

# **La actualización de un debate pendiente. Apuntes sobre el fallo de la Corte Suprema que declaró la constitucionalidad de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual**

## **1. El contexto de la decisión**

El fallo de la Corte Suprema en el caso "Clarín" se convirtió en una decisión histórica por diversas cuestiones. La primera de ellas se relaciona con el mecanismo adoptado por la Corte para escuchar a las partes contendientes en el juicio, así como a los *amicus curiae* (amigos del tribunal, terceros ajenos al proceso que tienen un interés probado en el resultado del litigio).

Si bien no ha sido la primera oportunidad en que se realizara una audiencia pública ante la Corte, ni tampoco la primera dedicada a un tema de libertad de expresión, sí se trató del primer caso en que la CSJN estableció un reglamento *ad hoc* para su realización, que fue formalizado por vía de una resolución el 14 de agosto de 2013.

De esta manera, el máximo tribunal explicitó su intención de asumir cierto estilo similar al de la Corte Suprema de los Estados Unidos para asegurar la máxima difusión en casos de particular relevancia pública. La celebración de audiencias para procesos relevantes que establecieron las Acordadas 30/2007 y 7/2013, junto con otras vinculadas a reglas de transparencia, dan cuenta de la voluntad de instalar cierta apertura en el modo de tomar decisiones.

No obstante, en el caso "Clarín" la Corte se apartó de la regla histórica que ella misma fijara, según la cual los *amicus curiae* eran "amigos" del tribunal y no de las partes. En este caso, en cambio, la Corte requirió que los *amicus* fueran presentados por las partes (cinco por el Grupo Clarín y cinco por el Estado Nacional), se estableciera para ellos un temario concreto. Ante los reclamos de organismos que quedaron fuera del proceso la Corte evaluó pocos días después de la publicación del reglamento la pertinencia de la presentación de otras partes consideradas "independientes" e incorporó así dos nuevos *amicus* sin ligazón con las partes.

La consecuencia de la adopción de esta regla fue que los aportes se transformaran en presentaciones de defensa de las posiciones de las partes. De este modo se restó libertad a los *amicus* para opinar sobre los tópicos deseados y hacer sus aportes jurídicos y se los transformó en meros partisanos más interesados por el resultado del caso que por dar cuenta de la relevancia jurídica de los temas en debate. Esta crítica no alcanza a opacar la pertinencia del llamado a la audiencia pública que, como veremos, resultó crucial para dar cuenta de la magnitud de la disputa judicial en torno a la vigencia de la ley.

Existe además un elemento crucial que define la importancia de la audiencia: los recursos extraordinarios –escritos que presentan las partes cuando un caso llega a la Corte- tienen límites estrictos de páginas y renglones. Es imposible por las reglas procesales y administrativas volcar la totalidad de cuestiones y argumentos que un juicio tan complejo ofrece en mil cuarenta renglones, descontando la introducción y el relato de los precedentes, y profundizar en la crítica del fallo de Cámara. La riqueza del debate doctrinario que el caso ofrece queda entonces empequeñecida. De allí la relevancia de la audiencia.

Durante los dos días que duraron las audiencias públicas en el cuarto piso del Palacio de Tribunales presenciamos un acontecimiento histórico tanto a nivel institucional, como doctrinario y político. Todas las partes dijeron aquello que consideraban relevante o necesario para acreditar sus derechos y los *amicus* expusieron antecedentes, razones y aportes doctrinarios en apoyo de las distintas posiciones. Con mejores o peores performances, con mejor o peor suerte por la decisión, pero el conjunto de la sociedad argentina tuvo la oportunidad de ver, en vivo y en directo, un contrapunto inédito en nuestro país sobre el sentido de la regulación de los medios audiovisuales y el rol del Estado en materia de libertad de expresión.

Así las cosas, la audiencia pareció ajustarse a la caracterización realizada por el célebre sociólogo y criminólogo Noruego Nils Christie:

“Busquemos nuestro punto de partida lejos de aquí, vayamos a Tanzania. Enfoquemos nuestro problema desde una soleada ladera de la provincia de Arusha. Allí, dentro de una casa relativamente grande, en un pueblo muy pequeño, una suerte de acontecimiento tuvo lugar. La casa estaba colmada de gente; la mayoría de las personas adultas del pueblo y varias de los pueblos cercanos estaban allí. Era un acontecimiento feliz, se escuchaban charlas, se hacían bromas, se veían sonrisas, la atención era entusiasta, no había que perderse una sola frase. Era un circo, era un drama. Era un juicio”<sup>1</sup>.

## **2. Los temas en debate**

Siguiendo el fallo de la Corte que definió el reglamento de la audiencia y la posterior incorporación de dos *amicus* considerados “independientes”, los oradores y los temas en debate quedaron asignados de la siguiente manera:

*Amicus curiae* por el Grupo Clarín:

- “Observatorio Iberoamericano de la Democracia”. Orador: Asdrúbal Aguiar.
- “Organización de Asociaciones de Empresas de Televisión Pagada para Iberoamérica” Orador: Eduardo Oteiza.

---

<sup>1</sup> Christie, Nils: “Los conflictos como pertenencia”, en: AAVV: de los Delitos y de las víctimas, ADHOC, Buenos Aires, Argentina, 1992, página 160.

Temario: Derecho Comparado en la regulación de TV por cable (art. 45).

- “Asociación Internacional de Radiodifusión” / “Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas (ADEPA)”. Oradores: Luis Pardo y Carlos Laplacette.

Temario: Libertad de expresión, radiodifusión y régimen de licencias (arts. 41, 45, 161).

- “Comité del Consumidor (CODELCO)”. Oradores: Andrés Gil Domínguez - Eliseo Verón.

Temario: Derechos del consumidor y acceso a la información en la era digital (art. 45).

- Lucas Sebastián Grossman (abogado).

Temario: Defensa de la competencia (art. 45).

#### *Amicus curiae* por el Estado Nacional

- “Asociación Argentina de Juristas”. Orador: Beinusz Szmukler.

Temario: Validez constitucional de los artículos 41 y 48, 2do párrafo.

- “Universidad Nacional de San Martín”. Orador: Carlos Ruta.

Temario: Validez constitucional art. 45, apartado 1, incisos a y b; y apartado 2, incisos a y b.

