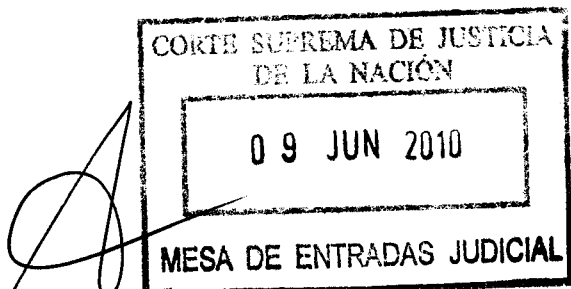


SE PRESENTAN COMO AMICUS CURIAE



Sres./as. Jueces/as de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Gastón Chillier, director ejecutivo y apoderado del Centro de Estudios Legales y Sociales —tal como surge de la copia del poder que se acompaña—, domiciliado en la calle Piedras 547 de la ciudad de Buenos Aires; Sergio Caletti, decano de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires —tal como acredita la resolución del Consejo Directivo de esa casa de estudios que se adjunta—, domiciliado en la calle Marcelo T. de Alvear 2230 de la ciudad de Buenos Aires; Florencia Saintout Decano de la Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la Universidad Nacional de La Plata —tal como acredita la resolución del Consejo Directivo de esa casa de estudios que se adjunta—, domiciliado en la calle Diagonal 113 nº 291 de la ciudad de La Plata, provincia de Buenos Aires; Martín Becerra, director del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Quilmes —tal como acredita la resolución del Consejo Superior de esa casa de estudios que se adjunta—, domiciliado en la calle Roque Sáenz Peña 352 de la localidad de Bernal, provincia de Buenos Aires; Víctor Abramovich, director del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Lanús —tal como acredita la resolución del vicerrector de esa casa de estudios que se adjunta—, domiciliado en la calle 29 de septiembre 3901 de la localidad de Lanús, provincia de Buenos Aires; Santiago Diego Aragón, decano de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora —tal como acredita la resolución del Consejo Académico de esa casa de estudios que se adjunta—, domiciliado en la calle Juan XXIII y Ruta provincial 4, del partido de Lomas de Zamora, provincia de Buenos Aires; José I. Insaurralde, secretario general adjunto de la Federación Argentina de Trabajadores de Prensa —

conforme el acta de elección certificada por los Inspectores del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación adjunta al presente—, domiciliado en la calle Solís 1158 de la ciudad de Buenos Aires; Horacio Arreceygor, secretario general de la Confederación Sindical de Trabajadores de los Medios de Comunicación Social de la República Argentina;, domiciliado en la calle Quintino Bocayuva 50, ciudad de Buenos Aires; Hugo Medina, Secretario General Adjunto Sindicato Argentino de la Televisión, Servicios Audiovisuales, Interactivos y de Datos —conforme las actas de elección certificada por los Inspectores del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación adjuntas al presente—, domiciliado en la calle Quintino Bocayuva 50 de la ciudad de Buenos Aires; Paula Castello, secretaria de la Asociación Mundial de Radios Comunitarias – América Latina y el Caribe —conforme copia de de estatuto y actas que se adjuntan—, domiciliado en la calle Lambaré 873 de la ciudad de Buenos Aires; Juan Antonio Palacios, secretario general de la Asociación Argentina de Trabajadores de las Comunicaciones —conforme el acta de elección certificada por los Inspectores del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación adjunta al presente—, domiciliado en la calle Chacabuco 140 de la ciudad de Buenos Aires; Osvaldo Sorrentino, secretario general adjunto del Sindicato Único de la Publicidad —conforme el acta de elección certificada por los Inspectores del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación adjunta al presente—, domiciliado en la calle Juan Domingo Perón 2385 de la ciudad de Buenos Aires; Cecilia Córica, presidente de la Asociación Argentina de Actores —conforme el acta de elección certificada por los Inspectores del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación adjunta al presente—, domiciliada en la calle Alsina 1762 de la ciudad de Buenos Aires; Sergio Zóttola, secretario general del Sindicato de la Industria Cinematográfica

Argentina —conforme el acta de elección certificada por los Inspectores del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación adjunta al presente—, domiciliado en la calle Juncal 2029 de la ciudad de Buenos Aires; Miguel Ángel Paniagua, secretario general del Sindicato Único de Trabajadores del Espectáculo Público y Afines —conforme el acta de elección certificada por los Inspectores del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación adjunta al presente—, domiciliado en la calle Pasco 148 de la ciudad de Buenos Aires; José Enrique Pérez Nella, presidente de la Sociedad Argentina de Locutores —conforme acredita la copia del estatuto y certificado de autoridades que se adjunta—, domiciliado en la calle Vidt 2011 de la ciudad de Buenos Aires; Ricardo Daniel Vernazza, secretario general del Sindicato Argentino de Músicos — conforme el acta de elección certificada por los Inspectores del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación adjunta al presente—, domiciliado en la calle Belgrano 3655 de la ciudad de Buenos Aires; Omar Logiudice, secretario general adjunto del Sindicato de Vendedores de Diarios y Revistas C.A.B.A y Prov. de Buenos Aires —conforme certificado de autoridades expedido por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación adjunto al presente—, domiciliado en la calle Venezuela 2365 de la ciudad de Buenos Aires; Edgardo Néstor Carmona, secretario general del Sindicato de Prensa Rosario —conforme certificado de autoridades expedido por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación adjunto al presente—, con domicilio en Juan Manuel de Rosas 958, ciudad de Rosario, provincia de Santa Fé; Mario Farias, vicepresidente del Foro Argentino de Radios Comunitarias,— conforme acredita la copia del acta constitutiva y de las actas de asamblea de elección de autoridades que se adjuntan—, domiciliado en la calle Piedras 575 PB de la ciudad de Buenos Aires; Osvaldo Guillermo Francés, presidente de la

Asociación de Radiodifusoras Bonaerenses y del Interior de la República Argentina —conforme copia del acta de asamblea general ordinaria que se adjunta—, domiciliado en la calle Alvarado 2164 de la ciudad de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires; Humberto Cristian Aldana, Presidente de la Unión de Músicos Independientes, Asociación Civil inscripta en la Inspección General de Justicia con personería jurídica N° 1.708.448/2002, con domicilio Pichincha 85 4° "B" de la Ciudad de Buenos Aires; y Jorge Cajaraville, presidente de la Asociación Civil Centro Nueva Tierra para la Promoción Social y Pastoral —conforme los estatutos y actas certificadas que se adjuntan—, domiciliado en la calle Piedras 575 PB de la ciudad de Buenos Aires; todos los documentos que en copia se acompañan se proporcionan bajo juramento de ser fiel a su original. Todos con el patrocinio letrado de los Dres. Damián M. Loreti (CPACF T. 31, F. 821), Andrea Pochak (CPACF T. 68, F. 394), Diego Morales (CPACF T.69 F.721), Analía Eliades (CALP T. XLI, F. 323), y Victor Abramovich (T 40 F 45 CACF.) constituyendo domicilio legal en Piedras 547 de la ciudad de Buenos Aires, en los autos caratulados "Thomas, Enrique Luis c. Estado Nacional s/amparo", expediente nro. 127/2010, a V.E. nos presentamos y respetuosamente decimos:

I. OBJETO

En el carácter invocado solicitamos a V.E. por medio de esta presentación ser tenidos como *amicus curiae* para someter a la consideración de este alto tribunal algunos argumentos de derecho constitucional, derecho internacional de los derechos humanos y de derecho internacional público acerca de la ineludible incorporación al proceso judicial de los efectos negativos de la medida cautelar sobre terceros que no participaron del proceso y, en consecuencia, la necesaria ponderación de criterios estrictos y rigurosos para la procedencia de estas

medidas, cuando restringen derechos humanos. Asimismo, se argumentará sobre la errónea definición del caso como un caso colectivo y la legitimación del actor para presentar un caso de estas características. Por último, se argumentará sobre los efectos disvaliosos para el sistema democrático que trae aparejada la suspensión total de una ley.

II. LA INSTITUCIÓN DEL AMICUS CURIAE

El memorial en derecho que presentamos se inscribe en la tradición jurídica que tanto en el derecho comparado como nacional se conoce con el nombre de *amicus curiae*. El objeto de presentaciones de este tipo consiste en que terceros ajenos a una disputa judicial —pero con un justificado interés en la resolución final del litigio—, puedan expresar sus opiniones en torno a la materia, a través de aportes de trascendencia para la sustentación del proceso judicial.

En nuestro país la presentación de dictámenes en carácter de *amicus curiae* no sólo ha sido receptada por numerosos antecedentes jurisprudenciales, sino que ha tenido consagración nacional a través del Reglamento de esta Corte Suprema de Justicia de la Nación, Acordada 28/04, dictada el 20 de julio del 2004.

