

C.C.C.F. Sala Segunda

CFP 11778/2015/4/CA2

**“SABATELLA, Martín y otros
s/procesamiento”**

Juzgado 11 Secretaría 21

//////////nos Aires, 25 de agosto de 2017.

Y VISTOS: Y CONSIDERANDO:

El presente dará tratamiento y respuesta a las apelaciones del procesamiento del Directorio de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, el Afscsa, y de algunos Directores de áreas que dieron respaldo al dictado de la Resolución n° 1121/14.

Y su desarrollo comprenderá diversos capítulos.
Veamos.

-I-

La norma que limitó el número de licencias

1. La Ley 26552 fue promulgada el 10 de octubre de 2009 con el objetivo de regular los servicios de comunicación audiovisual en todo el ámbito territorial de la República Argentina y con posterioridad el decreto de necesidad y urgencia n° 267 del 29 de diciembre de 2015, convalidado por el Congreso de la Nación el 7 de abril de 2016, dejó sin efecto algunas de sus regulaciones, puntualmente las que en este tema nos ocupa.

El artículo 161 de aquella disponía que: *los titulares de licencias de los servicios y registros regulados por esta ley que a la fecha no reúnan o no cumplan los requisitos previstos por la misma, o las personas jurídicas que al momento de entrada en vigencia de esta ley fueran titulares de una cantidad mayor de licencias, o con una composición societaria diferente a la permitida, deberán ajustarse a las disposiciones de la presente en un plazo no mayor a un (1)*

año desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición. Vencido dicho plazo serán aplicables las medidas que al incumplimiento –en cada caso- correspondieren.

A su vez, el Decreto 1225/2010 que la reglamentó estipulaba que: *la Autoridad de Aplicación establecerá los mecanismos de transición a los fines de adecuar la situación de la totalidad de los licenciarios a lo dispuesto en la Ley 26522, bajo los siguientes criterios: ... 3) Adecuación por transferencia de licencias. Al sólo efecto de la adecuación prevista en el artículo 161 de la Ley 26522, se permitirá la transferencia de licencias, la que podrá efectuarse mediante los siguientes mecanismos: a) Transferencia voluntaria: Los licenciarios podrán transferir las licencias de que sean titulares a un tercero que cumpla con los requisitos legales, de conformidad con las condiciones previstas por la Ley, o bien otorgarle dicha facultad a la Autoridad de Aplicación para la licitación respectiva; b) Transferencia de oficio: La Autoridad de Aplicación dispondrá la transferencia de las licencias a los efectos de la adecuación en caso de que los titulares de las licencias no dieran cumplimiento a las disposiciones de la Ley y de la presente reglamentación en los plazos previstos”.*

2. Durante su vigencia, la Corte Suprema rechazó la acción meramente declarativa interpuesta con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad de determinados artículos de esa Ley y su inaplicabilidad respecto de las licencias y señales de las que resultaban ser titulares al momento de promulgarse la norma el *Grupo Clarín S.A., Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Multicanal S.A., Radio Mitre S.A. y Teledigital Cable S.A.* (“G. 439. XLIX. (Rex) Recurso de Hecho *Grupo Clarín SA* y otros c/Poder Ejecutivo Nacional y otros/acción meramente declarativa”, del 29 de octubre de 2013). En su fallo se afirmó que esa norma promovía la libertad de expresión en su faz colectiva estableciendo límites iguales a todos los titulares de licencias en tanto no efectuaba distinción respecto de los sujetos alcanzados por sus disposiciones. Y recordó que resultaba vitalmente importante a fin de asegurar que se cumplieran los fines de la ley que el

Poder Judicial de la Nación

encargado de aplicarla fuera un órgano técnico e independiente, protegido contra indebidas interferencias tanto del gobierno como de otros grupos de presión. Así, recomendó que la autoridad de aplicación debía ajustarse estrictamente a los principios establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales a ella incorporados y en la propia ley, respetando la igualdad de trato sin discriminar sobre la base de opiniones disidentes y garantizando el derecho de los ciudadanos al acceso de información plural.

