

**LIBERTAD DE EXPRESIÓN, UN ANÁLISIS DE  
LOS DERECHOS DE LAS AUDIENCIAS  
Y LOS PERIODISTAS**

**(A propósito de las controversias sobre la Ley de  
Servicios de Comunicación Audiovisual)**

*Comunicación de la académica de número María Angélica  
Gelli, en la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias  
Morales y Políticas, el 9 de noviembre de 2016*



# **LIBERTAD DE EXPRESIÓN, UN ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DE LAS AUDIENCIAS Y LOS PERIODISTAS**

**(A propósito de las controversias sobre la Ley de  
Servicios de Comunicación Audiovisual)**

Por la académica Dra. MARÍA ANGÉLICA GELLI

## **1. Aclaración preliminar Lo que motiva la comunicación**

En octubre de 2009 se sancionó en la República Argentina la ley 26.522, denominada Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual<sup>1</sup>. Esta ley singular –pues incluyó frondosas notas al pie con indicación, en muchas de sus disposiciones, de las fuentes que las originaron o propusieron, actores sociales y dirigentes de organizaciones estatales– fue defendida por sus impulsores aludiendo a lo que consideraban un instrumento eficaz para lograr la «democratización de la palabra» y la garantía de la «pluralidad de

---

<sup>1</sup> La ley 26.522 fue sancionada el 10 de octubre de 2009 y promulgada en la misma fecha.

voces» todas éstas haciendo uso de la libertad expresiva en igualdad de oportunidades.

Sin embargo, pese a tan loables propósitos declarados de modo expreso, la ley fue la culminación de un enfrentamiento del gobierno de entonces con uno de los multimedios más importante del país en número de audiencias audiovisuales, al que las autoridades tildaban de monopólico. Aunque existen discrepancias acerca del origen de ese enfrentamiento y los motivos que los desataron, fue visible el hostigamiento oficial a partir de 2008, a propósito de la profusa información que el medio de comunicación brindó a sus audiencias –no sólo a través de las audiovisuales– sobre la crisis desatada entre el Gobierno y los productores agrarios por el aumento de las retenciones a la exportación de granos<sup>2</sup>.

En lo que aquí interesa las disposiciones de la Ley 26.522 ordenaban una serie de limitaciones al uso de las licencias audiovisuales vigentes y a las que se concedieran en el futuro. Mandaban, además –y antes del vencimiento de las respectivas licencias– la

---

<sup>2</sup> Una de las razones –y enfatizo, no la única– del enderezamiento de la economía argentina luego de la crisis del 2001-2002 fue el aumento internacional del precio de los productos primarios, consecuencia del ingreso de China al mercado global como comprador. En Argentina, el precio de la soja y lo que dejaba al Fisco en materia tributaria, permitió al gobierno del presidente Néstor KIRCHNER (2003-2007) ordenar las cuentas y favorecer el consumo interno. Más adelante, las necesidades crecientes de recursos que generaba el aumento del gasto público impulsó al Poder Ejecutivo, encabezado por la esposa de aquel presidente, a propiciar el aumento de los «derechos de exportación», las retenciones a al comercio de granos por medio de la Resolución ME 125/2008. Esta disposición desató un vendaval en la Argentina, el rechazo de los productores pequeños, medianos y grandes; acciones de amparos concedidas por los tribunales y una controversia jurídica y política mayor. A la postre produjo la renuncia del ministro de economía y un distanciamiento sin retorno entre la presidenta FERNÁNDEZ de KIRCHNER (2007-2011 y 2011-2015) y el vicepresidente de la Nación. El enfrentamiento entre ambos fue una secuela del intento de remediar –a lo menos en lo formal– las inconstitucionalidades de la Resolución ME 125/2008 proponiendo el establecimiento de las retenciones por medio de una ley. El vicepresidente Julio COBOS, quien desempató en el Senado de la Nación, al momento de votar el proyecto para convertir en ley la para entonces famosa –y denostada– Resolución 125/2008 produjo el rechazo de la ley y desató una crisis política que se tradujo en la ignorancia completa de la persona y funciones del vicepresidente, por parte del oficialismo.

Examiné críticamente esa resolución en GELLI, María Angélica - “Retenciones. Federalismo, República y Derechos Fundamentales”- Revista Jurídica *La Ley*. Retenciones a la Exportaciones. VVAA. Director Marcelo LASCANO. Suplemento Especial. Abril de 2008.

adecuación de los licenciarios a los parámetros normativos que excedieran aquellos límites. En prieta síntesis, el Art. 41 disponía, en calidad de principio, que las autorizaciones y licencias serían intransferibles, dejando en manos de la autoridad administrativa la aprobación o rechazo de las eventuales transferencias, admitidas como excepción; el Art. 45 establecía un nuevo régimen de licencias, limitativo de las ya existentes. Según proclamaba la norma, con la finalidad de garantizar «los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local» aunque, debe señalarse, ese nuevo régimen no se aplicaba del mismo modo a los operadores del servicio de televisión satelital; el Art. 48 prevenía que el régimen sobre multiplicidad de licencias, previsto en la ley, no podía alegarse como derecho adquirido frente a normas generales que en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia se establecieran por la ley o en el futuro. Por último, el Art. 161 obligaba a los licenciarios con licencias vigentes, a adecuarse a las prescripciones de la ley en el plazo de un año, “desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición”, deber que implicaba para los afectados la obligación de desprenderse de parte de sus activos comunicacionales. Dicho de otra manera, esos licenciarios debían desinvertir, sin importar el monto y calidad de las inversiones realizadas en el pasado en la ampliación y modernización de sus respectivos medios audiovisuales, con la finalidad de abaratar costos para los usuarios.

Las disposiciones reseñadas de la ley fueron resistidas por varios licenciarios que las consideraron inconstitucionales por violar derechos adquiridos al mantenimiento de las licencias bajo las reglas anteriores a la sanción de la ley; derechos propietarios y contractuales y, en especial, la libertad de expresión porque, se aducía, se buscaba con ello controlar los contenidos que ellos difundían. Fue el inicio de una larga disputa judicial en la que sólo uno de los multimedios afectados permaneció impugnando judicialmente las disposiciones de la ley hasta que, como se verá y de

un modo poco ortodoxo, esas normas se modificaron por la Administración y los representantes del pueblo elegidos, ambos, en las elecciones generales de fines de 2015.

Esa larga controversia ante los tribunales tuvo derivaciones jurídicas muy interesantes, referidas a los límites de las providencias cautelares y los deberes de los jueces que deben resolver las medidas provisorias<sup>3</sup>; sobre la legitimación —o falta de ella— de ciudadanos y legisladores nacionales para peticionar la suspensión de una ley general<sup>4</sup>; acerca de la inaplicabilidad, a este supuesto, del precedente “*Halabi*” sobre acciones de clase<sup>5</sup>, y, nada menos, que en lo concerniente a los lindes y características del control de constitucionalidad en la República Argentina<sup>6</sup>.

La sanción de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual fue precedida por reuniones que consideraron el proyecto en cenáculos celebrados en distintas provincias del país, rodeadas estas reuniones de una intensa publicidad acerca de los beneficios que aportaría la norma y destacando la participación popular en su diseño. No obstante, cuando el proyecto llegó al Congreso de la Nación, fue sancionado raudamente y promulgado el mismo día por la presidenta de la Nación, lo que puso en evidencia la premura que la Sra. de Kirchner tenía en aplicar la ley. Pero, en una de las Cámaras del Poder Legislativo, según sostuvo el diputado

<sup>3</sup> Cf. consid. 6º y 7º de la mayoría de fundamentos integrada por los jueces LORENZETTI, HIGHTON de NOLASCO, FAYT, MAQUEDA y ZAFFARONI en “*Grupo Clarín S. A. y otros s/medidas cautelares*”. C.S. G. 589 XLVII. (2012).

<sup>4</sup> Cf. consid. 4º y 5º del voto de la mayoría de fundamentos integrada por los jueces LORENZETTI, HIGHTON de NOLASCO, FAYT, MAQUEDA y ZAFFARONI en “*Thomas, Enrique c/ E.N.A s/amparo*” C.S. T. 117. XLVI (2010).

<sup>5</sup> La Corte Suprema sostuvo que sólo una «lectura deformada» del precedente “*Halabi*” (C.S. H. 270. XLII. Fallos 332: 111, 2009) podía considerar aplicable esta sentencia al caso “*Thomas*”. Cf. consid. 4º, último párrafo del voto de la mayoría de fundamentos en “*Thomas*”.