En dicha regulación, este Alto Tribunal reivindica el instituto como un importante instrumento de participación democrática en el poder judicial, manifestando que la figura del amigo del tribunal es “un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia”¹. Esta bienvenida innovación por parte del Máximo Tribunal de la Nación demuestra que la tendencia en favor de la aceptación de los *amici curiae* es firme e inequívoca.

¹CSJN, Acordada 28/04, “Autorízase la intervención de Amigos del Tribunal en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general. Reglamento”, de fecha 20 de julio de 2004.

Cabe destacar que la presentación de los *amici curiae* de ninguna manera constituye un perjuicio para alguna de las partes del litigio. Por el contrario, su finalidad es colaborar en la sustanciación del proceso, aportando conocimiento, argumentos, experiencia y opiniones que puedan servir como elementos de juicio a tener en cuenta a la hora de resolverse la disputa.

Asimismo, la presentación de memoriales en derecho garantiza la participación de la sociedad civil y terceros interesados en ciertas cuestiones de trascendencia pública que se debaten ante los tribunales. Esta participación —que el *amicus curiae* vehiculiza— hace al principio republicano de gobierno consagrado en la Constitución Nacional. La transparencia del debate público y el acercamiento del poder judicial a los ciudadanos contribuyen al fortalecimiento de las instituciones republicanas y a la calidad del sistema democrático.

La figura del *amicus curiae* se ha extendido en forma notoria. En un primer momento, la institución pasó a ser moneda corriente en las más diversas instancias internacionales: es hoy casi un lugar común que presentaciones de este tipo se hagan ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como ante sus similares en Europa o África. El motivo de esta difusión es tan simple como la especial naturaleza del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el interés generalizado que rodea cualquier causa en la que esté en juego el ejercicio de un derecho fundamental.

Bueno es aclarar que, de la mano del Derecho Internacional, esta institución ha dado recientemente su último gran paso al convertirse también en una costumbre incipiente en países que antes no la acogían.

Por lo demás, los propios órganos del sistema interamericano de derechos humanos han reconocido expresamente la aptitud de los firmantes para ser amigos del tribunal en este tipo de asuntos. En efecto, en cada oportunidad en la que se

analizó el alcance del derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se han admitido los memoriales en derecho tanto de organizaciones civiles, como de entidades que asocian empresas, que nuclean profesionales de los medios de comunicación y también de entidades sindicales como las firmantes.

De lo dicho, y de la amplísima jurisprudencia en la materia, se desprende la viabilidad de la presentación denominada *amicus curiae*, en cualquier instancia de un proceso aún abierto, y sin que exista una limitación en función del fuero que se trate. Así, por su propia naturaleza, este instituto procede sin que existan al respecto restricciones formales que puedan oponérsele.

En virtud de lo expuesto, nos presentamos ante V.E. con el objeto de que se nos permita exponer nuestros argumentos jurídicos a los efectos de colaborar con la resolución del caso sometido a estudio.

III. INTERÉS DEL AMICUS CURIAE

En el presente memorial en derecho se presentan cuatro tipos de entidades:

En primer lugar, facultades o departamentos de Universidades Nacionales Públicas, tanto de Ciencias Sociales como de Periodismo.

La legitimación para actuar en este legajo como amigos del tribunal resulta tanto de las disciplinas que enseñan, investigan, o sobre las que hacen extensión tales ámbitos educativos, en general, como del interés que resulta de las explícitas previsiones que la ley 26.522 realiza respecto de las aptitudes y reconocimientos de las carreras de ciencias de la comunicación, ciencias de la información, periodismo y similares de universidades públicas.

En efecto, estas entidades educativas no sólo han participado activamente del debate previo a la discusión parlamentaria de la ley, sino que han sido sedes constitutivas de los foros locales en los que se trató la propuesta de proyecto, tal

como fue publicado oportunamente por múltiples medios de comunicación gráficos, electrónicos, televisivos y radiales, y tal como se acredita de la propia página web de la autoridad de aplicación (www.afsca.gov.ar).

Asimismo, el interés de estas instituciones académicas surge de la propia letra de la ley toda vez que:

a) Son las que designan, a través del Consejo Federal, uno de los siete directores de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual;

b) Son las que designan, a través del Consejo Honorario, uno de los directores de Radio y Televisión Argentina;

c) Son miembros plenos del Consejo Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual;

d) Son miembros plenos del Consejo Honorario de Fortalecimiento de los Medios Públicos;

e) Son reconocidos explícitamente como prestadores públicos habilitados para la actividad de los servicios de comunicación audiovisual, con calificaciones específicas sobre la programación a emitir².

En segundo lugar se presentan varios sindicatos de trabajadores de los medios de comunicación social. La justicia ya ha reconocido en actuaciones anteriores aptitudes suficientes de las instituciones sindicales para ser “amigo del tribunal”. Así, por ejemplo, en la causa que tramitó ante el Juzgado Criminal y

² Ley 26.522, artículo 16: Integración del Consejo Federal de Comunicación Audiovisual. “Los integrantes del Consejo Federal de Comunicación Audiovisual serán designados por el Poder Ejecutivo nacional, a propuesta de los sectores y jurisdicciones en el número que a continuación se detallan: a) Un (1) representante de cada una de las provincias y del gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Dicha representación se corresponderá con la máxima autoridad política provincial en la materia; b) Tres (3) representantes por las entidades que agrupen a los prestadores privados de carácter comercial; c) Tres (3) representantes por las entidades que agrupen a los prestadores sin fines de lucro; d) Un (1) representante de las emisoras de las universidades nacionales; e) Un (1) representante de las universidades nacionales que tengan facultades o carreras de comunicación; f) Un (1) representante de los medios públicos de todos los ámbitos y jurisdicciones; g) Tres (3) representantes de las entidades sindicales de los trabajadores de los medios de comunicación; h) Un (1) representante de las sociedades gestoras de derechos; i) Un (1) representante por los Pueblos Originarios reconocidos ante el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI)”. Ver también el ARTICULO 65 b. “Las emisoras de titularidad de Estados provinciales, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, municipios y universidades nacionales: i. Deberán emitir un mínimo del sesenta por ciento (60%) de producción local y propia, que incluya noticieros o informativos locales. ii. Deberán emitir un mínimo del veinte por ciento (20%) del total de la programación para difusión de contenidos educativos, culturales y de bien público”.

Correccional Federal N° 11, Secretaría N° 22 de la Capital Federal identificada como n° 19.480 y n° 14.829/2002 del registro de la Excma. Cámara Federal de Capital Federal. Lo propio ocurrió en el incidente sobre aplicación de la ley 12.908 en el expediente “Ed. Perfil s/ concurso preventivo” tramitado por ante la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

En el caso de los sindicatos de los trabajadores de los medios de comunicación social, su interés recae sobre la condición de asociaciones sindicales con personería gremial y derechos para actuar, a tenor del artículo 31 de la ley 23.551 para “Defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores”. En estas actuaciones, los sindicatos representan a los trabajadores en función de reclamos históricamente planteados en materia de protección a la pluralidad y a la ampliación de las fuentes de difusión de distintas posiciones informativas, estéticas, artísticas y culturales en general, por vía de la preservación y promoción de contenidos nacionales y locales.

Pero además, habremos de señalar que la ley de servicios de comunicación audiovisual recoge también legitimaciones propias para las organizaciones de los trabajadores. En particular, los sindicatos son reconocidos como miembros plenos en los Consejos Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, y del Consejo Honorario para los Medios Públicos.

En el mismo sentido, tras las postergaciones y discriminaciones sufridas por la vigencia del anterior artículo 45 de la ley 22.285, la nueva ley les reconoce a estas instituciones la posibilidad de ser titulares de medios de comunicación, tanto por vía de registro, cuanto de licencias.

En tercer lugar se presentan asociaciones que nuclean emisoras con o sin fines de lucro.

Tal como las anteriormente citadas, la ley reconoce en ese mismo artículo 16 la posibilidad de que las entidades que asocian a las emisoras sin fines de lucro, o con él, un asiento distinto en el Consejo Federal.

Además, las aquí presentantes somos entidades reconocidas en la defensa de los principios del pluralismo y la diversidad, siendo dos de las firmantes entidades que asocian emisoras comunitarias sin fines de lucro y, una de ellas, la entidad que asocia a las emisoras con fines comerciales independientes de las cadenas y señales que anulan las posibilidades de la multiplicidad de voces.

Por último, se presentan asociaciones de la sociedad civil y centros de estudios universitarios, entre las cuales se encuentran organizaciones de derechos humanos, las que demuestran su legítimo interés en participar toda vez que su objeto social y actividad histórica reconoce tradiciones de luchas en defensa de los derechos humanos de los habitantes de nuestro país.

