo imperativas, y un “*orden público propio del derecho internacional privado*” que comporta una limitación a la aplicación del derecho extranjero. Ello equivale a decir que las leyes de orden público tienen un mayor grado de obligatoriedad y de más estricta observancia en atención a la presencia de un interés social más intenso.

Por su parte, Ricardo Luis Lorenzetti señala que en muchas constituciones y numerosas leyes especiales, se ha constituido un “orden público económico”, obligatorio. Al respecto, el autor citado distingue *el orden público de dirección, el orden público de protección, y el orden público de coordinación* (“Ineficacia y nulidad del objeto de los contratos: un enfoque basado en las normas fundamentales”, publicado en la Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 8, Nulidades, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1995, páginas 194/195). En el mismo sentido, ver Atilio Aníbal Alterini, “Contratos civiles-comerciales- de consumo”, Teoría General, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, páginas 47/49).

Estas múltiples divisiones no descartan sino que incluso suponen la posibilidad de que deba optarse por una u otra especie de “orden público” según las circunstancias de cada caso.

Por otra parte, cabe preguntar a qué autoridad corresponde establecer cuando nos hallamos ante normas y principios de orden público y cuando no. El legislador puede haber declarado de “orden público” a una determinada norma legal, o bien puede no haberlo hecho expresamente. En cualquier caso, se discute hasta donde llega la potestad de los jueces para pronunciarse sobre el punto.

Este aspecto del problema fue examinado en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, “Triunfo Coop. de Seg. Ltda. en: Consolidar A.F.JP c/ Triunfo Coop. de Seg. Ltda.” del 10 de junio de 2003, publicada en La Ley 2004-A, pág.137. Allí la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci sostuvo: “Tengo claro que aunque la ley no diga expresamente que es de orden público, el juez, interpretándola en forma sistemática puede decir que sí lo es”. Más adelante dice: “Tampoco dudo que el juzgador puede prescindir de la calificación legislativa de una norma de orden público si esa manifestación no se adecua a las normas fundamentales del ordenamiento jurídico; en tal caso, la declarará inconstitucional”. Con respecto al último supuesto que examina, indica: “En cambio, la solución no es tan simple cuando el legislador señala expresamente el carácter de orden público de la ley y no se ataca la inconstitucionalidad de la norma”. Y: “Aunque se admita que el juez puede interpretar la declaración de

orden público efectuada por el legislador, entiendo que al igual que en los casos de declaración de inconstitucionalidad, el juzgador debe ser extremadamente prudente en esa revisión y proceder a su inaplicabilidad sólo en aquellos supuestos de claridad manifiesta". Para estas conclusiones la magistrada debió confrontar principios emergentes de las distintas variedades de "orden público" que habían distinguido Lorenzetti y Alterini.

Así pues, la noción de "orden público" no es unívoca, sino análoga o genérica, de manera tal que los jueces pueden cotejar las distintas variedades y, en su caso, hacer prevalecer una por sobre la otra *según las circunstancias del caso*.

En la especie de autos, nos hallamos ante un proclamado orden público específico en el que están implicadas importantes cuestiones de diversa índole, como el derecho de prensa y de información, el derecho de propiedad y la seguridad jurídica, además de aspectos propios de la política pública y de problemas técnicos y económicos, todo ello con alcances de dirección, de protección y de coordinación, para emplear analógicamente las categorías enunciadas por el citado Lorenzetti. Ese conjunto de temas ha sido afrontado y resuelto por la nueva ley con un criterio unificador y sistemático. A la luz de lo expuesto, no creo que pueda negarse la calificación de "orden público" que aparece en el artículo 165 de la ley, con las consecuencias que ello comporta según lo indicado *supra*. Ello aleja aun más cualquier idea tendiente a negar la aplicación integral de la ley de medios a partir de su entrada en vigencia.

En esta línea de pensamiento y sólo a mayor abundamiento, puede agregarse que frente al principio general de la irretroactividad se han admitido casos excepcionales de retroactividad, en particular cuando esto se vincula con el llamado "orden público" (ver, por ejemplo, Jorge Joaquín Llambías, "Tratado de Derecho Civil –Parte General- Tomo I, 3° edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1967, páginas 147 y siguientes; Augusto C. Belluscio-Eduardo A. Zannoni, "Código Civil" y leyes complementarias, Comentado, Anotado y Concordado, Tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979, páginas 19, siguientes y 30; Tomas Hutchinson, "Ley Nacional de procedimientos administrativos, Ley 19.549", Tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, página 284).

En atención a lo expuesto, no me parece que encuentren amparo en el derecho constitucional de propiedad algunos derechos solo adquiridos en el ámbito temporal y normativo de un no impugnado régimen jurídico mayor que ha sido derogado por normas de orden público.