- “Universidad Nacional de Lanús”. Orador: Víctor Ernesto Abramovich.

Temario: Validez constitucional del art. 45, apartado 1, inc. c y párrafo final.

- “Confederación Cooperativa de la República Argentina (COOPERAR)”. Orador: Miguel Julio Rodríguez Villafañe.

Temario: Validez constitucional del art.45, apartado 2, incs. c y d, y párrafo final, y apartado 3.

“Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)”. Oradores: Horacio Verbisky y Damián Loreti.

Temario: Validez constitucional del art. 161 con referencia a límites a la titularidad de licencias art. 45.

#### *Amicus curiae* “independientes”

- “Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual”. Oradora: Cynthia Ottaviano.

- “Centro de Estudios en Derecho y Economía (Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires)”. Orador: Juan Vicente Sola.

#### Peritos

- Contadora Débora Liliana Romero
- Licenciado en Economía Néstor Rubén Alessandría
- Ingeniero en Comunicaciones Rodolfo Pedro Giunta

Ministerio Público de la Nación

- Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó.

A estos oradores se sumaron los representantes del Estado Nacional y los del Grupo Clarín, encabezados por los abogados Graciana Peñafort y Damián Cassino, respectivamente.

Cada una de las intervenciones se presentaba como un contrapunto con el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Así, pese a haber obtenido una sentencia favorable en aquella instancia, el Grupo Clarín volvió a reclamar lo que la Cámara no le había otorgado: la inconstitucionalidad de los artículos 41 y 161 - ambos en su totalidad- y la parte del artículo 45 que limitaba la cantidad de medios de comunicación audiovisual sobre soporte de frecuencias radioeléctricas. La Cámara había rechazado estos planteos por considerar razonable la limitación a la transferencia de las licencias y el desgobierno del tema durante largos años en que la flexibilización de las reglas por resoluciones administrativas contrariando la ley anterior, trajo como consecuencia el total desconocimiento por parte del Estado respecto de quiénes eran los titulares efectivos de las licencias de los servicios de comunicación audiovisual. Sobre el artículo 161, que prevé los procesos de adecuación en el término de un año desde la redacción de los reglamentos, la Cámara había entendido que el plazo ya había transcurrido con holgura y que, por lo tanto, su previsión no causaba agravios. Por último, respecto de las licencias de medios que utilizan espacio radioeléctrico, la Cámara había considerado que la regulación del Estado sobre la cantidad de frecuencias disponibles para cada licenciatario estaba formulada razonablemente por ser un recurso escaso.

Por su parte, los representantes del Ejecutivo apuntaron a los puntos del fallo de la Cámara que habían favorecido al Grupo Clarín y sostuvo que no surgía claramente de los votos de los camaristas el fundamento de su decisión de declarar inconstitucionales las regulaciones establecidas respecto de la televisión por cable, así como las incompatibilidades locales y techos de concentración establecidos en la ley 26.522 para este tipo de servicios.

Tal como fueron planteados estos temas en las audiencias, es posible distinguir algunos nudos conceptuales a desentrañar. El primero tiene que ver con el debate acerca del alcance del derecho a la libertad de expresión. Implícita y explícitamente estaba en juego el debate entre la doctrina clásica o la tradición clásica del reconocimiento de la libertad de expresión frente una mirada más amplia que no sólo la concibe como un derecho individual, sino a la vez social. De este punto se derivaba el segundo eje de debate, vinculado al rol que le cabe al Estado en esta materia.

Una tercera cuestión –en caso de que se avalara la capacidad de acción estatal más allá de la abstención de la censura-, pasaba por establecer si corresponde aplicar principios generales de defensa de la competencia para regular la concentración en el mercado de medios audiovisuales o si son necesarias reglas específicas destinadas a prevenir procesos de concentración antes de que los mismos se produzca y, en tal caso, cuáles serían los mecanismos apropiados para hacerlo.

De las respuestas a estos interrogantes se derivaría una conclusión concreta en cuanto la compatibilidad o no de los instrumentos legales establecidos por la ley 26522 con la Constitución Nacional. Sin embargo, luego de observar la exigua y detallada lista de preguntas que la Corte realizó a las partes, los grandes núcleos del debate fueron tratados con una profundidad inimaginable antes de que llevara a cabo la audiencia. Así se llegaron a discutir cuestiones como la sustentabilidad de los medios Grupo Clarín antes y después de la aplicación de la ley 26.522 frente a la garantía de la libertad de expresión y se planteó un interrogante crucial de nuestro tiempo: cuán grande y diversificado debe ser un grupo comunicacional para que se considere cumplida esa garantía.

### **3. El dictamen de la Procuración y la sentencia de la Corte**

El fallo de la Corte, que se conoció el 29 de octubre de 2013, resolvió a favor de la constitucionalidad de todos los artículos cuestionados -41, 45, 48 y 161- por cuatro votos contra tres con las firmas de los jueces Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco y, por sus votos, los ministros Enrique Petracchi y Raúl Zaffaroni. En tanto, los jueces Carlos Maqueda y Carmen Argibay, cada cual por su voto, se pronunciaron por la constitucionalidad parcial de la ley, acreditando la de los artículos 45 y 41, pero haciendo lugar a la demanda por la inconstitucionalidad de los artículos 48 y 161. Por último, Carlos Fayt votó en disidencia completa por la inconstitucionalidad total de los artículos controvertidos.

Para facilitar la lectura y el análisis del fallo se detallará cada uno de los votos y posiciones de los jueces de la Corte, luego de considerar el dictamen de la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó.

#### ***La postura de la Procuración General***

La Procuradora intervino en la causa por disposición de la Corte, en representación de los intereses generales de la sociedad, y dio a conocer su dictamen el 12 de julio de 2013. Allí se pronunció a favor de la constitucionalidad de la norma y aseguró que la ley 26.522, “procura el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia de los servicios de comunicación audiovisual con el fin último de abaratar, democratizar y universalizar el aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación”.

El dictamen afirma que la sentencia dictada por la Cámara Civil y Comercial Federal, que había declarado inconstitucionales partes de los artículos 45 y 48 resulta arbitraria y “es el resultado de un apartamiento de los fines previstos por el legislador, que fueron sustituidos por el tribunal arrogándose facultades ajenas”.