<sup>6</sup> Cf. consid. 2º y 4 y, en especial, consid. 8º del voto de la mayoría de fundamentos en “*Thomas*”. Examiné el caso en GELLI, María Angélica – “El control estricto de la legitimación y el debido proceso democrático en el caso “*Thomas*” – *Jurisprudencia Argentina*. Suplemento. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 27 de octubre de 2010.

Thomas, se habían incumplido las disposiciones reglamentarias para la aprobación del proyecto de ley violando, así lo adujo, sus derechos como representante popular. En consecuencia, el legislador inició un amparo en el que peticionó la inconstitucionalidad de toda la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual por violación del debido proceso adjetivo en su sanción y, por ende, en desmedro del proceso democrático, base del sistema político argentino. Aunque el amparo prosperó en primera y segunda instancia, la Corte Suprema rechazó la petición de Thomas en 2010, por falta de legitimación del presentante y por la desnaturalización del control de constitucionalidad que implicaría dejar en suspenso y sin efecto toda la ley<sup>7</sup>.

En cambio, la controversia acerca de la cuestión sustantiva en la que se planteaba la inconstitucionalidad de cuatro de las disposiciones de la ley –los ya indicados Arts. 41, 45, 48 y 161– siguió su curso por tres años más, a impulso de uno de los multimedios afectados, el Grupo Clarín.

Por último, la Corte Suprema resolvió la cuestión de fondo y declaró –por mayoría de cuatro de sus integrantes– la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas, con dos disidencias parciales y una disidencia total del entonces ministro Fayt, en el caso “*Grupo Clarín*”<sup>8</sup>.

La larga disputa judicial parecía concluida en octubre de 2013. En especial, porque en principio se interpretó que la sentencia había obtenido una muy amplia mayoría acerca de la constitucionalidad de las disposiciones controvertidas y que, con ello,

---

<sup>7</sup> Ver nota 6.

<sup>8</sup> Cf. “*Grupo Clarín S. A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa*”. CS. G 439 XLIX (REX), sentencia del 29 de octubre de 2013. Votaron por la mayoría en voto conjunto los jueces LORENZETTI y HIGHTON de NOLASCO. Concurrieron por sus respectivos votos separados los jueces PETRACCHI y ZAFFARONI. Emitieron disidencias parciales en sus respectivos votos los jueces MAQUEDA y ARGIBAY. Votó en disidencia total, declarando la inconstitucionalidad de los cuatro artículos cuestionados, el juez FAYT.

la controversia llegaría a su fin también ante la opinión pública<sup>9</sup>. Solamente quedaba, así lo parecía, el análisis jurídico de la sentencia<sup>10</sup>, el debate político acerca de la conveniencia de la ley cuestionada y el medir sus efectos en el futuro sobre la libertad expresiva y acerca de la modernización de las comunicaciones evaluando si se las ponía al alcance de todos o si causaría retraso comunicacional para los usuarios.

Sin embargo –en ocasiones ocurre– ni la cuestión había finalizado en los hechos, ni la sentencia de la Corte Suprema le había puesto punto final, *del todo* –el 29 de octubre de 2013– a las cuestiones controvertidas. Esta circunstancia, el tiempo transcurrido desde entonces y la superación de la contienda judicial por el cambio de disposiciones legales, me movió a analizar dos cuestiones que emergieron de la controversia.

Como se verá, en las disidencias se consideraron los derechos de las *audiencias*, afectadas por la cancelación de las licencias antes del vencimiento del plazo establecido y, en un proceso posterior con otros actores, se les reconoció legitimación a los *pe-*

---

<sup>9</sup> En una lectura rápida de la noticia sobre la sentencia que proveyó el Centro de Información Judicial (CIJ), parecían prevalecer las concordancias con los votos mayoritarios por parte de las dos disidencias parciales, acerca de la constitucionalidad de los artículos cuestionados.

Sin embargo, debe decirse, que al efectuar la crítica de la sentencia en el caso “*Clarín*”, en punto a la falta de protección de los derechos propietarios –en especial de los derechos adquiridos de la actora– se señaló que “la serie de características [del fallo que diluyeron el derecho de propiedad] permite prever que no será adoptado como doctrina definitiva de la Corte Suprema de Justicia, *máxime que la decisión fue muy dividida incluso entre los que coincidieron en la parte resolutive*”. Cf. AZZARRI, Juan Cruz –*Propiedad y derechos adquiridos. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*– La Ley. Buenos Aires, 12 de junio de 2014. (Bastardillas agregadas).

<sup>10</sup> Pueden leerse varios análisis efectuados muy cerca del dictado de la sentencia en La ley del 31 de octubre de 2013. Cf. un comentario elogioso de BOICO, Roberto J, y BARCESAT, Eduardo S. –*La constitucionalidad de la ley de servicios audiovisuales*– y tres más que señalaron aspectos negativos de la sentencia, con diferentes nivel de crítica en MANILLI, *Una disidencia ajustada a derecho* (referida a la total que emitió el juez FAYT; SABSAY, Daniel Alberto; *Luces y sombras en el fallo de la Corte sobre LSCA*; y SOLA, Juan Vicente, *El largo camino del caso “Grupo Clarín”*. Mas tarde y en un análisis exhaustivo de la afectación de los derechos adquiridos por la sentencia de la Corte –criterio que de todos modos se estimó como no definitiva por el modo en que votaron de los jueces, variando su pacífica doctrina anterior– puede verse en AZZARRI, Juan Cruz –*Propiedad y derechos adquiridos. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*– La Ley. Buenos Aires, 12 de junio de 2014.

*riodistas*, por sus propios derechos, afectados en el ejercicio de la libertad expresiva<sup>11</sup>.

## **2. La decisión y una originalidad en el caso “*Grupo Clarín*” en el que se demandó la inconstitucionalidad de normas de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual**

Como ya se señaló, la mayoría de cuatro ministros de la Corte Suprema declaró la constitucionalidad de los Art. 41, 45, 48 y 161 de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. Con ello, se rechazaron las pretensiones de la actora y se puso al Grupo Clarín en la obligación de transferir, de desinvertir en sus medios –*desguazar*, sostuvo insistentemente la afectada– según la dimensión de los medios que excedieran las limitaciones impuestas por la norma al uso de licencias.

En cambio, de las dos disidencias parciales emergieron otros efectos muy diferentes para los derechos de la demandante. En efecto, el juez *Maqueda* declaró en su voto la inconstitucionalidad del Art. 48 en tanto impedía alegar derechos adquiridos contras las disposiciones de la ley; declaró que, “en consecuencia, la actora conserva las licencias que le fueron formalmente otorgadas por el término de su plazo de vigencia” y consideró, por ello, inoficioso pronunciarse sobre el planteo de inconstitucionalidad del Art. 161<sup>12</sup>. Dicho de otro modo, de este voto emergió la protección de

---

<sup>11</sup> Tuve una participación en la defensa de la actora en las etapas finales del caso “*Grupo Clarín*” (29 de octubre de 2013) junto a otros colegas, Damián Fabio CASSINO y Alejandro CARRIÓ y, junto con Ricardo GIL LAVEDRA, patrociné a los periodistas en el caso “*Ivnisky Blanck*”. Sentencia firme del Juz. Cont. Ad. Federal N° 9, a cargo del Dr. Pablo CAYSSIALS. (17 de diciembre de 2015). El tiempo transcurrido entre una y otra sentencia y la finalización del pleito me permiten, creo, tomar distancia y examinar esas derivaciones con cierta objetividad.

<sup>12</sup> Cf. consid. 72 de la disidencia parcial del juez MAQUEDA en “*Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa*”. CS. G 439 XLIX (REX) (2013).

los derechos adquiridos por la actora y por ende quedó sin efecto el deber impuesto por el Art. 161 de transferir las licencias excedentes. Debe señalarse, también, que el juez *Maqueda* hizo mérito de la *confianza* suscitada en la actora por la reiterada y continua conducta del Estado Nacional en convalidar, en el tiempo, no sólo la vigencia de las licencias de las que gozaba sino, además, en la expansión de sus medios. Esa confianza, pilar del derecho administrativo –la «*legítima confianza*», la denominó el ministro– constituye para el juez *Maqueda*, “una condición fundamental para la vida colectiva y la paz social”<sup>13</sup>.