En el caso del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), se trata de una organización no gubernamental dedicada a la promoción y protección de los derechos humanos y el fortalecimiento del sistema democrático y el Estado de derecho en Argentina. Con este fin, el CELS ha desarrollado una variada y cuantiosa labor desde su fundación en 1979. Entre los mandatos específicos del CELS, se encuentra el de contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, a través de la utilización de instrumentos judiciales y cuasi judiciales de derecho interno e internacional. En este sentido, el CELS ha llevado adelante numerosos casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, denunciando la violación de los derechos fundamentales amparados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte del Estado argentino.

Entre sus prioridades, se encuentra el fortalecimiento y desarrollo de la libertad de expresión y el acceso a la información. Por ello, ha llevado adelante acciones judiciales ya sea a nivel nacional como a nivel internacional, con la fuerte convicción que tanto la libertad de recibir, como la de acceder, difundir y buscar información constituyen un requisito indispensable para el reconocimiento mismo de un Estado de derecho. Asimismo, el CELS ha elaborado y publicado diversos documentos sobre la importancia del acceso a la información, ya sea por medio de su publicación anual³, o en su publicación “La información como herramienta para la protección de los derechos humanos”⁴, o el documento elaborado junto a otras organizaciones no gubernamentales titulado “Una radiodifusión pública para la Democracia”⁵.

Asimismo, la Asociación Mundial de Radios Comunitarias (AMARC) es el referente organizacional, político y comunicacional de un movimiento internacional constituido en torno a las radios comunitarias, ciudadanas y populares. AMARC está reconocida como organismo no gubernamental internacional (ONGI), de carácter laico y sin fines de lucro. La misión de AMARC es promover la democratización de las comunicaciones para favorecer la libertad de expresión y contribuir al desarrollo equitativo y sostenible de los pueblos. En América Latina y el Caribe, la asociación fue fundada en 1990 y cuenta además con un capítulo nacional.

Por su parte, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (CDHUNLa), institución pública que tiene como misión la investigación, la enseñanza y la promoción de los derechos humanos como componente de las

³ Publicación anual titulada *Informe anual sobre la situación de los Derechos Humanos en la Argentina*, que el CELS publica desde el año 1994 hasta la actualidad (disponible en www.cels.org.ar).

⁴ *La información como herramienta para la protección de los derechos humanos*, publicada en el marco de la colección “Experiencias”, Editorial Siglo XXI, 2004 (disponible en www.cels.org.ar).

⁵ *Una radiodifusión pública para la Democracia*, elaborado por el CELS, ADC, FARN, Poder Ciudadano, CIPPEC, Asociación Periodistas, FOPEA, Article XIX; Octubre 2003 (disponible en www.cels.org.ar).

políticas públicas y el sistema democrático. El CDHUNLa coordina las actividades de docencia de grado en derechos humanos de la Universidad Nacional de Lanús. Su principal actividad académica es la Maestría en Derechos Humanos, que tiene como objetivo general la formación en derechos humanos con especial consideración en las políticas públicas. Además, realiza actividades de transferencia, capacitación y/o debate sobre temas de actualidad para la comunidad en general.

Por su parte, el Foro Argentino de Radios Comunitarias (FARCO) es una entidad reconocida en el país que nuclea emisoras sin fines de lucro y ha promovido desde hace décadas la comunicación comunitaria a lo largo y ancho del territorio nacional. FARCO nuclea a radios de entidades u organizaciones sociales que desarrollan una comunicación pluralista y participativa como canal de expresión de los sectores sociales y culturales con menor posibilidad de acceso a los medios con fines exclusivamente comerciales, que ejercen la radiodifusión como un servicio y no como una simple actividad comercial-lucrativa. FARCO defiende y promueve la democratización de la comunicación como condición necesaria para la democratización de la sociedad y por tanto, entre sus tareas, denuncia la creciente concentración en la propiedad de los medios⁶.

Por último, la Asociación Civil Centro Nueva Tierra para la Promoción Social y Pastoral trabaja desde 1989 al servicio de organizaciones y grupos populares de Argentina. Promueve una red de más de 4500 agentes sociales y pastorales, acompañando proyectos e impulsando acciones conjuntas. Con escala nacional, sostiene apuestas en torno a la construcción de lazos y mediaciones para la recomposición del campo popular. Comprometido con el trabajo por los más pobres y la transformación social en América Latina, el Centro Nueva Tierra lleva

⁶ Para más información ver www.farco.org.ar

adelante iniciativas que involucran a distintos actores y temas, y se incorpora en este amicus de conformidad con su objetivo central como organización, que es el de realizar cursos de formación y capacitación en temas referidos a la realidad social del país; favorecer la comunicación, vinculación y articulación de experiencias sociales y pastorales; promover mesas redondas, debates y publicaciones en torno a la realidad del país y asesorar en el diseño y elaboración de proyectos de promoción social en sectores poblacionales carenciados⁷.

Los firmantes forman parte de la Coalición por una Radiodifusión Democrática que desde el año 2004 brega por la regulación de los Servicios de Comunicación Audiovisual a través de una legislación democrática que garantice el pluralismo y la diversidad de voces.

IV. ARGUMENTOS DE DERECHO

IV.1. ANTECEDENTES. BREVE RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS QUE DESARROLLAREMOS.

Con fecha 25 de marzo de 2010, la Cámara Federal de Mendoza, Sala A, confirmó la decisión de la jueza de primera instancia en lo federal N° 2 de la Ciudad de Mendoza, Olga Pura de Arrabal, que ordenó la suspensión de la ley 26.522, su aplicación y los actos de ejecución de la citada ley.

Para ello, la jueza y la Cámara consideraron que el actor, el diputado Enrique Thomas, tenía legitimación procesal para la defensa de sus derechos como diputado, así como legitimación para la protección de derechos de incidencia colectiva. Entendió la Cámara además que en el caso se encuentran cumplidos los requisitos previstos para la procedencia de las medidas cautelares: verosimilitud del derecho y peligro en la demora.

⁷ Para más información ver www.nuevatierra.org.ar

En lo que sigue detallaremos, por un lado, la afectación seria de derechos individuales y colectivos de terceros que no participaron del proceso como consecuencia del dictado de la medida cautelar, y ante ello, la exigencia, en el caso, de analizar de manera estricta y rigurosa los requisitos que habilitan la procedencia de las medidas, así como su necesidad en tanto éstas restringen derechos humanos; por otro lado, se detallará la errónea consideración de este caso como un caso colectivo así como la consideración de legitimación colectiva del actor para presentar la acción con estas características y, por último, el bloqueo del debate democrático a través de una decisión judicial.

IV.2. LOS EFECTOS DE LA MEDIDA CAUTELAR Y LA SERIA AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS DE TERCEROS

En este apartado nos interesa plantear que la medida cautelar dictada afecta derechos individuales, e intereses y derechos colectivos que no han sido contemplados en el dictado de la medida cautelar.

Dadas las condiciones en que quedó trabada la litis, estamos convencidos de que no se ha resuelto la cuestión conforme a derecho, toda vez que entre los “trascendentes derechos en juego” que la Cámara pretendió resguardar no se han considerado los derechos subjetivos de personas, colectivos de personas o entidades que tienen intereses y derechos directamente afectados por la suspensión de la ley 26.522, cuando no directamente negados de plano por la irregular subsistencia de la norma de facto 22.285.

En el apartado III de este escrito ya hemos expuesto cuál es el interés que acreditan las instituciones que aquí se presentan para ser tenidos por amigos del tribunal en estos actuados, interés que ni siquiera fue analizado por la Cámara Federal al suspender la ley 26.522. Es por ello que en este apartado — sin pretender agotar los efectos que la decisión cautelar ha provocado—

describiremos algunos de los derechos individuales, colectivos que no han sido contemplados a la hora de resolverse la medida cautelar.

En primer lugar, al suspenderse la ley 26.522 subsisten las limitaciones inconstitucionales que imponía la norma 22.285 por las que sólo las sociedades comerciales tienen derecho a ser titulares de licencias de servicios de comunicación audiovisual, y no las universidades públicas, los pueblos originarios, las entidades sin fines de lucro y las cooperativas⁸. Estas evidentes privaciones de derechos emergentes de la suspensión de la ley a través de la medida cautelar aquí en discusión ni siquiera fueron analizadas por la Cámara Federal de Mendoza que supuestamente pretendió defender intereses colectivos o de incidencia colectiva. En particular, los titulares de radios comunitarias han sido afectados por la decisión cautelar, ante la imposibilidad de solicitar una licencia, lo que atenta contra la ampliación de la pluralidad y la diversidad por vía de la aparición de nuevos actores como titulares de medios, con garantía de un espacio concreto en el polifónico panorama de medios.

La medida cautelar también ha afectado los derechos de los trabajadores de los medios de comunicación pues suspendió una legislación que garantiza cuotas de protección —como en la casi totalidad de las normas del derecho comparado—, y con ello fuentes empleo, pluralismo y diversidad (artículo 65 de la ley 26.522). En este sentido, conviene remarcar el espacio que la ley suspendida garantiza a los trabajadores de cine ya los periodistas por vía de la ampliación de servicios informativos (noticieros) y de las cuotas de pantalla nacional previstas en el artículo 67., los regímenes de promoción de las cuotas de contenidos nacionales y de publicidad de origen nacional, entre otros.

