

**Voces:** LEY DE SERVICIOS DE COMUNICACION AUDIOVISUAL ~ FUNDAMENTO DE LA SENTENCIA ~ CONSTITUCIONALIDAD ~ INTERPRETACION JUDICIAL ~ SERVICIOS DE COMUNICACION AUDIOVISUAL ~ LICENCIA DE RADIODIFUSION ~ DERECHO DE PROPIEDAD ~ LIBERTAD DE EXPRESION ~ CENSURA ~ CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ~ CONTROL DE CONVENCIONALIDAD ~ CONSTITUCION NACIONAL ~ DERECHOS CONSTITUCIONALES ~ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION ~ DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA ~ DEMOCRACIA ~ TRATADO INTERNACIONAL ~ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS ~ PODER JUDICIAL ~ FACULTADES DEL PODER JUDICIAL ~ PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

**Título:** El largo camino del caso "Grupo Clarín"

**Autor:** Sola, Juan Vicente

**Publicado en:** LA LEY 31/10/2013, 31/10/2013, 1 - LA LEY2013-F, 37

**Fallo comentado:** [Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ Grupo Clarín y otros c. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa ~ 2013-10-29](#)

**Cita Online:** [AR/DOC/4093/2013](#)

Después de una larga espera y de un amplio debate público la Corte Suprema de Justicia ha dictado un muy extenso fallo en el caso Grupo Clarín y otros c. Poder Ejecutivo nacional y otro s. Acción meramente declarativa.

Son 391 fojas y seis opiniones distintas, la pregunta que se nos plantea es saber si podemos extraer un precedente estable en un caso en que el holding está en el voto de los jueces Lorenzetti y Highton.

Debo aclarar inicialmente que trataré de efectuar un comentario sobre el Fallo y no nuestra opinión sobre el caso. Esta ya fue expresada en nuestro memorial de amicus curiae presentado en el caso y en la exposición oral en la audiencia que convocara la Corte Suprema. Esta se puede consultar en el Centro de Información Judicial. Consideraré entonces que los artículos de la ley no cumplieran con las reglas de la defensa de la competencia y constituían una fuerte limitación a la libertad de expresión, prohibidas en el artículo 32 de la Constitución.

Pero debo ahora analizar brevemente este fallo.

La primera tarea al analizar un caso es determinar si este crea un precedente que no solo determine el derecho sino que también pueda ser aplicado en casos análogos en el futuro. Para ello debemos conocer el texto y analizar la "ratio decidendi" de lo que simplemente está dicho de paso, el holding que nos permita conocer esta norma constitucional que es el precedente. Como no todos los fallos crean precedentes esta distinción es importante. Es muy complicado analizar un fallo cuando los votos diferentes votos sin que se pueda establecer cuáles son sus fundamentos si solo hay plena coincidencia en la decisión, pero no en los argumentos de los jueces.

Si bien la mayoría se compuso por cuatro votos, dos de ellos comparten los argumentos. Esto hace muy complejo analizar cual es estrictamente el precedente de este caso. Debemos buscar el Holding en el voto del Presidente Lorenzetti y la Vicepresidente Highton, pero con la conciencia que esta decisión puede no ser estable ya que hay votos con argumentos diferentes, pero con coincidencia en el decisorio principal de los ministros Zaffaroni y Petracchi. Tampoco coinciden las Disidencias parciales del Ministro Maqueda y de la Ministro Argibay. Finalmente una Disidencia total del Ministro Decano Fayt.

Los fundamentos de los votos mayoritarios del Presidente Lorenzetti y de la Vicepresidente Highton tienen una estructura tradicional. Están dentro de la doctrina de la autolimitación, la que señala que una ley federal puede ser declarada inconstitucional solo en caso del "claro error" del legislador. Esto es un cambio de la reciente línea de precedentes de la Corte que había iniciado un camino hacia un "nuevo proceso constitucional" al que ya nos habíamos referido. Es probable que este caso sea una situación aislada en esa vía, debido a la enorme conmoción política que este caso ha generado. (1)

Considera a la ley de medios constitucional en una visión facial, es decir relativa al contenido general de la norma, pero adelanta que su aplicación podría ser inconstitucional e incluso hace un llamamiento para que lo sea. En la determinación del derecho la Corte Suprema puede optar por decidir sobre el valor "facial" de la norma, es decir analizar su constitucionalidad formal independientemente de lo requerido por las partes y de su necesidad para resolver el caso. Es decir que la necesidad de determinar el derecho a través de un precedente constitucional para el conocimiento y utilidad social toman prioridad sobre las normas que decidan el caso planteado. (2) La otra alternativa es discutir la constitucionalidad de la norma según fue aplicada en el caso. (3) Siguiendo la doctrina tradicional iniciada en Thayer (4) que señalaba que las leyes se presumen constitucionales, que cuando no lo son es por "un claro error" del legislador, y la inconstitucionalidad se refiere fundamentalmente al caso aplicable. la pregunta de la autolimitación judicial, los jueces pueden no favorecer una legislación e inclusive oponerse a ella pero solamente pueden anularla cuando está prohibida por la Constitución. Esta doctrina de la autolimitación judicial está basada en la doctrina del artículo clásico de 1893 de James Bradley Thayer sobre Doctrina Americana del Derecho Constitucional. Solo en casos en que la inconstitucionalidad "enfureciera" al juez interviniente se debería declarar la inconstitucionalidad.