De su lado, la jueza *Argibay* declaró la inconstitucionalidad de ambos artículos de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual –el 48 y el 161– y reconoció el derecho de la demandante “a continuar con las licencias hasta el vencimiento del plazo por el cual fueron otorgadas”. Con una excepción: si el medio de comunicación se sirve del espectro radioeléctrico, dijo la magistrada –aunque el Estado, en este caso, tiene “amplias facultades para regular su uso”– “*la revocación anticipada de una licencia de comunicación en curso, por motivos de oportunidad o conveniencia, vulnera el derecho a la libertad de expresión, salvo que el titular de la licencia cuente en esa área con otra licencia para un servicio del mismo tipo que le asegure la posibilidad de ejercer su libertad de expresión*”<sup>14</sup>.

Si se examinan las dos disidencias parciales que he referido –de idénticos efectos para los intereses de la demandante– se advierte que la primera se funda en la protección de los derechos adquiridos con la fuerza de la propiedad constitucionalmente asegurada y, la segunda, en las garantías de la libertad expresiva.

Pero, aunque a las disidencias parciales se una la disidencia

---

<sup>13</sup> Cf. consid. 52 y 53 de la disidencia parcial del juez MAQUEDA en “*Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa*”. CS. G 439 XLIX (REX) (2013).

<sup>14</sup> Cf. consid. 36 y 35 de la disidencia parcial de la jueza ARGIBAY en “*Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa*”. CS. G 439 XLIX (REX) (2013).

total del juez *Fayt*, la actora resultó perdidosa en sus reclamos judiciales. Sin embargo, como se verá, de sendos considerandos del primer voto de los jueces *Lorenzetti* y *Highton de Nolasco* y de las respectivas concurrencias separadas de los jueces *Petracchi* y *Zaffaroni* emerge un *obiter* muy peculiar, al que se le puede añadir un considerando de la disidencia parcial de la jueza *Argibay*, en la misma dirección. Ese *obiter* cambió, en otra controversia judicial que impulsaron otros actores, el resultado del conflicto sustantivo.

Y es que en las sentencias los jueces deciden y sostienen lo decidido en fundamentos que suelen tener distinto espesor jurídico. Y pueden argumentar adelantando consecuencias futuras en otras controversias judiciales. Veamos.

### **2.1. Sobre el valor de las sentencias judiciales**

La jurisprudencia es el conjunto de sentencias de un tribunal, de un fuero, de una materia específica, de un país. Esos fallos son valiosos si resuelven los conflictos sociales con equidad y de acuerdo a las leyes vigentes y razonables. Con ello, los jueces encausan los controversias sociales y proveen pacificación pues, eventualmente, pueden disponer de la fuerza pública para obtener obediencia a sus decisiones, evitando la violencia individual o grupal.

Pero no todas las sentencias tienen calidad de precedente. Que lo sean depende de las reglas que los magistrados eventualmente elaboren, estableciendo los bordes de los supuestos de hecho —que derivan de la ley general— y la consecuencia jurídica que deberá aplicarse a aquellos hechos en las circunstancias recortadas, como pertinentes en el caso, por el juez.

Cuando las sentencias emanan de un tribunal colegiado, para que exista una *regla precedente* debe darse una mayoría clara sostenida por los mismos fundamentos y mantenerse en el tiem-

po, a pesar de los cambios en la integración del tribunal. Ello da previsibilidad y seguridad acerca de las decisiones que se tomarán en el futuro y los cambios, posibles y en ocasiones necesarios, no implicarán un quiebre abrupto y, menos, una modificación de la doctrina anterior motivada por razones extrajurídicas o de presión político partidaria. Por eso, los votos en concurrencia aunque pueden expresar riquezas argumentativas también pueden debilitar la sentencia como precedente, en caso de que no resulte clara y compartida la razón que funde el decisorio.

Si el tribunal que crea, mantiene o matiza un precedente judicial es la Corte Suprema —en la República Argentina último tribunal del caso en el orden interno— la importancia de esa doctrina es mayor. En consecuencia, el contenido de la jurisprudencia precedente de la Corte Suprema otorga autoridad a sus decisiones o la debilita, si es que no la sigue con muy buenos y consistentes argumentos. Porque el contenido de un fallo incluye la decisión y los fundamentos que la sostienen.

Por otro lado, las disidencias pueden poner en foco ante la doctrina jurídica y ante la opinión pública otra manera de resolver el conflicto y, a la postre, alumbrar caminos futuros más equitativos. Como tal, las disidencias parciales o totales deben considerarse y apreciarse a fin de alentar el diálogo jurídico y la evaluación de diferentes perspectivas<sup>15</sup>.

El principio constitucional de la defensa en juicio exige la existencia de tribunales judiciales independientes, imparciales y dotados de competencia. Pero, además esos tribunales deben de sentenciar motivados en los hechos del caso y fundados en el derecho vigente o declarar a éste inconstitucional o irrazonable, si fuera el caso.

---

<sup>15</sup> Hace ya muchos años, con Jonathan MILLER y Susana CAYUSO dedicamos “*Constitución y Derechos Humanos* (MILLER, GELLI y CAYUSO. Tomos 1 y 2. Astrea. Buenos Aires, República Argentina, 1991) a “*Luis V. Varela, Antonio Sagarna, Tomás D. Casares y Luis M. Boffi Boggero, quienes con disidencias sagaces señalaron el camino futuro*”.

## 2.2. Acerca del *holding* y los *obiter dicta* en las sentencias judiciales

En los fundamentos del fallo pueden diferenciarse –aunque a veces resulta arduo distinguirlos– el *holding* del *obiter dictum*, o los *obiter dicta* si son más de uno.

El *holding* es el argumento que sustenta la decisión; la razón que da consistencia a lo que se resuelve; aquel razonamiento que hace que la decisión sea lo que es y ninguna otra. En cambio, el *obiter dictum* constituye el argumento que abunda en consideraciones tangenciales o muy generales, relacionadas con el asunto de que se trata de manera poco específica y concreta. Son argumentos que no sostienen la decisión. Si se los quita de la sentencia, ésta no pierde su lógica ni consistencia por ello.

En muchos casos, los *obiter* funcionan como justificación retórica de los que se está por resolver. Se diría que pueden expresar la *buena conciencia* jurídica de los magistrados. Pero lo que en ellos se afirma, aunque sea correcto y constituya una doctrina consolidada en el Tribunal, no quita ni agrega nada sustantivo a lo que se decide en el caso específico, ni a las razones por las que se decide. En otras ocasiones los *obiter* expresan metamensajes dirigidos a las partes que disputan derechos, a los otros departamentos del Estado, a factores de poder muy concretos o la sociedad en su conjunto. Pueden –aunque no está claro que deban– alcanzar la forma de justificaciones argumentativas o de autoridad del Tribunal para resguardarse a sí mismos, ante decisiones muy controvertidas o de independencia e imparcialidad dudosa que esté a punto de tomar.

En suma, lo relevante de los fallos de la Corte Suprema – como de los demás tribunales y juzgados– se focaliza tanto en lo decidido como en los fundamentos que sostienen lo resuelto. De esa consistencia emana la autoridad del Tribunal en el caso y de las perspectivas de las sentencias a futuro. Pero, ya se ha señalado, los argumentos “a mayor abundamiento”, es decir, los *obiter*, pueden

indicar la dirección de la doctrina judicial en casos por venir, en conflictos no conectados con el que se decidió. No es usual que cuando los tribunales —o los diferentes votos en una sentencia— emitan *obiter* lo enuncien de esa manera. Pero en algunas circunstancias lo hacen. Es lo que ocurrió en el caso del “*Grupo Clarín*”<sup>16</sup>.

