

**AUTOS: “DIRECTV DE URUGUAY LTDA. c/ PODER LEGISLATIVO – ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD - ARTS. 32, 33, 39 inc. 3, 40, 55, 56, 60, 66, 68, 97, 98, 115 a 117, 139, 142 y 176 a 186 DE LA LEY NRO. 19.307” – L.U.E 1- 18 -2015.-**

**Suprema Corte de Justicia:**

### **Introducción.**

En autos se promueve la declaración de inconstitucionalidad respecto de veintisiete artículos de la ley 19.307, denominada de Servicios de Comunicación Audiovisual (en adelante LSCA). Las disposiciones impugnadas son las siguientes: artículos 32, 33, 39 inciso 3, 40, 55, 56, 60, 66, 68, 97, 98, 115 a 117, 139, 142 y 176 a 186. Y las normas y principios constitucionales que se dicen violentados se hallan consagrados en los artículos 7, 8, 10, 28, 29, 32, 36, 77 numeral 7 y 85 numeral 17 de la Constitución de la República.

A los efectos del mejor desarrollo y comprensión de la posición de ésta Fiscalía, el presente dictamen se desarrollará en el orden enunciado, si bien el mismo difiere del orden expuesto en el accionamiento. Para facilitar el cotejo del presente dictamen con el accionamiento, en el análisis y desarrollo de la normativa atacada se hará expresa referencia a la foliatura concordante en autos.

### **Desarrollo.**

**A) Artículos 32 y 33 de la LSCA: Consideraciones previas al examen puntual del articulado impugnado.**

Los artículos 32 y 33 de la LSCA regulan el horario de protección al menor y la publicidad que puede ser emitida durante el mismo.

A fojas 242 vuelto y 243 la accionante expresa las dificultades que supondría un control “*en tiempo real*” de su programación (las que eleva al grado de imposibilidad), con el fin de constatar que el contenido de sus más de cien señales retransmitidas satelitalmente se adecuan a las exigencias establecidas en los artículos 32 y 33 mencionados.

Asegura que el horario legalmente establecido, que va desde las 06.00 A.M. a 22.00 P.M., resulta desproporcionado.

Y afirma que las limitaciones al contenido de los programas fueron establecidas con extrema vaguedad. En concreto señala que la ley establece prohibiciones tales como el fomento del esoterismo, prohibiendo por necesaria consecuencia la emisión de programas infantiles en donde intervienen “*príncipes mágicos y brujas*”. Afirma literalmente que: “*Lo esotérico, dicho según el Diccionario de la Academia es aquello que es impenetrable o de difícil acceso para la mente*”, por lo cual se pregunta: “*¿Qué ha querido prohibir el legislador?*”. Expresa que igual prohibición pesaría respecto de la puesta en pantalla de los “clásicos” cuentos infantiles, ya que en ellos “*... siempre o casi siempre aparece el villano, un ser cruel y malo con los niños.*” Y manifiesta que por lo mismo tampoco podrá entrevistarse “*a los felices ganadores del gordo de fin de Año*” ya que ello supondría, a estar al tenor literal de la ley cuya declaración de inconstitucionalidad se pretende, la indirecta promoción de juegos de azar.

Atendiendo a cuanto antecede, cabe concluir entonces que las objeciones formuladas a los artículos 32 y 33 de la LSCA por la accionante refieren sintéticamente a: la calificación de contenidos como “no aptos para menores de edad”; al “excesivo” horario de protección establecido y a la imposibilidad de ejercer controles (en directo) en la transmisión satelital. En estas

consideraciones previas al examen particular del articulado impugnado, se examinarán, por su orden, los tres ítem descriptos.

1) En primer lugar, debe ser rechazada por absurda la intelección de una supuesta prohibición que comprendería dibujos animados, narraciones de hadas y hechiceras, cuentos clásicos de la literatura infantil y ganadores de un sorteo navideño, así como el sólo hecho de recurrir a definiciones académicas de vocablos de entendimiento común. En efecto, en referencia al denominado **“argumento ad absurdum”** enseña Vodanovic: *“Debe ser rechazada toda aquella interpretación que conduzca a resultados absurdos, entendiendo por tal cualquier conclusión que sea contraria a las reglas de la lógica, del buen sentido o de la razón; y ello, por cuanto atenta contra principios fundamentales de un ordenamiento jurídico, tales como la coherencia del sistema y la justicia”*(Conforme Antonio Vodanovic - Manual de derecho civil, Partes preliminar y general, Editorial Lexis Nexis, Chile, 2003, página 117).

En hipótesis como la ventilada en autos adquiere particular relevancia el no confundir el argumento **“a contrario sensu”** con el argumento **“ad absurdum”**. En el primero se interpreta aquello que está implícitamente contenido en la norma, el proceso intelectual ha de ser racional y compatible con lo que la misma expresamente contiene o dispone. En el razonamiento “por el absurdo” se practica una intelección forzada al extremo de lo ilógico y lo grotesco, lo cual la aleja de toda realidad y, por ende, deviene incompatible con la finalidad perseguida por el redactor.

Las conclusiones a las que arriba la promotora de autos devienen consecuencia del apego exacerbado al tenor literal de los vocablos utilizados por la norma, al extremo de hacerle incurrir inevitablemente en el

*“plus dixit quam voluit”*. Por ésta vía tiende a incluir hipótesis que solamente quedan comprendidas en el sentido literal de las palabras pero no en la voluntad del legislador. Como enseña Del Busto Vargas: *“No hay legislador perfecto y es consustancial a toda lengua la multivocidad de gran parte de sus palabras y la equivocidad de no pocas, por lo que existe siempre una tensión entre la voluntad del legislador y la fórmula; ésta a veces no expresa todo el pensamiento y la decisión del legislador y otras veces expresa más de lo que el legislador pensó y quiso”* (Conforme Jorge Del Busto Vargas - La interpretación de la norma en el derecho tributario - Editorial IPDT - Diciembre 1995 - Revista 29 - página 59).

Es por ello que en la especie la agraviada se mueve dentro de un margen mucho más estrecho de lo que puede llegar a permitir la norma y ello representa en definitiva asignar una interpretación extensiva a una norma prohibitiva. Éstas últimas deben ser interpretadas en forma restrictiva, al igual que todas las normas sancionadoras, las limitativas de derechos o de la capacidad de obrar y las excepcionales.

Ello resulta indubitable como regla de hermenéutica que se impone al intérprete u operador jurídico al abordar el estudio de normas prohibitivas del ejercicio de derechos constitucionalmente protegidos, dado que dicha labor debe efectuarse ya no solamente de manera restrictiva, sino que debe realizarse *“pro homine”* conforme a los principios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el derecho comparado estos criterios resultan de incuestionable aplicación. Baste a modo de ejemplo la posición de la Procuraduría General de la Nación de Colombia, en la cual se recuerda la expresión tradicional de la Honorable Corte Suprema de Justicia (Casación de

Diciembre de 1898, XIV, 92), toda vez que según expuso la misma Corporación (Acuerdo, 29 de septiembre de 1917. XXVI, 154), “...*aquel principio interpretativo estatuye que las disposiciones de carácter excepcional deben interpretarse restrictivamente a efectos de no extender una excepción más allá de los límites indicados en ella, y de no reducirla hasta el punto de sustraer de su imperio casos que deben quedar comprendidos en su ámbito*” .

Siendo que el tema que se analiza en estos obrados corresponde a un régimen de excepciones - *las inhabilidades lo son* - el mismo debe ser interpretado de conformidad con la ya citada regla de hermenéutica jurídica, por lo que, en la interpretación de las leyes prohibitivas *no deben forzarse analogías o acepciones* con el fin de hacerlas extensivas a casos no comprendidos claramente en la prohibición. Va de suyo entonces, que, si descartada toda intelección extensiva, la norma atacada resulta compatible con los derechos y principios consagrados en la Carta Magna, no procede atribuirle el vicio de inconstitucionalidad si el mismo deviene consecuencia del apartamiento de las reglas de lógica interpretativa, o , lo que es igual, de una intelección “*ad absurdum*”. Lo dicho posee igual validez al momento de juzgarse cómo han sido interpretadas las normas desde el prisma opuesto, esto es, fuera de la esfera de interés de parte, en tanto ninguna disposición legal ha de entenderse “forzadamente” compatible con la Carta, sino que dicha conclusión debe emanar de la labor interpretativa racional y lógica.

Por lo mismo, esta Fiscalía ha de estar - en el análisis casuístico de la legislación atacada - a aquella intelección que se compadezca con los derechos y principios establecidos en la Constitución Nacional, siempre que ello no surgiere de forma forzada o contraria a toda regla de conocimiento.

2) En segundo lugar, cuanto a la alegada imposibilidad de control (en tiempo real) del contenido emitido, no debe obviarse que en el ejusdem no se impone a texto expreso ninguna “*obligación legalmente imposible*”. Se impone el acatamiento a las limitaciones establecidas respecto de la programación emitida en horario restringido, razón por la cual sus disposiciones van dirigidas *a todas las empresas de multimedios audiovisuales que poseen licencias en el país*.

Consecuentemente, si la parte interesada pudiere acreditar que las previsiones exigidas respecto de la emisión de una serie o programa en especial escapan a la voluntad del operador y a los recursos técnicos existentes, o bien la imposibilidad de preverle de contenido *no apto* para ser transmitido en horario de protección al menor, se configuraría una hipótesis de eximente de responsabilidad civil que sería dable de ser alegada por el obligado. Es pertinente pues recordar, que ninguna de las previsiones de la ley atacada está exenta del control jurisdiccional, como tampoco los actos administrativos que en ellas se funden y que se entiendan ilícitos y por ende anulables.

Ahora bien, lo anterior no significa que el no poseer medios técnicos hábiles para dar cumplimiento a las obligaciones legales impuestas en la ley 19.307 sea asimilable a la inexistencia de tales recursos. Dicho de otro modo, la eximente no podría fundarse en la imposibilidad material resultante de la carencia o la no implementación e instrumentación de la tecnología adecuada, sino en la *imposibilidad técnica* de efectuar los controles exigidos en la norma. Si esto último se verificare, la Administración se vería privada de fundamentar un pronunciamiento sancionatorio, pues allí sí se constataría una verdadera e *involuntaria* hipótesis de “obligación imposible”. Lo antedicho coadyuva a demostrar la protección legal de que gozan los obligados por la ley de marras y la consecuente compatibilidad constitucional que cabe atribuir a la exigencia de

control en la emisión de contenido apto para menores de edad dentro del horario de protección asignado .

En forma concordante la jurisprudencia comparada ilustra respecto de la correcta intelección de las multicitadas normas. En tal sentido, la Tercera Sala de la Corte Suprema de Chile ratificó sanciones impuestas a las empresas proveedoras de televisión satelital cuando violen las normas establecidas en el horario de protección del menor y consignó que “...lo contrario importaría asumir que bastaría la falta de mecanismos técnicos para controlar lo que repite o retransmite la empresa concesionaria, **cuestión que constituye una situación voluntaria**, para quedar fuera del ámbito de control de la autoridad ...”. En la misma sentencia agregó que “...cualquiera que sea la forma en que se proporcione la señal de televisión, sea abierta, por cable o satelital, siempre quedará sujeta al cumplimiento de las normas que imponen la ley y la autoridad” . Y por último, se destaca en el fallo que el organismo de control administrativo creado en aquel país, si bien no puede “...intervenir en la programación de los servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción ni en la de los servicios limitados de televisión ”, sí puede “...determinar el horario de exposición de los contenidos que pueden vulnerar a los menores de 18 años...” (Sentencia 7065-2012 , de 11/12/2012).

3) En tercer lugar, respecto de las objeciones que se formulan a la amplitud horaria de protección al menor, cabe observar que dicha previsión no importa una “desproporción” legislativa, tal y como lo consigna la compareciente a fojas 242 vuelto. Así, atendiendo a la franja horaria protegida, es dable advertir que idéntico rango está previsto entre otras en la legislación argentina (artículo 68 literal a de la ley 26.522), en la legislación chilena (reglamentación del artículo 40 bis de la ley N° 18.838, modificada por la ley N° 19.131), en la legislación peruana (artículo 40 de la Ley de Radio y Televisión

Nº 28.278 ) y en la legislación española (artículo 7 numeral 2 del Título II de la Ley General de la Comunicación Audiovisual, Nº 7/2010).

Es correcto como lo afirma la accionante, que en la actualidad los menores de edad tienen acceso a una multiplicidad de contenidos a través de tecnologías tan modernas como inmediatas (Internet) y que suelen de regla acceder a ella a través de una variedad de dispositivos móviles. Pero por ello no cabe desatender que la norma en cuestión regula la transmisión de contenidos audiovisuales por televisión abierta, cable y/o satélite y es dentro de este específico ámbito que ha de valorarse la juridicidad de sus disposiciones. En consecuencia la existencia de otros medios no regulados en la ley 19.307, a través de los cuales los menores podrían acceder al contenido que por la misma se limita, no puede oponerse a su regularidad constitucional. La existencia de multiplicidad de medios de transmisión de contenidos no exime al Estado de la obligación contemplada en la Constitución Nacional y asumida en Tratados y Convenciones internacionales, de velar por aquellos principios protectores de la formación psíquica del menor de edad. Sobre todo, si en la actualidad resulta científicamente comprobable que determinados contenidos violentos pueden dar origen en los menores a conductas teñidas de ansiedad, miedo o deseos de imitación, así como el hecho que *“... la violencia en los niños tiene un efecto acumulativo, siendo que la exposición repetitiva provoca como efecto más notable la desensibilización y normalización ante el visionado de actos antisociales.”* (Conforme Victoria Tur Viñez e Ildefonso Grande Esteban: Violencia y prosocialidad en los contenidos televisivos infantiles visionados por menores en Alicante; Ídem : Victoria Tur Vinez e Irene Ramos Soler - Marketing y niños ESIC, Madrid – 2008 - Universidad del País Vasco - URL: <http://www.ehu.es/zer/hemeroteca/pdfs/zer27-02-tur.pdf> ).



En igual sentido, Juan Tomas Frutos y Alberto Ramón Siles afirman con razón, que: *“Todo contenido violento tiende a producir imitación: cuando un programa televisivo cuenta con detalle y de manera fuertemente gráfica un comportamiento desviado, no refleja simplemente la violencia que hay en la sociedad: más bien la multiplica y la introduce en los hogares de millones de personas. Así se inicia, pues, un círculo vicioso que va de la violencia real a su representación y de ésta a una nueva violencia real...”*, a lo que los autores agregan la particular exposición y riesgo en que se encuentra los sectores más vulnerables, como lo son los menores y los pre-adolescentes (Conforme Juan Tomás Frutos y Alberto Ramón Siles - La violencia en la programación televisiva - URL: <http://www.infoamerica.org/articulos/textospropios/frutos/violencia.htm>).

A modo de corolario, cabe traer a colación las conclusiones del trabajo experimental académico efectuado por la Universidad de Oviedo, en *“Análisis de la violencia en televisión y su repercusión en la infancia”*, en donde se señala : *“La televisión juega un papel cada vez más importante como procedimiento de socialización de los niños, formando un modelo de referencia que genera ciertos comportamientos en general, y particularmente comportamientos agresivos. De esta manera, la televisión, generalmente, muestra una apariencia de lo real, presentando los modelos a imitar. Entre todo lo que emite la pantalla, un tema patente a destacar es la violencia, que desempeña un rol importante en el aprendizaje y adquisición de conductas agresivas por parte de los niños ..”*, agravándose ello cuando se representa como *“...violencia divertida, justificada, porque suele utilizarse con propósitos adecuados y, por ello, recompensada, ya que no existen consecuencias negativas para el agresor, sino que por el contrario, su conducta es aceptada”* (Conforme Carolina Bringas - Análisis de la violencia en televisión y su repercusión en la

infancia – Universidad de Oviedo - URL:  
[http://gip.uniovi.es/docume/Tv\\_y\\_violencia.pdf](http://gip.uniovi.es/docume/Tv_y_violencia.pdf) ).

