

AUTOS Y VISTOS: La acción de amparo y medida cautelar promovidas en autos, y

CONSIDERANDO

1. Que a fs. 64/97 se presenta, con patrocinio letrado, el Sr. **Guillermo Luis Guerín**, en su carácter de Delegado de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) de la Región La Plata, provincia de Buenos Aires, promoviendo acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional, a fin de que se declare la nulidad absoluta del Decreto N°236/15, el cual resolvió la intervención por 180 días de la AFSCA y el cese en sus funciones del Directorio de dicha entidad, dejando en poder del interventor las facultades de gobierno y administración. Asimismo solicita se declare la nulidad del art. 23 decies incisos 2°, 4°, 5°, 6°, 7° y 8° del Decreto 13/2015, en virtud del cual se dispuso que las funciones y competencias de la AFSCA pasaran al ámbito del nuevo Ministerio de Comunicaciones de la Nación.-

Afirma que por los citados decretos se remueven todos los integrantes del Directorio de la AFSCA, incluyendo a aquellos que integran la Autoridad Federal en representación del Consejo Federal de Comunicación Audiovisual – COFECA- (art. 16 de la Ley 26.522) y de la Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de la Comunicación Audiovisual, en franca violación a lo establecido en la Ley 26.522, toda vez que los cargos directivos se encuentran amparados por un régimen de estabilidad en el cargo por un período de cuatro (4) años, siempre que no exista causal objetiva de remoción, se siga el procedimiento establecido en la citada legislación y que la misma es competencia exclusiva del COFECA.-

Manifiesta que ello se produce no sólo a través de la violación a los principios republicanos de la división de poderes y de razonabilidad (arts. 1 y 28 de la Const. Nac.), sino que constituye una amenaza concreta al derecho a la libertad de expresión de todos los ciudadanos y ciudadanas, dado que traspasa las atribuciones de una autoridad de aplicación autónoma y plural -por decreto de necesidad y urgencia- a manos de un delegado del Presidente de la Nación.-

Destaca que en ese marco de incidencia colectiva, los derechos y garantías constitucionales sufren una afectación directa y actual, por lo cual la acción de amparo se constituye como la única vía idónea para buscar la urgente protección jurisdiccional de los mismos.-

En ese contexto, solicita el dictado de una medida cautelar suspensiva de los efectos del acto impugnado, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo planeada, con la finalidad de asegurar el resultado de una eventual sentencia judicial favorable.-

2. En función de lo expuesto, corresponde seguidamente analizar la competencia del infrascripto respecto de la pretensión principal, como así también de la medida cautelar peticionada.-

2.1. Competencia de la cuestión principal.-

En primer lugar, corresponde afirmar que toda determinación de competencia debe efectuarse atendiendo, especialmente, a la exposición de los hechos y al derecho que se invoca en la demanda (CSJN: "Fallos" 310:2842; 310: 2918, entre otros).-

Que en el marco de competencias que confiere el art. 116 de la Constitución Nacional, corresponde a la Justicia Federal entender en las causas en las que la Nación o una entidad nacional sea parte -en el caso deducida exclusivamente contra el Estado nacional- por aplicación del principio que establece que en presencia de un interés nacional incumbe en términos generales la competencia del citado fuero.-

Siendo ello así, del contenido de la presentación inicial y de la documentación agregada surge a las claras la naturaleza federal de la pretensión deducida y, en consecuencia, el carácter ajeno a la competencia de los órganos jurisdiccionales de la Provincia; razón por la cual el conocimiento y decisión de la controversia le ha sido asignada por el ordenamiento jurídico a la justicia federal (art. 2 inc. 1 y 6 de la ley 48; y art 116 de la Constitución Nacional).-

A ello aduno que la competencia federal es improrrogable, por lo que procede la declaración de incompetencia de oficio y en cualquier estado del

proceso, lo que así se habrá de decidir (Conf. SCBA: Ac. 85.644 "*Ferrari de Rivera*" y sus citas, Sent. del 14 de abril de 2004).-