Además, sostuvo que la Cámara, en su sentencia, “asigna a la libertad de expresión un contenido decimonónico que se limita a prohibir la intervención del Estado en la esfera privada del individuo y relega la contracara de ese derecho que demanda una protección activa del Estado”.

“La decisión apelada está fundada en apreciaciones que revelan un notable sesgo en la conceptualización de la libertad de expresión y del derecho de propiedad, que ignora los paradigmas de la realidad económica actual y prescinde absolutamente de la dimensión social y pública de los intereses en juego que inspiraron la sanción de la nueva ley. Además, la sentencia se aparta de las circunstancias particulares del caso al omitir toda valoración a la situación de los demandantes, cuya concentración empresarial pone en peligro la vigencia efectiva de derechos fundamentales”, precisó Gils Carbó.

El pronunciamiento de la Procuradora destaca que la concentración empresarial en general - y en el caso del Grupo Clarín, en particular-, “pone en peligro la vigencia efectiva de derechos fundamentales”. En este sentido, el dictamen analiza la composición del Grupo Clarín a partir de los balances presentados por el multimedio ante la Comisión Nacional de Valores y detalla la expansión que ha tenido el holding, en especial a lo largo de los últimos 40 años, en todo tipo de negocios vinculados a la comunicación. Así se detalla, desde la apropiación de Papel Prensa, hasta la operación conjunta que concentró a los dos mayores operadores de cable del país -Cablevisión y Multicanal-, en 2007.

La Procuradora sostuvo que los procesos de expansión del holding han constituido pasos trascendentes para la conformación de un “oligopolio mediático”. En tal sentido, remarcó que “el mundo de las ideas no ha escapado a los procesos de liberalización y utilización de nuevas tecnologías, por lo que no ha sido inmune al peligro de la proliferación de prácticas anticompetitivas y de una tendencia irrefrenable a la concentración del poder económico. La existencia de estos peligros demanda una disciplina jurídica que se ocupe de ellos.”

“En particular, la regulación de las concentraciones en el ámbito de los medios de comunicación exige examinar la situación de un mercado, que no es cualquiera sino uno en que el bien de intercambio es particularmente sensible —la información— y en el cual se pone en juego cada día la vigencia efectiva de derechos fundamentales y libertades públicas que exceden lo meramente material y económico”, detalló.

El dictamen realiza además un análisis de legislación comparada en diversos países de Europa y América y recuerda que en muchos de ellos —como por ejemplo Estados Unidos—

se ha optado por prohibir la propiedad cruzada de medios gráficos y audiovisuales para evitar el abuso de posiciones dominantes, cosa que no ocurre en la normativa argentina. Por el contrario, los legisladores optaron por limitar la cantidad de licencias y la cuota de mercado sin prohibir la tenencia de distintos tipos de medios.

Finalmente, Gils Carbó consideró que la sentencia de la Cámara “denota una visión parcializada del conflicto que se revela en el notable énfasis que pone en preservar los intereses patrimoniales de los demandantes, sin que se advierta igual tesón en respetar los derechos de la ciudadanía a contar con una mayor pluralidad informativa, de ideas y de contenidos”.

“La libertad de empresa de los medios de comunicación no puede jugar en el plano del derecho constitucional un papel autónomo desligado de la efectividad del entramado de derechos, garantías y valores que la Constitución Nacional consagra en beneficio de toda la ciudadanía. Sin embargo, la sentencia recurrida se enfoca en el interés pecuniario de las empresas actoras a llevar adelante sus actividades sin injerencias, e incluso interpreta que esta exclusión del poder estatal constituye una garantía para su libertad de expresión”, agregó la Procuradora.

Por todas estas razones, Gils Carbó recomendó a la Corte Suprema dejar sin efecto el fallo de la Cámara Civil y Comercial Federal y declarar constitucionales los artículos cuestionados, así como a totalidad de la ley

### ***Los votos de los jueces de la Corte***

Para analizar la sentencia de la Corte del 29 de octubre, es necesario considerar en primer término el voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco –presidente y vice del tribunal, respectivamente-, quienes anuncian el orden de tratamiento de las cuestiones a dirimir.

A tal efecto señalan que se considerará:

1. El marco constitucional en que se sitúa el conflicto, para lo cual se realizarán consideraciones sobre la dimensión individual y colectiva de la libertad de expresión y el rol del estado en cada supuesto. A tal efecto indica que se hará hincapié en las formas en que el estado puede elegir para garantizar la libertad de expresión en su faz colectiva
2. Los argumentos relacionados con las formas en que la libertad de expresión puede ser afectada de modo directo o indirecto para lo cual anuncia que se harán precisiones sobre el alcance al caso o no del precedente “Editorial Río Negro”. Y que se analizarán las pruebas traídas a autos

3. El estándar con el que se debe analizar la constitucionalidad de las normas traídas a juicio
4. Consideraciones obiter dictum<sup>2</sup>

Al tratar el primero de los temas, la Corte entiende que las posiciones esgrimidas por las partes conducen a analizar el derecho a la libertad de expresión desde sus dos dimensiones; la individual y la colectiva. El primero, alegada su violación por la actora a través de la afectación de sus derechos de propiedad y libertad de comercio. La faz colectiva, en tanto, defendida por el Estado, justificando la regulación en virtud de la promoción de la libertad de expresión frente a un sistema de medios extremadamente concentrado, casi exclusivamente comercial y privatista.

Recuerda el fallo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos había dado cuenta de este debate ya desde el año 1985, cuando en la Opinión Consultiva 5/85 reconocía esta doble dimensión, lo que luego fue ratificado en precedentes como "Olmedo Bustos", "Ivcher Bronstein", "Herrera Ulloa" y "Canese".

El voto de Lorenzetti y Highton replantea este tema central y afirma: "Entendida de este modo - como facultad de autodeterminación, de realización de sí mismo - el ejercicio de la libertad de expresión admite una casi mínima actividad regulatoria estatal, que solamente estaría justificada en aquellos supuestos en los que dicha libertad produce una afectación a los derechos de terceros". Y agrega: "En su faz colectiva - aspecto que especialmente promueve la ley impugnada - la libertad de expresión es un instrumento necesario para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública".