### 2.3. Un *obiter dictum* muy peculiar

En el caso “*Grupo Clarín*” se elaboró un *obiter* muy peculiar. En efecto, los jueces *Lorenzetti* y *Highton de Nolasco* se refirieron a las «precisiones a modo de *obiter dictum*» que ellos incluirían en el que denominaron «esquema de decisión del caso»<sup>17</sup>. Sin embargo, según lo interpreto, esas precisiones constituyeron lo que podría enunciarse como un aparente *obiter dictum*, pues establecieron condiciones de cumplimiento de la normativa cuestionada que de ser desobedecidas por la autoridad de aplicación, convertirían la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual en inconstitucional<sup>18</sup>. Así, luego de argumentar y declarar la constitu-

<sup>16</sup> Casi un año después, en una controversia referida a la responsabilidad de los buscadores de Internet en la también estaba implicada la libertad de expresión y de información, la Corte Suprema dijo expresamente: “Que, aunque no resulte necesario para resolver el presente caso, conviene que el Tribunal se expida, a modo de *obiter dictum* y como orientación, sobre un punto que merece diversas soluciones en el derecho comparado y acerca del cual no existe previsión legal.” Cf. consid. 18 de del voto e la mayoría integrada por los jueces HIGHTON de NOLASCO, FAYT y ZAFFARONI en “*Rodríguez María Belén c/ Google inc. s/Daños y perjuicios*”. C.S. R. 522. XLIX (2014),

<sup>17</sup> Ver consid. 16, en lo que los jueces LORENZETTI y HIGHTON de NOLASCO explicaron «el esquema de la decisión judicial» que seguirían en la sentencia. En ese esquema incluyeron, como cuarta cuestión, lo que también calificaron de «...algunas precisiones a modo de *obiter dictum* (en el considerando 74)».

<sup>18</sup> También se señaló por la doctrina que constituía un *obiter* el comportamiento que debía exhibir la autoridad de aplicación de la ley, sin señalar, el autor, consecuencia alguna para eventuales incumplimientos. Cf. SOLA, Juan Vicente, *El largo camino del caso “Grupo Clarín”*. La Ley. Buenos Aires, 31 de octubre de 2013. Pág.6.

Sin embargo, a más que las dos concurrencias no calificaron de *obiter* esas consideraciones, lo cierto es que si se lee íntegramente el considerando 74 del primer voto surge, según los jueces que lo elaboraron, que esas cuestiones no fueron sometidas a debate por los interesados —cuestión

cionalidad de esa ley los jueces sostuvieron que:

*“Todo lo que se ha dicho acerca de la ley y su propósito de lograr pluralidad y diversidad en los medios masivos de comunicación perdería sentido sin la existencia de políticas públicas transparentes en materia de publicidad oficial”;*

*“La función de garante de la libertad de expresión que corresponde al Estado queda desvirtuada si por la vía de subsidios, del reparto de la pauta oficial o de cualquier otro beneficio, los medios de comunicación se convierten en meros instrumentos de apoyo a una corriente política determinada o en una vía para eliminar el disenso y el debate plural de ideas”;*

*“Lo mismo ocurre si los medios públicos, en lugar de dar voz y satisfacer las necesidades de información de todos los sectores de la sociedad se convierten en espacios al servicio de los intereses gubernamentales”;*

*“Es de vital importancia recordar que tampoco se puede asegurar que se cumplan los fines de la ley si el encargado de aplicarla no es un órgano técnico e independiente, protegido contra indebidas interferencias, tanto del gobierno como de otros grupos de presión”<sup>19</sup>.*

Como se advierte, de esos párrafos surgen cuatro condiciones que considero resolutorias, es decir, situaciones que de darse constituirán el fin de la constitucionalidad de la ley. Y ello porque lo expresado por la Corte Suprema se inicia con una frase que *con-*

---

que controvierto y de ello da cuenta la audiencia pública a la que llamó la Corte Suprema y los votos de los jueces ARGIBAY y FAYT– y, por eso no se expedían acerca de ello. Pero, además –y resulta trascendente, según lo interpreto– los jueces sostuvieron que si se diera el caso del incumplimiento de los deberes del Estado en violación de la libertad expresiva, los afectados podrían hacer valer sus derechos por otras vías procesales.

<sup>19</sup> Cf. consid. 74 del voto de los jueces LORENZETTI y HIGHTON de NOLASCO en *“Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa”*. CS. G 439 XLIX (REX) (2013). (Bastardillas agregadas).

*diciona* en estos términos “*Todo lo que se ha dicho acerca de la ley y su propósito de lograr pluralidad y diversidad en los medios masivos de comunicación perdería sentido...*”, ¿es decir, todo lo que se ha dicho sobre la constitucionalidad de la ley perdería sentido si el Estado no cumple con los deberes que la Corte Suprema considera ineludibles?

Esos requisitos-obligaciones los hizo suyos el juez *Petracchi* en su voto concurrente –pero sin calificarlos como *obiter*– al expresar que «cab[ía] señalar» –y así lo hizo, las mismas precisiones que el primer voto<sup>20</sup>. También el juez *Zaffaroni* adhirió a la necesidad de cumplir esas exigencias, al remitirse expresamente y sobre el punto a lo sostenido por el juez *Petracchi*<sup>21</sup>.

A más de ello, la disidencia parcial de la jueza *Argibay* – amparando los derechos de la actora hasta el vencimiento de las licencias– se refirió, aunque empleando otras expresiones, a «los lineamientos principales de las consideraciones añadidas a los votos que han formado mayoría», es decir, a los que el primer voto calificó de *obiter dictum* y las concurrencias de los jueces *Petracchi* y *Zaffarini*, sin darles nombre, reiteraron a la letra. Sin embargo, debe aclararse que las consideraciones de *Argibay*, aunque similares y concordantes, *no fueron expresadas como condición de constitucionalidad de la ley, sino como obligación del Estado*<sup>22</sup>.

Por otro lado, si se leen con detenimiento lo que entiendo son cuatro condiciones de validez constitucional de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, se advierte que están dirigidas exclusivamente a las conductas que debe exhibir el Estado, a estipulaciones que debe obedecer. Como fue evidente antes y después del largo proceso –y fue puesto de relieve por la actora

<sup>20</sup> Cf. consid. 39 de la concurrencia del juez PETRACCHI en “*Grupo Clarín*” (2013).

<sup>21</sup> Cf. consid. 19 de la concurrencia del juez ZAFFARONI en “*Grupo Clarín*” (2013).

<sup>22</sup> Cf. consid. 36 de la disidencia parcial de la jueza ARGIBAY en “*Grupo Clarín*” (2013).

con la abundante prueba arrimada al pleito— el Estado incumplía todos y cada uno de esos requisitos. Conviene recordar que la misma Corte Suprema había reconocido, al menos, el incumplimiento de dos de esos recaudos, referidos a la transparencia en materia de la distribución de la «publicidad oficial» y de uso neutro —es decir no partidario— en la asignación de la «pauta oficial», en el caso de “*Editorial Perfil*”<sup>23</sup>.

Pero todavía más. El primer voto emitió en los últimos tramos del fallo, una sentencia típicamente declarativa-exhortativa, al modo de los Tribunales Constitucionales, al sostener que: “La autoridad de aplicación [de la ley] *debe* ajustarse estrictamente a los principios establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales a ella incorporados (sic) y en la propia ley. *Debe* respetar la igualdad de trato, tanto en la adjudicación como en la revocación de licencias, no discriminar sobre la base de opiniones disidentes y garantizar el derecho de los ciudadanos al acceso de información plural”<sup>24</sup>. Este mandato obligación del Estado —con el que concordaron *Petracchi* y *Zaffaroni*—<sup>25</sup> surge expreso de la mayoría de la Corte Suprema y se convirtió en el criterio de evaluación de los actos que en el futuro quisiera imponer el Estado al aplicar la ley, en especial de los actos y decisiones que emanaran de la entonces Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA), en el proceso de desinversión establecido en el Art. 161.

---

<sup>23</sup> Cf. “*Editorial Perfil S.A. y otro c/ E.N. - Jefatura de Gabinete de Ministros. SMC slamparo*”. C.S. E. 80 XLV (2011).

<sup>24</sup> Cf. consid. 74 del primer voto en “*Grupo Clarín*” (2013). (Bastardillas agregadas).

<sup>25</sup> Cf. consid. 39 del voto del juez PETRACCHI y consid. 19 del voto del juez ZAFFARONI en “*Grupo Clarín*” (2013).

### 3. El mundo amplio de la libertad expresiva

La libertad expresiva en la República Argentina está unida a los orígenes de la Nación y asegurada en la Constitución desde la primera Ley Suprema, sancionada en 1853 y fortalecida en la reforma constitucional de 1860. La amplitud de esa libertad se sostiene en fundamentos individuales –constituye uno de los derechos personales reconocidos expresamente en la Constitución y en la Convención Americana de Derechos Humanos–; sociales, porque facilita el descubrimiento de la verdad en diversos ámbitos, siquiera provisoria, y, políticos, pues constituye una libretar estratégica para la democracia y el control de poder.