2.2. De la competencia jurisdiccional vinculada a la pretensión cautelar.-

No obstante lo expuesto acerca de la competencia respecto de la cuestión de fondo, es preciso destacar que en el sistema de control constitucional difuso todos los jueces están llamados a defender la vigencia irrestricta de la Constitución nacional frente a los embates por parte de las autoridades públicas que detentan el poder político. Por ello, es necesario garantizar la eficacia de las normas de mayor jerarquía, las que deben prevalecer por sobre los ápices formales que obstan a la protección de los derechos fundamentales. Sobre esta cuestión, la CSJN ha expresado que: "*las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagrados en la Constitución, con independencia de las leyes reglamentarias*" (Causa: "*Siri, Angel*"; Fallos 239:459).-

Estas razones fundamentan la posibilidad de los jueces de disponer medidas cautelares aún en causas ajenas a su competencia jurisdiccional, potestad que se encuentra prevista en los ordenamientos procesales, tanto de la Nación como de la provincia de Buenos Aires (art. 196).-

Por su parte, la CSJN reiteradamente ha decidido medidas cautelares en los términos del art. 196 (art. 196 del CPCN; conf. CSJN, Causa "*Rodríguez, Karina V. c. Estado Nacional y otros*", Res. del 07-III-2006, LL Sup. Adm. de julio de 2006, 11, con nota de Inés A. D' Argenio).-

Asimismo y en sentido concordante con la actividad jurisdiccional llevada a cabo por el infrascripto, el citado Tribunal estableció: "*atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si los actores tuviesen que aguardar al inicio de un nuevo proceso, y en ese lapso quedarán*

desprotegidos los intereses cuya satisfacción se requiere” (v. Fallos: 324:122 y sus citas).-

Tampoco obsta a la procedencia de la medida cautelar la limitación impuesta en el art. 2 de la Ley 26.854, toda vez que se configuran los supuestos de excepción que permiten el dictado de esta clase de medidas. En efecto, no sólo por la naturaleza alimentaria de las remuneraciones de los trabajadores y funcionarios que podrían verse afectados por la decisión adoptada, sino también por la posible afectación a los derechos de incidencia colectiva vinculados a la información adecuada y veraz y a la libertad de expresión.-

Máxime teniendo en cuenta que podría encontrarse comprometida la responsabilidad internacional del Estado, al suprimir por decreto la estructura autárquica e independencia funcional del organismo de aplicación de la Ley 26.522, y someterlo al arbitrio del Poder Ejecutivo Nacional, quebrantando el principio de legalidad, por cuanto toda restricción o limitación al derecho constitucional de libertad de expresión –dada la trascendencia de este derecho- debe ser impuesta por Ley (conf. art. 30 de la CADH).-

Estas razones, sumadas a la inminencia de la feria judicial de enero, me convencen en el deber de disponer una medida asegurativa de los derechos involucrados.-

3.1. Verosimilitud en el derecho.-

3.1.1. Sostiene tanto la jurisprudencia como la doctrina, que la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud (C.S.J.N. Fallos, 306:2060), añadiendo el Máximo Tribunal, que: *“... el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad.”-*

3.1.2. Dentro de ese limitado marco cognoscitivo advierto que la pretensión cautelar se sustentan sobre bases *prima facie* verosímiles toda vez que lo decretos impugnados resultarían contrarios al principio republicano de división de poderes, de legalidad y a la garantía de debido proceso, al intervenir y cesar en el cargo a los funcionarios y autoridades legalmente constituidas, sin respetar los

mecanismos previstos para su remoción.-

En ese sentido, el art. 14 de la Ley 26.522 expresa que: *“El presidente y los directores sólo podrán ser removidos de sus cargos por incumplimiento o mal desempeño de sus funciones o por estar incurso en las incompatibilidades previstas por la ley 25.188. La remoción deberá ser aprobada por los dos tercios (2/3) del total de los integrantes del Consejo Federal de Comunicación Audiovisual, mediante un procedimiento en el que se haya garantizado en forma amplia el derecho de defensa, debiendo la resolución que se adopta al respecto estar debidamente fundada en las causales antes previstas.”*