Citando fallos de la Corte IDH, señala que "desde este punto de vista la libertad de expresión se constituye en piedra angular de la existencia misma de la democracia". Los jueces reafirman este concepto con citas de la Corte Suprema de Estados Unidos y del constitucionalista norteamericano Owen Fiss y agregan que el Estado debe garantizar "la más amplia diseminación posible de información de fuentes diversas y antagónicas". Entonces, entiende el voto que siendo la función de los medios "ser instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirlas, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones" y que es "precondición de la democracia" la discusión libre y abierta de los asuntos públicos, "resulta necesario garantizar el acceso igualitario de todos los grupos y personas a los medios masivos de comunicación".

---

<sup>2</sup> En general, los obiter dicta son consideraciones de derecho que no resultan imprescindibles para definir la cuestión en litigio en una causa, pero que los jueces deciden incorporar para proporcionar una visión más integral de la problemática. La traducción literal del latín -"dicho sea de paso" o "dicho al pasar"-, define de manera bastante clara su utilización habitual.



Aclarada esta posición el voto de Lorenzetti y Highton sostiene que "a diferencia de lo que sucede en la libertad de expresión en su dimensión individual donde la actividad regulatoria del estado es mínima, la faz colectiva exige una protección activa por parte del estado, por lo que su intervención aquí se intensifica. Los medios de comunicación tienen un rol relevante en la formación del discurso público, motivo por el cual el interés del Estado en la regulación resulta incuestionable".

Reconocida de este modo la pertinencia de la regulación estatal en la actividad, los jueces señalan que el Estado puede optar por la forma de regular a fin de promover las oportunidades reales de expresión por parte de los ciudadanos para robustecer el debate público. En esta línea el fallo menciona la posibilidad de que actores no estatales afecten la libertad de expresión - mediante la conformación de monopolios u oligopolios - y afirma que la intervención estatal activa fue reconocida por la Corte Interamericana también en casos como "Tristán Donoso", "Ríos", "Kimel" y "Fontevecchia".

El voto señala que los modos de la intervención estatal varían desde dejar librado el sistema al funcionamiento del mercado hasta aplicar leyes generales de defensa de la competencia cuando se producen distorsiones que afecten la pluralidad de voces. Pero reconoce que el Estado también tiene la facultad de regular "a través de normas que a priori organicen y distribuyan de manera equitativa el acceso de los ciudadanos a los medios masivos de comunicación. En este supuesto le corresponde al estado decidir cuáles serán las pautas más adecuadas". En este sentido, recuerda también la Corte la recomendación de la Relatoría Especial de Libertad de Expresión que en 2004 indicó que las reglas generales de defensa de la competencia son insuficientes para el sector de la radiodifusión.

En el segundo apartado de sus considerando, los jueces Lorenzetti y Highton entienden que no es procedente amparar la posición del Grupo Clarín en el leading case "Editorial Río Negro". El voto recordó que en aquel caso estaba en juego una actitud individualizada y discriminatoria del Poder Ejecutivo de una provincia que, aun cuando no hiciera mella en la sustentabilidad del medio, incurrió en una práctica de retaliación de publicidad oficial por la publicación de contenidos considerados ofensivos por las autoridades políticas provinciales. La Corte deja claro que no existe ninguna analogía entre ese caso y el actual, donde no se trata una decisión de alcance individual sino una ley de alcance general para todo el sector. Y agrega en negritas que, por el contrario, esta ley "promueve la libertad de expresión en su faz colectiva estableciendo límites iguales a todos los titulares de licencias".

Al ingresar en las cuestiones de sustentabilidad, cuya afectación alegaba el Grupo Clarín, el voto señala que esa afirmación no se desprende ni de la pericia contable ni de la pericia económica y sostiene que la empresa bien podría readecuar sus costos. Además de la importancia de la definición, es importante resaltar cierta mala fe en la lectura del fallo por

parte de quienes alentaban la inconstitucionalidad de la ley, quienes plantearon que la Corte autorizaba despidos. Más allá de que los sindicatos del sector han logrado cláusulas en las reglas de adecuación a la nueva ley que impiden la afectación de fuentes y condiciones de trabajo como consecuencia de ese mismo proceso de adaptación, es casi obvio decir que cualquier empresa que por adecuación a los límites impuestos por la ley dejara de operar en determinada región podría ceder esa unidad de negocios a otra sociedad que quedará a cargo del personal. Antes bien, esos trabajadores pasarán a desempeñarse para el nuevo operador con sus condiciones indemnes, condición obligatoria según la propia ley para el mantenimiento de las licencias.

Cabe resaltar además que el voto además indica que los demandantes no logran explicar cómo es que funcionaban antes de alcanzar su magnitud actual y qué ocurre con los demás medios que no tienen ese porte ni grado de concentración. Dice el voto: "La realidad muestra que existe en el país una gran cantidad de medios nacionales y locales de pequeñas y medianas dimensiones que operan sin inconvenientes en el sector".

Al considerar el tercero de los temas, el voto entiende que el escrutinio constitucional "debe realizarse teniendo en cuenta la naturaleza y entidad de los derechos en juego: el derecho de propiedad y libre comercio del grupo actor, y el derecho a la libertad de expresión en su faz colectiva". Tras detallar las reglas de control de concentración del artículo 45 de la ley 26522 Lorenzetti y Highton afirman: "No se requiere un mayor esfuerzo expositivo para concluir que las medidas en cuestión resultan idóneas para cumplir con los objetivos mencionados, en tanto las restricciones a la cantidad de licencias aparecen como apropiadas o aptas para permitir la participación de un mayor número de voces". Y en el mismo sentido agregan: "A diferencia de otros mercados, en el de las comunicaciones la concentración tiene consecuencias sociales que se manifiestan sobre el derecho a la información, un bien esencial para las libertades individuales".

El voto también se adentra en la eventualidad de las restricciones patrimoniales y la posibilidad de que el Grupo Clarín avance en una demanda civil reclamando una reparación. En tal sentido señala que las restricciones son proporcionadas al peso institucional que poseen los objetivos de la ley y resuelve el rechazo de la demanda de daños y perjuicios en las condiciones planteadas.