Todo ello, si bien *brevitatis causae* expresado exclusivamente en relación a la justificada exclusión legal de programación con excesiva violencia dentro del horario protegido, deviene enteramente aplicable a los restantes ítem que han de excluirse - por imperio legal - de la grilla a emitir durante el mismo, tales como pornografía, drogas, prostitución, juegos de azar, discriminación racial, etc. Y si bien es correcto que coexisten diversas metodologías pasibles de ser aplicadas e implementadas para igual fin perseguido, *dicha multiplicidad no convierte la elección del legislador nacional en confrontativa con la Carta*. Al respecto, no resulta sobreabundante recordar que las razones de mérito o conveniencia de la ley escapan al contralor de su constitucionalidad. Y si bien existen modelos a atender, como los vigentes en la Comunidad Europea o en USA (British Board of Film Classification en Inglaterra o Motion Picture Association of America en USA), en donde a fin de facilitar el control parental se pone a disposición vía web un completa exposición de las razones que dieron origen a la valoración asignada a la programación, ello no excluye que dentro de la CE se hayan dictado normas de similar alcance y contenido a las vigentes en nuestro país, como la *supra* citada Ley General de la Comunicación Audiovisual española (Nro. 7/2010), sobre la que se volverá infra.

**B) Examen del articulado impugnado por denunciada irregularidad constitucional.**

**1) Artículo 32 (en relación al artículo 29 de la Constitución Nacional y artículo 13 de la Convención americana de Derechos Humanos - C.A.D.H. ) .**

Por cuanto se dirá, no se han de compartir los fundamentos expuestos por la accionante respecto de la irregularidad constitucional del artículo 32 de la LSCA. En tal sentido, la primera regla de intelección a observar proviene del propio tenor literal de la norma, el cual demuestra la sinrazón de la promotora.

En efecto, el artículo 32 ejusdem no importa consagración de censura ni por ende restricción alguna a la libertad de expresión, por cuanto no persigue retirar contenidos ni prohibir su emisión, ni privar a la audiencia televisiva de su inserción en la grilla contratada. Sí, en cambio, se persigue regular el horario en que aquellos programas que se consideren inconvenientes para menores de edad pueden ser puestos en pantalla. Expresado de otro modo, si de una cercenación de derechos y libertades se tratare, el legislador procedería a establecer -imperativamente- la prohibición de los mismos; no obstante en la especie, por tratarse de una regulación horaria por vía normativa, la ley no restringe ni recorta aquellos derechos sino que establece *las modalidades de su ejercicio*.

Cierto es que, conceptualmente, la *censura* implica también una interferencia previa (“*prior restraint*”, en el derecho constitucional norteamericano) a la emisión de la información o contenido, en este caso, del programa televisivo cuyo horario de emisión se regula. Pero la relevancia de tal analogía no traspasa el plano de lo teórico, en tanto si “censura” fuese, la interferencia legal perseguiría evitar la transmisión de un contenido dado y no simplemente disponer su puesta en pantalla en un horario posterior. Ello podría resumirse en una incuestionable afirmación: la censura persigue la supresión definitiva de un contenido, evitando así que el público tome conocimiento del mismo. Por el contrario, la regulación en estudio *no elimina ni prohíbe su emisión fuera de un horario protegido* para los menores de edad.

Es más, a texto expreso se señala en la disposición atacada que: *“En ningún caso estas pautas deben interpretarse como una imposibilidad de informar, analizar y discutir, en particular durante programas educativos, informativos y periodísticos, sobre situaciones de violencia, sus causas o sus repercusiones en materia de seguridad ciudadana u otros abordajes sobre la realidad uruguaya, ni sobre temas relacionados a la sexualidad, ni sobre temas relacionados a las drogas legales e ilegales, ni sobre temas relacionados a la discriminación, todos ellos en sus más variadas dimensiones. En particular, **las presentes directivas no deben ser interpretadas como una limitación** a las expresiones surgidas en el debate de opinión o durante manifestaciones políticas, aun si ellas pudieran considerarse agresivas o hirientes para las autoridades públicas o actores políticos y partidarios.”*

Y es dable observar en la causa, que la normativa extra-constitucional invocada por la promotora tampoco coadyuva en pro de la declaración de inoponibilidad incoada. En efecto, si bien es correcto que el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagra la libertad de pensamiento y de expresión, consignando en su numeral 2 que el ejercicio de aquellos derechos *“no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores...”*, no es menos cierto que en su numeral 4 prevé que *“Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia”*.

Es decir, que sin perjuicio (como se expresara ut supra) que en el sub-exámine no se está ante una hipótesis de censura sino de regulación horaria, aún si el legislador patrio hubiere directa o indirectamente consagrado en el artículo 32 de la LSCA una hipótesis de censura previa, la misma se hallaría

habilitada conforme la normativa que invoca la accionante, pero no por el artículo 29 de la Constitución Nacional.

Por demás, es necesario tener en consideración que la LSCA lejos ha estado de ser la primera normativa que ha regulado la protección de los menores ya fuere como espectadores de multimedios audiovisuales o bien como protagonistas.

En nuestro país, y por referir a sus antecedentes temporalmente más cercanos, el Decreto 227/2012 , de 10 julio 2012 incluyó dentro del horario de protección al menor a los programas de contenidos político, a las emisiones informativas y a los programas deportivos. En consecuencia, desde entonces dichas emisiones quedaron comprendidas dentro de la prohibición de incluir - dentro de la mencionada franja horaria - material que evidencie violencia excesiva, crueldad innecesaria y pornografía (artículo 4 del Decreto 445 de 1988).

Por su parte, el artículo 181 del Código de la Niñez y la Adolescencia dispone en relación a los medios de comunicación, publicidad y espectáculos, que *“La exhibición o emisión pública de imágenes, mensajes u objetos no podrá vulnerar los derechos de los niños y adolescentes, los principios reconocidos en la Constitución de la República y las leyes, o incitar a actitudes o conductas violentas, delictivas, discriminatorias o pornográficas”*.

En igual sentido, el artículo 182 preceptúa: *“Los programas de radio y televisión en las franjas horarias más susceptibles de audiencia de niños y adolescentes, deben favorecer los objetivos educativos que dichos medios de comunicación permiten desarrollar y deben potenciar los valores humanos y los principios del Estado democrático de derecho. Debe evitarse, en las franjas horarias antedichas, la exhibición de películas que promuevan actitudes o*

*conductas violentas, delictivas, discriminatorias o pornográficas, o fomenten los vicios sociales.”*

Como viene de observarse, el artículo 32 de la LSCA **no representa una alteración sustancial de régimen vigente** sino una norma de mayor precisión en cuanto a la descripción del contenido no permitido durante el horario protegido, reiterando en muchos de los casos la previsiones que ya se hallaban contenidas en los Decretos 445/1988 y 227/2012, así como en Ley N° 17.823 (Código de la Niñez y la Adolescencia).

Asimismo, si bien la accionante formula a fojas 241 vuelto y 242 varias observaciones en cuanto a lo que denomina “*prohibiciones innecesarias*”, sosteniendo que para los fines perseguidos “*...el legislador debió optar por otras alternativas menos lesivas a los derechos de las empresas reguladas*”, dicha fundamentación no observa que en materia de análisis de regularidad constitucional de la ley no es posible ingresar a las razones de mérito o conveniencia que ilustraron la ratio de la normativa en cuestión. Por lo mismo, ningún órgano jurisdiccional podría fundar su fallo o su dictamen en el acierto o desacierto de la vía legislativa, ni menos aún determinar la regularidad constitucional de la norma en estudio en función de la previa existencia de controles parentales y de normas tácitas de autorregulación privada.

Bien es verdad, tal como lo expresara recientemente en Madrid la subdirectora de Audiovisual de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia , que “*Frente al legítimo interés del operador por capturar la audiencia, están otros intereses y derechos también legítimos: la protección del menor, desde luego, pero no sólo. También la protección del consumidor adulto.* Por lo mismo, destaca la importancia de “*...conseguir un difícil equilibrio entre derechos constitucional y jurídicamente protegidos, como son la libertad de*

*expresión, la libertad de empresa, el pluralismo de los medios de comunicación, el derecho a la información, por una parte, y la protección del menor, la protección del consumidor, el respeto a la dignidad humana, el derecho a la educación y la cultura por otra...*” concluyendo que “...sólo una conciencia conjunta y una actuación conjunta -regulador y sociedad- conseguirán avanzar hacia el mejor equilibrio.”(Conforme Julia López de Sa, en URL: <http://cnmcblog.es/2014/06/05/la-cnmc-y-la-proteccion-infantil-en-las-emisiones-audiovisuales/> ).

Si bien todo ello es correcto y apunta a la verdadera relevancia de varios de los tópicos a los que hace referencia la accionante, sin menoscabar pues ni ignorar su trascendencia, ello no es suficiente para acoger una pretensión de desaplicación de la ley por inconstitucionalidad, en donde la incompatibilidad con el máximo Cuerpo normativo ha de resultar del claro e inequívoco texto de la ley o de la ratio plasmada en este.

Finalmente, en cuanto se sostiene que la LSCA en general y el literal D del artículo 32 en particular representan notorios ejemplos de “*prohibiciones en blanco*”, violatorias del principio de reserva legal, corresponde a su respecto efectuar dos precisiones. Primero, el artículo examinado en el presente numeral no puede ser catalogado como “norma en blanco”, pues si bien existen otros ejemplos dentro de la atacada (a ser examinados infra) que sí adolecen del vicio descrito por la accionante, ello no permite, por interpretación extensiva, considerar a toda disposición prohibitiva contenida en la ley de marras como norma carente de los atributos de tipicidad y legalidad. En segundo lugar, el artículo 32 no contiene vocablo ambiguo alguno. El ejemplo al que recurre la compareciente, expresando desconocer qué debe entenderse por “*esoterismo*”, deviene inhábil para la descalificación pretendida. Sin perjuicio de lo expresado en el acápite de este

pronunciamiento en cuanto a la improcedencia de las interpretaciones “*ad absurdum legem*”, cabe consignar que la duda puntual a la que remite la pretensora se resuelve con una intelección apropiada a la realidad televisiva contemporánea, esto es, programas que ofrecen a diario al espectador información y consejos mediante el uso de artes adivinatorias, o bien espacios promocionados por agentes que dicen poseer dones y facultades supra-sensoriales, y demás contenido de similar naturaleza.

**2) Artículo 33 (en relación al artículo 29 de la Constitución Nacional y artículo 13 de la Convención americana de Derechos Humanos - C.A.D.H. ).**

Se ha de compartir parcialmente el agravio de la accionante, en tanto se estima que el artículo 33 literal F, adolece de irregularidad constitucional.

Las disposiciones que se hallan plasmadas en los apartados A, C, D y E de la disposición en estudio refieren a aspectos de incuestionable necesidad de salvaguarda jurídica. Ellos son: imponer limitaciones en el ámbito de la publicidad que se emitirá en el horario de protección al menor, aquellos contenidos que en todo o en parte evidencien discriminación, abuso de la inexperiencia o credulidad de los menores de edad, de su lealtad hacia sus padres y personas de su entorno o que desatiendan recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, si se tratare de publicidad alimentaria. Ninguna de estas previsiones contiene elementos que rocen siquiera la compatibilidad constitucional, cuanto menos confrontan con ella, por lo que a su respecto no le asiste razón a la accionante.

Sin perjuicio de lo anterior, el literal B del artículo 33, que razonablemente interpretado tampoco padece la irregularidad que se denuncia,



por las dubitaciones que genera en una primera instancia, ha de ser objeto de análisis independientemente de su contexto.

En efecto, en la mencionada disposición se establece que la publicidad en cuestión, a ser insertada en el espacio protegido de 06.00 A.M. a 22.00 P.M., “*No debe animar directamente a los niños, niñas y adolescentes para que compren productos o servicios publicitados, ni prometerles premios o recompensas para ganar nuevos compradores*”. Esta previsión legal, entendida como inconstitucional por la promotora de autos, admite una intelección absolutamente compatible con el amparo que la Carta otorga a aquellos derechos y principios que refieren a la libertad de expresión, al derecho al trabajo y a la propiedad, y a la libertad de ejercicio del comercio, sin incurrir en acepciones “*ad absurdum*” ni en la compatibilidad forzada.

Así, ha de comenzarse por señalar que una primera lectura, entendida en la terminología más cotidiana, llevaría a entender que cuando se limita aquella publicidad que “*anima directamente a los niños*” a la compra de productos publicitados, importa algo así como la prohibición de emitir comerciales de juguetes, revistas, álbumes, etc., e inclusive la prohibición de efectuar promociones de productos infantiles sin distinción alguna. Ello no es correcto, por tratarse de una interpretación descontextualizada de la norma y que ignora las acepciones más corrientes utilizadas en el lenguaje publicitario.

Ha de partirse del entendimiento que, desde el punto de vista de la interpretación sistemática, ha de buscar extraerse del texto de marras un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece. Asimismo, desde el punto de vista de la interpretación genética y teleológica, han de atenderse las causas que originaron el surgimiento de la ley, es decir su contenido motivador específico, y determinar el sentido finalista de la

norma, atribuyéndole un significado que tiene en cuenta los fines o propósitos del legislador.

Ahora bien, atendiendo a lo anteriormente señalado, no puede obviarse que el literal B del artículo 33 forma parte de un contexto en el cual se prohíbe la publicidad engañosa (incluyendo la subliminal), la publicidad basada en la incredulidad, inexperiencia e ingenuidad de los niños y la publicidad que se aprovecha de la lealtad y la predisposición emocional de estos hacia sus seres queridos. Es pues dentro de este contexto que debe examinarse el precepto cuestionado, aceptando que lo prohibido es, en el decir del legislador, **“animar”**, o , lo que es igual , **“excitar a una acción”** , conforme la acepción otorgada por la Real Academia Española. Es incuestionable que la publicidad es una forma de comunicación persuasiva que pretende informar y sobre todo, convencer a los destinatarios para que actúen de una forma determinada. Es por ello que cuando dichos destinatarios son personas particularmente vulnerables por su natural condición de inmadurez biológica, **“excitar su accionamiento” no puede constituirse en una simple práctica publicitaria sin control legal alguno**, en tanto el Estado no puede renunciar a las obligaciones impuestas en lo interno por su Constitución Nacional, y en lo externo por los Tratados y Convenciones a los que ha adherido, para el caso, la Convención Americana de Derechos Humanos.

Si se advierte, este literal hace referencia a una muy específica modalidad publicitaria, al referir a la animación “directa” a la compra. Ello, como se señalaba, no debe entenderse fuera de la temática ni del lenguaje utilizado en la materia, en donde la publicidad de respuesta “directa” refiere a una fórmula que incentiva la compra inmediata e irreflexiva, inclusive con términos conminatorios que persiguen provocar la reacción inmediata del destinatario. Ejemplo de ello son de marcada multiplicidad, la publicidad que

“anima” a llamar de inmediato so riesgo de perder la oportunidad ofrecida (“llame ya”), aquella que pone a disposición servicios telefónicos gratuitos para la atención veinticuatro horas (“0800”), aquella que publicita un producto de entrega sin costo a cambio de la comunicación inmediata, con el propósito de captar base de datos y atraer nuevos clientes para el producto que realmente interesa vender, y en definitiva toda aquella publicidad que recurre al denominado “telemarketing”.

En el sistema americano esta práctica suele definirse por su principal característica: el denominado “llamado a la acción” o CTA (call-to-action), el cual, por la inmediatez que persigue en la respuesta del destinatario, genera un plus de riesgo indubitable cuando la audiencia a la que está dirigida está representada por el segmento de la minoridad. Es pues dentro de este contexto que debe ser examinada la regularidad constitucional del artículo 33 literal B de la LSCA y *no de una intelección extensiva de la norma*, que prescinde de la jerga publicitaria y que supuestamente prohibiría toda publicidad de artículos infantiles. Por consecuencia, cuando el legislador refiere a la “venta directa” no puede entenderse por tal la publicidad tradicional, sino la publicidad de *respuesta directa*, que es aquella que persigue la reacción inmediata e irracional del menor, sin posibilidad de suficiente discernimiento en cuanto al alcance de su acto irreflexivo.