Esta cuestión, de trascendental valor para el pleno goce de la libertad de expresión, mereció expresa consideración por la CSJN en la conocida causa *“Grupo Clarín”*, donde al convalidar la constitucionalidad de la Ley 26.522, expresamente advirtió que: *“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. La autoridad de aplicación debe ajustarse estrictamente a los principios establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales a ella incorporados 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.”*(CSJN, causa *“Grupo Clarín SA”*, G. 439.XLIX., Sent. del 29-X-2013).-

En este aspecto le asiste razón al accionante en cuanto postula la ilegitimidad de la intervención ordenada por el Decreto 236/15, por el cual se somete al órgano de aplicación a la voluntad directa del Ejecutivo Nacional, quebrantando la finalidad y espíritu de la Ley, afectando –como expresara- el derecho de todos los habitantes de gozar de un pleno derecho a la información y libertad de expresión con alcance universal, de manera que impida un cercenamiento de los contenidos de una parcialidad o minoría adversa a los intereses políticos y económicos dominantes.-

No es ocioso recordar que el derecho constitucional a la libertad de

expresión de las ideas sin censura previa, cuya afectación se ve comprometida en autos (arts. 14 y 31 de la Constitución Nacional y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos), implica la posibilidad con que cuentan todos los habitantes de la Nación de expresar libremente sus ideas cualesquiera sean ellas sin restricciones irrazonables previas o posteriores y en igualdad de condiciones con los restantes habitantes de la república, porque la libertad de expresión es un derecho inherente a toda la población y no exclusivo y excluyente de los titulares o permisionarios de los medios de difusión (Fallos CSJN, 315:1361 y 324:975).-

Por su parte, la vigencia de este derecho condiciona el ejercicio de casi todos los demás derechos, razón por la cual, las restricciones admisibles tienen carácter excepcional (CSJN, Fallos 315:1943).-

El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que: *“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”*. Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.-

La CIDH ha señalado que la libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada. Y la misma Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en

violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado... (CIDH, Sentencia del 5 de febrero 2001 in re "Olmedo Bustos y otros").-

La Corte Europea también ha reconocido este criterio, al sostener que la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población (CIDH, Sentencia del 6 de febrero de 2001 in re "Lvcher Bronstein").-

Lo anteriormente expuesto, advierte la Corte Europea en el mismo pronunciamiento, tiene una importancia particular cuando se aplica a la prensa. No sólo implica que compete a los medios de comunicación la tarea de transmitir información e ideas relativas a asuntos de interés público, sino también que el público tiene el derecho a recibirlas.-

El mismo Tribunal, ha puesto énfasis en que el artículo 10.2 de la Convención Europea, referente a la libertad de expresión, deja un margen muy reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público. Según dicho Tribunal, *"... los límites de críticas aceptables son más amplios con respecto al gobierno que en relación a un ciudadano privado o inclusive a un político. En un sistema democrático las acciones u omisiones del gobierno deben estar sujetas a exámenes rigurosos, no sólo por las autoridades legislativas y judiciales, sino también por la opinión pública"*.

El Estado debe abstenerse de censurar la información respecto de actos de interés público llevados a cabo por funcionarios públicos o por particulares involucrados voluntariamente en asuntos públicos, dado que éstos deben demostrar mayor tolerancia a las críticas, lo cual implica una protección de la privacidad y la reputación diferente que la que se otorga a un particular (CIDH, Sentencia del 2 de julio de 2004 in re "Herrera Ulloa").-

"La libertad de expresión es una de las formas más eficaces para denunciar

y corroborar, a través del debate e intercambio amplio de información e ideas, presuntos actos de corrupción atribuibles a los entes y funcionarios del Estado". Y el Estado debe adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de dicho tratado (CIDH, "Herrera Ulloa", ya citado).-

3.1.3 En función de lo expresado respecto de la posible responsabilidad internacional, el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos humanos no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes, entendiendo por el término "leyes" aquellas normas emanadas de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaboradas según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados. Es decir, como leyes en sentido formal y no simplemente como disposiciones de carácter general (CorteIDH. Opinión consultiva OC-6/86, "La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", Serie A, Nº 6, párrs. 27, 32 y 38). -