-II-

El trámite administrativo seguido para su aplicación

1. En una primera decisión la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, el Afscsa, como autoridad de aplicación declaró formalmente admisible la propuesta de adecuación del *Grupo Clarín* y le dio un plazo de 180 días corridos a partir de su notificación para su cumplimiento (ver Resolución 193 del 18 de febrero de 2014, agregada a fs. 2395/2403 del expediente administrativo n° 3002/2013 de la Dirección de Adecuación y Transferencia de esa entidad).

Luego de ello, y ante las distintas presentaciones de ese grupo de medios de comunicación en los que solicitaba la suspensión del plazo acordado o de la concesión de una prórroga (alegando la necesidad de contar con pronunciamientos previos de otras dependencias oficiales) y de un requerimiento para que ese organismo se pronunciara sobre cuestiones preliminares, el Afscsa rechazó lo que entendió un pedido de modificación de la propuesta de adecuación originaria e intimó al *Grupo Clarín* para que en diez días ratificara su voluntad de cumplir con la oferta ya aprobada sin modificación alguna (Resolución 0902 del 12 de agosto de 2014, fs. 3720/31).

Ante la insistencia de la empresa con ese tipo de cuestiones, la Dirección de Legales dictaminó que la ley se veía afectada con la nueva presentación y por ello la Directora de Adjudicaciones y Transferencias la intimó para que en diez días alegara y acreditara las circunstancias fácticas y

jurídicas que desvirtuaran una supuesta vinculación societaria (fs. 4112/5 del 19/9/2014).

Recibidas las explicaciones formuladas por el *Grupo Clarín*, la Dirección de Análisis Económico Financiero y Patrimonial informó acerca de la existencia de claros y múltiples vínculos entre las personas físicas en el traspaso de las acciones, adjuntando información en otro idioma; por ello se requirió a la Inspección General de Justicia que acompañara la documentación que permitiera conocer la composición accionaria de determinadas sociedades, se ordenó la traducción de las piezas acompañadas y la incorporación de copias de otro expediente tramitado en relación a ese mismo grupo de empresas (todo ello fue desarrollado el mismo 6 de octubre, lo que importó sumar cuatro cuerpos al expediente administrativo). Un día más tarde, la misma Dirección Económica a cargo de Guillermo Pérez Vacchini actualizó su informe pero mantuvo su criterio, y ya el 8 de octubre la Dirección de Adecuación y Transferencia dirigida por Lorena Di Filippo emitió su opinión postulando se tenga por incumplida la ejecución de la propuesta, posición que, en igual fecha, fue compartida por la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Regulatorios, representada por Sergio Zurano (fs. 4133/55, 4160/8, 4375/4561, 4562/4, 56/16/27 y 5628/76, respectivamente).

Ese mismo 8 de octubre se llevó adelante la asamblea del Directorio del Afscá, en la que el Presidente, Martín Sabatella, propuso tratar sobre tablas el proyecto del acto administrativo, habiendo votado favorablemente esa cuestión los Directores Claudio Schifer, Eduardo Rinesi, Ignacio Saavedra y Néstor Avalle, mientras que Marcelo Stubrin y Gerardo Milman se pronunciaron por la negativa al solicitar que se diera el trámite ordinario a esas actuaciones. Una vez puesto en discusión el expediente y luego del debate que siguió a la explicación de la situación, se sometió a decisión y por mayoría y con la abstención de los Vocales nombrados en último lugar, se dispuso rechazar los proyectos de escisión del *Grupo Clarín S.A.* y de *Cablevisión S.A.*, la conformación de los trust extranjeros y las transferencias propuestas de las firmas antes nombradas, *Artear*

Poder Judicial de la Nación

S.A. y *Radio Mitre S.A.*, disponiendo el inicio del procedimiento de oficio (ver Acta 0054, cuya copia obra reservada). Y en virtud de ello, el Presidente de la entidad dictó la Resolución 1121/14 (agregada a fs. 5700/5721).