## 6. La libertad de prensa

En el mundo moderno, la manifestación exterior de las ideas ingresan en el universo jurídico principalmente a través de un conjunto o haz de derechos y libertades, que se declaran, se instituyen y –también- se reglamentan de diversas maneras: la libertad de pensamiento, la libertad de expresión, la libertad de

palabra, la libertad de prensa; el derecho a expresarse o a no expresarse –el derecho al silencio-, el derecho de comunicarse, el derecho de dar y de recibir información, el derecho de opinión y de crítica.

En los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional de la República Argentina aparece algo de ello y, con aun mayor amplitud y precisión, aquellos derechos y libertades se encuentran consagrados en los tratados incorporados a la propia Constitución por su artículo 75 –inciso 22.

Así, en el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se lee: “Artículo IV. Derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión. Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio”. El artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos 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”. El artículo 13 del llamado Pacto de San José de Costa Rica, bajo el título “Libertad de pensamiento y de expresión”, contiene varios incisos, de los cuales el primero dice: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”; los siguientes incisos abundan en lo atinente al ejercicio de tales derechos, a los deberes y responsabilidades que tal ejercicio comporta. El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también consagra la libertad de expresión y sus derechos inherentes, e indica que ello entraña deberes y responsabilidades especiales, además de establecer ciertas restricciones que deben estar expresamente fijadas por la ley “y ser necesaria para a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. El “derecho a la libertad de opinión y expresión” aparece también en la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

Antes y después de la reforma constitucional de 1994, los derechos y libertades aludidos dieron lugar a una profusa casuística jurisprudencial. Una reseña completa sería aquí imposible, pero sí cabe detenerse en algunos principios y pautas sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en algunos importantes fallos. Así, en el considerando 7) de la sentencia del 11 de diciembre de 1984 “in re” “Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A. s/ daños y perjuicios” (Fallos: 306:1906) se lee: “7°) Que las profundas transformaciones producidas como consecuencia de tránsito de la sociedad tradicional, de tipo rural y agrícola, a la sociedad industrial, de tipo urbano, y los avances de la ciencia y de la técnica y el consecuente proceso de masificación, influyeron en los dominios de

la prensa toda vez que las nuevas formas de comercialización e industrialización afectaron el ejercicio de publicar, la iniciativa y la libre competencia, hasta entonces concebidos en términos estrictamente individuales. El desenvolvimiento de la economía de la prensa y la aparición de las nuevas técnicas de difusión e información –cine, radio, televisión–, obligan a un reexamen de la concepción tradicional del ejercicio autónomo del derecho individual de emitir y expresar el pensamiento. De este modo, se hace necesario distinguir entre el ejercicio del derecho de la industria o comercio de la prensa, cine, radio y televisión; el derecho individual de información mediante la emisión y expresión del pensamiento a través de la palabra impresa, el sonido y la imagen; y el derecho social a la información. Es decir, el derecho empresario, el derecho individual y el derecho social, que se encuentran interrelacionados y operan en función de la estructura de poder abierto que caracteriza a la sociedad argentina”. Nótense las relevantes distinciones efectuadas por la Corte y, también, la circunstancia de que la enumeración de los medios de comunicación queda obviamente abierta hacia el futuro, ante la posibilidad de nuevos y progresivos elementos y recursos tecnológicos.

En los “Recursos de hecho deducidos por S.A. La Razón y Editorial Atlántida S.A. en la causa Costa, Héctor Rubén c/ M.C.B.A. y otros”, del 12 de marzo de 1987, sentencia publicada en Fallos:310:508, la Corte Suprema reiteró los principios concernientes a la libertad de expresión, y los completó con el deber de decir la verdad: “9°) Que, si no es dudoso que debe evitarse la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y de sus funciones esenciales (Fallos: 257:308), no puede considerarse tal la exigencia de que su desenvolvimiento resulte veraz, prudente y compatible con el resguardo de la dignidad individual de los ciudadanos, impidiendo la propalación de imputaciones falsas que puedan dañarla injustificadamente; proceder que sólo traduce un distorsionado enfoque del ejercicio de la importante función que compete a los medios de comunicación social tal cual debe desarrollarse en la sociedad contemporánea”; y en el considerando 18) del mismo pronunciamiento destacó la Corte la necesidad de “recordar la absoluta vigencia del célebre pensamiento de Hamilton”: “La libertad de prensa tutela el derecho de publicar impunemente, *con veracidad, buenos motivos y fines justificables*, aunque lo publicado afecte al gobierno, la magistratura o los individuos”. Esta es la regla de oro que proporciona la tradición liberal y republicana a los responsables de los medios de comunicación, y que les da la exacta dimensión y jerarquía del deber y del derecho de informar, según los consagra la Ley Fundamental y, por lo tanto, encuentra amparo en la magistratura” (la bastardilla figura en el original).