⁸ Ver artículos 21 y 37 de la ley 26.522.

La suspensión de la ley también ha afectado directamente a los músicos independientes y los músicos sindicalizados que actúen en relación de dependencia, pues la ley 26.522 (artículos 65 inc. 2 y 97) contempla una cuota de autores e intérpretes nacionales independientes en la difusión musical de los medios, oportunidad evidente que se pierde si no está vigente dicha regulación.

La suspensión de la ley también ha afectado derechos de las personas con capacidades diferentes, pues ha dejado sin vigencia la garantía de accesibilidad a los servicios audiovisuales⁹.

Como señalamos, en esta descripción no pretendimos agotar todos los efectos disvaliosos sobre derechos de terceros que la suspensión de la ley 26.522 ha generado. Apenas nos permite demostrar que la decisión de la Cámara de conceder la medida cautelar y suspender la vigencia de la ley 26.522 en su totalidad y para todo el país, no ha tenido en cuenta todos los derechos individuales en juego, así como todos los intereses y derechos colectivos que se afectarían con dicha medida..

En estos casos, en los que la medida cautelar extiende sus efectos no sólo entre las partes, sino también sobre terceros, el análisis sobre el impacto que provocará la medida debe incorporarse obligatoriamente a la evaluación de los requisitos para su procedencia, el que debe ser riguroso y estricto, y justificar, además, la necesidad de la medida, tal como desarrollaremos en el próximo apartado.

IV.3. LA PONDERACIÓN JUDICIAL ESTRICTA Y RIGUROSA PARA EL DICTADO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES QUE AFECTAN DERECHOS DE TERCEROS

⁹ El artículo 66 de la ley establece que "las emisiones de televisión abierta, la señal local de producción propia en los sistemas por suscripción y los programas informativos, educativos, culturales y de interés general de producción nacional, deben incorporar medios de comunicación visual adicional en el que se utilice subtítulo oculto (closed caption), lenguaje de señas y audio descripción, para la recepción por personas con discapacidades sensoriales, adultos mayores y otras personas que puedan tener dificultades para acceder a los contenidos...".

Sobre la base de lo expresado en el punto anterior, conviene remarcar que la decisión cautelar que se cuestiona en este caso no realizó una “ponderación” estricta y rigurosa de los requisitos para la procedencia de las medidas cautelares. Es más. Ni siquiera la decisión analizó la adecuación de la medida cautelar dictada con los intereses que intenta proteger; o la relación que debe existir entre la medida adoptada y la finalidad buscada, en función de los intereses a proteger previamente definidos.

La Cámara Federal de Mendoza expresó —tan sólo— que en el caso estaban reunidos los elementos para la procedencia de la medida cautelar, de verosimilitud del derecho y peligro en la demora. Para ello consideró, sin aplicarlo al caso, que la verosimilitud del derecho “está estrechamente ligada con la fundabilidad y razonabilidad de la medida” y

“...esta acreditación se debe acompañar también el interés legítimo de la parte que la invoca, traducido en la demostración de la necesidad de disponer de esta medida cuando de no proceder así, se haría inocua o ilusoria la sentencia que se dicte o bien se afectaría la igualdad de los litigantes”.

Con relación al peligro en la demora apenas consideró que

“la no suspensión de la implementación de actos concretos de ejecución y aplicación de la ley cuestionada, impulsados por el poder ejecutivo irrogará en definitiva un perjuicio de innegables consecuencias. Prueba de ello es que el PEN en forma inmediata a la sanción de la ley sancionó los decretos N. 1525/09 y N. 1526/09 que contienen actos de puesta en vigencia y ejecución de diversas disposiciones del texto legal. En ello consiste precisamente y tal

como lo evaluara el juzgado de primera instancia el peligro en la demora”.

A partir de este razonamiento superficial agregó,

“se van deteriorando progresivamente los derechos subjetivos y colectivos invocados con el correr del tiempo, por lo que resulta imperativo que los hechos no frustren para siempre la oportunidad de su efectiva vigencia y ejercicio”.

Con relación a los supuestos derechos colectivos que menciona la decisión nos remitimos a las críticas que se expondrán en el apartado siguiente.

En cuanto a la utilización del instituto de la medida cautelar y sus efectos en el caso, conviene señalar en primer lugar que —como indicamos en el apartado anterior—, paradójicamente la decisión judicial ha incidido directa y negativamente en las obligaciones del Estado tendientes “a revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes que comprometan el goce y ejercicio efectivo del derecho a la libertad de expresión de ciertos grupos, en condiciones de igualdad y no discriminación”¹⁰.

En segundo lugar, es necesario remarcar que el juicio de ponderación que debe realizarse también para definir la concesión o no de una medida cautelar, es

“una consecuencia de la vinculación directa y universal de los principios y derechos... y si bien no garantiza una y solo una respuesta a todo problema práctico, sí nos indica qué hay que fundamentar para resolver un conflicto constitucional, es decir, hacia dónde ha de moverse la argumentación, a saber: la justificación de un enunciado de preferencia (a favor de un principio o de otro, de un derecho o de su limitación) en función del grado de sacrificio o de afectación de un bien y del grado de satisfacción del bien en pugna”¹¹.

Además debe considerarse a la actividad jurisdiccional

¹⁰ CIDH, *Informe Anual 2008*, Volumen III: “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión” (Capítulo V), párr. 230.

¹¹ Pietro Sanchos, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, ed. Trotta, Madrid, 2003, p. 206.

“como una integración con sentido de casos y derecho donde la decisión judicial sería una actividad bipolar que pretende una solución jurídica para un acontecimiento conflictivo o caso, pero valorando e integrando no sólo las exigencias regulativas del derecho, sino también el efecto social de la solución, lo que llevará a la formulación de un juicio ponderado y con sentido entre caso y derecho”¹².

Por otro lado, hay otro argumento de peso. La medida cautelar dictada impone, como señalamos, restricciones en el ejercicio de derechos humanos de terceros, individuales y de grupos, protegidos por tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución, como, entre otros, el derecho a la libertad de expresión, situación que requiere una ponderación estricta de su adecuación, razonabilidad o proporcionalidad.

En ese sentido la decisión judicial examinada en este caso, opera en tanto acción estatal, como una medida del Estado regida por el artículo 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹³ ya que en aras de proteger derechos del demandante, impone restricciones serias a los derechos de otras personas y grupos que no son parte del proceso judicial, por eso esta decisión debe ser examinada bajo un estándar de razonabilidad estricto que contemple la posible violación de derechos humanos reconocidos en tratados internacionales.

De allí, el análisis de escrutinio estricto sobre la medida cautelar debe apuntar no solo a los requisitos de procedencia, esto es, la legitimación activa, el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho invocado, sino también en cuanto al alcance espacial y temporal de la decisión. En este sentido la regla de estricta proporcionalidad en la restricción de derechos humanos impone analizar

¹² Peña Freire, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, ed. Trotta, Madrid, 1997, p. 228.

¹³ Nos remitimos a lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124.

no solo si la medida era procedente, sino si existía otra vía cautelar menos lesiva para derechos de terceros que hubiera podido proteger en el caso particular los intereses invocados por el demandante.

Con todo, la decisión de la Cámara Federal de Mendoza, no consideró siquiera en su razonamiento la potencial vulneración de derechos individuales y colectivos de terceros al estudiar la procedencia de la medida. Por eso no examinó estrictamente ni los requisitos de procedencia ni el alcance de la orden cautelar impartida. Por el contrario, priorizó el interés individual del actor —con relación a la supuesta violación de normas reglamentarias previstas para la formación de leyes—, en el marco de un caso individual, sin valorar, por un lado, los efectos de una medida que dispone la suspensión de una norma jurídica con marcado interés social, que afecta derechos individuales e intereses y derechos colectivos de terceros y, por otro, la posibilidad de adoptar una medida que menos afectara los bienes que pretendía asegurar.

En el caso de las medidas cautelares, el artículo 204 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación, establece que “el juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta a la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intente proteger”. Si bien el artículo citado refiere a al ejercicio de esa facultad cuando se puedan afectar “bienes” no es menos cierto que esta facultad debe proceder en supuestos aún más graves en los que se encuentran en juego derechos humanos de terceros, individuales, colectivos y de grupos.

La Cámara Federal de Mendoza, al ordenar la suspensión completa y en todo el territorio del país de la ley 26.522, no realizó ponderación estricta y rigurosa alguna de los intereses en juego o de los efectos de la decisión, pues, entre otras

cosas, no justificó por qué la medida que se adoptaba era la menos lesiva a los intereses del demandado —y de la sociedad en su conjunto, verdaderos beneficiarios de la ley impugnada—.