A su turno, un Magistrado del fuero Civil y Comercial Federal hizo lugar a la medida cautelar presentada por el *Grupo Clarín* y dispuso la suspensión de la aludida Resolución n° 1121 por encontrar “prima facie” verosímiles los cuestionamientos que contra el acto se dirigían: básicamente por haber sido dictada en violación al procedimiento legal (en cuanto a las aparentes deficiencias en el análisis y deliberación de la cuestión y en el consiguiente proceso de conformación de la voluntad del ente colegiado) y por haberse apartado -en principio- de los márgenes de vinculación y de proporcionalidad (ante la inicial aceptación de la propuesta, la intimación cursada para desvirtuar la vinculación societaria y el posterior inicio del procedimiento de adecuación de oficio) –ver fs. 5983/6015-. Esa decisión fue confirmada por la Sala I de la Cámara respectiva por considerar que se encontraba altamente evidenciada la verosimilitud de la impugnación del acto emitido en esas condiciones como violatorias del debido proceso y del derecho fundamental a ser oído (fs. 145/50 de los autos principales del expediente penal). Por su parte, un Juez con competencia en lo Contencioso Administrativo Federal aceptó la presentación de igual tenor –cautelar- de un número de periodistas por considerar afectado su derecho a la libertad de expresión y al libre ejercicio de su actividad; puntualmente evaluó que el Afsca inició el procedimiento de adecuación de oficio por entender que existían determinadas irregularidades en la propuesta formulada aun cuando anteriormente la había aceptado, sin correr traslado previo para que se efectuaran las consideraciones respectivas, todo lo cual lo llevó a entender que esa decisión excedía, en principio, los márgenes de proporcionalidad en atención a las consecuencias irreversibles que el acto genera y, por ello, terminó suspendiendo la aludida Resolución (decisión del 4 de febrero de 2015 a fs. 6154/72 del expediente administrativo y 205/14 del ppal.). Posteriormente ese mismo Juez consideró que el inicio del proceso de

adecuación de oficio de ese grupo constituyó un medio indirecto para restringir la libertad de expresión no solo de esas firmas sino también la de los periodistas promotores del planteo –quienes se encontraban vinculados contractualmente con ellas- en tanto en el caso se analizaba la existencia de medidas que de manera desigual afectaban a un sujeto en comparación con otros y se examinaba si tales conductas importan discriminar al medio lesionando su libertad de expresión, lo que llevaba a presumir su nulidad, lo que así resolvió en relación a la Resolución 1121/14 (decisión del 17 de febrero de 2015, obrante en copia a fs. 151/68 de los autos principales). Finalmente, según se lee de los considerandos del fallo suscripto por la Alzada, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, el Ente Nacional de Comunicaciones informó que el 1ro. de febrero de 2016 dejó sin efecto la decisión controvertida y reconoció que los expedientes 3002-AFSCA/2013 y 1395-AFSCA/12 correspondientes al *Grupo Clarín S.A.* cumplían los límites relativos a la multiplicidad de licencias, por lo que los dio por concluidos y dispuso su archivo (Resolución n° 17-ENACOM /16); por lo que el Tribunal entendió que la cuestión judicial planteada había devenido a esa altura abstracta por no encontrarse vigente el acto de la autoridad pública contra el cual se había promovido la acción de amparo (decisión en causa N° 56650/2014, “Ivnisky Blanck, Julio y otros s/EN-AFSCA s/amparo Ley 16986”, del 23 de marzo de 2016, publicada en CIJ).

2. Se cuenta con la copia digital de los expedientes en los que se tramitaron las propuestas de adecuación voluntaria de *Directv S.A.*, *Grupo Prisa*, *Jorge Ricardo Nemesio*, *Supercanal S.A.*, *Telecentro S.A.*, *Grupo Telefó* y *Grupo Indalo*.

El n° 1934/2012 referido a *Directv* da cuenta que la propuesta de adecuación voluntaria presentada el 27 de noviembre de 2012, completada con la información provista el 6 de diciembre de ese año fue admitida el 8 de mayo de 2013 por la Resolución 618 del directorio del AfscA, habiéndose otorgado 180 días para implementarla (fs. 48/62, 313/24 y 468). Luego de diversas

Poder Judicial de la Nación

presentaciones y recabada cierta información, finalmente el 28/11/2014 la Resolución 1366 dio por finalizado el proceso de adecuación voluntario de manera favorable (fs. 918/25).