Como bien señala la abrumadora doctrina al respecto –por todos, señalo las obras del Académico *Badeni*<sup>26</sup> y el Tratado de *Adrián Ventura*<sup>27</sup>– los derechos incluidos en la libertad expresiva se han consolidado en sus protecciones legales y jurisprudenciales aunque, al mismo tiempo, han sido atacados por algunos poderes políticos. Añado, por mi parte, que se ha ampliado el tipo de sujetos que se consideran con derecho a reclamar tales libertades.

A título de ejemplo puede señalarse que en diciembre de 2012, mientras arreciaban las presiones y se expresaban agravios concretos y simbólicos sobre los jueces que debían resolver las incidencias en el conflicto entre el Grupo Clarín y el Gobierno Nacional, la Comisión Nacional de Protección de la Independencia Judicial, La Junta Federal de Cortes y Tribunales Superiores de las Provincias Argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional y la Federación Argentina de la Magistratura, emitieron un comunicado en defensa de la independencia judicial. A más, y

<sup>26</sup> Cf., en especial, BADENI, Gregorio -*Tratado de Derecho Constitucional*- Tomo II. 3ª Edición actualizada y ampliada. La Ley. Buenos Aires, 2010.

<sup>27</sup> Cf. VENTURA, Adrián --*Libertad de Expresión y garantías*- Tesis doctoral. Director Jorge R. Vanossi. La Ley. República Argentina, 2009.

«teniendo en cuenta la protección constitucional de la libertad de expresión, *la pluralidad de voces que promueve la ley 26.522 y el carácter público de los medios [de comunicación] oficiales* [solicitaron] al Poder Ejecutivo Nacional, a la Jefatura de Gabinete y al Titular de la AFSCA que se habiliten espacios en los horarios y noticieros centrales de la televisión pública para que el Poder Judicial pueda expresar *opiniones* a través de su agencia de noticias, así como la difusión de videos institucionales en programas de difusión pública”<sup>28</sup>. Por cierto, también solicitaron a los titulares de los medios de comunicación públicos y privados *medida* en la información, evitando los agravios personales y familiares.

#### **4. Los derechos de las audiencias en las minorías del caso “Clarín”**

Los derechos de las «audiencias» y del «público» que recibe opiniones e información de todo tipo, fueron expresamente considerados en la disidencia parcial de la jueza *Argibay* y en la disidencia total que emitió el juez *Fayt*. Del primero de estos votos se sigue que aunque las restricciones del Art. 45 de la ley 26.522, en tanto limitan el número de licencias que pueden tener los licenciarios, “no se funden en el contenido de los servicios de comunicación, *no pierden por eso el carácter de tales, es decir, de restricciones a la libertad de expresión y de información*. En este sentido, es indiscutible que el cumplimiento de las limitaciones contenidas en el Art. 45 *implicará la imposibilidad de comunicación entre los servicios de comunicación que actualmente operan las empresa actoras y un número considerable de audiencias que*

---

<sup>28</sup> Cf. en especial, p. VI del comunicado. Centro de Información Judicial (CIJ). Buenos Aires, 6 de diciembre de 2012.

*no podrá tener acceso a ellos*”<sup>29</sup>. Agregó, por mi parte, de medios de comunicación audiovisuales que esas audiencias eligieron. A más, la magistrada al considerar violatorio de la libertad de expresión el Art. 161 de la ley 26.522 –en tanto ordena la transferencia de las licencias excedentes antes del vencimiento del lazo de vigencia– sostuvo que lo expresado anteriormente por ella se ve fortalecido “por una serie de circunstancias singulares: se trata de una ley especial, el régimen fue aprobado en un contexto de una relación intensamente conflictiva entre el gobierno y las empresas demandantes y, finalmente *el cese compulsivo de licencias no contempla sus efectos sobre las personas que integran las audiencias de los medios afectados*”<sup>30</sup>. Más claro, imposible. Las audiencias cuentan y sus derechos, también. Entre esos derechos se incluye, como surge de este voto, el derecho a elegir –votar cada día al medio preferido o mudar la elección– sin que el Estado, interfiera arbitrariamente, para torcer o impedir esas opciones. Las audiencias se benefician con oferentes competitivos y plurales sin desmedro, desde luego, del papel de árbitro entre intereses que cabe al Estado para facilitar, en verdad, la pluralidad y la defensa de los usuarios como manda en Art. 42 de la Constitución Nacional.

Por su lado, el juez *Fayt* consideró necesario “examinar una cuestión de la mayor relevancia”, acerca de la aplicación del mentado Art. 45. Para ello consideró expresamente lo manifestado por la actora, lo sostenido por los letrados de la demandante en las audiencias públicas convocadas por la Corte Suprema, lo expresado por los amigos del Tribunal en la misma ocasión y las pruebas que se produjeron en la causa. En consecuencia, el magistrado estimó que la aplicación de esas normas sobre las licencias otorgadas “tendrá por efecto la cancelación de los servicios que desde

---

<sup>29</sup> Cf. consid. 22 de la disidencia parcial de la jueza ARGIBAY en “*Grupo Clarín*” (2013). (Bastardillas agregadas).

<sup>30</sup> Cf. consid. 26 de la disidencia parcial de la jueza ARGIBAY en “*Grupo Clarín*” (2013). (Bastardillas agregadas).

tiempo atrás presta a *numerosos usuarios por suscripción cuyos intereses directos no han sido contemplados en ninguna medida*. Causa asombro observar [continúa el magistrado] que una ley que considera a la actividad de los medios de comunicación audiovisual como 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, ideas y opiniones» (artículo 1º de la ley 26.522), no contenga un capítulo destinado a regular los derechos de los usuarios, escasamente contemplados por algunas normas dispersas”<sup>31</sup>.

Así, pues, las disidencias sintetizadas consideraron y apreciaron de modo expreso, los derechos de las «audiencias», del «público» o de los «usuarios» de los medios de comunicación audiovisual. Tres maneras diferentes de designar a las personas que se querían controlar, controlando a los emisores y a los contenidos que éstos difundieran. Ya se sabe, la circulación libre de información y opiniones genera temor y prevenciones en los autoritarismos.

## **5. La aplicación *inconstitucional* de una ley declarada constitucional**

A pesar de esos señalamientos minoritarios, la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual pasó el test de constitucionalidad en la sentencia de la Corte Suprema. Sin embargo, el Tribunal advirtió acerca de una eventual aplicación inconstitucional de la ley que en su normativa y en abstracto se declaraba constitucional y razonable<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Cf. consid. 31 de la disidencia total del Juez Fayt en “*Grupo Clarín*” (2013). (Bastardillas agregadas).

<sup>32</sup> Aunque no es la cuestión tratada aquí, en el fallo se advirtió que en caso de que la aplicación de la ley produjera daños patrimoniales, los afectados podían reclamarlos por las vías procesales pertinentes. Cf. consid. 66 del primer voto de los jueces LORENZETTI y HIGHTON de NOLASCO.

Como ya se indicó, de la mayoría de fundamentos, de las dos concurrencias y de la disidencia parcial de la jueza *Argibay* emanaron deberes del Estado que pueden distribuirse, para el análisis, en dos grupos. El primero refiere a lo que podría denominarse el *contexto de aplicación de la ley*, según los siguientes recaudos que el Estado debe obedecer: a) en materia de publicidad oficial debe haber transparencia en su asignación; b) el otorgamiento de subsidios, pauta oficial o cualquier otro beneficio, debe disponerse con criterio neutro, es decir, sin preferencias político partidarias y, c) los medios públicos no deben convertirse en espacios al servicio de los intereses gubernamentales. Este contexto, señalado por la Corte Suprema, claramente se expresaba en forma de deber ser. Deber ser que desmentía la cruda realidad, como surge de examinar la prueba documental acompañada por la demandada.

El segundo grupo de deberes del Estado –que incumplidos desbaratarían la constitucionalidad de la ley– concernía a la calidad técnica e independencia que debía exhibir la autoridad de aplicación, en ese entonces la AFSCA. Vale la pena reiterar y detenerse en las expresiones utilizadas por la Corte Suprema al respecto. “La autoridad de aplicación debe ajustarse estrictamente a los principios establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales a ella incorporados (sic) y en la propia ley [26.522]. *Debe respetar la igualdad de trato, tanto en la adjudicación como en la revocación de licencias, no discriminar sobre la base de opiniones disidentes* y garantizar el derecho de los ciudadanos al acceso de información plural”.