Y lo cierto es que existían claramente medidas menos lesivas. Al tratarse de una medida cautelar, si lo que interesaba al actor era asegurar que la justicia analice el trámite parlamentario desarrollado para la aprobación de la ley 26.522, hipotéticamente podría haberse solicitado, luego de analizarse la verosimilitud del derecho alegado o el peligro en la demora, la preservación de las actas de debates o algún otro elemento que asegure el proceso judicial que iniciaba.

No está de más aclarar que la medida cautelar no reemplaza el proceso judicial, todo lo contrario, lo asegura a través de medidas que permitan la ejecución de la decisión que se alcance, bajo reglas precisas de procedencia que, en el caso de restringir derechos humanos, deben ponderarse a través de un criterio de “estricta necesidad de la medida empleada”.

Además, en el caso no se advierte con claridad cuál sería el contenido resolutivo de la decisión final —de ser favorable— que busca la acción iniciada por Thomas frente a la supuesta afectación de las formas procedimentales que se habrían generado en el trámite parlamentario en la Cámara de Diputados para la sanción de la ley 26.522; y cómo se podría garantizar ese resultado mediante la medida dispuesta por la justicia federal de Mendoza.

Si lo que el actor cuestionó eran las supuestas irregularidades en el trámite parlamentario, hipotéticamente también podría ocurrir que la decisión judicial sea la modificación de algún instituto de la ley, o la recomendación al órgano legislativo de cuidar las reglas procedimentales o, incluso, la modificación de los reglamentos, entre otras alternativas.

La pregunta que subyace —y que la Cámara Federal de Mendoza no contesta ni explica— es ¿cuál es el daño irreparable que se intenta evitar mediante una medida cautelar que suspende la vigencia total de la ley en todo el país antes del dictado de la sentencia final del proceso?

IV.4. LA DEFINICIÓN ERRÓNEA DE ESTE PROCESO COMO UNO QUE INVOLUCRA INTERESES INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS. LA FALTA DE PARTICIPACIÓN DE LOS INTERESADOS

Para habilitar la acción de amparo, la Cámara Federal de Mendoza (Sala A), consideró que en el trámite parlamentario de sanción de esta ley se le habría cercenado al diputado Enrique Thomas

“el ejercicio efectivo de su función parlamentaria con procedimientos irregulares tendientes a impedirle que cumpliera la obligación de verificar que todo el proceso de formación de leyes se cumpla a través de sus causas reglamentarios y legales (...)”.

Asimismo, agregó que en el caso

“... se encuentran en juego *intereses individuales homogéneos* como es el de todo ciudadano argentino a ser regidos por leyes dictadas de conformidad con las normas constitucionales y que por ende se excluya a las que no se conforman al estándar institucional propio de todo estado de derecho” (destacado agregado).

Para resolver que éste se trataba de un proceso colectivo que involucra intereses individuales homogéneos, el tribunal citó precedentes de distintos tribunales, entre ellos: “Kattan”¹⁴, “Ekmekdjian”¹⁵, “Carrió”¹⁶, “Colella”¹⁷ y “Halabi”¹⁸.

Y concluyó que

¹⁴ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, “Kattan, Alberto E. y otro c/ Gobierno Nacional -Poder Ejecutivo”, 10/05/1983, LA LEY 1983-D, 576.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros”, 7 de julio de 1992.

¹⁶ Cámara Nacional de la Seguridad Social, Sala II, “Carrió, Elisa y otros c/Poder Ejecutivo Nacional -Dto. 1306/2000 s/incidente” (Expte. N°20.758/2001, Sent. Int. n° 51.951), de fecha 31 de mayo de 2001.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Colella, Ciriaco c. Fevre y Basset S.A. y/u otro s/despido”, publicado en la colección de *Fallos* 268:352.

“el actor ha invocado en su demanda la protección de los derechos de incidencia colectiva, haciendo expresa referencia a que el tratamiento legislativo que le dio a la ley que cuestiona afecta a la universalidad de los consumidores de los servicios de comunicación audiovisual que se prestan en el país y obviamente, en esta jurisdicción (...). No cabe duda, pues, que la Corte Federal se enrola en el precedente que venimos desarrollando, en una doctrina amplia en cuanto a la legitimación, en relación con los trascendentes derechos en juego, conjugados con el derecho particular de acceso a la justicia previsto en el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, conocido como Pacto de San José de Costa Rica”.

Ahora bien. Más allá de lo sostenido ligeramente por la Cámara Federal de Mendoza, como desarrollaremos a continuación, aquella jurisprudencia citada no permite afirmar que el planteo presentado por el actor *presuma* que en el proceso existen intereses individuales homogéneos. Tampoco el procedimiento desarrollado en las instancias inferiores coincide con los requisitos exigidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema, respecto de aquellos procedimientos necesarios en esas acciones colectivas.

La mera referencia a los antecedentes mencionados no alcanza si, como veremos, el objeto de cada uno de los precedentes citados es distinto a este caso. En “Kattan”, un juez de primera instancia analizó la legitimación de dos personas para controlar medidas que podrían afectar el medio ambiente sin la existencia de un estudio de impacto ambiental. El juez consideró que el derecho de todo habitante a que no modifiquen su hábitat constituye un derecho subjetivo. En “Ekmedkjian”, la Corte Suprema otorgó legitimación a una persona para solicitar el derecho de rectificación y respuesta, en representación del grupo de personas de religión católica que podrían haberse sentido afectadas por las expresiones dadas

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, 24 de febrero de 2009.

por una persona en un programa de televisión. En “Carrió”, la Cámara de la Seguridad Social consideró legitimada a una diputada de la Nación para analizar la constitucionalidad del decreto 1306/2000 que había modificado el sistema integrado de jubilaciones y pensiones. En “Colella”, la Corte analizó la capacidad que tiene el poder judicial de controlar las atribuciones del presidente de la Nación para dictar un veto. Por último, en “Halabi”, la Corte Suprema señaló los elementos que debe contener una demanda que pretenda la resolución de una causa en la que se encuentran en juego derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos.

Es fácil advertir, en primer lugar, que en ninguno de los precedentes utilizados por la Cámara Federal para resolver un caso de tanto relevancia institucional como es la suspensión de una ley en todo el territorio de la Nación, se analizó la legitimación de un diputado para impugnar el procedimiento de formación de una ley, cuestión que se analizará en el apartado siguiente.

Por lo demás, sólo en el caso “Halabi” se analizó la existencia de derechos individuales homogéneos pero, como veremos, la Corte Suprema definió una serie de requisitos que deben darse en estos casos que de ninguna manera se han cumplido en el presente.

Al respecto, en su consideración 12, luego de definir los contornos de las acciones individuales y las acciones colectivas sobre bienes indivisibles, señaló la Corte que

“La Constitución Nacional admite en el 2 do. párrafo del artículo 43 una tercera categoría conformada por los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de la afectación al ambiente, a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores, como de los derechos de los sujetos discriminados”.

Luego, en la consideración 13 de esa decisión, esta Corte determinó cuáles deben ser los requisitos que tienen que cumplirse para la procedencia de este tipo de acciones:

1. Debe verificarse una causa fáctica común;
2. La pretensión procesal debe estar enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y;
3. Debe constatarse que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado.
4. Sin perjuicio de lo cual también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, existe un fuerte interés estatal en su protección, sea por la trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

Si bien la enumeración del Máximo Tribunal de los supuestos que habilitarían la acción colectiva por la existencia de derechos individuales homogéneos no pareciera ser concluyente o taxativa, lo cierto es que en su sentencia la Cámara Federal de Mendoza utilizó fórmulas forzadas para señalar que el presente caso se refiere a “intereses individuales homogéneos”. Así, la Cámara consideró que los intereses individuales homogéneos en discusión estarían dados por la afectación de aquellos “consumidores de los servicios de comunicación audiovisual que se prestan en el país...” o por los “trascendentes derechos en juego”, sin indicar, por cierto, cuál sería la afectación a los consumidores ante la vigencia de la ley 26.522 o los trascendentes derechos en juego.

Como ya señalamos, dadas las condiciones en que quedó trabada la litis, nos cabe la convicción de que no se ha resuelto la cuestión conforme a derecho, toda vez que entre los “trascendentes derechos en juego” no se han considerado por ejemplo los de aquellos colectivos de personas o entidades que tienen intereses y

derechos incluso subjetivos directamente afectados por la suspensión de la ley 26.522, cuando no directamente negados de plano por la irregular subsistencia de la norma de facto 22.285.

Ahora bien, en todo caso, si lo que preocupó al órgano judicial fue la “afectación de aquellos consumidores de los servicios de comunicación audiovisual” o “los trascendentes derechos en juego”, el procedimiento desarrollado en las instancias anteriores debía haberse adecuado a los parámetros establecidos en aquel precedente de la Corte, justamente para no afectar —como sí lo ha hecho— los derechos de aquellos “consumidores” así como terceros mencionados en el apartado IV.2. que no han participado del proceso.