En el expediente 1399/2012 del *Grupo Prisa*, el 30/12/14 se declaró formalmente admisible la propuesta de *Radio Continental* para que en el término de 180 efectuara la adecuación presentada el 7 de diciembre de 2012 (ver fs. 890/919 y 1119). Finalmente, la Resolución 1458 del 22/12/2015 aprobó la transferencia de las licencias (fs. 2143/9).

El legajo 593/12 tramitó la presentación voluntaria de adecuación de Jorge Ricardo Nemesio, propietario de diversas radios, formulada inicialmente el 29/11/2011 (fs. 1/8, y las manifestaciones de fs. 19 y 276). Y si bien fue declarada formalmente admisible mediante la Resolución 106 del 28/1/2013, luego de dos prórrogas y de evaluarse la información presentada, el Afscá terminó rechazando las transferencias de licencias propuestas y dispuso el inicio del procedimiento de oficio el 1/12/2015 en la Resolución 1105, previa opinión emitida en ese sentido por las Direcciones de Adecuación y Transferencia y del Asuntos Jurídico y Regulatorios (fs. 320, 326 y 427).

El sumario 99/2012 da cuenta del trámite seguido en relación a *Supercanal*. La propuesta de adecuación voluntaria del *Grupo Uno Medios* fue presentada en enero 2012 y su aprobación por parte del Directorio fue materializada en la Resolución 196 del 18 de febrero de 2013 (fs. 1278, 1395 y 2628/37). No consta que se diera respuesta formal al pedido efectuado el 20 de marzo de 2014 por Eduardo Vila para que se suspendieran los plazos hasta que no se finalizara el tratamiento y resolución de todas las propuestas de adecuación pendientes o hasta el dictado de todos los actos administrativos inherentes a la propuesta admitida para evitar así desventajas con la situación de otros titulares de medios después de la opinión en sentido contrario emitida por la Dirección de Asuntos Jurídicos (fs. 3455).

Telecentro tramitó su propuesta de adecuación del 18 de mayo de 2012 bajo el número 31/2012. El 29 de agosto de 2014 fue declarada formalmente admisible por Resolución 953 y finalmente la Resolución 386 aprobó la transferencia de titularidad, habiéndose rechazado la reconsideración planteada por Resolución 1214 del 10/12/15 (fs. 1/4, 475, 909 y 925).

Por su parte *Telefé* presentó su propuesta de adecuación en el expediente 1393/2012 el 7 de diciembre de 2012, la que fue declarada admisible por Resolución 1593 del 30 de diciembre de 2014 (fs. 564/75 y 678/85). Posteriormente, el 25 de febrero de 2015 el Afscá desestimó la aclaratoria y concedió prórroga de 30 días, advirtiendo a la licenciataria que no podía modificar la propuesta aprobada, habiendo desestimado la reconsideración presentada el 15/12/15 por Resolución 1338 (fs. 808 y 909).

En cuanto a *Indalo*, su trámite quedó impreso en las actuaciones con número 1394/12. El 5 de marzo de 2013 el Afscá declaró formalmente admisible la propuesta presentada el 6 de noviembre de 2012 (fs. 64/71, 802, 807 y 1602). Y no obra otro pronunciamiento del órgano, con posterioridad a que la firma en noviembre de 2013 dijo haber traído los acuerdos de venta y requerido la aprobación de esa transferencia como respuesta a la notificación que se le cursara señalando que faltaba documentación relativa a la solicitud de autorización de diversas modificaciones societarias operadas en el proceso de adecuación (fs. 2147, 2152).

-III-

La causa penal

1. La denuncia del 23 de octubre de 2015 de los apoderados del *Grupo Clarín* –a quienes también se les reconoció el rol de querellantes- fue dirigida hacia el cuerpo directivo del Afscá. Así se inició esta encuesta contra su Presidente y los Directores que dispusieron el inicio del procedimiento de oficio como consecuencia del rechazo de los proyectos de escisión del *Grupo Clarín S.A.* y de *Cablevisión S.A.*, la conformación de los trust