En conclusiones que se comparten, realizadas en el ámbito académico de la Universidad de Vigo en el año 2000, Fernández Souto y Valderrama afirman que *“la publicidad dirigida a los niños debe ser extremadamente cuidadosa y buena muestra de ello es el art. 26 del propio Código de conducta publicitaria, donde, entre otras especificaciones, se matiza el cuidado que se ha de tener en atención al sujeto receptor de tales mensajes, y establece que tales anuncios no deberán engañar a los niños o inducirlos a*

*error.*” (Conforme Ana B. Fernández Souto y Mónica Valderrama - Los límites de la publicidad- Revista Latina de Comunicación Social – Número 34 – Octubre de 2000 – Vigo, España; URL: <http://www.ull.es/publicaciones/latina/aa2000kjl/w34oc/44s1/montse.htm>).

Indubitablemente un ejemplo de ello es la práctica conocida en el ámbito publicitario como “*modalidad de venta directa*” o de “*respuesta directa*”, en la cual, el elemento condicional es "hacer participar" activamente al televidente en el proceso, para obtener un cierre inmediato de la venta. Los impulsos de compra que intentan provocar se acompañan con una infraestructura suficiente para dar atención inmediata al interesado, sin obviar que en la actualidad se suelen incluir, a más de números telefónicos, identificadores para enviar mensajes de texto tradicionales (e-mail, SMS) u otras vías de mensajerías utilizadas en la actualidad (Redes sociales, aplicaciones de telefonía móvil), medios estos de uso generalizado entre los menores de edad.

En consecuencia pues, si la realidad demuestra la razón de Robert Guérin, cuando afirmaba que “*el aire que respiramos es un compuesto de oxígeno, nitrógeno y publicidad*” , es esta una realidad que el Estado no puede ignorar, como tampoco aparcarse en una legislación muy anterior en el tiempo, que no acompase las nuevas tecnologías y modalidades de publicidad.

Puede pues concluirse que el literal B del artículo 33 de la LSCA admite una intelección (no forzada ni absurda) compatible con la Carta, que inhabilita incitar a la venta de respuesta directa durante el horario de protección al menor, pero que no cabe entender que inhabilita la publicidad tradicional, ni aquellas promociones ***que no adoptan una estrategia publicitaria conminativa y que son propias del calendario nacional e***

*internacional de festividades universalmente aceptadas* como el día del Niño, Día de Reyes, Pascua, Navidad, Año Nuevo y similares.

Consignado cuanto antecede, cabe ingresar al examen del *literal F del artículo 33 ejusdem*, respecto del cual, sí, se advierte el denunciado vicio de inconstitucionalidad.

La citada disposición preceptúa: “*Está prohibida la emisión de publicidad no tradicional en los programas infantiles con excepción del emplazamiento de productos y el auspicio*”.

Tal y como se señalaba *ut supra* respecto del literal B de la norma en cuestión, en la interpretación de la norma legal no es posible efectuar un examen descontextualizado de los vocablos utilizados, debiendo estos enmarcarse en la materia que la ley pretende regular. Es así que el literal F ingresa a la consideración de un amplísimo abanico denominado “*publicidad no tradicional*”, lo cual ya de por sí evidencia las dificultades de su demarcación. Incorpora además, la aceptación de publicidad “*por emplazamiento*” y el denominado “*auspicio*”, conocido también como “patrocinio”.

La observación primaria que corresponde efectuar al precepto en cuestión, radica en que, a diferencia del resto de los apartados que ilustran el artículo 33, el literal F desatiende toda referencia al contenido o materia de la publicidad emitida y se enfoca exclusivamente en las *modalidades* de su emisión. Y lo hace en tal grado de generalidad, que inevitablemente afectará los derechos invocados por la accionante.

En cuanto a lo primero, esto es: apartamiento de toda referencia al contenido y el enfoque exclusivo en la modalidad en que se expone la pieza publicitaria, importa desatender o relegar la finalidad enunciada por el

legislador ya no sólo en el artículo 33 sino en varias de las disposiciones de la LSCA, como lo es la protección de la integridad y desarrollo físico y psíquico de los menores de edad. Lo segundo, esto es, el grado de generalidad que emana del precepto - siendo dudoso hasta en el ámbito comercial publicitario el verdadero alcance de lo “no tradicional” - tiñe de tal imprecisión la norma prohibitiva que afecta indefectiblemente los principios de tipicidad, legalidad y seguridad jurídica.

Es advertible que el literal F en estudio *quiebra el sinalagma o la bilateralidad* que es dable exigir cuando se limitan o privan derechos constitucionalmente protegidos. La renuncia y las limitaciones que obligatoriamente pesan sobre la compareciente en el marco de su actividad empresarial, impuestas por la LSCA, deben hallar su contrapartida en la satisfacción de un interés público protegido, para el cual la parte resigna un porcentaje legalmente establecido de beneficios patrimoniales, como consecuencia de las limitaciones y cargas a las que le obliga la nueva normativa. Empero, si la ley le impone una cuota amplia y cuasi indeterminada de sacrificio (“*publicidad no tradicional*”), no obstante la propia disposición nada contempla respecto de la materia publicitaria (apta o conveniente para ser emitida en la programación infantil), aquella bilateralidad pierde sustento legal, en tanto la norma prohibitiva no guarda relación de entidad (por excesiva vaguedad), ni de contenido (por ausencia de previsión) con la finalidad que pretende resguardar.

Véase un ejemplo de lo antedicho: el literal F - atendiendo únicamente a la “forma” publicitaria - permite la publicidad “por emplazamiento” y los auspicios, no obstante el emplazamiento es una forma típica (lato sensu) de publicidad *no tradicional*. Esto al extremo que aún al día de hoy la doctrina publicista no concuerda unánimemente bajo que categorías incluir a modalidades tales como carteles de estática, cuadros, cortinados o

paredes con leyendas, prendas de vestir con stickers o pines metálicos, entre el posiblemente indefinido listado que la imaginación humana permita .

Es más, si se atiende a una limitada acepción de lo “no tradicional” en materia publicitaria y se circunscribe dicha terminología únicamente a las intervenciones “*habladas*” de un conductor o locutor, ya fuere ante cámaras o en “voz-off”, ello conllevaría un contrasentido normativo seguramente no deseado por el legislador, dado que se halla expresamente habilitada la modalidad de “*auspicio*”, a pesar que es por demás frecuente que éste sea anunciado de forma verbal. Ello lleva a preguntarse qué ha de entenderse por fundamento o ratio normativo en la prohibición de la modalidad publicitaria con intervención vocal del conductor, permitiéndose en cambio que este pueda anunciar, por la misma vía, la marca patrocinadora del segmento a emitir.

Y es necesario reingresar a la ya mencionada vaguedad normativa en cuanto a la prohibición de lo “*no tradicional*”, en tanto las sanciones previstas en la ley se enmarcan en extremos de “leves” a “muy graves”. La imprecisión de lo prohibido (más allá de la permisibilidad respecto del contenido, del cual nada regula), repercutirá indefectiblemente en la determinación de existencia o no de conducta infraccional y de la correspondiente sanción a aplicar, todo lo cual exige el mayor grado de certeza jurídica de parte del legislador.

En cuanto refiere a la ya mencionada ausencia de previsión respecto del contenido de la publicidad permitida en el artículo 33 literal F, la misma deviene invalidante de toda pretensión de regularidad constitucional. Así, conforme la redacción dada al literal de marras, nada impediría que “*por emplazamiento*”, modalidad permitida (producto insertado en la escena) pudiesen advertirse envases de bebidas alcohólicas, en virtud que las

disposiciones sobre las mismas se hallan contenidas en el artículo 32 literal G (prohibición de exhibir, en horario protegido, el *consumo explícito y abusivo* de drogas legales e ilegales), y en el artículo 34 (prohibición de *participar* en mensajes publicitarios que promocionen bebidas alcohólicas, entre otros).

Por consiguiente, cabría concluir que, al dictar una norma limitativa de derechos que se funda *exclusivamente en las formas no tradicionales* (modalidades no taxativas de uso publicitario y no en el contenido de la publicidad a emitir), la previsión legal se torna desproporcionada en cuanto a lo prohibido e inhábil para salvaguardar la bilateralidad que constitucionalmente ha de existir ante el sacrificio impuesto a un segmento de los administrados y la finalidad social perseguida. Ello por cuanto la modalidad “no tradicional” *no es una forma, sino decenas o centenares de formas*, por lo cual, ipso jure, y sin su debida correspondencia en cuanto al texto publicitario, o a la regulación de cantidad, asiduidad, repetición, etc., no podría razonablemente catalogarse perjudicial para la audiencia menor de edad.

Salvo excepciones que ya contempla a texto expreso la LSCA en el resto de su articulado, atendiendo a su forma pero sin prescindir de su contenido (publicidad engañosa o subliminal), no existe procedimiento idóneo que permita *clasificar apriorísticamente* todas aquellas modalidades publicitarias que ingresaren en la categoría de “no tradicionales”, en nocivas o neutras para la minoridad.

Una mención en particular procede efectuar respecto al perjuicio que - conforme la accionante denuncia - estas prohibiciones genéricas a la publicidad “no tradicional” acarrea sobre los anunciantes más pequeños o de menor capacidad patrimonial, ya que, por su bajo coste, en muchos casos se convierte en el único modo publicitario al que podrían acceder. Y bien, de regla



las consecuencias no deseadas o los efectos consecuentes de la aplicación legítima de una ley no inciden respecto de su constitucionalidad. Empero, en el particular caso de autos, en el cual se examina una ley que tiene por manifiesta finalidad la regulación *antimonopolista* y *antioligopolista*, los efectos a los que hace referencia la actora pueden provocar un escollo para el logro de los fines perseguidos por el legislador, en tanto un segmento del comercio no pueda acceder - por prohibirse una amplísima modalidad de publicidad de bajo coste - a la promoción de sus bienes y servicios.

Si bien entre estos dos intereses en pugna debe primar la atención y protección del público infantil y para ello el Estado puede legítimamente proceder a dictar la correspondiente legislación respecto de todas las modalidades publicitarias en un rango horario o en programas determinados, la irregularidad constitucional ***no se halla en la incuestionable potestad regulatoria*** sino en la latitud e indeterminación del precepto, así como en la ausencia de debida congruencia entre lo permitido y lo prohibido, *por tratarse de diferentes manifestaciones ( v.gr. publicidad por emplazamiento) de un común denominador (publicidad no tradicional); esto es: se permite la especie, se prohíbe el género .*

En la práctica, como lo señala Laplacette, esta publicidad no tradicional “...es normalmente utilizada para solventar gastos de producción (...) y es algo sumamente habitual en toda la industria del cine y de la televisión, tanto a nivel local como internacional”, conformado un ingreso genuino y de considerable monto inclusive para la televisión abierta (Conforme Carlos Laplacette - Instituto de Política Constitucional de Buenos Aires, Argentina - Disertación en el Instituto de Política Constitucional de Buenos Aires, Argentina, a propósito del análisis de la Libertad de expresión en la Ley de servicios de

comunicación audiovisual, 26.522- URL :  
<http://www.ancmyp.org.ar/user/files/05laplacette.pdf> .

Su prohibición, sin indemnización y sin referencia causal a los bienes y/o servicios publicitados, genera una razonable afectación de los derechos invocados por la compareciente.

**3) Artículo 39 inciso 3, artículo 40 y artículo 68 (en relación a los artículos 7, 32 y 36 de la Constitución Nacional) .**

Asiste razón a la accionante respecto de las objeciones formuladas al inciso 3 del artículo 39, el cual considera violatorio de los derechos de propiedad, libertad de empresa y seguridad jurídica.

*Brevitatis causae*, expresa la promotora que el Estado no garantiza una retribución acorde por los contenidos utilizados, como tampoco establece límites o lineamiento alguno para la elección de los eventos adicionales, cuya potestad se reserva a futuro. Todo ello configura una transgresión de los artículos 7, 32 y 36 de la Carta, en tanto, afirma, se consagra una expropiación sobre derechos exclusivos de la empresa sin previa y justa indemnización.

Las observaciones que se efectúan a la disposición atacada son correctas y para explicitarlo ha de atenderse la normativa constitucional patria y la legislación comparada en la materia. En ésta última como advertirá, se pone especial énfasis en la regulación del proceso tendiente a la toma de decisiones respecto de los tiempos, las notificaciones, el listado de posibles eventos de interés público, la participación de las empresas propietarias de los derechos exclusivos y por supuesto la retribución económica a las mismas y/o la

indemnización si así correspondiere. Todos estos extremos han sido obviados en la previsión de los artículos 39 inciso 3 y 40.

En este punto que se hace necesario destacar que una reglamentación a futuro respecto de las limitaciones establecidas en la ley atacada, no podrá contener previsiones que, por su naturaleza, sean de exclusiva reserva legal. Ello por cuanto de conformidad con lo preceptuado en el artículo 32 de la Constitución: *“Nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad sino en los casos de necesidad o utilidad públicas establecidos por una ley y recibiendo siempre del Tesoro Nacional una justa y previa compensación.”* Más adelante se examinará de forma conjunta en este numeral la impugnación que se efectúa respecto de los artículos 40 y 68 de la LSCA, por su notoria conexión temática.

Y bien, la cuestión de irregularidad constitucional planteada respecto de los artículos 39 inciso 3, 40 y 68 (parcialmente inconstitucional en su literal Y), deviene abarcativa de varios extremos de examen inescindible, a saber: el órgano habilitado para la determinación de los programas o emisiones de “interés público”, el listado o la previa determinación de los mismos y el traspaso obligatorio de las señales contratadas en exclusiva.

En cuanto a la primera de las cuestiones a analizar, la LSCA asigna dicha función al Poder Ejecutivo y al denominado “Consejo de Comunicación Audiovisual” (en adelante: CCA), en los términos del artículo 39 inciso 3 y artículo 68 literal Y. El artículo 39 inciso 3 establece que: *“El Poder Ejecutivo excepcionalmente podrá, mediante resolución fundada y previo informe del Consejo de Comunicación Audiovisual, incluir eventos adicionales en esta modalidad.”* En forma concordante en la descripción de las facultades del CCA, el artículo 68 literal Y encomienda al citado organismo la siguiente:

*“Recomendar al Poder Ejecutivo nuevos eventos de interés general para la sociedad a incluir en los alcances y con las condiciones del artículo 39 de la presente ley y fiscalizar que el ejercicio de los derechos exclusivos para la emisión o retransmisión de dichos eventos, no perjudique el ejercicio del derecho al acceso a los mismos”.*

Por cuanto puede advertirse, la normativa en estudio habilita que, de forma intempestiva, sin exigencia de límite temporal razonable y sin intervención de las empresas poseedoras de los derechos exclusivos de transmisión, el CCA aconseje o sugiera y el Poder Ejecutivo así lo declare, aquellos programas que entienda de interés general. La entidad de dicha potestad - *ilimitada y atemporal* - cobra mayor relevancia si se atiende a que la LSAC no fija pautas ni parámetros que la CCA debiera atender a fin de no lesionar los legítimos derechos patrimoniales de la empresa emisora.

En derecho comparado, véase a modo de ejemplo la previsión legal adoptada en la legislación argentina (ley 26.522, artículo 77), en donde se crea - con finalidad similar al CCA - un Consejo Federal de Comunicación Audiovisual, al cual se le encomienda por vía legal la elaboración de un listado anual de acontecimientos de interés general para la emisión o retransmisión televisiva, respecto de los cuales el ejercicio de derechos exclusivos deberá “*ser justo, razonable y no discriminatorio*”. A su vez se dispone que aquel listado será elaborado después de dar audiencia pública a las partes interesadas, con la participación del Defensor del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual. Por otra parte, el listado necesariamente deberá ser elaborado con una anticipación de al menos seis (6) meses. Todo ello contrasta con la regulación sin limitaciones temporales mínimas, sin intervención de las partes interesadas ni de las empresas afectadas y sin parámetros de contenido prevista en la LSCA uruguayana. Dicho de otro modo: la ley nacional otorga al CCA una

*libertad irrestricta de oportunidad y de materia*, lo cual deviene vulneratorio de derechos adquiridos de la accionante que gozan de expresa protección constitucional.

En un enfoque más distante, y a modo de ejemplo de la regulación vigente en la Comunidad Europea, el artículo 20 de la ley española 7/2010 prevé que un “Consejo Estatal de Medios Audiovisuales” determine, mediante decisión motivada, un catálogo con vigencia bienal, donde se recojan los acontecimientos de interés general para la sociedad (que habrán de ser emitidos por televisión abierta y con cobertura estatal). En el numeral 1º de la disposición citada se dispone que dicho listado y las medidas para su ejecución deban ser notificados por el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales a la Comisión Europea. Como puede concluirse, tanto en el sistema de la ley argentina como en la española el margen temporal y el sistema de comunicación y emplazamientos no permite una discrecionalidad tal en las decisiones de los órganos administrativos, que les permita la adopción de decisiones repentinas, sin limitación de contenidos y sin otra comunicación a la empresa afectada que la decisión ya firme, adoptada por el Poder Ejecutivo, actuando por sí o a sugerencia de la CCA.