En efecto, en el fallo “Halabi” —que tan presente parece tener la Cámara Federal— la Corte Suprema señaló en la consideración 20 que

“... Se torna indispensable formular **algunas precisiones**, con el objeto de que ante la utilización que en lo sucesivo se haga de la figura de la ‘acción colectiva’ que se ha delineado en el presente fallo **se resguarde el derecho de la defensa en juicio**, de modo de **evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar**. Es por ello que esta Corte entiende que la **admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales** que hacen a su viabilidad tales como la **precisa identificación del grupo o colectivo afectado**, la **idoneidad de quien pretende asumir su representación** y la existencia de **un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneos a todo el colectivo...**” (destacados agregados).

En otras palabras, la Corte exigió que en este tipo de acciones se tengan especialmente en cuenta los efectos que el proceso y la decisión judicial pueden generar sobre aquellas personas que integran el colectivo de beneficiarios o

afectados y, en función de ello, extremar los recaudos para la procedencia de este tipo de procesos.

Es más, dijo la Corte,

“es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un **procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio**, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, **que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto** a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictoras sobre idénticos puntos” (destacados agregados).

Precisamente la Corte ha buscado prevenir supuestos como el que se plantea en este caso, es decir, dejar sin chances de participación y afectar los derechos de aquellas personas que no pueden participar del litigio.

No es difícil concluir entonces que el procedimiento llevado adelante en este caso en nada ha cumplido la exigencia de la Corte Suprema a fin de garantizar los derechos de aquellas personas que pueden verse afectadas por la decisión judicial.

Ahora bien, como dijimos, en el precedente “Halabi”, la Corte señaló que la acción colectiva podría estar habilitada cuando “pese a tratarse de derechos individuales, existe un fuerte interés estatal en su protección, sea por la trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados”. En tanto éste parece ser el supuesto utilizado por la Cámara de Mendoza para asignarle características colectivas al caso, corresponde realizar una serie de consideraciones adicionales.

Es claro que la fórmula utilizada por la Corte apunta a garantizar el acceso a la justicia de personas o grupos en situaciones de desigualdad de hecho.

En efecto, el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos ha desarrollado un argumento en materia de garantías de debido proceso que vincula la desigualdad real de condiciones —situación de hecho— con la obligación de los Estados de establecer procedimientos que tomen en cuenta, seriamente, estas condiciones desiguales.

Así, en la Opinión Consultiva N° 16, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló que

“Para alcanzar sus objetivos (se refiere al proceso judicial), el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”¹⁹.

Por el contrario, en la decisión judicial que ordena la suspensión de la ley 26.522 no se verifican estos presupuestos. La Cámara Federal de Mendoza ni siquiera se detuvo a explicar las supuestas particulares características de los sectores afectados y el supuesto interés estatal en protegerlos, por lo que la Corte

¹⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, del 1 de octubre de 1999, párr. 120.

Suprema debe incorporar estas cuestiones dentro del análisis de la decisión impugnada.

La definición de cuándo procede o no una acción colectiva para la protección de derechos se trata de una cuestión de suma importancia, que no puede ser bastardeada con decisiones que adolecen de la más mínima fundamentación, como la que motiva el presente memorial.

IV.5 LA FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL ACTOR

Por lo demás, tal como ya señalamos, el actor no ha demostrado en el caso que se trata de una acción colectiva. A nuestro criterio tampoco demostró que tenga una legitimación procesal para plantearla en esos términos y en representación de los “consumidores de medios audiovisuales”.

En tal sentido, una hipótesis sería considerar que el diputado Thomas supuestamente estaría representando a los habitantes que votaron por él —sus representados en el Congreso—. No obstante, aún en este supuesto, el diputado debería haber demostrado —y la Cámara Federal verificado— que durante la campaña electoral sostuvo una posición pública clara respecto a este tema. Ello pues no puede especularse, sin asidero alguno, que sus electores tienen la misma posición que el diputado Thomas en cuanto a la ley 26.522, y por tanto que existen “intereses homogéneos” en esta acción.

La realidad de los hechos revela que aún esta hipótesis es absolutamente inexacta. Lo cierto es que durante la campaña el diputado no hizo pública su postura sobre la cuestión de la reforma de la ley 22.285; y tampoco durante su gestión previa a la presentación de esta acción judicial elaboró proyectos legislativos sobre la temática. Es más, es preciso que la Corte Suprema advierta que su ingreso a la Cámara de Diputados se dio a través de la boleta del Frente

para la Victoria, bloque que votó casi unánimemente a favor de la sanción de la ley 26.522²⁰.

Pero hay un dato adicional a tener en cuenta. Si bien el diputado cambió de bloque con posterioridad a su elección —esto es, después de la decisión tomada por sus votantes a los que supuestamente representa en esta acción judicial—, otros integrantes de ese bloque político sí presentaron un dictamen de minoría (con la firma de la diputada Graciela Caamaño y otros) acredita que sí pudieron leer los textos y que estaban en condiciones de debatir. En otras palabras, otros diputados de su bloque consideraron que no hubo vulneraciones a los procedimientos parlamentarios. Entonces las preguntas que subsisten son, ¿cuáles son los intereses individuales homogéneos de los votantes de Thomas que él supuestamente representa mediante esta acción judicial? Y ¿por qué estos intereses son distintos a los que representan los diputados del Frente para la Victoria y del Peronismo Federal que —con diferencias en el contenido, unos votando a favor del proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo Nacional y otros a favor de otro proyecto— intervinieron en el proceso parlamentario sin advertir irregularidades?

La respuesta es que en realidad Thomas no representa a un colectivo de personas —sus votantes—. Y si la acción está tramitada a título individual no pueden reconocerse otros derechos de incidencia colectiva o individuales homogéneos más allá de los de sí mismo.

Lo expuesto, por lo demás, no quiere decir que un diputado nacional carezca de legitimación para accionar, en algunos casos, en representación de un colectivo. Sin embargo, para que ello proceda debe precisar de manera específica los elementos que le asignarían esa representación, el colectivo concreto al que

²⁰ Actualmente, el diputado forma parte del bloque Peronismo Federal.

intenta representar, indicar los derechos afectados de este grupo, y la necesidad de repararlos a través de una acción colectiva. Como dijimos, nada de esto ocurrió en el presente caso.

Asimismo, otra hipótesis a analizar es si Thomas representa los intereses de los consumidores de medios audiovisuales. Sin embargo también esta hipótesis es incorrecta pues algunos de los grupos de consumidores —que en el ámbito de la comunicación social electrónica, en rigor, deben considerarse como públicos, circunstancia que sería sumamente compleja de saldar en las pocas páginas de un *amicus curiae* destinado a otro objetivo— a los que supuestamente estaría representando Thomas no se sentirían adecuadamente representados por éste.

Tienen estos grupos, a su vez, representantes definidos por normas específicas que pueden expresar, en el caso, intereses en abierta contradicción con los señalados por Thomas.

En este sentido, las emisoras universitarias dependen de decretos de excepción al régimen de la ley 22.285 y la autonomía de las universidades excluye cualquier posibilidad de que sus claustros puedan ser representados por terceros que no la integren. Menos aún integrantes de un poder del Estado. En el caso de los sindicatos de los trabajadores de medios de comunicación ocurre otro tanto. No es en nombre de los firmantes que pueda estimarse que se esté protegiendo a los colectivos de trabajadores de los medios de comunicación.

Ningún interés de clase puede representar a los trabajadores sin su participación personal o de las entidades que los representan legalmente, ni tampoco como consumidores porque importaría una escisión de su personalidad en un incomprensible e improcedente proceso de disociación de intereses en su rol de ciudadanos y de trabajadores. Además, pretender asumir la protección de sus intereses en la forma que censuramos violenta no sólo la lógica más elemental,

sino la ley de asociaciones sindicales, el art. 14 bis de la Constitución Argentina, el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales, y los Convenios sobre libertad sindical de la Organización Internacional de Trabajo, en particular los Convenios 87 y 98.

La cita de los Convenios de la OIT trae además a colación la vigencia del convenio 169 de la OIT que garantiza a los pueblos originarios el derecho a la comunicación de sus culturas. De allí que salvo que se pretenda asumir que los miembros de los pueblos originarios no son consumidores ni ciudadanos, tampoco se puede asumir que sus derechos pueden ser protegidos a través de la acción de amparo iniciada por Thomas.

Idéntica situación emerge a poco de considerar que los miembros de las sociedades cooperativas —que también son consumidores y tienen intereses colectivos— serían susceptibles de ser representados por una decisión que los perjudique. Luego de décadas en las que las cooperativas tuvieron prohibido ser titulares de medios de comunicación electrónica, no es en absoluto admisible entender como razonable y ajustado a derecho que un diputado pueda invocar la representación de consumidores (colectivo impreciso que por supuesto importa congrega a los intereses de los cooperativistas, incluidos los miembros de las cooperativas de consumo para enfatizar la contradicción) y que se resuelva en su favor por la invocación de tales hipótesis.