Poder Judicial de la Nación

extranjeros y las transferencias propuestas de las firmas antes nombradas, *Artear S.A.* y *Radio Mitre S.A.*; y también contra los Directores de las áreas que dieron su opinión con carácter previo a la adopción de ese acto administrativo. El requerimiento del Fiscal recogió los argumentos de sospecha y propuso que la encuesta apuntara a determinar si actuaron por fuera de las normas y en incumplimiento de los cargos respectivos por haber tratado y decidido la cuestión sobre tablas en una reunión de directorio en la que no estaba incluida en el orden del día, todo en la misma jornada en que los órganos consultivos expidieron su opinión, proceder que impidió que los Directores, haciendo foco en quienes representaban a la oposición del entonces partido gobernante que se opusieron a dar curso al trámite y se abstuvieron de decidir sobre el fondo, pudieran tomar conocimiento de las actuaciones antes de la realización de la asamblea. Y porque esa premura también evitó que el *Grupo Clarín* tuviera la oportunidad de dar respuesta a las objeciones formuladas por las unidades consultivas (fs. 1/14, 30/32 y 44/5).

La instrucción se nutrió de documentación y escuchó el testimonio de Gerardo Milman y el de Marcelo Stubrin, quienes señalaron las diferencias del trámite y de criterio seguidos entre los expedientes del *Grupo Clarín* y los de los otros licenciarios, abundando sobre la afectación que entendieron se dio al debido proceso y al derecho a ser oído mediante la Resolución 1121/14 que consideraron viciada. Y se agregó la copia de los fundamentos de su abstención (fs. 106/21, 134/6 y 139/140). También la letrada que representó al grupo de medios en el trámite administrativo declaró testimonialmente marcando las diferencias que a su entender se evidenciaban con otros competidores (fs. 188).

Ese fue el marco con el que se contó para disponer el llamado a prestar declaración indagatoria. La intimación se enfocó en la participación y en la contribución en la adopción de la Resolución 1121/2014 del Afscsa que dispuso la transferencia de oficio de las licencias del *Grupo Clarín* luego de haber dado un trámite diferencial al procedimiento, a los plazos y al contenido de los dictámenes.

Las explicaciones que a su turno dieron los imputados se centraron en destacar que la premura obedecía a impedir que el *Grupo Clarín* realizara actos jurídicos contrarios a la Ley 26522, que la vorágine del trabajo de ese día hizo imposible entregar copia del Dictamen jurídico al Director Stubrin (que lo había solicitado), que el traslado al licenciataria que se reclama resultaba sobreabundante (porque ya antes se le había conferido intervención) y que el tratamiento del tema sobre tablas estaba autorizado en el procedimiento (señalando que el Director Milman también introdujo el tratamiento de *Telefé* de esa manera). También explicaron que la estrategia de *Clarín* resultaba la de llevar los planteos a la justicia y que la disconformidad con lo resuelto en sede administrativa no implica que no se haya fundado en la normativa aplicable. También se destacó que en ninguno de los expedientes administrativos en referencia se habían respetado rigurosamente los plazos y que el propio grupo había pedido celeridad para la definición de otras cuestiones concomitantes (fs. 283/6, 309, 319/22, 326/9, 353/6, 395/8, 460/3, 535/8 y 560/3).

Además, cada uno de ellos acompañó su propio escrito con explicaciones (fs. 273/82, 294/318, 323/5, 331/52, 367/94, 401/59, 464/534, 541/9).

Por último se dictó el procesamiento sin la imposición de la prisión preventiva de Martín Sabatella, Néstor Avalor, Ignacio Saavedra, Claudio Schifer, Eduardo Rinesi, Lorena Di Filippo y Sergio Zurano por el delito de abuso de autoridad, en carácter de coautores y solo para el caso de Pérez Vacchini, por la condición de partícipe necesario (en copias a fs. 1/31 de este Incidente).

Todas las defensas recurrieron la decisión; pero también propiciaron la nulidad de las indagatorias –y de los actos consecuentes- por considerar afectado el principio de congruencia; también cuestionaron la validez del procesamiento por haber justificado su dictado en constancias que no han sido agregadas a estos autos y, alegando parcialidad por estas cuestiones, pidieron el apartamiento del Juez Bonadío (fs. 32/40, 41/53 y 73).