En este caso Grupo Clarín el voto mayoritario de la Corte hace un análisis facial de la ley de medios 26522, en los cuatro artículos bajo análisis, 41, 45, 48 (segundo párrafo) y 161. Considera que son constitucionales en cuanto está en la competencia del Congreso dictar esas normas, pero deja sin resolver definitivamente para el futuro si puede existir una inconstitucionalidad en el caso planteado. Este fallo con todo su carácter definitivo abre el camino para futuros litigios.

Señala indirectamente que si la aplicación fuera arbitraria o irrazonable podría ser inconstitucional, con lo que se iniciaría un nuevo ciclo de litigios. Lo mismo ocurre cuando señala que la desinversión del artículo 161 podría dar lugar a una expropiación regulatoria y en ese caso dar lugar a una indemnización por el Estado. Es decir el artículo 161 no sería en si mismo inconstitucional solo en casos en que la aplicación causara un daño al derecho de propiedad que debiera ser indemnizado. En su disidencia el Juez Fayt señala que no se toma en cuenta los derechos de los consumidores que sufrirían de la privación de un medio al cual quieren acceder.

El fallo hace comentarios generales sobre la libertad de expresión que no son estrictamente aplicables al caso constituyen un obiter dicta antes que a los motivos por los que se resolvió el caso. Expresamente señala la mayoría que el considerando 74 es un obiter dictum (en párrafo 16)

Analizando el fallo de la mayoría, se rechaza el estándar estricto de control párrafo 38. Sin embargo en cuestiones de libertad de expresión debe utilizarse el escrutinio estricto en el que el regulador debe demostrar que la norma que limita el derecho constitucional cumple necesariamente con un objetivo gubernamental imprescindible.

Se menciona al Análisis de costo beneficio en párrafo 44, lo cual es loable aunque hubiera requerido de la presentación de los estudios de valoración efectuados por el gobierno previos a la sanción de la ley.

Se señala la razonabilidad del límite del 35% y de las 24 licencias en párrafo 46, aunque en una simple afirmación.

En el párrafo 48 se menciona que en caso de una eventual regulación expropiatoria por aplicación del art. 161 de la ley en se indemnizará por los daños y perjuicios.

En el párrafo 49 se señala que no es desproporcionada la pérdida patrimonial que pudiera sufrir la actora.

En el párrafo 51 se señala que el juicio sobre la necesidad de la medida es indebido en sede judicial.

En el párrafo 66 se señala el principio que no se debe sobreponer un interés privado sobre el interés de la comunidad. También señala que los derechos adquiridos no pueden de ningún modo eximir a un sujeto del cumplimiento del nuevo régimen normativo. Estas afirmaciones genéricas requieren ser corroboradas, de lo contrario se podrían constituir en enunciados dogmáticos.

Tal como había sido anunciado en el párrafo 74 se establece en Obiter dicta como debe ser el comportamiento de la autoridad de aplicación.

La disidencia parcial del Ministro Maqueda señala el tema de la inconstitucionalidad en el caso. El art. 45 puede tener una constitucionalidad "facial" pero no en la forma de ser implementada, de la misma manera que los artículos 48 y 161. También es inconstitucional en el caso el cese simultáneo de todas las licencias, sin flexibilidad alguna, ya que afecta la libertad de expresión.

En el párrafo 20 de su disidencia expresó que el debate sobre la constitucionalidad en este caso es ajeno a los que pudieran surgir de su aplicación posterior. En caso que las decisiones del órgano de aplicación pudieran llevar a la asfixia económica del grupo quedaría la solución judicial para resolver esos casos, aplicando los precedentes Editorial Rio Negro y Editorial Perfil. En cambio correspondía ahora a la Corte expresarse en su totalidad y en definitiva sobre las cuestiones planteadas. En suma sobre la constitucionalidad facial de la ley.

Acepta la constitucionalidad del art. 41. Señala que la libertad de expresión consiste en asegurar que los habitantes estén suficientemente informados para opinar y ejercer sus derechos. Sin duda proveer de buena información es una obligación del gobierno, y cuenta para ello con medios considerables. Sin embargo no se obtiene un mejor acceso a la información limitando a los medios existentes. Mucho menos existe la obligación gubernamental de limitar a medios de expresión para hipotéticamente asegurar la pluralidad de ideas.

Esto recuerda la importancia de la información en una sociedad democrática. Hirschman (5) sostiene la importancia en las instituciones de la "voz" y "salida". La Voz es la importancia de la participación de las personas frente a los bienes y servicios que ofrece la administración. Es decir que una activa libertad de expresión permite a la administración conocer las necesidades y las quejas de los ciudadanos frente a los bienes que se les ofrece. Dicho esto, en un sistema constitucional no alcanza con la expresión de los ciudadanos, requiere una participación más efectiva fundamentalmente requiere de una activa forma de control judicial.