Finalmente, en la sentencia dictada el 8 de septiembre de 1992 “in re” “Servini de Cubría, María Romilda s/amparo” (Fallos: 315:1943) la Corte enfatiza que “entre las libertades que la Constitución consagra la de prensa es una de las que posee más entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una

democracia desmedrada o puramente nominal”, y también: “Aun cuando el art. 14 de la Constitución enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra la posible desviación tiránica. De lo contrario existiría riesgo evidente de un fácil deterioro de las libertades republicanas”.

En pronunciamientos posteriores la Corte Suprema acentuó aun más la primacía de la libertad de prensa e introdujo más nociones protectorias como la doctrina de la “real malicia”, lo cual es ajeno a la cuestión constitucional bajo análisis.

De todo lo expuesto resulta claro que la manifestación exterior de las ideas y sus diversas formas, ponen en primer plano y comprometen importantes dimensiones de la persona humana. Se trata de cardinales notas especificativas y de características inherentes al hombre, que, en definitiva, es un animal racional, social, político, ético y jurídico; pensante, hablante, expresivo y comunicativo.

Ahora bien, no encuentro que en la especie de autos se haya acreditado agravio constitucional, tal como lo señaló en su momento el Alto Tribunal. En este sentido me parece apropiado reiterar lo dicho por la Corte Suprema el 22 de mayo de 2012 en “Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional (Jefatura de Gabinete de Ministros) en la causa “Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares”: “10) Que en cuanto a la protección de la libertad de expresión, esta Corte ha sido muy clara y consistente en su reconocimiento a lo largo de una extensa e importante jurisprudencia. Sin embargo, en la causa no hay más que una mención al tema, ya que la parte actora no aportó ningún elemento probatorio que demuestre de qué modo resultaría afectada esa libertad. Más aún, en sus escritos no hay más que menciones generales, pero no existen argumentos que relacionen directamente la norma de des-inversión con la libertad de expresión. Ello resulta necesario, porque en todo el derecho comparado existen normas de organización del mercado en el campo de los medios de comunicación, sin que su constitucionalidad haya sido cuestionada de modo genérico. Debe existir una afectación concreta de la libertad de expresión para invalidar una norma de regulación de la competencia, lo que en el caso no se ha demostrado, al menos en el campo de la medida cautelar” (Fallos: 335:705).

A mi parecer, este considerando trasciende el ámbito de la medida cautelar y alcanza para desestimar agravios puntuales que puedan emanar nítidamente de la ley y de sus efectos normales contra la libertad de prensa, sin desconocer la primacía que el Alto Tribunal concede a este derecho.

Considero, pues, aplicable la afirmación de la Corte Suprema según la cual “La colisión con los preceptos y garantías de la Constitución Nacional debe surgir de la ley misma y no de la aplicación irrazonable que de ella se haga en el caso concreto. –Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–” (Fallos: 326:3024).

Sea de ello lo que fuere, parece claro que la desmonopolización, la desconcentración, la ausencia de censura previa y la ausencia de

discriminaciones y persecuciones en dicho campo son notas requeridas por la libertad de prensa y del funcionamiento de los medios audiovisuales. Todo ello debe ser respetado tanto por el Estado como por cualquier entidad privada, y sus puntuales violaciones adecuadamente identificadas y probadas han de ser suprimidas y sancionadas. En el ámbito de control constitucionalidad de las leyes sobre medios audiovisuales, éstas deben ser examinadas en su texto y en sus efectos propios y no en sus posibles aplicaciones abusivas que incluyan incluso "externalidades" perniciosas.

#### 7. La igualdad ante la ley y la interpretación constitucional

Lo hasta aquí dicho puede conjugarse con otros agravios expresados por los actores que, en mi opinión, deben ser tratados con similares criterios, teniendo en cuenta, para decirlo nuevamente con palabras del Alto Tribunal, que "el control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones, sino que debe limitarse al estudio de la compatibilidad de la norma con las disposiciones de la Ley Fundamental entendidas como un conjunto armónico, dentro del cual cada parte ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás y no en forma aislada e inconexa" (Fallos: 328:1416).

Por lo que hace a la garantía de la igualdad ante la ley la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho: "El art. 16 de la Constitución Nacional no impone una rígida igualdad, por lo que tal garantía no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes" (Fallos:326:3142), y también: "No se configura una violación al principio constitucional de igualdad ante la ley cuando la desigualdad no resulta de la norma, sino que deriva de la aplicación que de ella se habría efectuado" (Fallos: 310:471).