Es más, la precitada ley 26.522 exige para la incorporación de contenido dentro del inventario de “interés general”, que deban ser tenidos en cuenta (como mínimo) los siguientes criterios: a) que el acontecimiento haya sido retransmitido o emitido tradicionalmente por televisión abierta, b) que su realización despierte atención de relevancia sobre la audiencia de televisión, y c) que se trate de un acontecimiento de importancia nacional o de un acontecimiento internacional relevante con una participación de representantes argentinos en calidad o cantidad significativa.

Y, a su vez, la ya examinada legislación española dispone de una detallada enumeración de aquellos eventos que pueden ser considerados de interés general, disponiendo que sólo excepcionalmente y con la necesaria mayoría de dos tercios, el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales podría incluir variaciones al catálogo que expresamente describe la ley, siempre observando los procedimientos de notificaciones y dentro de los tiempos en ella previstos .

En relación al precepto examinado en este numeral, la accionante se agravia asimismo del régimen de “licencias obligatorias” en favor del Estado, dispuestas bajo la fórmula de cesión gratuita de los derechos exclusivos de señal, respecto de programas calificados de interés público. Consecuentemente denuncia la “expropiación” que ello conlleva, sin justa y previa compensación de especie alguna, por lo que, a su entender, a más del artículo 39 inciso 3 (en relación con el artículo 68 literal Y), el artículo 40 de la LSCA también adolece de inconstitucionalidad.

Le asiste razón. El artículo 40 ejusdem dispone que si respecto de una emisión calificada por la CCA de “interés general” (salvando los vicios procedimentales a los que ya se hiciera referencia *ut supra*) no existiere una empresa de transmisión en abierto que ofertare por su retransmisión, la propietaria de los derechos de exclusividad (y por ende, titular de los derechos) deberá autorizar al Sistema Público de Radio y Televisión Nacional la retransmisión del evento *en forma gratuita*.

Lo transcrito importa, sin hesitaciones, la franca contravención del artículo 32 de la Constitución Nacional. Ello, no solamente por lo establecido en el apartado final del artículo 40 (obligación de otorgar autorización preceptiva y gratuita a RTN), sino porque, aún en la hipótesis que

alguna de las empresas que transmite en señal abierta estuviere interesada, la negociación entre las éstas y la empresa propietaria de los derechos de exclusividad se ve afectada por el intervencionismo legal, que de hecho le obliga a ésta a aceptar al menos una oferta - por pequeña o desproporcionada que ella sea - ***so pena de obligarle a ceder gratuitamente la retransmisión a la señal pública***. Esta injerencia en la negociación privada importa un desapoderamiento indirecto sin mediar previsión alguna de indemnización, o pero aun, descartándose toda posibilidad de que el perjuicio sea compensado, dado que a texto expreso se establece imperativamente la gratuidad del traspaso.

En el ámbito del derecho privado podría establecerse una analogía entre las obligaciones impuestas a la accionante en la LSCA y los “*negocios jurídicos forzosos*”, es decir, aquellas relaciones jurídico-privadas o situaciones de relación contractual que se producen como efecto de una imposición legal, dando lugar a obligaciones patrimoniales entre dos partes que no han prestado necesariamente su consentimiento. No obstante, aún en estas hipótesis en que la autonomía privada se ve afectada por la intervención estatal a través de la vía legislativa, ello no importa, “*per sé*”, la violación del sinalagma representativo de la igualdad de las partes en la relación jurídica, pues la obligación legal les es impuesta a ambas. Por el contrario, en atención a lo edictado en el artículo 40 de la LSCA, en el sub-exámene una de las partes, sin su consentimiento (a más de la no previsión de plazos y notificaciones), ha de entregar sus derechos exclusivos legítimamente adquiridos, de forma imperativamente gratuita, imperatividad que equivale indubitablemente a la consagración legal de ***ausencia de responsabilidad patrimonial del Estado***, en contraposición con las garantías consagradas en los artículos 24 y 32 de la Constitución Nacional.

Por demás, la autorización en favor de la RTN -impuesta sin obligación indemnizatoria- que prevé el artículo 40 de la LSCA, se ve sustancialmente elevada en su significación, si se atiende al extremo que, de regla, los contratos de retransmisión de señales satelitales exclusivas poseen insertas cláusulas que prohíben la cesión a terceros, bajo toda circunstancia. Esto último importa que la accionante, cumpliendo el mandato legal, incurre en incumplimiento calificado para con su arrendador, lo cual le supondría la asunción de obligaciones patrimoniales por legislación superviniente, sin que tampoco a su respecto corresponda aceptar la irresponsabilidad estatal consagrada en la ley de marras. Ello por cuanto la Constitución Nacional dispone en su artículo 24: *“El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección.”*

**4) Artículos 55 y 56 (en relación a los artículos 7, 8, 29, 32 y 36 de la Constitución Nacional, artículo 13 de la C.A.D.H. y artículo 12 de la Declaración de Principios sobre la libertad de expresión, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).**

Asiste razón al accionante respecto de que los artículos 55 y 56 inciso primero vulneran lo establecido por el artículo 36 de la Constitución de la República.

En nuestro país solo puede limitarse el derecho de toda persona a dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, por ley y por razones de interés general (artículo 36 de la Constitución de la República).



La primera condición es la existencia de razones de interés general. Como señala RISSO FERRAND, la noción de interés general y todas las garantías sustanciales que emplea el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional, son justamente garantías de los derechos humanos. No se puede desnaturalizar su función y rol aceptando que puede ser considerado como un principio general de derecho al que se subordinan los derechos humanos, ni como la representación del interés de la mayoría, ni es una habilitación en blanco para que el legislador limite los derechos humanos. Su concepto debe ser construido desde la Constitución y solo se puede justificar su aplicación en casos en que se contraponen derechos y en circunstancias absolutamente excepcionales de lesión o peligro de los derechos humanos.

Los artículos en análisis, están ubicados en el Título V, Capítulo I de la ley. El Título V se denomina “Diversidad y Pluralismo” y el Capítulo I “Garantías y Promoción de la Diversidad y el Pluralismo”.

El artículo 51 de la ley encabeza el Capítulo y orienta cual es la finalidad de las disposiciones insertas en el mismo. Dicha norma, bajo el nomen iuris de “Monopolios y oligopolios” reza: *“Los monopolios u oligopolios en la titularidad y control de los servicios de comunicación audiovisual conspiran contra la democracia al restringir el pluralismo y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de las personas. Es deber del Estado instrumentar medidas adecuadas para impedir o limitar la existencia y formación de monopolios y oligopolios en los servicios de comunicación audiovisual, así como establecer mecanismos para su control”*.

De la lectura de la norma emerge sin hesitaciones, que el interés general que el legislador persigue en las disposiciones incluidas en el capítulo es asegurar el derecho a la información de las personas y que las herramientas a utilizar para conseguirlo es fomentar el pluralismo y la diversidad

impidiendo y/o limitando la existencia y formación de monopolios y oligopolios en los servicios de comunicación audiovisual, así como establecer mecanismos de control.

Esta Fiscalía acepta que el derecho al acceso a la información por las personas, así como su contrapartida que es la máxima libertad de expresión del pensamiento es una razón de interés general que justifican restricciones a las libertades establecidas en el artículo 36 de la Carta Magna. Acepta también que el pluralismo y la diversidad son instrumentos para asegurar la libertad de expresión y el derecho a la información. Y esta dispuesta acepta también que los monopolios y oligopolios en la titularidad y control de los servicios de comunicación audiovisual conspiran contra el pluralismo, la diversidad y el derecho a la información que tienen todas las personas.

Pero de lo que se trata, no es de determinar si las razones esgrimidas son de interés general, sino si las prohibiciones establecidas en la norma en estudio son idóneas para satisfacer los fines enunciados. En caso de ser idóneas para satisfacer el interés general enunciado, sin son necesarias para ello. Y en la hipótesis de ser idóneas y necesarias, realizar una ponderación estricta para determinar si la satisfacción del interés general enunciado supera el sacrificio generado por la restricción. Solo así se habrá cumplido con el principio de proporcionalidad, necesario para justificar limitaciones a los derechos humanos impuestas por el legislador.

El artículo 55 en la opinión de esta Fiscalía deviene inconstitucional. En efecto, la mencionada disposición legal establece limitaciones a la cantidad de suscriptores de servicios de televisión para abonados, disponiendo que: *“El total de suscriptores de las empresas de televisión para abonados autorizadas en todo el territorio nacional no podrá superar el 25% (veinticinco por ciento) del total de hogares con televisión para*

*abonados de todo el país. El total de suscriptores de las empresas de televisión para abonados autorizadas en todo el territorio nacional no podrá superar el 35% (treinta y cinco por ciento) del total de hogares con televisión para abonados de cada territorio donde existan otras autorizaciones o licencias de menor alcance. En ambos casos el total de hogares con televisión para abonados se determinará conforme a los datos del último censo de población del Instituto Nacional de Estadística.”*

Deviene necesario precisar, en primer término, que las observaciones que se entienden de recibo ***no dicen relación con el cuestionamiento a la limitación porcentual de abonados en sí misma***, considerada esta como medida instrumental a fin de evitar conductas monopólicas perjudiciales para los intereses públicos y sociales.

La observación proviene de la generalidad contenida en la norma, la que, por su efecto, ingresa en áreas de regulación propias de los mercados, afectando - mas allá de los intereses de la accionante - los intereses propios de los usuarios del servicio.

Ello ocurre, por cuanto la limitación del porcentaje de abonados propios de las empresas operadoras no discrimina ni aparta de tal límite cuantitativo, aquellas hipótesis en las que el tope establecido por ley se alcanza exclusivamente en base a la legítima elección de los consumidores del servicio, es decir, en base a una opción individual de cada abonado, prefiriendo aquella oferta que, en una comparativa de calidad, precio, y contenidos, y dentro del legítimo juego de oferta y demanda del mercado, le resulte más beneficiosa.

La ley en estudio seguramente ha pretendido impedir que la adquisición, fusión o absorción de pequeñas empresas generen, a la postre, un acaparamiento desmedido de la clientela por parte de alguna empresa con

posición dominante, lo cual resulta perjudicial en la fijación de precios al consumidor final y tiende a la gradual expulsión del mercado de las compañías con menor poder de expansión. En otros términos, claramente se ha querido evitar conductas monopólicas u oligopólicas en perjuicio de la administración y de la sociedad. Pero la redacción de la norma definitivamente aprobada distorsiona el libre juego de mercado, lo cual acarrea un injustificado perjuicio tanto a las empresas que captan números elevados de abonados *exclusivamente en función de los menores costes y la calidad de su señal y no de prácticas monopólicas*, así como también a los potenciales usuarios, que perderán su libertad de escoger aquella opción que más convenga a sus intereses culturales y más accesibles le sean a su capacidad de pago.

La libertad de empresa, de trabajo, la seguridad jurídica, y el derecho de igualdad ante la ley se hallan comprometidos en la normativa de marras, que debió limitar el porcentaje de abonados cuando estos provengan no solamente de la libre elección de los usuarios, sino de las carteras de clientes que se adquieren adjuntas con cada fusión o absorción de pequeñas empresas. En estos casos el abonado nada opta ni nada decide, sino que forzosamente es incorporado a la nueva Compañía, consecuencia de su expansión.

Por el contrario, si la empresa difusora de contenidos audiovisuales a la fecha ostenta (o se halla próximo a ello) una cartera de clientes en los porcentajes previstos en la ley como máximos permitidos, no obstante la misma se compone de abonados genuinos, propios y alcanzados a través de su elección individual, no es constitucionalmente posible *limitar porcentualmente el progreso comercial* de la organización afectada. Si así se procediese, se atenta contra la esencia misma del mercado y contra la finalidad que persigue toda empresa con fines de lucro, es decir, el aumento en la venta de bienes y/o servicios.

A ello debe agregarse que la dimensión geográfica y la densidad poblacional de nuestro país no facilita, como sí ocurre en otras realidades regionales y universales, la existencia de una importante multiplicidad de empresas del ramo, que obligue al legislador a habilitar la concesión de numerosas licencias por Compañía y donde, por consecuencia, se torna innecesario delimitar el origen de los suscriptores, dado que la entidad demográfica permite, ante tal acumulación de concesiones y permisos, llegar rápidamente a porcentajes elevados de abonados. Ejemplo de ello ocurre en la República Argentina, en donde la ley .26.522 prevé que *“la multiplicidad de licencias – a nivel nacional y para todos los servicios – en ningún caso podrá implicar la posibilidad de prestar servicios a más del treinta y cinco por ciento (35%) del total nacional de habitantes o de abonados a los servicios referidos en este artículo, según corresponda”* (el destacado no figura en el original)

Por el contrario, la legislación patria solamente refiere *“al total de suscriptores”* de las empresas de televisión con servicio de pago, sin exceptuar de los tope establecidos las carteras compuestas *exclusivamente* por abonados incorporados bajo el libre sistema de elección del consumidor. Limitar esta expansión, que no conlleva práctica monopólica alguna sino que el despliegue de la empresa se encauza dentro de la reglas de oferta y demanda, afecta irremediabilmente el ejercicio de la libertad de empresa y de trabajo, los cuales cuentan con amparo constitucional expreso (artículos 8 y 36 de la Carta Magna). En su ratio, se advierte cuanto expresaba acertadamente Fernández Sessarego, en cuanto a que *“La libertad de empresa da respuesta directa, y no subsidiaria a la demanda, con lo que genera y se posibilita extraordinariamente uno de los mayores derechos del ser humano en una sociedad democrática, republicana y libre, la potencialización del ser en su mayor expresión, su capacidad proyectiva, y el desarrollo de su auto sostenimiento, es decir, que el*

*ser humano construya por cuenta propia la satisfacción de sus necesidades, volviéndole autónomo y generador de su auto-sostenimiento”* (Conforme Carlos Fernández Sessarego Carlos -Subjetivización de la empresas – Rev. P. de Derecho de la Empresa, N° 27 - 1988; Ídem: Empresa y desarrollo - Revista del Foro - Enero-Junio 1988 ).

A su respecto, ha sostenido la jurisprudencia y doctrina de derecho público, que la libertad de empresa no involucra a cualquier derecho, sino a aquel que se encarga de una libertad esencial, que permite a aquella su accionar, desarrollo y permanencia en tanto tiene como trascendente finalidad la de proveer de bienes y servicios necesarios para atender la subsistencia y desarrollo integral de todas y cada una de las personas que integran la sociedad. A lo que correspondería agregar que las empresas privadas, en el libre mercado, penden su subsistencia de la búsqueda y conservación de su clientela y , su fin último no es sino es el progresivo aumento de esta.

En consecuencia, la asignación de topes al crecimiento empresarial audiovisual, cuando el mismo no proviene de prácticas monopólicas ni oligopólicas sino exclusivamente del libre ejercicio del derecho de opción del abonado, violenta los derechos fundamentales (de unos y de otros), amparados en la Constitución Nacional. Es por ello que la incompatibilidad del artículo 55 con la Carta Magna no proviene de la cuotificación en sí misma, sino de su origen o su composición, ***no habiéndose contemplado la permisibilidad de un crecimiento por libre oferta, esto es, ajeno a la absorción o fusión de las empresas del ramo.***

Respecto del artículo 56 no asiste razón a la promotora, en cuanto a la alegada inconstitucionalidad por vulneración del artículo 85 numeral

17 de la Constitución Nacional, bien que deviene vulneratorio de artículo 36 de la misma.

Ello por cuanto la alegada consagración de lo que denomina “*monopolio por la negativa*” (queriendo con ello significar que dicha modalidad se origina a consecuencia de las prohibiciones que pesan sobre las empresas privadas audiovisuales, mas no sobre el Ente público ANTEL), no halla su consagración legal en la LSCA, sino en una determinada intelección que la compareciente asigna al articulado de marras.