Pero además, en la consagración del derecho –conforme al texto de los citados instrumentos internacionales- si bien admite ciertas limitaciones las mismas "*deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley*" (art. 19 inc. 3 del PIDCP). Va de suyo que el Decreto 236/2015, no constituye una *Ley* en los términos señalados, por lo que su ilegitimidad deviene *prima facie* verosímil.-

3.1.4. Por otra parte, la remoción de los miembros del Directorio vulnera el debido proceso adjetivo, toda vez que no se ajusta a los mecanismos previstos por la ley a tales efectos, ni se han sometido a un procedimiento que asegure la defensa en juicio de los afectados (art. 18 y 75 inc. 22 de la CN; y 8 inc. 1 y 2 de la CADH).-

Al respecto, se ha expresado con acierto que el citado principio, que "*se encuentra en vías de ser reconocido como el más importante del ordenamiento jurídico*" (cfr. Gordillo, "Tratado de Derecho Administrativo", 1995, T. I, cap. V, pág. 10). Su recepción constitucional en nuestro sistema jurídico, a través de la garantía de defensa en juicio, restringió, quizás inadvertidamente, en forma literal,

el alcance del concepto del *due process of law*, apartándose de su fuente norteamericana y limitándolo a sólo una de las hipótesis de conflicto posibles, ocasionando así un esfuerzo interpretativo adicional, no sólo en el plano jurisprudencial, sino incluso en el legislativo, en lo que al procedimiento administrativo se refiere (Tawil, "El debido proceso adjetivo, la XIVª enmienda y la defensa del particular frente a la administración en jurisprudencia norteamericana", ED 125-882).-

En tal sentido, la doctrina ha expresado que el "debido proceso legal" es una garantía constitucional innominada, en virtud del cual todo acto estatal -ley, sentencia o acto administrativo- debe ser el resultado de un conjunto de procedimientos que hay que cumplir no sólo para que él sea formalmente válido -aspecto adjetivo del debido proceso-, sino también para que se consagre una debida justicia -aspecto sustantivo del debido proceso- (Linares, J.F. "Razonabilidad de las leyes", Bs. As., 1970, pgs.12/13).-

Por su parte, la CSJN ha decidido en diversas oportunidades que las normas sustanciales de la garantía de la defensa deben ser observadas en toda clase de juicios (Fallos 125:10, 127:374, 129:193, 134:242, 193:408, 198:467, 237:193, 297:134, 310:410), incluyendo los procedimientos seguidos ante tribunales administrativos (310:1797, 310:1042, entre otros); en concordancia con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso "Baena, Ricardo y Otros - 270 Trabajadores vs. Panamá-" de fecha 02-II-2001).-

Desde esta perspectiva axiológica, la administración deberá abstenerse de afectar derechos de los individuos cuando la decisión no respete el principio fundamental del debido proceso adjetivo y la defensa del ciudadano.-

En virtud de ello, y teniendo en cuenta las directivas emanadas de la Constitución Nacional y de las normas internacionales citadas, es dable considerar -siempre en grado de probabilidad y no de certeza- que el derecho invocado resulta verosímil (art. 15 inc. 1 b) de la Ley 26.854).-

3.2. Peligro en la demora:

Que el mismo se encuentra configurado en el caso de autos toda vez que, si no se concede una medida precautoria, podrían verse frustrados o agravados

los derechos involucrados, situación que indudablemente requiere de un pronto remedio, o dicho en términos constitucionales, una rápida "acción positiva" que le asegure la vigencia de los derechos de los habitantes, dentro de la garantía constitucional a una "tutela judicial continua y efectiva" (arts. 8 y 25 de la CADH; y art. 15 inc. 1 a) de la Ley 26.854).-

3.3. Contracautela.-

Dado el supuesto previsto en el art. 2 inc. 2 de la Ley 26.854, deberá el peticionario prestar caución juratoria para responder por las costas, y los daños y perjuicios que la medida pudiere ocasionar en caso de haberla solicitado sin derecho (art. 10 Ley citada).-