Ese deber estatal fue puesto a prueba muy rápido, cuando la actora en cumplimiento de la sentencia del Tribunal en el caso “*Grupo Clarín*”, presentó su plan de adecuación a la ley.

---

Puede verse una crítica a ese considerando y lo que significó relativizar de ese modo la protección de los derechos propietarios, en AZZARRI, Juan Cruz –*Propiedad y derechos adquiridos. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*- La Ley. Buenos Aires, 12 de junio de 2014.

Ese proyecto de desinversión fue considerado por la autoridad de aplicación y declarado formalmente admisible<sup>33</sup>. No obstante, poco tiempo después, la AFSCA dictó una nueva resolución por la que consideró que la propuesta vulneraba principios y normas fundamentales de la ley 26.552<sup>34</sup>. En consecuencia de ello y en la misma disposición ordenó rechazar el plan que había habilitado poco antes e iniciar el procedimiento de transferencia de oficio en los términos del Art. 1, inciso a) del anexo I de la Resolución N° 2206/2012 de la AFSCA. Asimismo, dispuso darle oportuna intervención al Tribunal de Tasaciones de la Nación para tasar las licencias. Luego de ese procedimiento, de acuerdo a la reglamentación dictada con anterioridad por la AFSCA, se dispondría qué licencias debían transferirse de oficio. Como se advierte, la suerte del multimedio quedaba en manos de una autoridad que el mismo grupo había sindicado como hostil, carente de independencia y de las calidades técnicas –experiencia y conocimientos específicos– exigidas por la ley y el fallo de la Corte.

## **6. Una *inconstitucionalidad por aplicación* que vulneraba derechos de periodistas**

Sin duda las resoluciones de la AFSCA –habilitando y luego desestimando y ordenando las transferencias de las licencias de oficio– afectaban al licenciatario, porque en virtud de la última de ellas –la Resolución N° 1121/2014– perdía su derecho a desinvertir según su propio criterio y debía sujetarse a las pautas dispuestas por una autoridad administrativa que lo agraviaba en público y que lo acosaba visiblemente. Pero además, las transferencias de

---

<sup>33</sup> Cf. Resolución AFSCA N° 193/2014 del 14 de febrero de 2014.

<sup>34</sup> Cf. Resolución AFSCA N° 1121/2014 del 8 de octubre de 2014.

oficio según el arbitrio de la AFSCA afectaban a los periodistas que ejercían su profesión en los medios a transferir y que habían sufrido similares hostigamientos y persecuciones que el licenciario. Sólo a título de ejemplo –porque los hechos abundaron– cabe recordar los juicios públicos condenatorios a los periodistas, llevado a cabo por referentes del oficialismo.

### **6.1. El caso “*Ivnisky Blanck*”**

En ese entendimiento varios y muy conocidos periodistas –quienes ejercían su profesión en diferentes medios audiovisuales del licenciario– consideraron que las transferencias de oficio instrumentadas por la AFSCA –cuyo presidente sería más tarde candidato a vicegobernador por el oficialismo– implicaban, también, las pérdidas de sus lugares de desempeño profesional en el que eran acompañados por extendidas audiencias. En consecuencia de ello, iniciaron una acción de amparo a fin de impugnar la Resolución N° 1121/2014 emitida por la AFSCA y peticionaron una medida cautelar de suspensión de esa normativa.

La singularidad del caso fincaba en que el amparo contra la desinversión de oficio fue presentado por nueve periodistas que ejercían su profesión en las señales del Grupo Clarín.

En lo que aquí es pertinente, esos actores sostuvieron que la resolución cuestionada se inscribía “en una política oficial de silenciamiento de voces críticas y de ataque a la prensa independiente, agravando de modo concreto [los] derechos personales a la libertad de expresión y a permanecer trabajando en las señales en las que [hasta entonces lo hacían]”. Solicitaron la nulidad de esa medida y la fundaron –también en lo que aquí interesa– en que la resolución constituía un acto de censura indirecta y emanaba de un organismo administrativo que no era independiente, según

los parámetros de la Constitución Nacional y del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “*Grupo Clarín*”<sup>35</sup>.

Los profesionales alegaron la existencia de una «censura indirecta» en la enumeración y explicitación de las siguientes circunstancias que padecieron de modo directo o indirecto y que constituían, según lo alegaron, «el contexto de aplicación» de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual: a) agresiones e intimidaciones verbales; b) despidos a periodistas de medios públicos u oficiales bajo influencia oficial, por el solo hecho de opinar libremente; c) obstáculos a la labor periodística, entre otros, los deleznales «escraches»; d) inicio de causas judiciales sin sustento a licenciarios y periodistas; e) bloqueo a la circulación de diarios y revistas; f) persecución a medios de comunicación y periodistas por parte de organismos del Estado; g) arbitraria distribución de publicidad oficial; h) presiones a empresarios privados a fin de que no publiciten en determinados medios de comunicación; i) sanción de normas destinadas a reprimir voces críticas. Los actores calificaron estos hechos como medios indirectos de producir censura expresiva, tal como lo prohíbe el Art. 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y lo interpreta la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

El contexto de hostilidad oficial resultaba evidente porque acerca de todo lo alegado por los actores, existía suficiente prueba. Quedaba por acreditar la legitimación para accionar contra una resolución que obligaba a un tercero.

## **6.2. El problema de la legitimación**

Según los periodistas, la adecuación y transferencia de oficio de las licencias del Grupo Clarín resuelta por la AFSCA, afec-

---

<sup>35</sup> Cf. peticiones de los actores en “*Ivinsky Blanck, Julio y otros c/ EN-AFSCA s/ amparo ley 16.986*” (*expediente n° 56.650/2014*). Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 9, a cargo del Dr. Pablo Gabriel CAYSSIALS.

taba de modo grave y directo sus derechos constitucionales y convencionales a expresarse sin censura previa; a informar y opinar crítica y libremente, y a trabajar.

Teniendo en cuenta la exigencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –mantenida en los precedentes emitidos por el Tribunal con distintas composiciones– resultaba esencial alegar y acreditar la existencia de un interés específico, concreto y atribuible al accionante, un agravio propio, debatido entre partes adversas. Los actores señalaron que “con cita del juez *Scalia*, miembro de la Suprema Corte de los Estados Unidos, el Tribunal argentino condicionó la legitimación de las partes a que éstas *demonstraran* la existencia de un «*interés especial*» en el proceso; a que los agravios alegados las afectaran de forma «*suficientemente directa*» o «*sustancial*», esto es, a que el agravio tuviera «*suficiente concreción e inmediatez*»<sup>36</sup>.

A fin de acreditar el agravio a sus derechos constitucionales y convencionales, los periodistas explicaron que según el plan de adecuación presentado por el Grupo Clarín, éste se había reservado para sí la Unidad I. Los actores trabajaban profesionalmente en las diferentes señales que integraban esa Unidad. Por ello, dijeron los demandantes, “la sola hipótesis de que esas señales [fueran] adquiridas por empresarios cercanos al Gobierno Nacional o que directamente estén comprometidos con su ideario...o por intereses político partidarios de las personas que circunstancialmente ocupan las más altas magistraturas de la Nación, [ponía] en riesgo cierto la continuidad de [la] relación laboral [que mantenían] con el Grupo Clarín”<sup>37</sup>.

Para los actores, la resolución que impugnaban constituía una evidencia más del propósito del Poder Ejecutivo, iniciado con el proyecto de Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual,

<sup>36</sup> “Cf. *Ianuzzi c/ Entre Ríos, Prov. de y otros (Estado Nacional s/medida cautelar autónoma)*. C.S. (Originario) C.S. I. 149. XLIV (2008).” Cf. peticiones de las actoras en *Ivnisky Blanck, Julio y otros c/ EN-AFSCA s/ amparo ley 16.986* (expediente n° 56.650/2014).

<sup>37</sup> Cf. peticiones de los actores en *Ivnisky Blanck, Julio y otros c/ EN-AFSCA s/ amparo ley 16.986* (expediente n° 56.650/2014).

finalmente aprobado por el Congreso: en primer lugar el desmembramiento y, luego, la desaparición de los medios en los que ellos ejercían su profesión. El agravio, para estos profesionales, fincaba en que, de llevarse a cabo las transferencias de las licencias de oficio, la autoridad de aplicación podía decidir, por sí misma y ante sí, que el licenciatario no conserve ninguna de las que integraban la Unidad I, en la que los periodistas ejercían su labor. Dado que las razones de la desinversión de oficio eran las opiniones críticas y la información libre que ellos mismos emitían a diario, resultaba claro el destino que tendrían una vez concretadas las transferencias y a la luz de la experiencia de alguno de los peticionantes, cuando los medios en los que ellos ejercían su profesión fueron adquiridos por empresarios afines al oficialismo.