Así, a fojas 227 señala que el monopolio antes referido “*...choca con el artículo 85 numeral 17 y al carecer de la mayoría de dos tercios resulta claramente inconstitucional*”. Pues bien, la fundamentación expresada impone la necesidad de determinar si, efectivamente, la LSCA ha consagrado un monopolio en favor de la empresa de telefonía estatal y por ende, para su aprobación requiere la mayoría prevista en el antes citado artículo 85 numeral 17 de la Carta, esto es, dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara. A su respecto, la respuesta es negativa.

El modismo y expresión a los que recurre la parte actora para señalar la existencia de un monopolio “por la negativa” (fundamentado no en lo que se le otorgaría al Ente estatal sino a lo que se les restringe o prohíbe hacer a las empresas privadas audiovisuales) carece de relevancia y significado en el derecho constitucional interpretativo, donde la confrontación del texto legal y la Constitución ha de ser flagrante, inequívoca e indubitable.

En el plano estrictamente intelectual en el que se mueve la compareciente de autos (con prescindencia de lo que la norma consagra efectivamente a texto expreso) podría llegar a admitirse que la ley atacada - aunque circunstancialmente - genere o provoque las consecuencias que se

denuncian. Pero en lo sustancial, el monopolio es una figura permitida en la Carta, que puede inclusive ser asignada a una empresa pública (requiriéndose entonces aquellos dos tercios de votos contestes), no obstante en especie lejos se está de tratarse de una ley que lo conceda o instituya en favor de ANTEL.

Obsérvese que la Carta recurre a dos verbos de acción claramente determinados: *instituir y conceder*. Ahora bien, ninguna de ambas acciones puede ser asimilable a las consecuencias que a futuro, en mediano y largo plazo, surjan de la aplicación de la norma. La mayoría exigida en el artículo 85 numeral 17 no ha sido prevista para sancionar una ley con eventuales efectos que se dicen monopólicos, sino *para la efectiva y expresa concesión y/o la institución de un monopolio estatal*.

Por otra parte el Estado, como expresión de su recto funcionar en aras del interés general, tiene como poder-deber la protección de sus empresas industriales y comerciales, sin que ello signifique que cuando se legisla respecto de las empresas privadas (con posibles restricciones a su actividad, dado que toda libertad irrestricta puede ser legalmente limitada por razones de interés general), la ley esté adjudicando un monopolio al Ente público que desarrolla actividades afines.

Y si bien la compareciente estima que la LSCA ha establecido un monopolio real (no declarado) en favor de ANTEL, en virtud de prohibiciones que no pesan sobre el Ente, cabe consignar que la inconstitucionalidad de la ley no puede ser declarada sobre la base de una determinada interpretación de la norma atacada. Por ello es que el defecto formal que denuncia (ausencia de dos tercios de votos necesarios exigidos por el artículo 85 numeral 17 de la Carta) sólo podría ser exigido ante la presencia de un texto incuestionable o, en su defecto, y en sentido lato sensu, de un texto cuyo



contenido monopólico no surja de forma derivada o consecuencial - y por ende hipotética - sino de la voluntad inequívoca, autónoma e inmediata del legislador.

Pero sí deviene inconstitucional por violar el artículo 36 de la Constitución de la República. En efecto, el artículo 56 establece dos prohibiciones: una, quienes prestan servicios de comunicación audiovisual regulados en la ley no podrán, a su vez, prestar servicios de telecomunicaciones de telefonía o de transmisión de datos; y dos, quien sea titular de una licencia para prestar servicios de televisión satelital de alcance nacional, no podrá ser titular de autorizaciones para prestar servicios de radiodifusión abierta o televisión por abonados.

Respecto de la prohibición impuesta en el inciso 1 del artículo 56, es claro que la misma no es idónea en tanto su aplicación no ayuda a la obtención del fin deseado: asegurar el derecho a la información de las personas, mediante la diversidad y el pluralismo en la titularidad y control de los servicios de comunicación audiovisual, evitando los monopolios y oligopolios. La prohibición a una persona que presta servicios de comunicación audiovisual regulados por la presente ley (no a todos), de prestar a la vez servicios de telecomunicaciones de telefonía o de transmisión de datos, en nada incide a la hora de evitar o limitar monopolios o oligopolios. Es más, la aplicación de la ley no solamente no ayuda a conseguir el fin deseado (evitar o limitar la existencia de monopolios u oligopolios), sino que de hecho consolida uno ya existente (el de la empresa de telecomunicaciones del Estado).

Por otra parte, para lograr la finalidad buscada la prohibición tampoco es necesaria, puesto que la misma se logra a través de múltiples disposiciones insertas en el capítulo, cuya inconstitucionalidad no fue impugnada.

Como consecuencia de lo expresado y como ya se adelantó, la

prohibición impuesta por el inciso 1 del artículo 56 deviene inconstitucional.

Respecto de la prohibición impuesta en el inciso 3 de la disposición en análisis, la misma sí contribuye a la conformación de monopolios y oligopolios en la titularidad y control de los servicios de comunicación audiovisual, por lo que su regularidad constitucional no puede discutirse.

**6) Artículo 60 (en relación al artículo 29 de la Constitución Nacional y artículo 13 de la CADH).**

Se estima que le asiste parcialmente razón a la accionante, por cuanto se explicitará infra.

En relación a los literales A, B y D, sin perjuicio de reconocerse que el legislador ingresa en la *determinación* de contenidos que emitirán las empresas que prestan servicios audiovisuales, la regulación estatal deviene ineludible si se atiende al hecho que aquella refiere a la programación a emitir en las “señales propias” de cada empresa habilitada, esto es, una señal que es impuesta legalmente con la expresa finalidad de promover contenidos nacionales.

Por consiguiente entonces, carecería de razón de ser que por una parte se impusiera la puesta al aire (incluyendo a las empresas que retransmiten señales digitales) de un Canal propio que emita señal en territorio nacional, no obstante, por otra, no se exigiera que dicho Canal programara un mínimo de contenidos de producción nacional. Existe dentro de la técnica legislativa el imperativo natural y obvio que *impone la coherencia en el “todo” de la norma*, sin disociaciones entre su enunciado y el desarrollo del mismo.

Al caso es pertinente señalar que no toda intervención estatal en la determinación de contenidos es contraria a la Constitución, pues de así interpretarse, se concluiría en la imposibilidad de regular, por vía legislativa,

contenidos que potencialmente pudieren impactar negativamente sobre la salud física y psíquica del público receptor, lo cual incluye no solamente a los menores de edad (segmento de mayor riesgo), sino también al público adulto. Esa necesidad de regulación de torna evidente en temas tales como drogas, tabaquismo, alcohol, discriminación racial, prostitución, expresado ello solamente a modo de ejemplo de las hipótesis indiscutibles de necesaria legislación restrictiva en cuanto a su directa o indirecta apología.

De tal modo que, si bien es indiscutible que el artículo 29 de la Carta consagra que *“es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura”*, no toda regulación legislativa en materia de comunicación audiovisual puede ser catalogada como “censura previa”. En efecto, la prevención de toda conducta que denigre la condición humana y afecte sus derechos humanos fundamentales conforma una obligación irrenunciable del Estado, que emerge del mandato del constituyente. El artículo 7 de la Constitución Nacional establece que: “Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a **las leyes** que se establecieron por razones de interés general.”; el artículo 36: *“Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes.”*; el artículo 41 inciso: *“La ley* dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso.”; el artículo 46 reza: *“El estado combatirá por medio de la Ley y de las Convenciones Internacionales, los vicios sociales”*; y el artículo 332 consagra la irrenunciabilidad y

obligatoriedad del Estado de dar cumplimiento a los preceptos de la Constitución Nacional que imponen deberes a las autoridades públicas.

Como bien puede comprenderse, dado que ello emana ya no solamente de la ratio sino del tenor literal de la normativa transcrita, el Estado no puede sino que *debe* asumir el rol asignado en la Carta, dictando normas que efectivamente plasmen en la práctica el mandato impuesto por el máximo Cuerpo normativo en todas aquellas áreas que el constituyente ha encomendado dicha labor a la Ley, y es dentro de tal contexto que ha de examinarse el art. 60 de la LSCA , en sus literales A,B, y D.

En contraposición a todo ello, el análisis de lo dispuesto en el literal C de la norma en estudio permite concluir que el mismo sí adolece del denunciado vicio de inconstitucionalidad. Para una mejor intelección del detalle y la pormenorización de su enunciado, se habrá de transcribir el mismo en su totalidad:

*“(Pautas comunes a servicios de TV comerciales y públicos): Al menos el 30% (treinta por ciento) de la programación nacional establecida en los párrafos anteriores deberá ser realizada por productores independientes, no pudiendo concentrar un mismo productor independiente más del 40% (cuarenta por ciento) de ese porcentaje en un mismo servicio de radiodifusión de televisión”.*

*“Un mínimo de dos horas por semana de la programación emitida deberá contener estrenos de ficción televisiva o estrenos de películas cinematográficas y, de estos, al menos un 50% (cincuenta por ciento) deberá ser de producción independiente. Para cumplir con este requisito el comienzo de la emisión de estos programas deberá estar comprendido entre la hora 19 y la hora 23, lo que no aplicará para el caso de ficción destinada a niños, niñas y*

*adolescentes. Dentro de esta programación, se deberá programar al año como mínimo dos películas cinematográficas de producción nacional y, en este caso, cada hora de programa se contabilizará como cuatro a los efectos del cálculo del porcentaje”.*

*“Un mínimo de dos horas por semana de la programación emitida deberán ser programas de agenda cultural, entendiendo por tales aquellos que promuevan eventos y actualidad de las industrias creativas, como ser teatro, danza, artes visuales, museos y patrimonio, música, libros, cine, videojuegos, diseño, entre otros. Por lo menos el 50% (cincuenta por ciento) deberá estar dedicado a industrias creativas nacionales. Para cumplir con este requisito el comienzo de la emisión de estos programas deberá estar comprendido entre la hora 19 y la hora 23”.*

*“Para los programas nacionales educativos o de ficción dirigidos específicamente a niños, niñas y adolescentes cada hora de programa se contabilizará como una hora y media a los efectos del cálculo del porcentaje”.*

*“El valor de las repeticiones de los programas de producción nacional a los efectos del cálculo del porcentaje será establecido en forma decreciente (primera repetición, segunda, tercera y subsiguientes) en la reglamentación de la presente ley”.*

Y bien, la LSCA en el artículo en análisis establece la obligación de emitir señal propia en territorio nacional, con asignación de un 60 % (sesenta por ciento) de la misma a programas nacionales y un 30% (treinta por ciento) de dicho segmento realizado por productores independientes, obligaciones que por cuanto viene de explicitarse se consideran dentro de la potestad legislativa, en aras de la finalidad de estímulo a la producción

audiovisual nacional. Pero una vez cumplido todo ello, en el literal C de la norma en análisis se ingresa en una desproporcionada determinación de las pautas y condiciones que han de regir en la programación, al extremo de ***traspasar la barrera de la regulación, para insertarse en la co-gestión o co-gerencia*** de las empresas reguladas .

Aspectos que cubren en amplísimo espectro, desde los horarios en que se difundirán los contenidos hasta las repeticiones de los mismos, a las cuales se les asigna un valor ficticio de cómputo, exceden ampliamente las potestades y los cometidos de legislador. Inclusive la disposición en cuestión establece horarios dentro de los cuales entiende que debe tenerse por cumplido el requisito de la cuota mínima de señales culturales, cuando, a estar a derecho, ***la obligación queda satisfecha*** con la emisión de una señal propia producida en territorio nacional, con la inserción en su grilla del porcentaje de contenido impuesto en los literales A, B y D del artículo 60 y con la observancia de las pautas de protección al menor establecidas en los artículos 32 y 33 ejusdem.

Todo aquello que exceda lo anteriormente expresado, pertenece al ámbito exclusivamente reservado al poder discrecional de la empresa, pues de lo contrario el legislador se convertiría en el director de programación y contenidos y la actividad gerencial privada estaría limitada a la función de acatamiento de las directrices oficiales, violentándose el derecho a la propiedad, al trabajo, y a la libertad de empresa.

Lo pretendido (excesivamente) por el legislador no es una cuestión menor ni refiere a aspectos secundarios del quehacer empresarial, en tanto las mediciones de audiencia son las que determinarán -siguiendo el ejemplo antes mencionado- la conveniencia o inconveniencia de reiterar en diferido un contenido, y, de así procederse, cuántas veces y con qué frecuencias. No puede

obviarse que la publicidad que se contrate (y por ende, los ingresos reales de las empresas audiovisuales) guardará directa relación con los segmentos horarios y el éxito que la programación emitida en los mismos logre obtener en el mercado. A modo de ejemplificar aún más la improcedencia de lo exigido por el artículo 60 literal C, obsérvese que si una señal cultural emitida dentro del obligatorio horario de 19 a 23 no obtuviera medición de audiencia mínimamente favorable, y aún si sus índices dieran a saber que la audiencia es nula (con la consiguiente pérdida de sus anunciantes), dicha programación no podría ser transferida al horario matutino o vespertino porque constituiría una falta administrativa de entidad. Constitucionalmente estas decisiones pertenecen al fuero de libertad de la empresa, y, en consecuencia, las pautas a su respecto deben provenir como consecuencia de una decisión gerencial y no de una imposición legislativa.

De procederse tal y como lo edicta el literal C del artículo 60, se ingresaría de hecho en la disponibilidad -por vía legislativa- de la gestión del patrimonio empresarial, en tanto los ingresos provenientes de sus anunciantes, que estuvieren en situación de riesgo por bajas mediciones de audiencia, no podrían ser desviados hacia una reprogramación en horarios que marquen pautas o niveles aceptables de la misma, lo cual afecta consecencialmente la libertad de inversión de la emisora. En este sentido, se concuerda con lo expresado por la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo Español, a raíz de un recurso presentado por la Unión de Televisiones Comerciales Asociadas , en fecha 9 de diciembre de 2009 : *“ La “libertad de inversión” se integra en el núcleo mismo del haz de facultades propias del empresario dentro de una economía de mercado y, en principio, debe ser ajena a imposiciones forzosas por parte de los poderes públicos, incluido el poder legislativo. La capacidad de decidir de modo autónomo dónde y en qué invertir los recursos propios es parte del núcleo “duro” o indisponible de la libertad empresarial.”* Agrega la Sala

que los Poderes públicos pueden, legítimamente, detraer de los beneficios empresariales determinadas cantidades ( por vía impositiva) a fin de destinarlas a medidas de subvención, incentivo, fomento o promoción de determinadas inversiones privadas, estimulando directa o indirectamente aquellas que considere más adecuadas a los intereses generales de la sociedad.

Es por ello que concluye el citado Colegiado, en conceptos enteramente aplicables al sub-exámine, que “... a la hora de verificar la razonabilidad de la medida a través del prisma de la necesidad de la afectación de la libertad de comercio e industria (...) no resulta indispensable, esto es, “inevitablemente preferida” a otras medidas de menor restricción, añadir al elenco de medidas públicas protectoras de la cinematografía, otra adicional que suponga para los operadores televisivos una evidente mengua de la esfera de su libertad empresarial como es la de forzarles a invertir en los términos en que lo hace la Ley objeto de debate “ (se refiere Ley 25/1994, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/ de la CEE).

En definitiva, y como bien expresa LAPLACETTE, a fin de no teñir de irregularidad constitucional las legislaciones contemporáneas que regulan los contenidos audiovisuales, la mismas “ ... *no deben apoyarse sobre una filosofía que promueva una (desproporcionada) intervención estatal, tanto en la decisión de quiénes son los que transmiten, como en el contenido de lo que se puede transmitir, cómo y en qué momentos se lo hace*”. (Conforme Autor y Obra Citada - Disertación en el Instituto de Política Constitucional de Buenos Aires, Argentina, a propósito del análisis de la Libertad de expresión en la Ley de servicios de comunicación audiovisual, 26.522).



**7) Artículo 66 (en relación a los artículos 7, 10, 28, 29 y 36 de la Constitución Nacional, y artículo 13 de la CADH).**

Respecto del artículo 66 de la LSCA y contrariamente a lo sostenido por la compareciente, el mismo no padece vicio de inconstitucionalidad. Dicha norma se limita a la creación del “Consejo de Comunicación Audiovisual”, el cual “... *será responsable de la aplicación, fiscalización y cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y su reglamentación en todo lo que no se encuentre bajo la competencia del Poder Ejecutivo o de la Ursec*” .