Poder Judicial de la Nación

La Querella presentó a su tiempo sus propios argumentos para respaldar el procesamiento (fs. 63/72).

2. En materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe anular las actuaciones cuando el vicio afecte un derecho o un interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no exista una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia (C.S.J.N. Fallos 325:1404, 323:929, 311:1413 y 311:2337, entre otros).

De este modo, la invalidez por vicios formales carece de existencia autónoma, dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal, y exige, en cambio, como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. Caso contrario, la sanción aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público (C.S.J.N., J. 25. XXXIX “Jurevich”, rta. el 7/6/05; B. 66, L. XXXIV, “Bianchi”, rta. el 27/6/02; Fallos 323:929).

2.1 La lectura del expediente a partir de esas premisas no conduce a la conclusión que el Juez haya violado la máxima que le prohíbe iniciar una persecución de oficio. Por el contrario, las diferencias que señalan las Defensas entre el requerimiento fiscal que impulsó el acto promotor de denuncia –luego devenido en Querella- refieren a distintos matices y circunstancias que, en definitiva, rodearon al dictado de la resolución administrativa del Afsca n ° 1121/14 del 8 de octubre de 2014 que es el objeto de la investigación.

Es que toda instrucción tiende a precisar la imputación, durante su desenvolvimiento es fluida y puede experimentar modificaciones y correcciones -C.N.C.P., Sala IV, causa 3771 del 4/12/03, reg. 5390-; de allí que durante este procedimiento el objeto resulta construido y es modificable, hasta quedar fijo en la acusación; Maier, Julio, “Derecho Procesal Penal”, T.2, Ed. El

Puerto, Bs.As, 2003, pág. 36 (ambas citas efectuadas en c. 28836, rta. el 13 de mayo de 2010, reg. n° 31.410 de esta Sala, entre otras causas).

Además, la investigación fue avalada desde el inicio por sus impulsores naturales, el Fiscal y la Querrela, que convalidaron la orientación otorgada al trámite de la pesquisa, sin que hayan manifestado ningún tipo de objeción al curso adoptado (fs. 44/6, 215/67, 260 y 610).

Pero también, la intimación efectuada al momento de recibir las respectivas indagatorias se compadece con la imputación atribuida al momento de decidir sobre el mérito de la instrucción respecto de los imputados, con lo cual las críticas dirigidas en esta dirección resultan una discrepancia sobre las conclusiones y valoraciones efectuadas, las cuales serán analizadas mediante la revisión articulada por vía de apelación.

2.2 Por otro lado, las protestas de las Defensas por su desconocimiento de otro expediente al que el Juez hizo referencia en su resolución no resultan atendibles porque esas alusiones se efectuaron solo para ejemplificar el marco histórico de una realidad reciente. En todo caso, el planteo trasunta su discrepancia con la interpretación dada, la que –más allá de su antecedente expresado en aquél precedente- es conteste con la situación advertida en el informe para los años 2013 –considerandos 39 a 44- de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que dieron cuenta de la polarización entre las autoridades argentinas de entonces y algunos medios de comunicación, haciendo concreta mención al periódico *Clarín* (en <http://www.cidh.org/relatoria>, mencionado en el fallo agregado en copia a fs. 150/68).

2.3 Por último, los restantes cuestionamientos dirigidos contra el procesamiento apelado solo exhiben su disconformidad con las conclusiones, lo que de seguido será tratado a través de la revisión por la apelación también deducida.

Poder Judicial de la Nación

2.4 Desechadas así las tachas de invalidez, la sanción de apartamiento del Magistrado por esta vía propiciada carece, por ende, de sustento propio (art. 173 del Código de rito).

3. La Resolución 1121/14 del Afscá ha estado bajo la lupa judicial en reiteradas oportunidades y todos los pronunciamientos han arribado, en sustancia, a las mismas conclusiones aun cuando fueron suscriptos desde cada una de las competencias propias. Todo cuanto se ha venido de racontar lleva a este Tribunal a compartir, también, el procesamiento decretado por el titular del Juzgado N° 11 por entender que la orden dispuesta para iniciar la adecuación de oficio de las licencias del *Grupo Clarín* fue dictada de manera intempestiva y en contra de la dirección primigeniamente adoptada, según se deriva de los propios actos de la autoridad de aplicación.