Un párrafo dedica en particular el voto al mencionar que las conclusiones de la actora sobre la aplicación de precedentes norteamericanos no son aplicables al caso en cuestión. Sobre la situación puntual de la regulación de los servicios que no utilizan espectro, el voto indica que le corresponde al Estado decidir si corresponde o no regular el mercado o dejarlo a sus propias reglas y que no es facultad de la Corte intervenir en tal debate.

Entiende que los mecanismos fijados en el artículo 45, entonces, son plenamente constitucionales. Sobre el artículo de la adecuación (161) indica que se asiste a una doble

impugnación, por afectar retroactivamente derechos adquiridos y por el plazo de un año fijado.

El voto fulmina ambas pretensiones con argumentos basados en que no se trata de expropiaciones, ni revocaciones de licencias por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, ni del rescate de un servicio público. Dice al respecto que "se trata de un sistema de desinversión por el cual los sujetos alcanzados por la ley se encuentran obligados a adecuarse al nuevo régimen legal en materia de multiplicidad de licencias, y en consecuencia deben transferir dentro de un plazo todas aquellas que resulten necesarias para ajustarse al límite". Lo contrario significaría la existencia de relación jurídica no susceptible de ser modificada, cosa que la jurisprudencia tiene dicho no es admisible ni constitucional, porque importaría sobreponer el interés privado por encima del interés general. Además, agrega en negritas el voto, la ley "permite que los titulares de licencias transmitan a un tercero las (licencias) que tengan en exceso y obtengan un precio a cambio". En la misma línea aseguran que no hay tampoco ningún elemento concreto que permita sostener la declaración de inconstitucionalidad del plazo de un año, de cuyo vencimiento ya se habían cumplido otros dos años al momento en que se conoció el fallo.

Sobre el artículo 48 segunda parte, el voto entiende que se trata de la regla general de la imposibilidad de alegar la perennidad de un régimen jurídico determinado.

En materia de intransferibilidad de las licencias, el voto indica que es compatible con la Constitución, porque se trata de actividades reguladas *intuitu personae* y se corresponde además con la condición histórica en que las licencias fueron adjudicadas, régimen alterado con graves consecuencias por el decreto de necesidad y urgencia 1005/99.

Párrafo aparte merece el llamado *obiter dictum* del voto. Allí ambos jueces señalan en este apartado la necesidad de contar con un organismo técnico, independiente e imparcial para la aplicación de la ley, que la publicidad oficial sea asignada con políticas transparentes y que los medios públicos deben dar voz y satisfacer las necesidades de información de todos los sectores de la sociedad. Bastante se ha dicho ya al respecto, con la libertad de opinión que corresponde, y hasta hubo quienes titularon el resultado del fallo dándole prevalencia al *obiter* antes que al fondo de la cuestión.

Mirado con atención, no es mucho lo que agrega. Sobre el punto se han expresado los relatores de libertad de expresión, el Sistema Interamericano y la propia Corte en más de una oportunidad. Pero, además, lo hace la propia ley 26522 al fijar pautas para la distribución de publicidad oficial en el artículo 75, establecer reglas de actuación para Radio Televisión Argentina (art. 128 y concordantes) y fijar una composición plural para el organismo de aplicación.

***El voto del juez Enrique Petracchi***

Este voto individual comparte el fondo de la decisión con Lorenzetti y Highton, pero con fundamentos compartidos parcialmente, por lo que destacaremos aquellas cuestiones que aparecen como más relevantes.

Inicia el voto indicando la adhesión a parte de los contenidos del dictamen de la Procuración General y encuadrando la cuestión en el marco del derecho internacional de los derechos humanos para luego considerar directamente el articulado de la ley y sus fundamentos. En relación al artículo 45 sobre topes de concentración, plantea la compatibilidad con el Principio 12 de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión de la CIDH del año 2000, y la interpretación sobre la insuficiencia de la regulación general de defensa de la competencia que sostuvo en su Informe de 2004 la Relatoría Especial. En tal sentido sostiene que “las nuevas formas de comercialización e industrialización afectaron el ejercicio de publicar, la iniciativa y la libre competencia, hasta entonces concebidas en términos estrictamente individuales (...) han insertado a la prensa en el tejido de las complejas relaciones económicas en que se encuentran las empresas contemporáneas (...) Y, en este nuevo escenario, la concepción clásica de la libertad de expresión – entendida solamente como el derecho a estar libre de toda interferencia estatal – se adapta mal a la prensa contemporánea”.

Para el juez, “la libertad de prensa tiene sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa en los términos del artículo 14 y que es deber de los tribunales proteger los medios para que exista un debate plural sobre los asuntos de gobierno” y al respecto agrega que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que “una política integral en materia de libertad de expresión debe incorporar medidas dirigidas a fomentar la diversidad y el pluralismo en el debate democrático”.

Petracchi remata la cuestión recordando que los relatores de libertad de expresión de OEA, ONU, Comisión Africana y la OSCE declararon en 2007 que **“para prevenir la concentración indebida de medios de comunicación o la propiedad cruzada de los mismos, ya sea horizontal o vertical, se deben tomar medidas especiales incluyendo leyes antimonopólicas”** (en negritas en el original).

El juez recuerda a continuación que el garante último del pluralismo es el Estado y cita particularmente al Tribunal Constitucional Alemán diciendo que “las tendencias a la concentración deben contrarrestarse con la mayor rapidez y eficacia posibles ya que es muy difícil en este ámbito reparar los errores cometidos”. Ampliando la cita agrega luego que “la importancia de la radiodifusión como configuradora de opinión, impide que ella quede, sin más, en manos del mercado”.

Más adelante considera el voto que las restricciones a la propiedad cruzada y las prácticas oligopólicas de la ley son compatibles con el escrutinio exigente de las reglas del artículo 13.2 de la Convención Americana señalando que la ley es previa, precisa, reconoce un fin

legítimo claro y responde a una necesidad social imperiosa, como resulta ser la alta concentración del mercado argentino. Y agrega que esa necesidad surge también de la especificidad de los bienes jurídicos protegidos, dado que los medios son bienes valiosos para la preservación de identidades culturales y garantes del pluralismo. De allí la tensión entre la libertad comercial y la necesidad de asegurar una libertad de expresión amplia, plural y diversa.