La creación de un organismo administrativo con las funciones descritas en nada coliden con las disposiciones constitucionales, sin perjuicio de otras disposiciones de la LSCA que le asigna potestades que - estas sí - confrontan con principios y derechos consagrados en la Carta, tal y como se ha venido desarrollando en el cuerpo del presente pronunciamiento.

No es pues el “*Órgano*”, sino sus potestades, las que, en casos puntualmente examinados, pueden afectar la regularidad antedicha. Asimismo, la ley expresamente atiende a la no superposición de atribuciones en relación a aquellas que son asignadas a la CCA y aquellas que corresponden al Poder Ejecutivo y a la URSEC. Por demás, cabe colacionar que órganos de similares características se hallan previstos en todas las leyes que regulan la comunicación audiovisual (comúnmente denominadas “ley de medios”), tanto a nivel americano como europeo, v.gr. el AFCA (Consejo Federal de Comunicación Audiovisual ) en Argentina, la Junta de Regulación en Ecuador, la CONATEL (Comisión Nacional de Telecomunicaciones) en Venezuela, la ARFTT (Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes) en Bolivia, o el CEMA ( Consejo Estatal de Medios Audiovisuales) en España.

Finalmente y desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, tampoco se advierte irregularidad alguna respecto del organismo previsto en el artículo 66 de la LSCA nacional, dado que se prevé ostente la cualidad de *servicio descentralizado* y las funciones que se les asignan no se encuentran dentro de las que la Constitución reserva al Poder Ejecutivo.

**8) Artículo 97 (en relación a los artículos 7, 10, 28, 29 y 36 de la Constitución Nacional y artículo 13 de la CADH).**

El artículo 97 de la LSCA, contrariamente a lo sostenido por la accionante, no padece vicio de inconstitucionalidad, en tanto sus previsiones no resultan incompatibles ya no solamente con la Carta, sino con la legislación nacional vigente en materia de datos personales.

Dispone la citada normativa: “*(Deber de colaboración).- Los titulares de servicios de comunicación audiovisual tienen el deber de remitir a las autoridades competentes cuantos datos y documentos les requieran en el ejercicio de sus competencias. La información así obtenida será tratada de acuerdo con lo dispuesto en la Ley N° 18.331, de 11 agosto de 2008. Deberán permitir y facilitar a los servicios de inspección el acceso a las instalaciones y equipos, así como el examen de toda la documentación que resulte imprescindible para el ejercicio de sus tareas de supervisión y control.*”

Tal y como surge sin lugar a hesitaciones del claro tenor literal del precepto en estudio, el deber consagrado refiere a la “colaboración” en la aportación de documentación que pudiere ser requerida eventualmente por las autoridades. Ello no debe interpretarse como una violación a sus derechos individuales en relación al manejo de información personal, en tanto es el propio legislador quien deja a salvo los mismos. En efecto, la norma impugnada en su inciso 1 realiza una expresa remisión a la *ley de habeas data*, la cual, en su

artículo 1 preceptúa que: *“El derecho a la protección de datos personales es inherente a la persona humana, por lo que está comprendido en el artículo 72 de la Constitución de la República.”* Y a continuación hace extensivo el ámbito subjetivo de dicha protección a las personas jurídicas en cuanto corresponda (artículo 2 de la ley 18.331).

Estas disposiciones han de entenderse (por remisión expresa), contenidas en el artículo 97 de la LSCA, a las que cabría agregar que la norma remitida define el “consentimiento” del titular (y la accionante lo es respecto de sus datos personales), como *“toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la cual el titular consienta el tratamiento de datos personales que le concierne.”*

Es correcto que este derecho admite limitaciones por razones de interés general, y no se advierten razones para que fuere la excepción a este principio; no obstante, se deja a resguardo aquellos datos que se consideran sensibles, entendiendo por tales (artículo 4, ley 18331) aquellos datos personales *“...que revelen origen racial y étnico, preferencias políticas, convicciones religiosas o morales, afiliación sindical e informaciones referentes a la salud o a la vida sexual.”*

Sin perjuicio de la citada remisión que expresamente se efectúa en la atacada a las disposiciones de la ley denominada de “habeas data”, va de suyo que aún en su ausencia, el artículo 72 de la Constitución Nacional protege aquella información que (fuera del marco del artículo 4 de la ley 18.331), y por razones debidamente fundadas, se entienda del caso su confidencialidad. Pero es en dicha hipótesis, de interpretación estricta, que la accionante poseerá los mecanismos administrativos y jurisdiccionales para hacer valer el derecho del que se crea asistido en la ocasión. Ello *no es incompatible con la regulación del*

*deber de cooperación* con las autoridades, que, eventualmente, requieran documentación referida al giro comercial de la empresa.

Del mismo modo, la Administración no posee derechos irrestrictos y se halla sujeta a los límites impuestos en la Constitución y la ley, por lo que todo exceso en el ejercicio de las potestades de contralor es pasible de generar la consecuente responsabilidad estatal.

**9) Artículo 98 (en relación a los artículos 7, 10, 28, 29 y 36 de la Constitución Nacional y artículo 13 de la CADH) .**

Es advertible la confrontación constitucional contenida en el inciso segundo del artículo 98 de la LSCA, al disponerse - sin observancia de la debida tipicidad y legalidad - que *“En cualquier caso, si surgieran inconvenientes para el normal desarrollo de las inspecciones como consecuencia de la oposición de los titulares de los servicios debidamente comprobada, se dará lugar a la suspensión inmediata de las emisiones”*.

La primera observación dice referencia con la modalidad sancionatoria, la que se verifica: *“en cualquier caso”, “si surgieran inconvenientes”*. La segunda, con la circunstancia fáctica prevista en la norma: *“como consecuencia de la oposición de los titulares”*. Y por último, merece iguales reparos la extrema gravedad de la sanción: *“suspensión inmediata de las emisiones”*.

El alcance de la previsión legal y sus efectos quedan de manifiesto al examinarse la conexidad entre el acápite y la resolución impuesta. Todo ello permite concluir que: *“en cualquier caso”* (sin distinción alguna ni excepciones), *“si hubiere inconvenientes”* (sin pautas legales respecto de su entidad o relevancia), *“como consecuencia de la oposición”* (sin atribuir

trascendencia ni relevancia a la causa o motivo de las mismas), “*se dará lugar a la suspensión inmediata de las emisiones*” (sin determinación de la autoridad que la dispone, sin referencias a las formalidades que deben observarse a fin de asegurar las garantías mínimas de los derechos personales de los afectados, sin previsión de sanción alternativa menor y sin solución de inmediatez, dado que la suspensión se decretaría de forma “inmediata”).

Todo ello conforma una indubitable confrontación entre lo dispuesto en la disposición de marras y los principios constitucionales que salvaguardan el debido proceso legal. Por lo mismo, se hallan afectados el principio de *tipicidad* - que debe atender toda norma administrativa que imponga una sanción - y el principio de *legalidad* de la misma, ya que si bien se halla genéricamente prevista en una ley, la propia incompatibilidad constitucional no la torna hábil para configurar el marco legal garantista para el administrado. Dicho de otra forma, la “legalidad” exigida hace referencia a la norma que no adolece de vicio alguno de inconstitucionalidad, y cuyo apego a la Carta a los derechos y garantías consagradas en la misma devenga incuestionable. De lo contrario, se aceptaría el cumplimiento de la legalidad dentro de parámetros que confrontan con la Constitución Nacional, lo cual importaría una vía indirecta para obviar los derechos allí expresados, a más que los efectos naturales de la declaración de incompatibilidad impiden que la disposición cuestionada pueda serle oponible al administrado.

Sin perjuicio que los principios de tipicidad y legalidad aquí mencionados serán examinados con mayor detenimiento infra, en oportunidad de analizarse las impugnaciones planteadas respecto del régimen sancionatorio establecido en los artículos 177 y siguientes de la LSCA, cabe acompañar las palabras de MORON cuando observa, en referencia a los límites constitucionales de la potestad sancionatoria de la Administración, que “*Un administrado no*

*puede ser sancionado sobre la base de una inferencia, de una sospecha, por falta de apersonamiento o por la no absolución de los cargos, por más razonable o lógico que pueda ser el planteamiento mental seguido por la autoridad. Adicionalmente, las pruebas de cargo que fundamentan la decisión administrativa deben haber sido obtenidas legítimamente y con las garantías del control y contradicción por parte del administrado, antes de adoptarse la decisión administrativa.”*

Recuerda asimismo el derecho que asiste a la parte, “...a que no se le imponga la carga de probar su propia inocencia, ya que corresponde la actividad probatoria a la administración. De un lado (se) ratifica que en materia sancionadora la carga de la prueba recae en la Administración, por lo que compete a las autoridades identificar, atraer al expediente y actuar la evidencia suficiente que sustente desestimar la presunción, quedando incluso el administrado liberado de actuar aquella prueba que lo pueda autoincriminar. Pero del otro, este principio conlleva a que en el procedimiento sancionador se actúen cuando menos una mínima actividad probatoria sobre los hechos a analizar, no bastando las declaraciones o afirmaciones de los denunciados o terceros –aun bajo presunción de veracidad- para desvirtuar la presunción de corrección, ni los descargos del imputado.” (Conforme Juan Carlos Moron Urbina - Ley del Procedimiento Administrativo General. - Gaceta Jurídica - Lima, 2003 - página 522 ).

Por demás, debe atenderse que, conforme lo prevé el artículo 184 de la LSCA, las resoluciones consentidas o definitivas que determinen sanciones a los servicios de comunicación audiovisual serán públicas, empero, si bien el administrado no consintiera la sanción establecida en el inciso 2 del artículo 98, su propia naturaleza, esto es, la suspensión inmediata de las

emisiones devengaría un perjuicio y *una publicidad y difusión negativa también inmediatas* .

Por ello es que se concuerda asimismo con el citado autor, en cuanto a que *“a lo largo del procedimiento sancionador (...) los imputados deben ser respetados en todos sus derechos subjetivos, como son al honor, la buena reputación, la dignidad, etc. En tanto la resolución no se dicte y alcance firmeza, la presunción aplica y protege al administrado, por lo que el comportamiento de la autoridad, sus actuaciones, e incluso la de los terceros (por ejemplo, denunciantes) debe considerar que la persona no puede ser señalada como culpable .”*

**10) Artículo 115 (en relación a los artículos 7, 10, 28, 29 y 36 de la Constitución Nacional y artículo 13 de la CADH).**

La disposición atacada, en puridad, va dirigida a quienes sean titulares de servicios de “televisión abierta”, por lo que, en principio, la accionante *carecería de legitimación activa* para cuestionar el precepto. Sin perjuicio de lo anterior y si se entendiere que en cuanto se le considera como eventual receptor de la oferta, se vería alcanzado por dicha normativa (aunque ello no le modifica su condición de empresa prestataria de señal satelital), en cuanto al fondo, la norma atacada no padece la irregularidad que se denuncia.

Así, el artículo 115 ejusdem dispone: *(Deber de oferta no discriminatoria).- Los titulares de servicios de radiodifusión de televisión abierta podrán ofrecer sus señales para ser incorporadas por servicios de televisión para abonados en su grilla de señales. Esta oferta deberá ser no discriminatoria a nivel de cobertura geográfica, la señal debe ser ofrecida en*

*igualdad de condiciones a todos los servicios de televisión para abonados que tengan similar área de cobertura.”*

Como puede advertirse, a los titulares se les consagra un derecho potestativo (“*podrán ofrecer*”) de comercializar sus señales, bajo condición de igual trato en la propuesta entre aquellos servicios de igual cobertura. La simple lectura del articulado en cuestión evidencia ausencia de irregularidad constitucional, en tanto, precisamente, se consagra la igualdad de trato comercial entre quienes se encuentren en igualdad de condiciones.

Si bien la accionante desarrolla una serie de hipótesis que concluyen en una suerte de “omisión” en perjuicio de sus derechos, la inconstitucionalidad de ha provenir del texto claro, expreso y directo de la normas. En la especie, la disposición atacada va dirigida a las empresas de señal abierta, las cuales poseen la facultad de ofrecer su retransmisión a “todos” los operadores de televisión por abonados, ya que la ley, en esta oportunidad, no distingue entre “abonados a la televisión por cable” y “abonados a la televisión satelital”

En consecuencia, ninguna objeción de aquella índole cabe asignar al artículo 115 examinado.

**11) Artículo 116 (en relación a los artículos 7, 10, 28, 29 y 36 de la Constitución Nacional y artículo 13 de la CADH) .**

Respecto de este articulado, la compareciente formula dos tipos de objeciones claramente diferenciadas: en primer lugar, aquellas que van dirigidas a las cuestiones comerciales y patrimoniales, y en segundo término,



aquellas que refieren a la diferenciación de trato legal hacia las empresas de abonados por cable y la satelitales.

En lo primero, independientemente de que pueda asistirle razón (se aducen extremos que no han sido acreditados ni se ofrecen acreditar en autos), no guardan relación con un proceso de inconstitucionalidad de la ley y sí con una eventual responsabilidad patrimonial del Estado.

En efecto, si la accionante acreditare algunas de las circunstancias que expone como ciertas (v.gr. que la Compañía utiliza un único satélite para toda la región, que su capacidad para abarcar nuevas señales es limitada, que la “subida” al satélite de señales nacionales impone el necesario sacrificio (o “baja”) de otras tantas señales de interés regional, etc), es decir, si se comprueba por las vías correspondientes que el cumplimiento de la ley le genera un esfuerzo desproporcionado que atenta contra su viabilidad en el país y/o le reporta una importante y significativa pérdida de ingresos, todo ello podría, eventualmente, generar los derechos reparatorios o bien habilitar la invocación de las eximentes a que hubiere lugar, en tanto los actos legislativos lícitos también generan responsabilidad estatal.

Empero, todo lo anteriormente expresado eso ajeno a la cuestión de inconstitucionalidad de la ley, en tanto dicho instituto ha de velar por la compatibilidad de las normas dictadas por el Órgano legislativo respecto de derechos y principios protegidos y consagrados en la Carta Magna.. El artículo 116 - en lo medular - no consagra ni expresa ni tácitamente la irresponsabilidad de los Órganos públicos, ninguna observación de confrontación constitucional padece.

Ahora bien, el apartado final del párrafo primero sí colide con el principio de igualdad, conforme lo denuncia la parte actora, en cuanto

preceptúa que “*En el caso de servicios satelitales la señal propia deberá ser de producción nacional.*”

No se alcanza a comprender -en tanto la LSCA no establece pautas interpretativas sobre el punto en cuestión- la razón jurídica que otorgaría relevancia y validez a una diferenciación notoria entre los operadores de señales para abonados, imponiendo una incuestionable obligación en extremo más gravosa exclusivamente para los titulares de la señal satelital, mas no para los de señales por cable.

Dicha diferenciación se torna mayormente incomprensible en el plano legal, si se atiende que la LSCA, en su ratio, procura el fomento de las producciones televisivas realizadas en el país. Tan ello así, que *luce contradictorio con dicha finalidad* la exoneración a las señales de abonados por cable (que en número son sensiblemente superiores) de la obligación de producir su señal nacional en nuestro territorio, no obstante exigir dicha obligación en exclusiva para las empresas que emiten señal satelital, las cuales, de regla, no suelen ser productoras sino repetidoras de señales producidas en el exterior.

Es por ello que, no existiendo pautas intelectivas auténticas que permitan explicitar lo dispuesto en el artículo 116 de modo tal que no violente el derecho de igualdad de las personas ante la ley, la obligación impuesta exclusivamente a los titulares de señales satelitales se transforma en una disposición que confronta con derechos constitucionalmente protegidos y por ende, a su respecto asiste razón a la accionante.

**12) Artículo 117 (en relación a los artículos 7, 10, 28, 29 y 36 de la Constitución Nacional y artículo 13 de la CADH).**

Las objeciones que se formulan a esta disposición no importan confrontación constitucional alguna, tal y como se expresará infra.

El artículo 117, en lo sustancial, refiere a la obligatoriedad de incluir en los denominados “paquetes básicos” de abonados, las señales de Televisión Nacional Uruguay (TNU) y hasta tres señales nacionales de televisión, las cuales se seleccionarán cada cinco años bajo el sistema descrito en la norma.