Establece el ministro Maqueda que una vez que la licencia ha sido otorgada, estas autorizaciones deben estar rodeadas de la mayor cantidad de garantías posibles y así se previenen intervenciones que afectan a la libertad de expresión.

Sostiene la constitucionalidad de los artículos 41 y 45. Pero en cambio la inconstitucionalidad del art. 48 segunda parte y que la actora conserva las licencias otorgadas por su plazo de vigencia. Considera por lo tanto

inoficioso expresarse sobre la inconstitucionalidad del art. 161.

El ministro Maqueda expresó que el art. 161 afectaba los derechos adquiridos, "ni el legislador, ni el juez podrían, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatarse o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior".

El voto de la Ministro Argibay es preciso en un mayor nivel técnico. Plantea las dificultades de la implementación del art. 161 cuando impone el cese de actividades de comunicación audiovisual en todos los mercados simultáneamente, y que el artículo no contempla ninguna flexibilidad.

Recuerda el contexto de aprobación de la ley de medios de comunicación y de la relación "intensamente conflictiva entre el gobierno y las empresas demandantes" y que el cese compulsivo de licencias no contempla sus efectos sobre las personas que integran las audiencias de los medios afectados. Aplica por lo tanto al art. 161 un escrutinio constitucional estricto aplicación había sido rechazada por la mayoría del Tribunal. Dice: "las restricciones a la libertad de expresión son inconstitucionales, a menos que quién las defienda demuestre que ellas sirven a un fin estatal impostergable que no puede ser alcanzado por otra vía menos restrictiva." Dice que en el caso de medios de comunicación que se sirven del espectro radioeléctrico la revocación anticipada de una licencia vulnera el derecho a la libertad de expresión, salvo que el titular de la licencia cuente en esa área con otra licencia. La procedencia de la responsabilidad del estado deberá ser demostrada y decidida en cada caso. En el segundo supuesto cuanto se trata de licencias que no se apoyan en el espectro radio eléctrico el impedimento estatal para el ejercicio de una licencia en curso es inválido, ya que vulnera la libertad de expresión.

Finalmente considera válido el art. 41.

Declara el derecho de las empresas demandantes a continuar con las licencias hasta el vencimiento del plazo por el cual fueron otorgadas. Declara la inconstitucionalidad de los artículos 48 y 161 de la ley 26522.

En su opinión disidente el Ministro Fayt recuerda los grandes precedentes de la Corte sobre libertad de expresión. Recordó el caso "el célebre Bourdieu" como aplicable al caso por los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien público. También la "valoración de la libertad de expresión que formuló la Corte en los inicios de su actuación ha sido sostenida con la mayor constancia y fervor a partir de diciembre de 1983, cuando, restablecido el orden constitucional, fue instaurada junto con las demás autoridades democráticas." Efectúa luego una amplia enumeración de precedentes que sostienen la libertad de expresión. Cita su participación conjuntamente con el Presidente de la Corte Carrió en el célebre caso Ponzetti de Balbín, donde dice que "la libre iniciativa individual, la libre competencia y la libertad de empresa considerados elementos esenciales para la autonomía humana." Cita varios precedentes de libertad de expresión en la historia de la Corte Suprema desde 1983.

Cita a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando señala que en ningún caso las leyes antimonopólicas deben ser exclusivas para los medios de comunicación.

En el análisis estricto de la ley le causa asombro que solo trata de los usuarios en algunas normas dispersas y que no existe definición de usuario en el decreto reglamentario. Dice que parece dirigida más hacia organizaciones que a personas.

Finalmente declara la inconstitucionalidad de los art. 41, 45 (con la excepción de los incs. a y b, y 48 segundo párrafo. Los restantes agravios no resultan conducentes para la solución del caso.

Es un muy extenso fallo aunque hay temas sin tratar, por ejemplo no se menciona el conflicto que trascendió a la opinión pública entre las empresas actoras y las demandadas. Existe en la opinión pública la idea que esta ley ha sido dictada con el objetivo de atacar al grupo empresario actor en esta causa. En tema tradicional en el derecho público es la prohibición contra las condenas legislativa, cuando una legislatura sanciona a una persona o personas sin una decisión judicial, el Bill of Attainder, expresamente prohibida en la Constitución de Estados Unidos. En su disidencia el Ministro Fayt menciona el conflicto que llevó a la sanción de esta la ley de medios de comunicación. Una pregunta que debe ser resuelta es si estaba redactada teniendo en cuenta una persona en concreto, y si es así si esto resulta constitucional.

A pesar de su decisión firme no parece que este fallo concluya con la cuestión de la constitucionalidad de esta ley. Da la impresión que sienta las bases para nuevos litigios.

(1) Ver SOLA, Juan Vicente, La Corte Suprema y el nuevo proceso constitucional. Revista La Ley 2013

(2) METZGER, Gillian E., Facial Challenges and Federalism. 105 Colum. L. Rev. 873. 2005.

(3) En inglés la expresión es "as applied".

(4) James Bradley Thayer, The origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. 1893.

(5) HIRSCHMAN, Albert O., Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States. Cambridge, Mass. Harvard University Press. 1970.