Es que en el lapso que le fue otorgado, *Clarín* dio respuesta a la intimación cursada para que ratificara su voluntad de cumplir con su propuesta, y en distintos escritos en los que dijo informar sobre el estado de avance del proceso de desinversión también requirió que el Afscá resolviera sobre las condiciones de los oferentes, solicitud sobre la que insistió reiteradamente para que fuera respondida de manera preliminar a ejecutar las transferencias (fs. 3303, 3839/40, 3865/6, 3885/6, 3906/7, 3958/9, 3977/8, 4074/9 y 4101/8).

Y pese a esas presentaciones –sobre cuya pertinencia no corresponde abrir juicio aquí, pero que no merecieron respuesta administrativa- el siguiente acto que exhibe la voluntad del órgano es el que selló sorpresivamente la suerte de las licencias, al dejar sin efecto al primero y ordenar la adecuación de oficio. De esta manera, el proceder de la administración resultó abrupto y presuroso.

Fue inesperado porque el administrado dio formal respuesta a la intimación (aun cuando lo que pretendiera resultara inadmisibile) y apurado por la vorágine del trámite impreso en las cuarenta y ocho horas previas a la adopción de la aludida resolución.

Por el contrario, ninguna de estas características se ve reflejada en los otros expedientes administrativos que se han compulsado, los que exhiben un trámite laxo que en ningún caso muestra una decisión drástica. Porque la del caso de *Nemesio*, que terminó en la misma dirección, insumió todo el año 2015 entre marzo que dictaminó la Dirección de Adecuación, noviembre que opinó la Dirección del Servicio Jurídico y Registros y diciembre cuando el Directorio del Afsca decidió, todo ello luego de sucesivas prórrogas dadas al lapso de 180 días conferido al momento de aceptar la propuesta voluntaria el 28 de enero de 2013; solo otro caso fue concluido en sentido conforme, y las demás quedaron sin resolver (ver en detalle en las referencias efectuadas en el apartado II punto 2 de esta resolución). Y todo ello aun cuando, como lo admitió la propia Defensa, resultaban trámites mucho más sencillos que el que involucraba al *Grupo Clarín*.

Tampoco esa premura encuentra justificación en los descargos dados por los funcionarios que se escudaron en la necesidad de evitar la materialización inminente de actos contrarios a la así llamada “Ley de Medios” en tanto –como también lo reconocieron- cualquier transferencia debía ser aprobada precisamente por ellos, lo cual demuestra que para preservar la norma bastaba con otro acto, el que se limitara rechazar en concreto el cambio de manos (como por ejemplo se ve en la que aplazó el vencimiento para cumplir con la propuesta al objetar la transferencia a título gratuito de una licencia para *Nemesio*, fs. 394 del respectivo trámite, previo a disponerse la adecuación de oficio).

También los testimonios de los otros Directores Gerardo Milman y Marcelo Stubrin –que se abstuvieron de votar en esa ocasión- reflejan la dificultad de conocer debidamente el tema que fue llevado a resolver sin encontrarse previsto en la orden del día y la desigualdad en el trato en relación a otros grupos de medios. En los fundamentos de su abstención formulada al momento de votar el rechazo del proyecto de escisión del *Grupo Clarín* señalaron los defectos de procedimientos que –a su entender- comprometían la validez de la decisión porque la pretendida celeridad fue en desmedro de la información