La pretensora sostiene que, sin perjuicio que ya tiene incorporada a su grilla la señal de TNU, le causa perjuicio la obligatoriedad de incorporar tres señales adicionales, dado que *“Quizás para una empresa de televisión para abonados por cable, contar con tres señales adicionales carezca de mayores costos. Pero para una empresa de televisión para abonados de tipo satelital, como lo es DIRECTV, cada señal que se agrega a la grilla debe subirse al satélite, con el costo directo y de oportunidad que dicha operación implica: por ende, previo a incorporar una nueva señal (...) resulta crucial: 1) la disponibilidad de espacio en el satélite, 2) la viabilidad comercial de incorporar la señal y 3) las demás señales que puedan estar pujando para ingresar al satélite, así como la posibilidad de dar de baja señales actuales”* (fojas 232).

Concluye afirmando que *“parece evidente que el legislador se ha excedido en clara violación al principio de proporcionalidad, al exigir a DIRECTV además de una señal propia, la inclusión de cuatro señales (TNU) y tres señales por concurso (...) sin un rédito económico esperable ...”* (fojas 232 vuelto y 233). Conforme se desprende de la fundamentación expuesta, las razones atienden a cuestiones de conveniencia, oportunidad y balance económico, las cuales devienen ajenas a toda cuestión de inconstitucionalidad. Si se observa, la actora se agravia por cuanto la nueva reglamentación no le supone

un “*rédito esperable*”, sino, por el contrario, una erogación superior a la prevista bajo la vigencia de la normativa anterior, esto es, en oportunidad en que la empresa se instalara en el país, “*al amparo del decreto 160/000*”, generándose en su perjuicio una excesiva onerosidad superviniente (fojas 236).

Sin desmedro de la legítima motivación que en el plano empresarial impulse a la actora en autos y sin ingresar a los aspectos financieros que la adecuación a la nueva normativa genera, lo cierto es que en un accionamiento como el instaurado, a la Fiscalía concierne examinar la compatibilidad y regularidad de las normas denunciadas con las disposiciones establecidas en la Constitución Nacional. Y a tales efectos nada inciden los derechos adquiridos que detentare la accionante y de las modificaciones de las condiciones contractuales que razonablemente cabe comprender le ha de generar la nueva estructura legal en la materia. En todo caso y si así lo viere corresponder a derecho, le habilita para efectivizar las reclamaciones patrimoniales antes la sedes administrativas y judiciales correspondientes.

No debe desatenderse que el principio de seguridad jurídica ***no garantiza la inmutabilidad del sistema administrativo, ni la inmutabilidad de las leyes, pues ello importaría la parálisis del funcionamiento legislativo y de la actividad reglamentaria de la Administración.*** La seguridad jurídica no impide la adecuación del derecho positivo a las nuevas tecnologías y emprendimientos, sino que, en su esencia, representa ***la certeza del derecho vigente.*** Ello irradia dos consecuencias inequívocas: por un lado, que si la ignorancia de la ley no sirve de excusa (“*ignorantia juris non excusat*”), entonces la ley debe ser pasible de ser conocida, en tanto el administrado tiene derecho a saber qué se ordena y qué se prohíbe a través de la misma. Y por otro, tiene derecho a que si sus bienes y sus derechos se ven afectados por imperio de la ley, el propio derecho positivo

asegure su reparación, comenzando por la consagración de este principio en la propia Constitución Nacional .

Por lo mismo y siendo que los cambios en las situaciones y posiciones jurídicas necesariamente se realizan a través de **cambios normativos**, o bien de mecanismos previstos en las leyes y disposiciones reglamentarias, es que doctrinaria y jurisprudencialmente el derecho comparado proclama con status de “principios normativos” (a los que invariablemente debe ajustarse el legislador), la irretroactividad de las disposiciones que fueren desfavorables o restrictivas de derechos y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Como ilustradamente lo expresa AMOROS DORDA, ante hipótesis en las que la regulación necesaria de los avances tecnológicos parece confrontar con la seguridad jurídica: *“...la tensión entre dos principios opuestos, esta dicotomía que opone la conservación al progreso social y la visión estática del Derecho a la visión dinámica, no puede resolverse por el sencillo expediente de dar a uno la prevalencia sobre el otro. Y ello porque los dos principios en conflicto -seguridad jurídica versus progreso social- se encuentran en el mismo plano jurídico de protección (...) revestidos por ello del rango de principios constitucionales. Ha de resolverse, en cambio, como suele suceder en el ámbito del Derecho Constitucional con otros conflictos o tensiones, mediante la ponderación o la limitación recíproca de ambos. Así, ni la seguridad jurídica ni las ideas de progreso o mejoramiento social y de solidaridad pueden configurarse como principios inmutables o absolutos, sino que deben limitarse para hacerse compatibles. En este sentido, la seguridad podrá restringirse generando una incertidumbre jurídica -una inseguridad- que habrá de compensarse con las innovaciones y los cambios normativos que imponga el progreso político, económico y social en beneficio de la paz social. Y viceversa:*

*los cambios y transformaciones del ordenamiento jurídico que demanden la igualdad, el progreso o la solidaridad social deberán atemperarse con la conservación de las garantías y la estabilidad jurídica para obtener el mismo resultado, reparando, en su caso, los perjuicios que esas innovaciones normativas en pos del progreso social y de la solidaridad ocasionen en las situaciones jurídicas subjetivas de los particulares.”* (Conforme Francisco Javier Amoros Dorda - Seminario “Seguridad Jurídica y Administración” - Edición Fundación Sociedad de la Información - SOCINFO - Madrid, Año 2012).

**13) Artículo 139 (en relación al artículo 29 de la Constitución Nacional y artículo 13 de la CADH).**

No ha de compartirse la alegada inconstitucionalidad respecto del artículo 139 de la LSCA.

La citada disposición determina el tiempo máximo de publicidad que es permisible incorporar por cada hora de transmisión, lo cual se enuncia en los siguientes términos:

*“(Tiempo y espacio destinado a publicidad).- Los servicios de comunicación audiovisual podrán emitir un máximo de quince minutos de mensajes publicitarios por cada hora de transmisión, por cada señal, cuando se trate de servicios de radiodifusión de televisión y quince minutos cuando se trate de servicios de radiodifusión de radio. En ningún caso estos tiempos serán acumulables. Se deberá incluir en el cálculo del tiempo máximo previsto el tiempo de un mensaje publicitario emitido en la modalidad de publicidad no tradicional, cuando la duración del mensaje supere los quince segundos.*

*No se computarán dentro del tiempo publicitario expresado:*

*A) La autopromoción ni los comunicados oficiales o campañas de bien público.*

*B) La publicidad que se emita utilizando el sistema de sobreimpresión sin sonido sobre imagen emitida.*

*C) La publicidad estática en la transmisión de eventos públicos ni el emplazamiento de productos.*

*Los mensajes publicitarios sobreimpresos en la televisión (textos inscriptos sobre figuras) no deben ocupar más de un dieciseisavo de la pantalla ni exceder de las ocho menciones de diez segundos cada una, por hora, no acumulables.”*

Como es dable advertir, la disposición cuestionada no contiene previsión alguna que pueda ser pasible de considerarse violatoria de derechos especialmente protegidos en la Constitución Nacional. Por el contrario, se trata de una disposición que acompasa la tendencia a nivel internacional respecto de los límites temporales de la publicidad a emitirse en radio y televisión, los cuales promedialmente se sitúan entre los diez y quince minutos por ciclo horario de emisión.

Ha de tenerse presente que el legislador no podría atender en exclusividad los derechos de una de las partes (empresas audiovisuales) en detrimento del bienestar del público consumidor, el cual no ha de verse sorprendido en su buena fe soportando prácticas de saturamiento publicitario. Y estando los márgenes publicitarios previstos dentro de las prácticas internacionales, ninguna desproporcionalidad podría argumentarse.

Por demás, y respecto del artículo 139 de la LSCA, la compareciente en su fundamentación no conmueve el principio de regularidad

constitucional de la ley, por lo que a su respecto no corresponde observación a formular.

**14) Artículo 142 (en relación a los artículos 7, 29, 36 y 77 numeral 7 de la Constitución Nacional y artículo 13 de la CADH).**

El vicio formal que es atribuido a esta norma, por el cual se dice contraviene lo preceptuado en el artículo 77 numeral 7 de la Constitución Nacional, así como la irregularidad sustancial por afectación de la libertad de expresión, no son de recibo.

El artículo 142 de la LSCA, en referencia a la *publicidad electoral*, declara “... de interés nacional para el fortalecimiento del sistema democrático republicano el otorgamiento de publicidad gratuita en los servicios de radio y televisión abierta, los servicios de televisión para abonados en sus señales propias y las señales de televisión establecidas en Uruguay que sean difundidas o distribuidas por servicios para abonados con licencia para actuar en nuestro país.”. A continuación enumera los actos electorales que comprende y las modalidades a regir para la determinación del espacio publicitario.

En relación al contenido (o fondo) de la atacada, expresa la accionante que la publicidad electoral puede llegar a abarcar el 60 % del tiempo destinado a mensajes publicitarios, lo cual deviene desproporcionado. En relación a la forma, señala que la norma en estudio se ve alcanzada “...por el mandato del art. 77 numeral 7 de la Carta, en cuanto exige dos tercios del total de componentes de cada Cámara para legislar en materia electoral, salvo las excepciones que contempla, entre las cuales no se encuentra la publicidad correspondiente a las campañas electorales de los partidos políticos” (fojas 244).



En cuanto a lo primero, tampoco en este precepto se constata la existencia de desproporcionalidad manifiesta en la resolución legislativa adoptada, en tanto los porcentajes a que refiere la accionante son expresados de forma más aparente que real. En efecto, el “sesenta por ciento” del espacio publicitario (además de ser un tope máximo de “excepción” y no de regla) se traduce en puridad en una media de nueve (9) minutos por hora de emisión, siempre, se reitera, sobre la hipótesis de máximos y no de tiempo real impuesto en la impugnada.

A ello cabe agregar que el perjuicio económico que de aduce (por espacio de publicidad obligatoriamente cedido a la campaña electoral) deviene un extremo no comprobado en autos, aleatorio y contingente, del cual no puede pender la regularidad constitucional de la norma. Todo ello sin obviar que durante los períodos previos a las elecciones las empresas audiovisuales captan un significativo aumento de espacios contratados por los Partidos Políticos, lo cual representa un importante segmento de publicidad paga (y tradicionalmente de alto coste), adicional, que constituye un ejemplo de los denominados “*períodos zafrales*” para agencias publicitarias y empresas de comunicación.

Por demás, y en cuanto a las objeciones formales que se efectúan, tampoco son de recibo.

La disposición contenida en el artículo 77 numeral 7 de la Constitución ha de ser de interpretación estricta y no extensiva o analógica, sin perjuicio que es el propio constituyente quien se encarga de asignar una *intelección auténtica* de la misma, la cual emana de su propio texto. En efecto, el artículo 77 en el numeral 7 preceptúa que: “*Toda nueva ley de Registro Cívico o de Elecciones, así como toda modificación o interpretación de las vigentes, requerirá dos tercios de votos del total de componentes de cada*

*Cámara. Esta mayoría especial **regirá sólo** para las garantías del sufragio y elección, composición, funciones y procedimientos de la Corte Electoral y corporaciones electorales...”*

Va de suyo que el artículo 142 de la LSCA no legisla sobre “las garantías del sufragio y elección” ni sobre la “elección, composición, funciones y procedimientos de la Corte Electoral y corporaciones electorales”, únicas hipótesis para las que, de forma excluyente, la Constitución exige la mayoría especial de dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara.

Sin perjuicio del claro tenor literal del texto constitucional, el cual exime de toda otra fundamentación, lo anteriormente consignado encuentra diversos argumentos contestes a aquella.

Si se observa, históricamente la ley electoral no ha intervenido en la regulación de los aspectos publicitarios de las campañas electorales, como en cambio sí regula las cuestiones que atienden a la esencia propia de dichas colectividades. Por ejemplo la configuración e inscripción en tiempo y forma en el Registro respectivo de los Partidos “permanentes” y “accidentales”; la configuración de “lemas” y sub lemas”; la confección de las “listas” o papeletas electorales, y demás cuestiones atinentes al desarrollo del acto electoral (Vide leyes 7.812, 7.690 y 13.882, todas ellas con las modificaciones y la redacción dada por la ley N° 17.690).

La publicidad que es tradicionalmente desplegada por los Partidos Políticos con motivo de los diferentes actos electorales ha tenido en nuestra legislación una regulación independiente de aquellas leyes que regulan la elección y el sufragio, conforme *ley N° 17.045 (publicidad electoral)*, el más inmediato antecedente en la materia respecto de la LSCA.

Ahora bien y si de definir la “cuestión electoral” strictu sensu se trata, en puridad la hipótesis de autos refiere no al acto eleccionario en sí mismo, sino a una etapa que *necesariamente le precede*. En fundamentos que son de aplicación a la especie, la doctrina publicista ha señalado que “*La inscripción o registro de los partidos políticos es una función, valga la redundancia, registral. Por tanto, su naturaleza administrativa resulta evidente. Asimismo, es una función que no constituye materia electoral. Desde el punto de vista de un proceso electoral, el registro de partidos es un asunto que ocurre previamente. Podemos afirmar, entonces, que se trata de una cuestión pre-electoral* “ (Conforme C. Salcedo Cuadros - ¿Qué es la materia electoral? - Revista Digital “Actualidad Jurídica” –Universidad Católica del Perú – Número 143 página 149 - <http://blog.pucp.edu.pe/media/avatar/149.pdf> ).

A mayor abundamiento, la historia de la sanción de la ley 17.045 de Partidos Políticos (a través de la cual se dictan normas referidas a publicidad electoral), registra la intelección que el legislador patrio ha asignado correctamente y de forma por demás restrictiva a la exigencia constitucional prevista en el artículo 77 numeral 7 de la Carta Magna.

Así, en ocasión de aprobarse el artículo 7 de la ley 17.045, que preceptúa que el control de lo dispuesto en la ley será realizado por la Corte Electoral, se sostuvo en la Cámara Alta que la nueva función que le es asignada a la misma no integra el elenco de funciones que por su naturaleza están previstas en el artículo 77 numeral 7 de la Constitución Nacional y por ende no correspondía la exigencia de mayorías especiales. Ello, en una intelección que aparece en evidente consonancia con cuanto expresaba Salcedo Cuadros, diferenciando las funciones administrativas del Órgano máximo de la justicia electoral, de aquello que ha de considerarse *materia electoral* propiamente dicha (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 58ª Sesión Ordinaria).

**15) Artículos 176 a 186 (en relación a los artículos 7, 29, 36 y 77 numeral 7 de la Constitución Nacional y artículo 13 de la CADH).**

El conjunto normativo impugnado a que refiere el presente numeral comprende once artículos de la LSCA, que regulan el sistema sancionatorio previsto en el ejusdem, y las normas que por conexidad refieren a su publicidad y prescripción. Se ha de examinar en primer término, aquellas normas respecto de las cuales no se advierte tal irregularidad (artículos 176, 177, 183, 184, 185 y 186); y en segundo lugar, se analizará aquel cúmulo respecto del cual se observan reparos a su regularidad constitucional, ya sea total o parcialmente (artículos 178, 179, 180, 181 y 182).