En suma, los demandantes alegaron que los derechos que tenían y ejercían hasta entonces de expresarse libremente en las señales en las que trabajaban quedarían *supeditados, encadenados a las decisiones de la AFSCA, una autoridad de aplicación que era dependiente del Poder Ejecutivo y, por ello, parcial en sus decisiones*. Además, aunque improbablemente no sucediera de ese modo, invocaron un “interés sustantivo, específico y personal a permanecer ejerciendo [sus respectivas] tareas profesionales en las señales en las que [hasta entonces lo hacían]”. Y explicaron que el conflicto que planeaban se distinguía de uno en el que debieran “ponderarse los eventuales derechos de los titulares de las licencias y los periodistas que ejercen su profesión en esos medios, para armonizar los derechos constitucionales y convencionales a la libertad expresiva que ambos –licenciatarios y periodistas– pudieran poseer. En una hipótesis como esta última, los tribunales de justicia disponen del control de razonabilidad para ponderar...la proporcionalidad de cada interés, de cada derecho, para resolver en consecuencia”<sup>38</sup>. Dicho de otra manera, no se trataba de impug-

---

<sup>38</sup> Cf. alegaciones de los actores en “*Ivnisky Blanck, Julio y otros c/ EN-AFSCA s/ amparo ley 16.986*” (expediente n° 56.650/2014).

nar el cese de una relación contractual entre licenciatarios y periodistas, regida por otras reglas, sino de controvertir la interferencia inconstitucional e irrazonable del Estado en esa relación.

### **6.3. El precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela”**

En el orden regional la Corte Interamericana de Derechos Humanos había reconocido la legitimación de periodistas, trabajadores y accionistas de medios de comunicación agredidos por efecto de disposiciones estatales que afectaron la libertad de expresión de los medios de comunicación, en los cuales ejercían su profesión o eran parte de ellos como accionistas.

Así, en “Granier vs. Venezuela”, el Tribunal entendió que: “las restricciones a la libertad de expresión frecuentemente se materializan a través de acciones estatales o de particulares que afectan, no sólo a la persona jurídica que constituye un medio de comunicación, sino también a la pluralidad de personas naturales, tales como sus *accionistas* o los *periodistas que allí trabajan*, que realizan actos de comunicación a través de la misma y cuyos derechos también pueden verse vulnerados”<sup>39</sup>.

El conflicto se había desatado por el cierre de un Canal de Televisión al que no se le permitió la participación en los procesos administrativos de renovación de la licencia que se le había otorgado. Esa veda específica se dispuso en un contexto de intimidación y tensión política contra el medio televisivo que se había manifestado crítico del Gobierno venezolano. La Corte Inte-

---

<sup>39</sup> Cf. Párr. 151 de “Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión vs. Venezuela”. CIDH. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de junio de 2015. Serie C. N° 293. (Bastardillas agregadas).

americana examinó la situación, en particular la de los periodistas que ejercían su profesión en el Canal de Televisión y consideró probado que un grupo importante de trabajadores y accionistas habían padecido restricciones indirectas a su libertad de expresión ya que –dijo el Tribunal regional– *“ejercían funciones que contribuían de una manera indispensable a la misión comunicacional de RCTV, por lo cual son personas naturales cuya libertad de expresión pudo verse afectada por las actuaciones del Estado dirigidas al canal”*<sup>40</sup>.

La Corte Interamericana interpretó que las acciones del Estado venezolano “implicaron una desviación de poder, ya que se hizo uso de una facultad permitida del Estado con el objetivo de alinear editorialmente al medio de comunicación con el gobierno...” y se consideró obligado a “... resaltar que la desviación de poder aquí declarada *tuvo un impacto en el ejercicio de la libertad de expresión, no sólo en los trabajadores y directivos de RCTV, sino además en la dimensión social de dicho derecho...es decir, en la ciudadanía que se vio privada de tener acceso a la línea editorial que RCTV representaba*”...[ya que] la finalidad real buscaba acallar voces críticas al gobierno, las cuales se constituyen junto con el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, en las demandas propias de un debate democrático que, justamente, el derecho a la libertad de expresión busca proteger”<sup>41</sup>.

Como es sencillo advertir, las restricciones indebidas a los medios de comunicación por parte del Estado, mediante normas legislativas o administrativas, pueden generar –en un clima de tensión política y de persecuciones visibles a medios de comunicación y periodistas– otras restricciones indirectas a los trabajadores de prensa y a los accionistas de esos medios, prohibidas todas

---

<sup>40</sup> Cf. Párr. 157 de “Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión vs. Venezuela)”. (Bastardillas agregadas).

<sup>41</sup> Cf. Párr. 197 y 198 de “Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión vs. Venezuela)”. (Bastardillas agregadas).

ellas por el Art. 13.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La contundencia del precedente es notoria, pero ya antes la Corte Interamericana había considerado que constituyen medios indirectos de restricción a la libertad de expresión, el uso arbitrario de las facultades de regulación del Estado, usadas para impedir el control de un canal de televisión por su licenciatario, revocando la nacionalidad del director de ese medio –que constituía una condición de tal actividad– y excluir a varios periodistas de la programación. La razón de esas maniobras, así lo reconoció la Corte Interamericana, fue consecuencia de la línea editorial del medio de comunicación<sup>42</sup>.

#### **6.4. La sentencia de 1ª instancia en el caso “*Ivnisky Blanck*” y la cuestión que devino abstracta**

En el caso “*Ivnisky Blanck*”, el juez de primera instancia comenzó por examinar la existencia de «causa» o «caso concreto», según criterios reiterados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Al respecto –sin compartir sobre el punto el dictamen fiscal– el magistrado sostuvo que “existe *causa* si la petición excede el carácter simplemente consultivo y no importa una indagación meramente especulativa, sino que corresponde a un *caso* que busca prevenir los efectos de un acto al que se le atribuye ilegitimidad o constituye una lesión a normas constitucionales (CSJN, Fallos 330: 1302)”. Por el contrario, según lo señaló el juez, en el amparo requerido por los actores “se pretende que se declare la nulidad de la Resolución AFSCA N° 1121/14...ello por entender que la resolución citada vulnera derechos reconocidos por la Constitución Nacional y la Convención Americana de Derechos Humanos –en

---

<sup>42</sup> Cf. Caso “*Ivcher Bronstein vs. Perú*”. CIDH. Sentencia del 6 de febrero de 2001. Serie C. N° 74. Párr. 158 a 163.

especial, el derecho a la libertad de expresión y al libre ejercicio de la actividad periodística, constituyendo un acto de censura indirecta, en los términos de lo normado por el artículo 13.3 de la citada Convención– y porque fue dictada por un organismo que no es independiente, lo que afecta su legitimidad y convierte a sus actos en ilegítimos”<sup>43</sup>.

Acerca del conflicto sustantivo –con cita de varios pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos– el magistrado a) enfatizó que “el ejercicio profesional del periodismo no puede diferenciarse del ejercicio de la libertad de expresión, siendo actividades «evidentemente imbricadas» en la que el periodista es simplemente quien ejerce su libertad de expresión en forma continua, estable y remunerada”<sup>44</sup>; b) hizo mérito de las dos maneras en que puede vulnerarse el Art. 13.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos: una *radical*, “tal como la censura previa, el secuestro de publicaciones y, en general, todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o la difusión de información al control gubernamental”; la otra *indirecta*, tales “las que generan un impacto adverso a la circulación de ideas”; c) examinó los hechos, las circunstancias, en suma, el contexto en el que se emitió la Resolución N° 1121/2014 AFSCA cuya nulidad solicitaron los actores. En este sentido, el magistrado enumeró y explicitó con ejemplos concretos, los agravios verbales que sufrieron varios de los demandantes por parte de funcionarios oficiales de alto rango como, entre otros, el jefe de Gabinete de

<sup>43</sup> Cf. consid. IV de “*Ivnisky Blanck, Julio y otros c/ EN-AFSCA s/ amparo ley 16.986*” (expediente n° 56.650/2014). Juz. Cont. Ad. Federal N° 9, a cargo del Dr. Pablo CAYSSIALS. (17 de diciembre de 2015). (Bastardillas agregadas).