Esta extensa mención corresponde además ser ampliada con la situación de los miembros de las emisoras comunitarias. Como miembros de entidades civiles es más que notorio que también son consumidores y que formarían parte de ese impreciso colectivo de intereses individuales homogéneos que supuestamente estaría amparado por esta acción.

Los músicos independientes también “consumen medios” (pese a lo incorrecto del planteo, tal como fuera dicho) y de ningún modo puede admitirse que la resolución de suspensión de una ley que protege explícitamente sus intereses pueda proteger los derechos individuales subjetivos homogéneos de esa clase de trabajadores de la cultura.

De allí que la Cámara omitió analizar la adecuada representatividad de Thomas en estos supuestos y entendemos que no tiene legitimación para llevar adelante, en este caso y en nombre de estos grupos en tanto público, la representación en la acción judicial.

IV.6. LA MEDIDA CAUTELAR BLOQUEA, DE MANERA INCONSTITUCIONAL, EL DEBATE DEMOCRÁTICO ALCANZADO

Más allá de lo señalado, en este apartado explicaremos que la justicia federal de Mendoza resolvió bloquear un debate democrático que se había desarrollado en el Congreso.

Y que lo hizo, no mediante una sentencia final, razonada y fundada, que concluyera de qué manera y por qué hechos algún artículo de la ley era considerado inconstitucional y debía ser expulsado del ordenamiento jurídico, único supuesto —el más extremo, por cierto— habilitado en nuestro sistema de control de constitucionalidad, sino mediante la habilitación de una instancia previa —la vía de la medida cautelar—, en la que se analizó, de manera preliminar y superficial, cómo fue el proceso de formación de la ley 26.522 y concluyó que ésta debía ser suspendida, en su totalidad y en todo el territorio de la Argentina.

Por ello conviene repetir: por decisión de los jueces de la Cámara Federal de Mendoza el debate democrático alcanzado para la sanción de la ley 26.522 quedó suspendido hasta tanto se resuelva el proceso judicial iniciado por el diputado Thomas.

La alternativa de declaración de inconstitucionalidad de una norma completa para todo el ámbito nacional y su suspensión cautelar, **por vicios en el procedimiento de formación de leyes**, no está prevista formalmente en nuestro sistema de control de constitucionalidad, definido como un control difuso de constitucionalidad con efecto entre las partes del proceso.

En todo caso, el control de constitucionalidad de una norma, a través de una sentencia final, sólo podría abarcar a la violación de los reglamentos de las Cámaras en los *casos extremos* en los que se hubiera impedido la deliberación democrática.

En este supuesto, como señala Nino,

“El que toma la decisión —se refiere al juez— debe determinar si los vicios del sistema “democrático” son tan serios de modo que su confiabilidad epistémico general sea menor que la de la reflexión aislada de un individuo”²¹.

Sin embargo, en la decisión de la Cámara —que, repetimos, no es una sentencia final— no se dan los supuestos extremos mencionados en los que se hubiera impedido la deliberación democrática ni existe —como se adelantó en los apartados precedentes— una ponderación de los efectos disvaliosos de la decisión sobre el sistema democrático.

En efecto, en el proceso de discusión y aprobación de la ley 26.522, tanto en la Cámara de Diputados como en la Cámara de Senadores, existió un debate democrático a través de diversas vías, como las audiencias públicas, los distintos proyectos de ley, los dictámenes de mayorías y minorías, entre otras.

En efecto, en el proceso de discusión y aprobación de la ley 26.522, tanto en la Cámara de Diputados como en la Cámara de Senadores, existió un debate democrático a través de diversas vías, como las audiencias públicas, los distintos

²¹ Nino, Carlos S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, ed. Gedisa, Barcelona 1997, p. 277.

proyectos de ley, los dictámenes de mayorías y minorías, las discusiones en comisión televisadas en directo, y la discusión en plenario en ambas cámaras, entre otras. En los debates en comisión y en el pleno del recinto se expresaron posiciones de los diferentes bloques parlamentarios, y el proyecto finalmente aprobado contó con el apoyo de bloques de la oposición, obteniendo en diputados 144 votos a favor, 3 en contra y 3 abstenciones, y en el Senado 44 votos a favor y 24 en contra.

La ley que se discutió en la Cámara de Diputados sumó un proceso de consulta pública que incluyó la realización de 23 foros en distintas ciudades del país y permitió la incorporación de más de 200 aportes de la sociedad civil al texto original, enviado al Congreso por el Poder Ejecutivo, el día 27 de agosto de 2009.

En concreto, en el debate en la Cámara de Diputados, las organizaciones de la sociedad civil remarcaron la responsabilidad institucional de los legisladores a la hora de debatir y sancionar una nueva ley que ampliara la diversidad de voces y el pluralismo informativo, para garantizar el ejercicio del derecho a la información y robustecer el debate democrático²². Las modificaciones introducidas en Diputados avanzaron en éstos y otros temas y, en la mayoría de los casos, mejoraron la propuesta del Poder Ejecutivo.

De allí que la impugnación judicial del proceso parlamentario que intenta plantear el diputado Thomas exigía una fundamentación precisa —y por eso inexistente en este caso— acerca de las razones de la suspensión del debate democrático alcanzado; un desarrollo procesal diferente que incluyera los intereses de todos los actores que se encuentran alcanzados por la ley; y que la conclusión de ese proceso judicial llegase a través de una sentencia de fondo la que, por

²² Al respecto, por ejemplo, el CELS subrayó la necesidad de avanzar con reformas que fortalecieran la autonomía de la autoridad de aplicación y garantizaran la independencia de los medios públicos.

nuestro sistema de control de constitucional de leyes, no podría derivar en la declaración de inconstitucionalidad de la norma en su totalidad.

En el caso, no sólo no se dieron estos presupuestos, sino que, a través de una medida cautelar, se suspendió la vigencia total de la ley 26.522.

La impugnación fundada en la falta de deliberación democrática como sustento de la eventual invalidez de una ley, no puede responder a un criterio abstracto o ideal sobre cómo debería desarrollarse un proceso parlamentario plenamente deliberativo, sino considerar como base de análisis las prácticas parlamentarias de un país y en un escenario histórico determinado, y apuntar a evitar factores de mucho peso, o circunstancias de enorme gravedad o excepcionalidad, que impiden alcanzar un piso mínimo de deliberación razonable. Ejemplos de este último supuesto lo constituyen el cohecho de legisladores, o las presiones castrenses que motivaron leyes de impunidad en Argentina.

De lo contrario se llegaría a la paradoja de que el argumento deliberativo basado en un tipo ideal inexistente, en aras de defender la democracia y la participación política, habilitaría una irrazonable judicialización de la labor legislativa, operando en la práctica, como sucede en este caso, como un argumento para el bloqueo judicial de decisiones que han sido fruto del juego de mayorías y minorías parlamentarias, en el desarrollo de la vida política democrática, tal como existe en nuestro país. La apelación a modelos ideales de deliberación para congelar decisiones del congreso, tendría entonces, como en este caso, un efecto antidemocrático evidente.

Repasemos ahora ejemplos de derecho comparado. Aún en aquellos países de la región en los que existe un control concentrado de constitucionalidad — diferente, por supuesto, al sistema de control difuso diseñado en la Constitución Nacional—, que habilita el control general de leyes emanadas del cuerpo

legislativo, a través de procesos previstos constitucionalmente, el procedimiento de suspensión cautelar de la norma que se evalúa no está previsto, salvo el caso de Guatemala, aunque allí la habilitación de la medida cautelar tiene que cumplir ciertas características²³.

Es más, en estos supuestos —medidas cautelares en el marco de procesos de control concentrado de constitucionalidad— se ha señalado, que

“es preciso reconocer que si bien la regla general es que todo proceso jurisdiccional deba contar con mecanismos que aseguren una tutela cautelar, caben determinadas excepciones como sucede, por ejemplo, en el caso de la ausencia de tutela cautelar en el proceso de inconstitucionalidad. En este caso, se presentan diferentes razones que justifican tal ausencia. En primer término, la consideración de las leyes como expresión de la voluntad popular otorga a éstas una legitimación democrática directa que no poseen el resto de disposiciones. **En segundo lugar, la existencia de razones de orden práctico, según las cuales ‘la eficaz erga omnes que la suspensión tendría como lógica consecuencia del control concentrado de inconstitucionalidad comprometería en gran medida la certeza de las relaciones jurídicas, al afectar con carácter general tanto a los procesos en curso como a las relaciones jurídicas pendientes’**”²⁴.

Por último, conviene destacar que los cuestionamientos vinculados al cumplimiento o no de normas reglamentarias en el marco del proceso de debate de una ley, tienen sus vías de reclamos en el mismo reglamento de funcionamiento de la Cámara de Diputados²⁵.