Y bien, en relación a los artículos 176, 177, 183, 184, 185 y 186 de la LSCA ninguna confrontación se observa con los principios y derechos constitucionalmente consagrados, por cuanto :

a) El artículo 176 enuncia la competencia corresponderá al Estado, a través del Poder Ejecutivo, de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones, del Consejo de Comunicación Audiovisual o del Poder Judicial, según corresponda, el control, la supervisión, el ejercicio de la potestad sancionatoria y la imposición de las obligaciones previstas en la LSCA.

b) El artículo 177 se limita a clasificar las infracciones en leves, graves y muy graves, sin ingresar a su descripción o detalle.

c) El artículo 183 enuncia las causales de revocación de las licencias otorgadas, no advirtiéndose en los literales A-I ninguna hipótesis de arbitrariedad o desproporcionalidad que, *prima-facie*, confronte con los derechos de los operadores de servicios audiovisuales.

d) El artículo 184 prevé la publicidad de las sanciones, medida que, al establecerse sólo a posteriori de resoluciones *consentidas o definitivas*, permite inferir que la contraparte ha tenido oportunidad de efectuar sus debidos descargos y consecuente defensa. Apriorísticamente entonces, no configuraría una arbitraria afectación del debido proceso legal y la igualdad ante la ley.

e) El artículo 185 establece que, en todos los casos, la aplicación de sanciones se realizará con ajuste a los principios del debido proceso y de la razonable adecuación de la sanción a la infracción, por lo cual, como enunciado general, no podría de modo alguno considerarse inconstitucional.

f) El artículo 186 dispone los términos prescripcionales de las infracciones previstas en la LSCA, estableciendo los siguientes plazos: aquellas que se catalogan como “muy graves” prescribirán a los seis años, las “graves” a los tres años y las “leves” al año de su comisión. Sin perjuicio que infra se examinarán los reparos que merecen los parámetros a los que recurre la ley para determinar cuándo se está ante infracciones que ubica en las categorías de “graves” y “leves”, ello no afecta la regularidad constitucional de los términos de prescripción previstos en artículo 186.

Ahora bien, corresponde, como se enunciara en el acápite del numeral en desarrollo, ingresar al examen del cúmulo normativo que, en referencia al régimen sancionatorio previsto en la LSCA, padece de inconstitucionalidad, ya fuere total o parcialmente. Ellos son: artículos 178, 179, 180, 181 y 182, a cuyo respecto cabe señalar:

a) El artículo 178 es *parcialmente* inconstitucional, en virtud de la previsión contenida en su literal J, en el cual se califica como falta “muy

grave”. Dicha norma reza: “*La negativa, resistencia u otra conducta deliberada que impida, dificulte o retrase el ejercicio de las facultades de inspección de la Administración.*” Pues bien, la conducta deliberada es aquella intencionada y voluntaria, mas no necesariamente ilegítima. Si se atiende a la gravedad de las sanciones previstas en la ley, que incluyen entre otras la suspensión inmediata de la emisión, pudiendo ser acumulativa con el decomiso, luce una notoria ausencia de determinación de las razones por las cuales, voluntariamente el operador impida la inspección, que bien pueden ser justificadas y con amparo legal. La negativa relevante es para la LSCA, aquella que es voluntaria, ex profeso y con plena conciencia de conducta; pero parámetro de voluntariedad parece ser sobreabundante, en tanto se obvia toda referencia a las motivaciones que pudiera esgrimir el operador, las cuales parecen no ser relevantes en el contexto del artículo 178 ejusdem.

Ha de tenerse en consideración que dicho precepto ***no hace referencia ni remite a norma alguna de procedimiento***, que permita entrever qué garantías han sido respetadas en el accionar inspectivo, ni las limitaciones dentro de las que han de conducirse las autoridades. Es en tal contexto entonces, que el literal J confronta con las garantías que son de exigir en todo procedimiento administrativo infraccional, respecto del cual ***la inspección conforma incuestionablemente su parte inicial.***

Adviértase, asimismo, que no se hace referencia alguna al impedimento reiterado, contumaz o doloso, ni a la existencia de antecedentes infraccionales leves o graves. Por el contrario, es suficiente la provocación del simple “retraso” en la actividad inspectiva, aunque dicha voluntad negativa fuere expresada por vez primera y en el convencimiento de creerse asistido de razón.

No es pues el derecho sancionatorio de la Administración el que es puesto en observación, sino la desproporcionalidad entre la conducta que se considera inapropiada y la calificación de la misma, a la luz de la gravedad que tal calificación acarrea.

Concordantemente, la doctrina administrativista ha sostenido que el mencionado el principio de proporcionalidad “... *opera en dos planos: en el normativo, de tal manera que las disposiciones generales han de cuidarse de que las sanciones que asignen a las infracciones sean proporcionales a éstas; y en el de la aplicación, de tal manera que las sanciones singulares que se impongan sean igualmente proporcionales a las infracciones concretas imputadas*” (Conforme Alejandro Nieto García - Derecho administrativo sancionador (4ª Edición) - Editorial Tecno -, Madrid. 1994 - páginas . 165,166).

b) El artículo 179 deviene parcialmente inconstitucional, en sus literales B, C, D, E, F y J, por cuanto se dirá inmediatamente.

El literal B considera y preceptúa como infracción “grave”:  
“*El incumplimiento de las obligaciones correspondientes al registro o el falseamiento de los datos aportados, **cuando no constituya infracción muy grave.***”

El literal C considera y preceptúa como infracción “grave”: “*El incumplimiento de las obligaciones asumidas al otorgarse la autorización o licencia, **cuando no constituya infracción muy grave.***”

El literal D considera y preceptúa como infracción “grave”:  
“*La violación de las obligaciones en materia del respeto a los derechos de las personas establecidas en los artículos de la presente ley, **cuando no constituya una infracción muy grave.***”

El literal E considera y preceptúa como infracción “grave”:  
*“La violación de las obligaciones en materia de promoción de la producción audiovisual nacional establecidas en esta ley **cuando no constituya una infracción muy grave**”*

El literal F considera y preceptúa como infracción “grave”:  
*“La difusión de programación por servicios de radio o de televisión cuyo titular no haya cumplido la obligación de registro o cuya inscripción haya sido cancelada, **cuando no sea constitutiva de infracción muy grave** de acuerdo con el literal anterior.*

El literal J considera y preceptúa como infracción “grave”: *” El incumplimiento de los mínimos de contenidos que se establecen en la presente ley como forma de promoción de la industria audiovisual, **cuando no constituya infracción muy grave.**”*

Como viene de transcribirse, la ley ha adoptado una constante en su criterio de calificación de la entidad de las infracciones, que, sin duda alguna, **violenta el principios de tipicidad** que ilustra el derecho administrativo sancionatorio. En la sistemática empleada en la LSCA, la configuración de la entidad de la infracción opera por descarte escalonado, es decir, será considerada “grave” la conducta que no es considerada “muy” grave y será “leve” la conducta que no es considerada “grave”. Huelga señalar que este criterio carece de las mínimas garantías para el administrado. Ello tanto por no señalarse legalmente cuáles son las conductas sancionadas, como por la ausencia de previsión de la autoridad que calificará la entidad de las mismas, lo que torna posible la verificación de una diferente calificación (y por ende una diferente sanción) conforme sea la autoridad que catalogue el comportamiento o la omisión e imponga la consecuente penalidad.



El principio de tipicidad antes mencionado cobra especial relevancia por tratarse del óbice más reconocido para impedir la creación y/o aplicación de verdaderas “*normas sancionatorias en blanco*”. En el especie, la ley no solamente abandona toda determinación de las pautas sancionatorias graves y leves (las “muy” graves sí han sido especificadas), sino que, expresamente, se recurre a un sistema de determinación ambiguo e impreciso, cambiante conforme el criterio humano que quien deba ejercer el rol de la autoridad.

La tipicidad pues, no es sino el resultado de la verificación de si la conducta y lo descrito en la figura prevista legalmente, coinciden; de allí la trascendencia que posee la correcta determinación de la figura netamente conceptual que la ley imponga. A este proceso de verificación se denomina en doctrina y jurisprudencia “*juicio de tipicidad*”, es decir, un proceso de imputación donde el intérprete, tomando como base al bien jurídico protegido, va a establecer si un determinado hecho puede ser atribuido a lo descrito en el tipo (infracción). Dicho de otra manera, la tipicidad es la adecuación de un actuar ejecutado por una persona - física o jurídica - a la figura descrita por la ley como pasible de ser sancionada. Por cuanto se ha expresado, resulta incuestionable que no existe tipicidad en la norma que califica de *grave* todo aquello que no es “muy” grave, o de *leve* todo aquello que no es “grave”. Máxime si se atiende a la diferente escala cuantitativa de sanciones previstas en la LSCA, en donde calificar como grave o leve una conducta equivale a oscilar entre ser apercibido o bien ser sancionado con el cese inmediato de las emisión, a un decomiso (o a ambas, conforme se verá infra) e inclusive a la revocación de la concesión, autorización, licencia o registro.

Al respecto de la tipicidad como principio inescindible de la seguridad jurídica, el Supremo Tribunal Constitucional español ha señalado que

el mismo “... comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, **la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción;** la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como...” ley o norma con rango de ley.” (Conforme STC de España, fallo 61/1990, el destacado no figura en el original).

En el derecho comparado americano, ha dicho la Corte Suprema de Colombia: “En lo que corresponde con *lex certa*, el injusto administrativo debe realizarse a través de conceptos jurídicos que permitan predecir con claridad y de modo inequívoco las conductas que constituyan una infracción y las penas o sanciones aplicables (...) la certeza refiere con el hecho de que el texto sea preciso ,lo cual significa que en él se incluya y determine con detalle, tanto la conducta como el castigo a imponer, de manera tal que no se presente duda sobre cuál es el hecho generador de reproche y cuál su respectiva sanción” (Cf. S. 393/2006).

Como excelentemente lo resume MALDONADO CARDENAS , “El principio de tipicidad, implica que la acción debe estar precisada antes de su comisión, tiene un importancia indiscutible por cuanto sin el tipo no se puede determinar el campo de lo prohibido en el que interviene el derecho.” (Conforme Luis Pablo Maldonado Cardenas - “El principio de

tipicidad administrativa y su relación con el principio de legalidad en el procedimiento administrativo.” - BOLETIN AI – Marzo 2014 ).

c) El artículo 180 adolece, por idéntica fundamentación y por cuanto viene de expresarse, de la denunciada incompatibilidad constitucional, en tanto preceptúa que: *“Serán infracciones leves las acciones u omisiones contrarias a las obligaciones establecidas en esta ley que no estén tipificadas como infracciones graves o muy graves ...”*.

d) El artículo 181 deviene parcialmente inconstitucional al preceptuar en su literal C, que el “decomiso”, como sanción, *“podrá ser aplicada en forma exclusiva o accesoria a las demás previstas”*. Tal previsión supone la violación del principio de tipicidad, en tanto se desconoce junto a cuáles sanciones y por ende relacionadas con cuáles conductas será pasible de aplicarse el decomiso administrativo, quedando su determinación al arbitrio de la autoridad interviniente. Y además comporta una notoria transgresión del principio “non bis in ídem”, en tanto no solamente existe identidad de sujeto, hecho y fundamento, sino que no es posible llegar a comprender si lo que se autoriza es la sanción simultánea, o bien ambas sanciones consecutivamente, o bien se habilita indistintamente ambos procedimientos, conforme fuere a la autoridad que los imponga. Por consiguiente, no existiendo previsión alguna en cuanto a la conducta que amerita el decomiso ni a los presupuestos mínimos que han de ocurrir para que aquel se imponga “junto con las demás” sanciones, y menos aún existiendo referencia alguna al procedimiento único o plural que las establezca, la norma deviene violatoria de los principios de tipicidad, legalidad y seguridad jurídicas, y de aquellos derechos que de ellos se derivan, como el ya citado “non bis in ídem”.

Como expresa SANTAMARÍA PASTOR, este principio que examinamos “...supone, en primer lugar, la exclusión de la posibilidad de imponer en base a los mismos hechos dos o más sanciones administrativas o una sanción administrativa y otra de orden penal; esta regla prohibitiva surge históricamente como reacción a la práctica criminal del Estado absoluto y por su evidencia, no ha sido apenas objeto de refrendo en los textos legales.” (Conforme Juan Alfonso Santamaría Pastor - Principios del Derecho Administrativo Sancionador - Colección Ceura. Madrid. 1era Edición - 2000 página 393 )

La conexidad de este principio con la tipicidad a que se hacía referencia ut supra es incuestionable, pues se halla en su ratio. En las palabras de MORON, citado por Ruiz Cernades, “*el Nom Bis In Idem, no permite la acumulación de sanciones contra el individuo, porque de ser así, se estaría vulnerado el Principio de Tipicidad que es fundamental para la aplicación del derecho administrativo sancionador.*” (Conforme Daniel Ruiz Cernandez - El principio non bis in idem en el derecho administrativo sancionador y el derecho penal – Revista Derecho y Cambio Social - Editorial La Molina – Número 09 - AÑO IV - 2007).

e) El artículo 182 confronta con la Carta, en tanto recurre a pautas altamente subjetivas e imprecisas para la determinación de las multas como sanción a recaer, delegando en la respectiva reglamentación la elaboración de lo que denomina un “*cuadro de graduación*”, el cual, precisamente, deberá ajustarse a lineamientos carentes de toda certeza jurídica.

Así, la norma en cuestión dispone que la cuantía de la sanción que se imponga se graduará teniendo en cuenta aspectos notoriamente *imprecisos* como la “*repercusión social*” (extremo de medición altamente

cambiante si los hay, en cuanto a audiencias televisivas). Además la norma tampoco atiende a la audiencia exclusivamente real sino también a la “potencial”, esto es, la sanción se gradúa en base a una imaginaria repercusión e impacto estimativo sobre una audiencia también estimativa.

Los parámetros a los que remite la disposición atacada conllevan pues un alto grado de casuística y volatilidad, a más de que en su elaboración no interviene el legislador (ni el Poder Ejecutivo en lo sustancial), sino que para obtener aquellas mediciones habrá de recurrirse necesariamente a agentes externos idóneos en marketing social y televisivo, y/o en mediciones de encuestas de hogares y consumo, lo cual ya de por sí denota no solamente la ausencia de tipicidad y legalidad en la determinación de la sanción, sino también la *fragilidad manifiesta y la alta movilidad* propia de los extremos a medir, como lo es la preferencia popular en cuanto a programación televisiva.

Asimismo, se prevé como parámetro a considerar para la estimación de la sanción de narras, el “perjuicio económico” que le ocasione la infracción “al público consumidor” del servicio, lo cual importa ingresar no solamente en un terreno de escasa o nula probabilidad de comprobación, sino en un terreno particularismo y propio del usuario. De hecho, la ley “subroga” en su legitimación (en una suerte de “compensación punitiva”) del perjuicio, a cada uno de los integrantes de la masa de audiencia que estadísticamente supone tiene o debería tener una emisión determinada. Obsérvese que el “perjuicio” no puede medirse respecto de los titulares naturales por tratarse de una entidad difusa, por lo que la uniformidad que la ley asigna al “daño” deviene carente de una base de evaluación relevante para el derecho administrativo sancionatorio.

Por lo mismo, si ha de medirse un perjuicio como “base determinante” de la sanción, el mismo ha de referir *a la Administración o al*

*Estado como persona jurídica mayor, e inclusive a los bienes jurídicos tutelados*, mas no al perjuicio de una audiencia televisiva potencial o proyectada, inconstante, variable y permeable por naturaleza en sus preferencias e indeterminada. La inobservancia pues de la necesaria certeza jurídica y de la tipicidad que es dable constitucionalmente exigir en el derecho administrativo sancionador, coadyuvan para dar razón a la accionante en cuanto sostiene la existencia de normas sancionadoras “en blanco”, lo cual las transforma en incompatibles con los preceptos de la Carta que se invocan vulnerados.

Por los fundamentos expuestos, y en relación al planteamiento de inconstitucionalidad de las normas que han sido examinadas ut supra, este Ministerio estima que:

**a)** los artículos 32, 66, 97, 115, 117, 139, 142, 176, 177, 183, 184, 185 y 186 de la ley 19.307 no padecen la inconstitucionalidad que se impetra, por lo que, a su respecto, corresponde el **rechazo** del planteamiento incoado.

**b)** los artículos 33 (literal F), 56 (inciso 1), 60 (literal C), 68 (literal Y), 98 (inciso 2), 116 (inciso 2), 178 (literal J), 179 (literales B, C, D, E, F, J) y 181 (literal C) de la ley 19.307 devienen **parcialmente** inconstitucionales, por lo que, a su respecto, corresponde acceder a la declaración solicitada, exclusivamente en cuanto a los literales descriptos refiere.

**c)** los artículos 39 inciso 3, 40, 55, 180, y 182 de la ley 19.307 son inconstitucionales en la integridad de su texto, por lo que, a su respecto, corresponde **acceder** in totum a lo solicitado.-

Montevideo, 7 de abril de 2015.

***Dr. Jorge Díaz Almeida***  
***Fiscal de Corte y Procurador***  
***General de la Nación***