Con anterioridad a dictar sentencia el magistrado resolvió –el 4 de febrero de 2015– “*declarar la suspensión de la Resolución AFSCA N° 1121/2014*” por el término de seis meses. Esta medida fue apelada y el juez concedió el recurso con ambos efectos, es decir, suspendió los efectos de la medida provisoria. Interpuesta por los actores la revocatoria contra el efecto suspensivo de la cautelar, la concedió. Vencido el plazo de la cautelar los demandantes peticionaron una prórroga de la medida que fue otorgada por tres meses más.

<sup>44</sup> Cf. consid. V de la sentencia de primera instancia en “*Ivnisky Blanck*”.

Ministros y el Secretario General de la Presidencia de la Nación<sup>45</sup>; d) dio por acreditada la falta de independencia e imparcialidad de la autoridad de aplicación, en especial de su Presidente<sup>46</sup>, e) consideró que las circunstancias y el contexto en que se dictó aquella resolución “permiten prever la concreción de los extremos alegados por los peticionantes”. Además, cuando como en el caso se analizan e impugnan medidas que tratan de modo desigual a un sujeto en comparación con los otros, se presume la inconstitucionalidad de la medida tomada por el Estado y está a cargo de éste la probanza de que existen motivos suficientes para obrar de ese modo<sup>47</sup>, y, f) el juez trajo a colación el considerando 74 del voto de la mayoría en el caso “*Grupo Clarín*”, ya citado en esta comunicación. Destacó el magistrado que de ese considerando se sigue el deber de independencia y calidad técnica que debe de exhibir la autoridad de aplicación y la posibilidad de que ante eventuales perjuicios en la aplicación de la ley que sufran personas ajenas a quienes intervinieron en el caso “*Grupo Clarín*” –por ejemplo, usuarios y consumidores– les cabe reclamar por las vías que correspondan. Según lo consideró el juez, entre esos eventuales perjudicados debe incluirse a los periodistas que demandaron la nulidad de la Resolución N° 1121/2014 AFSCA<sup>48</sup>.

En consecuencia de todo ello, el magistrado hizo lugar a la demanda, reconoció la *legitimación de los periodistas* agraviados en sus *derechos propios*, en un contexto de persecución estatal materializada a través las resoluciones emitidas por la autoridad administrativa que operaba sin independencia del poder político ni imparcialidad configurando, con esos actos, lo que el juez denominó con precisión, un caso de censura indirecta.

---

<sup>45</sup> Cf. consid. VI y VII de la sentencia de primera instancia en “*Ivnisky Blanck*”.

<sup>46</sup> Cf. consid. XI y XII de la sentencia de primera instancia en “*Ivnisky Blanck*”.

<sup>47</sup> Cf. consid. VIII de la sentencia de primera instancia en “*Ivnisky Blanck*”.

<sup>48</sup> Cf. consid. XI de la sentencia de primera instancia en “*Ivnisky Blanck*”.

La sentencia, emitida el 15 de diciembre de 2015 –la primera cautelar se dictó en el caso, el 4 de febrero de ese año– fue apelada, tal como se recurrieron la medida provisoria y su prórroga. Pero antes de que se notificaran los agravios del Estado a los actores y antes de que los periodistas pudieran presentar la contestación a esos agravios, la Cámara, sin confirmar ni revocar la sentencia de grado, sostuvo que la cuestión había devenido abstracta dada la derogación de las normas pertinentes de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual y en razón de que se había dejando sin efecto la resolución impugnada<sup>49</sup>.

En efecto, el tribunal de segunda instancia, antes de resolver la apelación del Estado había dictado una medida para mejor proveer a fin de que el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) –reemplazante de la AFSCA– informara si se había tomado alguna decisión relacionada con el Art. 161 de la ley 26.522 a propósito de los expedientes relativos al proceso de desinversión del Grupo Clarín y acerca de si continuaba vigente la Resolución N° 1121/2014. El Ente informó que el Art. 161 había sido derogado por medio del Decreto 267/15 y que nuevo organismo había dejado sin efecto la Resolución N° 1121/214<sup>50</sup>.

El decreto referido por el ENACOM era, en realidad, un DNU. Dicho de otra manera, varios artículos de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual fueron modificados o derogados por una norma de emergencia. No obstante, el tribunal de segunda instancia consideró que bajo esa circunstancia, la cuestión controvertida había devenido abstracta y de esa manera lo declaró.

---

<sup>49</sup> Cf. “*Ivnisky Blanck, Julio y otros c/ EN-AFSCA s/ amparo ley 16.986*” (expediente n° 56.650/2014). Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Sala I. Decisión del 23 de marzo de 2016.

<sup>50</sup> Cf. DNU 267/2015 dictado el 29 de diciembre de 2015 (B.O. 4/1/2006). La Resolución N° 1121/2014 de la AFSCA fue dejada sin efecto por la Resolución N° 17/16 de el ENACOM (1/2/2016),

Así, de modo poco ortodoxo la larga marcha de la denominada popularmente «Ley de Medios» llegaba a su fin. Sin embargo el DNU 267/2015 PEN recibió tratamiento en el Congreso Nacional conforme a los parámetros de la ley 26.122 –de reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia, de los decretos delegados y de los decretos de promulgación parcial de leyes– tan cuestionada en el momento en que se la sancionó, porque otorgaba valor de convalidación normativa a la aprobación de una de las cámara del Congreso, aunque la otra no se expediera<sup>51</sup>. Pues bien, la Cámara de Diputados aprobó el 6 de abril de 2016 ese decreto que, además, disolvió la AFSCA y creó el ENACOM. El Senado guardó silencio.

## **7. Perspectivas**

Quizás quienes propusieron y obtuvieron contra viento y marea la aprobación de la ley 26.122, reflexionen ahora acerca de que los instrumentos legales deben sancionarse pensando en que en las democracias consolidadas el poder puede cambiar de manos y es saludable que ello ocurra.

Como quiera que sea el DNU fue convalidado conforme a los requisitos de la ley vigente y el Poder Ejecutivo prometió y se abocó a elaborar una nueva ley de medios de comunicación. La ley anterior, inconstitucional, irrazonable y en su aplicación persecutoria y arbitraria, había fracasado por sí misma, incluso más allá de las impugnaciones judiciales exitosas que cosechó.

Tal como bien se señaló, durante la vigencia de la ley por más de un lustro, no pudieron evitarse los reiterados fracasos de

---

<sup>51</sup> Formulé la crítica a la ley 26.122, que consideré inconstitucional, en GELLI, María Angélica - *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. Tomo II. Cuarta Edición, ampliada y actualizada. La Ley, Buenos Aires. Septiembre de 2008. 8ª reimpression, 2015. Pág. 384. P. 6.

los concursos abiertos para crear nuevos canales de televisión; las promesas de asignaciones de canales a colectivos específicos –como los pueblos originarios– se desvirtuaron y quedó en el papel la reserva del 33% del espectro para emisoras no comerciales<sup>52</sup>.

De todos modos, la experiencia de aquel intento estatal en *medios y comunicaciones* dejó sus enseñanzas políticas, jurídicas y sociales. En primer lugar, se pudo constatar cuán importante resulta para la democracia la libertad expresiva y la información que devela lo oculto. Y ello aunque se tomen en consideración las imperfecciones de los medios de comunicación y el sesgo parcial que en algunas ocasiones toma la información que emiten. Y es que esos defectos se neutralizan con más libertad y competencia y no con censuras oficiales, directas o indirectas.

En segundo término, se elaboró un precedente judicial muy provechoso –siquiera en primera instancia– cerca de los derechos y la legitimación de los periodistas. Se verá de qué manera cuaja en el futuro. Acerca de los derechos de las audiencias, del público, las «disidencias sagaces» del caso “*Grupo Clarín*” quizás marquen el camino futuro. Por fin, la libertad a secas resultó un valor que –con todas sus limitaciones– preservó la democracia. Un valor por el que vale la pena arriesgarse.

---

<sup>52</sup> Cf. CRETNAZ, José –*Con la Ley herida, pero la mística intacta*– *La Nación*, Buenos Aires, República Argentina, 9 de octubre de 2014.