En cuanto a los límites a la concentración en el cable, el voto de Petracchi rechaza fundadamente la pretensión del Grupo Clarín, sostenida en la sentencia previa de Cámara, de avalar la inconstitucionalidad de la ley en base al fallo “COMCAST”. De modo muy exhaustivo el juez desmenuza ese antecedente estadounidense para concluir que no resiste la analogía una resolución administrativa particular con una ley general (como la ley 26522) ni que tampoco registran similitudes suficientes las condiciones de mercado ni las tecnologías, ni los prestadores, ni las bases de cálculo para ambos casos. Tampoco considera inconstitucional *per se* fijar un límite de mercado del 35% del total de abonados.

Más adelante el voto analiza lo que hemos dado en llamar “talla crítica”. Sostiene que no resulta admisible el argumento sostenido por la empresa según el cual sólo una economía de escala como la que alcanzó el Grupo Clarín garantizaría la independencia editorial y que ningún dato de la realidad confirma que es la dimensión económica lo que de por sí determina la existencia de una voz crítica.

Finalmente, el voto adhiere a los principios de imposibilidad de reclamar la indemnidad frente a cambios de legislación positiva como un derecho adquirido. También coincide que Lorenzetti y Highton en que los mecanismos de restricción a la propiedad cruzada son proporcionales al fin pretendido y que la pertinencia de los plazos de adecuación no ha sido suficientemente rebatida por la empresa. Lo propio respecto a que las cuestiones de implementación de la ley no han sido traídas a este juicio por lo que no cabe pronunciarse al respecto. Concluye, entonces, declarando la constitucionalidad de los artículos observados y el rechazo de la demanda de daños y perjuicios.

### ***El voto del juez Raúl Zaffaroni***

El voto del juez Zaffaroni parte de una detallada y minuciosa observación de los antecedentes de la causa e igual de precisa es la descripción de las posiciones de las partes y relato de los hechos. En materia de análisis jurídico remite, tema por tema desglosado en ítems, a los considerandos del voto del juez Petracchi en cuanto a los objetivos y fines de la ley; las restricciones del artículo 45; la regulación de la transferencia de licencias; el plazo

de adecuación; la alegación del régimen de multiplicidad de licencias como derecho adquirido y los restantes agravios.

Sentada su adhesión en estos aspectos, pasa el voto a considerar lo que denomina “la dimensión cultural como cuestión constitucional”. En este apartado Zaffaroni indica que el vínculo entre el derecho a informar y la ley cuestionada lo establece el Grupo Clarín al plantear la previsible disminución de la renta, sobre lo que expone que tal reclamo – de hacerse lugar – conduciría a la declaración de inconstitucionalidad de cualquier disminución de la renta de cualquier persona jurídica destinada a una actividad, haciendo constitucionalmente inviable la regulación antimonopolios, lo que se daría de bruces con la totalidad de las disposiciones antitrust.

Tras citas del derecho comparado sobre este tema agrega que “con razón se sostiene que no se trata de disposiciones antimonopólicas referidas a cuestiones que hacen solo a la competencia, sino nada menos que al derecho a la información plural” y más adelante señala que lo que se pone en juego no es solamente la incidencia de los monopolios en materia de democracia política sino que debe agregarse a ello la “dimensión cultural” de la materia en discusión, la que hace a la existencia y coexistencia de todos los habitantes de la Nación.

En este contexto indica el voto que “nadie puede poner en duda que los medios audiovisuales son formadores de cultura” y de la creación de valores. Por tanto, “ningún Estado responsable puede permitir que la configuración cultural de supueblo quede en manos de monopolios u oligopolios. Constitucionalmente estaría renunciando a cumplir con los más altos y primarios objetivos que señala la Constitución”.

De allí que concluya que no estamos frente a una discusión meramente patrimonial ni tampoco se agota en torno a los derechos a la información y a la libertad de expresión “que no están lesionados”. Lo que en el fondo se discute “apelando a tesis descartadas hace más de un siglo en su país de origen es si se deja o no la configuración de nuestra cultura librada a la concentración de medios en el mercado. Jurídicamente sería una omisión constitucional, porque lesionaría nuestro derecho a la identidad cultural”, lo que sería un “suicidio cultural”.

Por ello vota en el mismo sentido que los votos precedentes, en contra de la declaración de inconstitucionalidad requerida por la actora, en cada uno de los artículos en disputa y del rechazo de la acción por daños y perjuicios.

***Las disidencias de Carlos Maqueda, Carmen Argibay y Carlos Fayt***

La disidencia parcial del ministro Maqueda es la que tiene mayor cantidad de transcripciones de la audiencia, de preguntas a las partes en cuanto al relato de los hechos y antecedentes e inclusive del contexto de análisis de constitucionalidad de normas. Contexto que, aclara, no permite valorar el acierto o error de las políticas públicas. Este aspecto es compartido por la totalidad de la Corte, sin perjuicio de los análisis personales que algunos de ellos vuelcan sobre la ley. Aclarado este punto, señala que - y en ello habrá diferencias con la jueza Argibay - el análisis del caso es ajeno a hipotéticos conflictos derivados de la aplicación posterior de la ley.

En cuanto a la regla de intransferibilidad y sus excepciones, indica el voto que no es cierto que se esté frente a una norma que transforme retroactivamente la naturaleza de las licencias, entre otras cuestiones porque el régimen anterior bajo el cual fueron adjudicadas tampoco lo permitía. La segunda razón en que se funda el rechazo es que por tratarse de una actividad de interés público, el Estado tiene la facultad de regular para asegurar que lo se alteren sustancialmente las condiciones de la adjudicación a los particulares.

En materia de límites a la capacidad de concentración, retomando doctrina del derecho internacional de los derechos humanos sobre libertad de expresión, tal como la Observación No. 34 al artículo 19 del Comité de Derechos Humanos de ONU, tanto como la declaración conjunta de los relatores de libertad de expresión de 2007 afirma que "la libertad de expresión no solo autoriza al Estado, sino que lo obliga a adoptar una serie de medidas destinadas a promover, respetar y garantizar la pluralidad en los medios de comunicación. Así, entre otras, debe dictar un marco normativo que prevenga la concentración indebida". Menciona incluso, y es el único que lo hace, el documento de la UNESCO que recomienda la "liquidación, disolución, desconcentración o división de las empresas infractoras"; a lo que el Estado se encuentra compelido. Por supuesto, en el marco del respecto a las libertades individuales.