3.4. No afectación del interés público:

No se advierte "prima facie" que la medida cautelar peticionada pueda producir una grave afectación al interés público (art. 15 inc. 1 "d" de la citada Ley).-

Como he señalado desde hace tiempo en diversas oportunidades, la mera inobservancia del orden legal, por parte de la Administración, vulnera el interés público determinado por el pleno sometimiento de la misma al ordenamiento jurídico, como postulado básico del Estado de Derecho (Conf. Causas N° 7156, "MANTENIMIENTOS DEL SUR S.R.L.", res. del 8-VII-2005; N° 2873, "CLUB NAUTICO HACOAJ", res del 25-X-2006; N° 11004, "SAVAFAMA S.A.", res. del 8-V-2006; N° 12443, "ABDALA", res. del 7-V-2007, entre muchas otras).-

3.5. Alcance de la medida cautelar:

No obstante que la pretensión cautelar ha de ser dirimida por el órgano judicial competente (art. 4 de la Ley 26.854), se habrán de adoptar –con carácter precautelar- las medidas necesarias para evitar un eventual agravamiento de la lesión a los derechos afectados en la contienda de autos (libertad de expresión e información, estabilidad del empleado público y debido proceso), previniendo asimismo, una posible afectación de la responsabilidad internacional del Estado frente a los organismos supranacionales. En tal sentido, se dispondrá una medida de no innovar para que el Poder Ejecutivo Nacional se abstenga de suprimir o afectar derechos adquiridos y/u otorgar nuevos derechos vinculados al ejercicio de la competencia y funcionamiento de la Autoridad Federal de

Servicios de Comunicación Audiovisual, a partir de la interposición de la demanda de autos (día 29-XII-2015) dejando sin efecto todas las medidas adoptadas por la Intervención de la Entidad y/o el Poder Ejecutivo Nacional a partir de esa fecha, lo cual implica innovar respecto de todos los actos y reglamentos emitidos desde entonces, los que quedarán suspendidos hasta el dictado de la sentencia definitiva o lo que resuelva el magistrado competente.-

La prohibición de innovar que aquí se dispone implica asimismo, la prohibición de alterar, modificar, eliminar o suprimir las funciones y la existencia de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual mediante todo acto o reglamento que implique una modificación a cualquiera de las previsiones contenidas en la Ley 26.522.-

Por ello, -

RESUELVO:-

1. Declarar la incompetencia de la justicia provincial para dirimir la contienda de autos, y remitir las actuaciones al juzgado federal competente para su intervención.-

2. En ejercicio de la competencia transitoria en materia cautelar (conforme a señalado en el Considerando 2 del presente decisorio) se dispone –con carácter precautelar- la prohibición de innovar respecto de la relación jurídica controvertida en la causa, ordenando al Poder Ejecutivo Nacional se abstenga de suprimir o afectar derechos adquiridos y/u otorgar nuevos derechos vinculados al ejercicio de la competencia y funcionamiento de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, a partir de la interposición de la demanda de autos (día 29-XII-2015) dejando sin efecto todas las medidas adoptadas por la Intervención de la Entidad y/o el Poder Ejecutivo Nacional a partir de esa fecha, lo cual implica innovar respecto de todos los actos y reglamentos emitidos desde entonces, los que quedarán suspendidos hasta el dictado de la sentencia definitiva o lo que resuelva el magistrado competente.-

La prohibición de innovar y la medida de carácter innovativa que aquí se disponen implican asimismo, la prohibición de alterar, modificar, eliminar o suprimir las funciones y la existencia de la Autoridad Federal de Servicios de

Comunicación Audiovisual mediante todo acto o reglamento que implique una modificación a cualquiera de las previsiones contenidas en la Ley 26.522.-

Ello, de manera inmediata a la notificación de la presente y hasta tanto se dicte sentencia firme en autos, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 239 del Código Penal, a cuyo fin, previa caución juratoria, líbrese oficio con habilitación de días y horas.-

REGISTRESE. NOTIFIQUESE.-