En mi opinión, de alguna manera ya ha quedado advertido que las consecuencias lesivas que aducen los apelantes no resultan del texto de la ley ni de sus efectos propios y normales, sino, en todo caso, de las consecuencias que se derivarían de sus presuntos defectos técnicos y económicos, de la dificultad de su puesta en práctica, de posibles aplicaciones arbitrarias, de supuestas circunstancias políticas perniciosas no directamente relacionadas con las impugnaciones constitucionales formuladas en este pleito, todo lo cual, de verificarse, debería debatirse y, en su caso, corregirse y repararse en otros ámbitos.

Pienso que a la luz de lo expuesto corresponde asumir en el *sub examine* inveterada jurisprudencia de la Corte Suprema, según la cual "no existe un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad" (Fallos: 327:2293); "Nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a la inalterabilidad de los mismos."- Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema- (Fallos: 327:1205). "La alegada afectación del derecho de propiedad no autoriza a

reconocer un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos o a su simple inalterabilidad” (Fallos: 329:1586). “Nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones” (Fallos: 333:108). En sentido similar: 326:1442.

De todos modos, no debe descartarse de antemano la reparación económica que puedan pretender los accionantes, sin que esta afirmación importe formular estimaciones sobre las vías procesales que vayan a elegir, ni de la suerte que vayan a correr las aludidas pretensiones económicas en sede judicial. En rigor, no puede negarse de antemano a cualquier persona el derecho –que pueden ejercer o no- de acudir a los tribunales para la defensa de los derechos que aducen, sin que ello asegure el buen éxito al cabo de los respectivos procesos judiciales.

Por otra parte, cabe hacer notar que en la ley 26.522 ni para las “licencias” ni para las “autorizaciones” están previstas las limitaciones que sí presentan los “permisos”, a los cuales se define de la siguiente manera: **“Título que expresa de modo excepcional la posibilidad de realizar transmisiones experimentales para investigación y desarrollo de innovaciones tecnológicas, con carácter precario y del que no se deriva ningún derecho para su titular. Su subsistencia se encuentra subordinada a la permanencia de los criterios de oportunidad o conveniencia que permitieron su nacimiento, los cuales pueden extinguirse en cualquier momento, bajo control judicial pleno y oportuno, incluso cautelar, y del pago de las tasas que pudiera fijar la reglamentación”** (artículo 4° de la ley, énfasis agregado). Ni a las “licencias”, ni a las “autorizaciones” atribuye la ley semejante “precariedad”.

Por último, ante algunas objeciones formuladas por las partes sobre ciertas afirmaciones que aparecen en los considerandos de la sentencia, afirmaciones sobre todo referidas a la controvertida naturaleza jurídica de las llamadas “licencias”, cabe recordar que, según principios corrientes, la apelación procede contra lo resuelto en la parte dispositiva de los pronunciamientos judiciales, y –en principio- no contra los argumentos expuestos para fundar las decisiones (Lino E. Palacio, “Derecho Procesal Civil”, Abeledo Perrot, Bs. As., 1979, Tomo V Reimpresión, pág. 87 y sus citas; Fenochietto-Arazi, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado”, Astrea, Bs. As., 1993, Tomo I, 2° edición actualizada, pág. 862).

En semejante orden de ideas, debo puntualizar que postular el rechazo de las apelaciones no equivale a compartir todos y cada uno de los argumentos expuestos por los jueces para fundar sus fallos.

## 8. Conclusión

En este punto, a la hora de finalizar el presente dictamen, me parece conveniente recordar nuevamente la doctrina que aparece en los considerandos 13), 14) y 15) de la ya citada sentencia de la Corte Suprema “in re” “Rodríguez Pereyra”, e



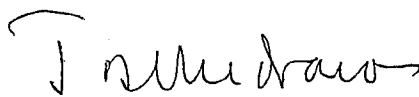
incluso volver a transcribir, con propósito explicativo e intención persuasiva, algunos de sus párrafos más relevantes, a efectos de fundar más acabadamente mi pronunciamiento sobre los problemas constitucionales aquí examinados:

*"13) ( ... ) Como puede apreciarse, el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el Tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control"* (énfasis agregado).

*"14) Que, en tal sentido, cabe recalcar la jurisprudencia de esta Corte según la cual la declaración de inconstitucionalidad al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio de última ratio que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas (Fallos: 14:425; 147:286). Además, cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución (Fallos: 300:1029; 305:1304). En suma, la revisión judicial en juego, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, solo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad"* (énfasis agregado).

Así, en virtud de todo lo expuesto, no encuentro razones suficientes para propiciar que se revoque la sentencia que rechaza la inconstitucionalidad planteada por la parte actora.

Fiscalía, 25 de febrero de 2013.



**JOSE MARIA MEDRANO**  
Fiscal General  
en lo Civil y Comercial Federal y en lo  
Contencioso Administrativo Federal