²³ Decreto número 1-86, de la Asamblea Nacional Constituyente, Ley de amparo, exhibición personal y de inconstitucionalidad, Artículo 138. Suspensión provisional. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 136, la Corte de Constitucionalidad deberá decretar, de oficio y sin formar artículo, dentro de los ocho días siguientes a la interposición, la suspensión provisional de la ley, reglamento o disposición de carácter general si, a su juicio, la inconstitucionalidad fuere notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables. La suspensión tendrá efecto general y se publicará en el Diario Oficial al día siguiente de haberse decretado.

²⁴ Tribunal Constitucional de Perú, Pleno Jurisdiccional, sentencia, “Proceso de inconstitucionalidad, Defensoría del Pueblo contra el Congreso de la República de Perú”, 27 de octubre de 2006, párrafo 48. El destacado nos pertenece.

²⁵ Reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación, Capítulo XXVI.

Es más. Ante la falla de esos canales o recursos, el actor hubiese podido presentar, de manera contemporánea al debate que se desarrollaba y denuncia como incongruente con el Reglamento de la Cámara de Diputados, una acción judicial o medida cautelar que pudiera corregir o advertir las cuestiones planteadas de manera oportuna. La pregunta es, ¿por qué no lo hizo? Resulta contradictorio que haya apelado a la solicitud de una medida cautelar para evitar un supuesto daño irreparable ante el paso del tiempo, y no haber interpuesto la acción judicial más adecuada al planteo en el momento oportuno.

V. PALABRAS FINALES

Con todo, en este escrito hemos incorporado como argumentos que cuando la decisión cautelar afecta de derechos de terceros –individuales o colectivos- que no participaron del proceso, como en este caso, la ponderación de los requisitos para su procedencia debe ser rigurosa, estricta y debe ser considerada como una medida “necesaria” para la limitación de derechos humanos, de lo contrario, la medida está en contradicción con las reglas que habilitan restricciones a los derechos humanos. Asimismo, señalamos que el caso no refiere a un caso colectivo y que el actor no demostró tener una legitimación para presentar un caso de estas características; por ello, señalamos, la decisión de suspender la vigencia de una ley, en todo el país, constituye un bloqueo inconstitucional de las reglas democráticas de nuestro sistema constitucional de derecho.

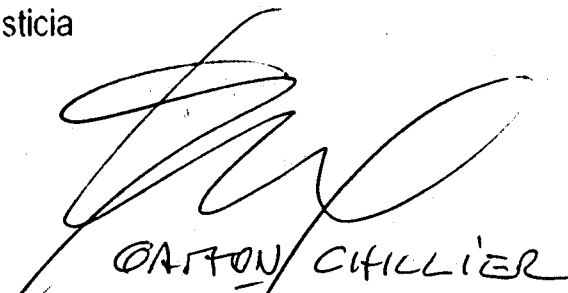
VI. PETITORIO

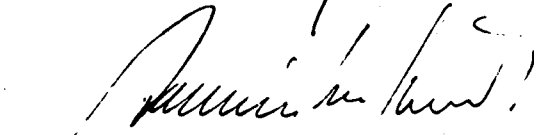
Esperando que nuestro aporte pueda contribuir a una justa resolución del caso a V.E. solicitamos:


- 1) Se tenga a las instituciones firmantes como *amicus curiae* en esta causa;
- 2) Se tengan en cuenta los fundamentos de derecho expuestos en el presente documento y se resuelva en consecuencia.

Proveer de conformidad que,

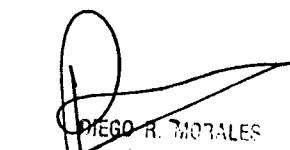
Será Justicia



GASTON CHILLIER
C.E.L.S.

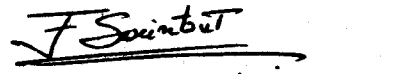

Dr. DAMIAN MIGUEL LORETI
ABOGADO
C.P.A.C.F. T° 31 F° 821



ANDREA POCHAK
C.P.A.C.F. T° 60 F° 382



ANALIA GRACIELA ELIADES
ABOGADA
T° XLII F° 323 C.A.L.P.
T° 72 F° 491 C.F.A.L.P.

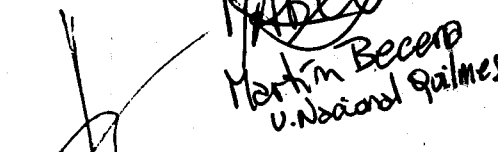

DIEGO R. MORALES
ABOGADO
C.P.A.C.F. T° 31 F° 821



Sergio Caletti
Decano

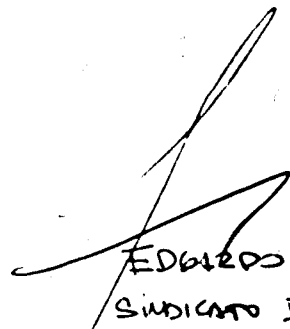

FLORENCIA SAINTOUT
DECANA - F.P.C.S. - UNLP

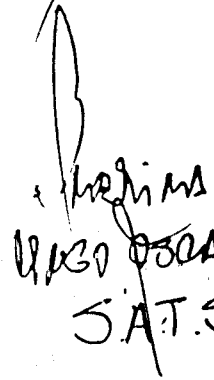

SERGIO
U.N.L.Z



Martin Becerra
U. Nacional Qalmes



VICTOR ABRAMOVICH
T.40 F.45
CACT

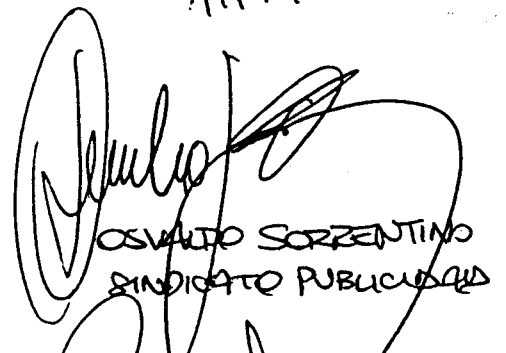
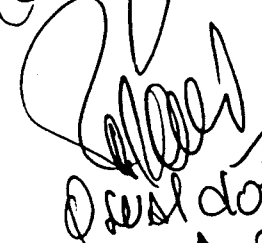

Inés Susanna de
FATPDE

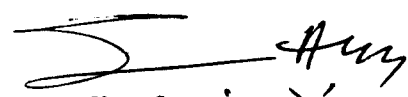

EDGARDO CARZOSA
SINDICATO DE PRENSA ROSARIO



OSCAR MARTINS
S.A.T.3A.1.A.

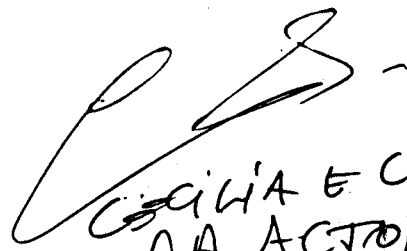

PAULA CASTELLO
AMARCA LC



JUAN A. PAKCIOS
AATRAE



OSWALDO SORRENTINO
SINDICATO PUBLICISTAS

OSCAR DO FRANCÉS
A.R.B.1.A

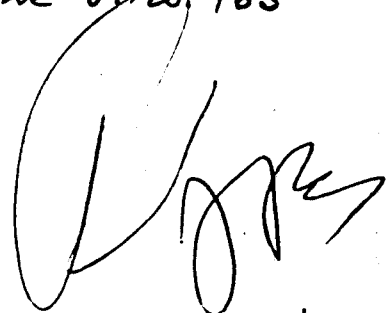

SERGIO ZOTTOLA
S.I.C.A

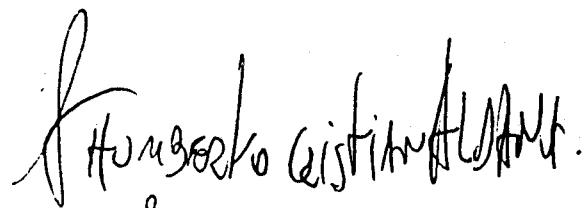

OMAR LO GIUDICE
SIVENDIA


Cecilia E. Córlica
A.A. ACTORES



Miguel A. Paniagua
SUTEP
DNI 11.948919

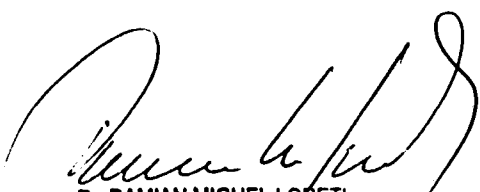

JOSE E. PEREZ/VELLA
S.A.L.
WE 8.120.765



RICARDO VERNAZZA
SADEN


UMI


FRANCISCO FARCO


JOSE LEJARRA VILLALBA
CENTRO NUEVA TIEVA


Dr. DAMIAN MIGUEL LORETI
ABOGADO
C.P.A.C.F. N° 31 F° 821


COSITHUOS
Arcecybor