El voto enfatiza que las regulaciones no se limitan a los medios que usan espectro y que los límites a la concentración planteados "no conculcan" la garantía del artículo 28 de la Constitución Nacional. La disidencia parcial se afirma, sin embargo, en la distinta interpretación sobre los artículos 48 y 161. Señala para así resolver que la conducta del Estado por un lapso prolongado llevó a la actora a presumir legítimamente la estabilidad de su situación jurídica, que la cantidad de presentaciones no fueron objetadas, aún en violación al régimen anterior, hasta 2009<sup>3</sup> y que hay un derecho subjetivo a partir de la "expresa conformidad del Estado" para quien realizara inversiones y pusiera en funcionamiento un proyecto comunicacional.

---

<sup>3</sup> Oportunidad en que por el rechazo al pedido de fusión el COMFER requiere adecuar el pedido por los incumplimientos detectados a la ley 22.285

Al respecto cabe aclarar que, como quedó dicho en la audiencia, había informado sobre irregularidades en materia de multiplicidad de licencias a sus propios accionistas, aun antes de la sanción de la nueva ley.

No obstante, el juez Maqueda entiende que se está frente a un supuesto de revocación de licencia, distinto al del precedente "Miragaya" donde cupo tal acto porque no había empezado a emitir, circunstancia ostensiblemente diferente. En el caso, opina el voto, es menester esperar para la aplicación de los nuevos límites a la concentración al fenecimiento de las licencias vigentes. A nuestro criterio, hay en este punto una contradicción con la cabida de la aplicación de las reglas sugeridas por UNESCO admitidas por el mismo juez en forma explícita, y - por supuesto - con la mayoría de los jueces que entienden que no hay revocación ni expropiación.

Al decidir, entonces, Maqueda resuelve por la constitucionalidad de los artículos 41 y 45, por la inconstitucionalidad del 48 - diciendo que la actora tiene derecho a mantener las licencias hasta el plazo de su vigencia - y por declarar inoficioso el planteo de inconstitucionalidad de la adecuación. Finalmente, rechaza la demanda de daños y perjuicios.

Por su parte, la jueza Argibay comienza el tratamiento de la cuestión adhiriendo al relato de los antecedentes y hechos que realiza el voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco.

Seguidamente interpreta el alcance del juicio tanto en orden a la declaración solicitada de inconstitucionalidad de las normas, como a la necesidad de resolver sobre "la obligación de cesar en el uso de las licencias que se encuentran en curso". Es decir, que considera - a diferencia de los otros ministros - inescindible el tratamiento del texto de la ley respecto de las medidas de su aplicación.

Pasa luego a considerar la constitucionalidad del artículo 41 e indica de manera preliminar que el mismo no tiene incidencia sobre los contenidos de los medios, pese a lo afirmado por el Grupo Clarín y que resulta legítimo el interés del Estado Nacional por mantener en el ejercicio de las licencias a quienes las obtuvieron por considerarlas aptas para ello.

En cuanto a los límites planteados por el artículo 45 entiende que el esquema en sus propios términos no altera de manera expresa el derecho a la libertad de expresión porque las reglas propuestas no se fundan en contenidos, y - en segundo término - porque los fines legislativos propuestos son pertinentes.

Pero, más adelante, señala que la imposición de esas reglas traerá aparejada la imposibilidad para algunas audiencias de seguir recibiendo el mismo servicio que hoy tienen. Entonces, la vulneración de derechos constitucionales surgiría de las disposiciones que aplican de las reglas (arts. 48 y 161), porque imponen el cese de la vigencia de las licencias. En ese sentido argumenta que "el punto a resolver es si la cancelación por el gobierno de licencias para la operación de medios fundada en razones de oportunidad, mérito y conveniencia - fundamento de la operatividad del 161 LSCA - altera la libertad de



expresión. La respuesta es afirmativa". Es notable la disidencia en este párrafo con los votos de mayoría que afirman exactamente lo contrario.

Agrega luego la jueza que "la validez constitucional del artículo 45 LSCA no se transmite mecánicamente a las vías trazadas para su implementación". Por tanto decide que "la parte actora tiene derecho a continuar con el uso de sus licencias y señales de contenido (...) Y en esa medida este pronunciamiento es contrario a la validez de los artículos 48 y 161 LSCA".

Cabe resaltar en términos doctrinarios que el voto menciona la intervención del *amicus* por la Universidad de Lanús, Víctor Abramovich, y polemiza con el por el contexto y las condiciones para interpretar las lecturas de Owen Fiss en cuanto a la posición del Estado como amigo de la libertad de expresión. Si bien otros votos citan la audiencia de *amicus*, esta es la oportunidad más notable de reflexión sobre sus contenidos y aportes de doctrina.

La participación del juez. Fayt funda una disidencia completa. Es decir que la parte resolutive se expresa en contra de la constitucionalidad de la totalidad de los artículos en cuestión, con la excepción de los aspectos regulatorios de los medios que usan espectro. No se expide sobre la acción de daños, pero es el único que impone costas a las vencidas y remite a un considerando 37, cuando su disidencia solo registra 36.

Fayt adhiere -tal como el voto anterior - a la exposición de antecedentes del voto de los jueces Lorenzetti y Highton y desgrana luego una importante cantidad de doctrina y referencias del derecho constitucional adhiriendo a la postura histórica y clásica en materia de libertad de expresión.

Resulta notable que reclame al Poder Legislativo que haya dictado una norma en la que no se cite ni se considere a los "usuarios" y a los "derechos del usuario" como uno de los defectos más serios. A finca en dicha posición para entender que no se han considerado las afectaciones causadas a ellos por la aplicación de las reglas de límites a la concentración y a la adecuación, además de la observación de la regla de la defensa del usuario por el artículo 42, aspecto sobre el cual la posición doctrinaria es mayormente adversa.

Al respecto cabe indicar que la ley ha privilegiado lo que en doctrina se llaman los derechos de las audiencias. El rol del usuario es notoriamente distinto y está definido por la relación de consumo y pago, que en los medios de comunicación no necesariamente se da de ese modo. Pero, a tal efecto, sí existen normas que establecen derechos de las audiencias y hasta se incluye la regulación de accesibilidad y abonos sociales, sobre los cuales el juez omite toda consideración.

Respecto a la regla de intransferibilidad, la disidencia la considera directamente inconstitucional - es la única posición en ese sentido - dado que implica una afectación a los derechos dominiales del grupo Clarín. Sobre la imposición de límites a la concentración registra una crítica a la regla partiendo de la conducta sinuosa del Estado por haber pasado de cuatro licencias a veinticuatro (mediante el DNU 1005/99) y ahora a la nueva

regulación. Al respecto dice que hay "inconsistencia -formal y material - del ejercicio de la potestad regulatoria".

Lo que parece omitir el juez es que la facultad regulatoria del Estado hace -al decir de los otros ministros - que esa sea una esfera ajena a la decisión judicial, junto con que la Argentina fue objeto de medidas de re-regulación en el mercado de las comunicaciones basadas en decretos de necesidad y urgencia. Agrega sobre el punto que las restricciones no han sido debidamente fundadas.

Es importante la disidencia en materia doctrinaria. En un conjunto de apartados el voto enumera todos y cada uno de los fallos de la Corte desde 1983 en materia de libertad de expresión, para luego decir que en el primer pronunciamiento, en el caso Ponzetti de Balbín, él mismo ha "elevado del derecho de prensa a la categoría de un derecho individual autónomo, la legislación sobre la prensa garantizó su ejercicio estableciendo criterios e inmunidades con el objeto de impedir la intromisión arbitraria del Estado tanto en la publicación como a las empresas que realizaban la publicación, asegurando la libre iniciativa individual, la libre competencia y la libertad de expresa considerados elementos esenciales para la autonomía humana". Y cita luego a Burdeau reafirmando la tesis de la libertad de expresión como una libertad negativa garantizada por "la sola virtud" de la abstención gubernamental. Al respecto recoge una cita de Fiss a fin de debatir, también, con los *amicus* sobre este punto.

Desde esta posición decide entonces hacer lugar a la demanda del Grupo Clarín.

#### **4. Palabras finales**

El análisis de un proceso tan extenso y complejo, con un fallo que tiene esas mismas características obliga a un esfuerzo de síntesis que deja temas sin tratar y que, necesariamente, podrían haber enriquecido aún más el aporte. Pese a esas limitaciones de espacio, creemos que se ha podido dar cuenta de la importancia del precedente por muchas razones.

El punto de partida es la interpretación de la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos en materia de libertad de expresión, llegando incluso a dirimirse sobre la condición constitucional de la Declaración de Principios de Libertad de expresión de la CIDH de octubre de 2000 y su aplicación como *soft law*. Lo mismo puede decirse de las declaraciones e informes de los relatores especiales.

Esto es de una importancia mayúscula para los debates sobre la incorporación de los tratados al derecho interno y a la doctrina y jurisprudencia. Se ha discutido aquello que era la cuestión de fondo. La importancia de la libertad de expresión, las razones de su protección y promoción y su valor como precondition de la democracia. Pero, en este contexto, no puede menos que celebrarse que se haya discutido sobre su concepción como

derecho universal, tanto individual como social. Y allí también hay un aporte capital en la construcción de una mirada de derechos humanos sobre la sociedad y el Estado de derecho.

Se ha dirimido otra cuestión fundamental. El rol del Estado. La sola virtud de la abstención es la garantía de la protección a la libertad de expresión parece haber quedado como solo una parte de sus roles. Con mucha profundidad se ha discutido si era una facultad regular para la defensa y promoción de este derecho, junto con el de informar y ser informado; o si era una obligación hacerlo. Y, desde esta perspectiva, se ha discutido sobre los “cómo”: posiciones que afirman que deben contarse con reglas generales posteriores que castigan parecen ceder frente a las posiciones que aconsejan reglas que prevengan la indebida concentración que dañe el pluralismo.

También se debatió sobre los “cuándo”. Circunstancia en la que las posiciones de mayoría y disidencias estuvieron de acuerdo en las reglas, pero no en la implementación. Este tópico es ciertamente el más difícil. Cómo y cuándo se cuenta el día cero de la implementación de reglas de desmonopolización, y si son generales o particulares los modos de fijar esos días. Parecería que estos últimos son altamente discriminatorios porque harían cambiar a unos sí y otros no con la eventualidad de agrandar asimetrías.

Lo resuelto por la mayoría de la Corte indica que se optó por una vía compatible con la Constitución: no hay revocación de licencias, no hay desapoderamiento. Como en otras latitudes - y hasta es reconocido por la disidencia parcial - y siguiendo la recomendación de UNESCO se adoptan reglas de desinversión. Se fijó un criterio que es observado desde muchos sitios porque existen voluntades políticas de desconcentrar la actividad, y no desde gobiernos de neto corte populista, sino desde ejemplos como la reforma constitucional de México que dispone "desincorporación de activos".

Otro elemento que nos parece sustantivo rescatar - particularmente de los votos que conforman la mayoría - es la dedicación que otorgan al tratamiento de la pertinencia de las citas traídas en su defensa por el Grupo Clarín. Como pocas veces, los votos cuestionan la utilización de precedentes tanto por no sujetarse al contexto, cuando por no ser ajustada la referencia. En términos más concretos, en aquellos tópicos que pretenden homologar las reglas legales con las decisiones administrativas, las diferencias de situaciones materiales y el fondo de lo decidido, en relación al precedente COMCAST de la Corte de los Estados Unidos, en cuanto a la inaplicabilidad de lo resuelto por esta CSJN en el precedente "Editorial Río Negro".

El aporte del proceso, con sus matices, idas y vueltas a la Corte por recursos, audiencias, pruebas, intervención de *amicus*, ha sido a nuestro criterio un relevante y sustantivo aporte a la construcción del Estado de Derecho.

En palabras de Holmes y Sunstein, “los derechos y las libertades individuales dependen fundamentalmente de una acción estatal vigorosa”<sup>4</sup>. Todos los derechos son positivos en tanto necesitan acciones estatales que garanticen su cumplimiento. La libertad de expresión no es una excepción. Más aún, cuando ha quedado dicho, de modo pétreo, que es también un derecho de la sociedad.

---

<sup>4</sup> Holmes, Stephen y Sunstein, Cass "El costo de los derechos", Ed. Siglo XXI pag 33