Poder Judicial de la Nación

indispensable que el Directorio debía poseer en esa oportunidad en tanto en el transcurso del día de la votación (el 8 de octubre) se sustanciaron actuaciones de manera simultánea con la emisión de los dictámenes necesarios para trazar el proyecto de resolución llevado repentinamente a consideración de la Asamblea. Además, expresaron que al mes de octubre de 2014 el plazo de adecuación de un año señalado por la LSCA se encontraba ampliamente cumplido sin que a esa altura se hubiesen resuelto definitivamente las propuestas de mayor trascendencia en el mercado audiovisual, como era el caso no sólo del conjunto de emisoras pertenecientes al *Grupo Clarín* y a sus vinculadas sino también las de *Directv*, *Prisa*, *Telefé*, *Telecentro*, *Supercanal* y las administradas por los hijos del empresario Raúl Moneta y el conglomerado de emisoras que conformaban el *Grupo Hadad* y fueron transferidas a Cristóbal López (sic). Recalaron que el AfscA debía velar por que la ejecución de las adecuaciones no se tradujera en una ventaja o en una desventaja competitiva de unos respecto de otros, debiendo resolver contemporáneamente todas las adecuaciones de manera de cumplir con las recomendaciones señaladas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al validar la constitucionalidad de la norma, respecto de la necesidad que el Estado diera un trato parejo y equilibrado a los diferentes grupos -fallo antes citado- (ver copia de la nota dirigida al Presidente del AfscA suscripta por los Directores nombrados agregada a fs. 106/121).

4. Fue la asamblea, con el voto favorable del Presidente y de otros cuatro Directores, la que tomó la decisión que quedó volcada en el acta 0054 y fue instrumentada por Martín Sabatella en la Resolución 1121/14. Pero para que la cuestión se encontrara en condiciones de ser tratada por el cuerpo, con carácter previo fue necesario que la Dirección de Adecuación y Transferencia –que también fue la responsable de llevar adelante todo el trámite del expediente 3002/2013 y de la elaboración del proyecto del acto administrativo cuestionado- y que la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Regulatorios –encargado de analizar lo actuado- emitieran sus propias conclusiones, las que en esencia se

basaron en el análisis efectuado por la Dirección de Análisis Económico y Patrimonial.

5. Entonces, el análisis hasta aquí efectuado lleva a confirmar el procesamiento de los encausados en orden al delito de abuso de autoridad –artículo 248 del Código Penal-, sin que resulte un obstáculo la existencia de facultades para actuar en el sentido reprochado.

Porque el uso incorrecto, arbitrario o improcedente de una facultad jurídica también configura la acción descrita por el tipo penal, que se concreta cuando el funcionario hace algo que la ley como principio abstracto le permite hacer, simulando que se encuentran dadas las condiciones para actuar de tal manera (conf. CFP 9151/2012/1/CA3 “Berner, Norberto y otro s/procesamiento”, del 31/10/16, registro 41961, número interno 38247; CFP 11.370/2009/4/CA3 “Namuncurá, Ceferino y otro s/ procesamiento”, registro n° 41.490, del 16 de agosto de 2016, número interno 37.754; CFP 10622/2010/7/CA5 “Moreno, G. y otros s/procesamiento”, del 31 de marzo de 2016, número interno 37266, registro 40801 y sus citas: causa n° 28.847 “Vázquez”, reg. n° 31.240 del 6/4/2010).

Así, se ha dicho que *“El abuso brutal y descarnado, es fácilmente controlable y punible, pero el que fina o perversamente se ejerce - aprovechándose de la función y disfrazándolo de actos legítimos-, es el más difícil de investigar y desentrañar y el que mayor reproche merece en un Estado de derecho, porque socava silenciosa y persistentemente las instituciones”* (Villada, Jorge Luis, “Delitos contra la administración pública”, Advocatus, Córdoba, 2005, pág.127).

En esta misma línea, la Sala I de esta Cámara sostuvo respecto de la figura de mención que *“...es conveniente determinar cuál es el alcance o el sentido otorgado a la palabra abuso. Al respecto, cabe recordar las palabras de Carrara, para quien ese término contempla en sí mismo dos significados diversos sumamente diferentes, denominándose a uno de ellos sentido ontológico y al otro sentido jurídico. En sentido ontológico se abusa de una cosa*

Poder Judicial de la Nación

siempre que se emplea para un servicio diverso de su destino natural. En sentido jurídico se abusa de una cosa aunque se la emplee según su destino, si esto se hace de modo ilícito o por fines ilícitos...” (ver causas n° 45.626, “Jaime, Ricardo Raúl s/ sobreseimiento”, rta. 9/08/11, reg. n° 864 y la n° 44.143, “Greco, Cayetano”, rta. 29/06/10, reg. n° 614, entre otras).

En esta interpretación, la expresión “acto arbitrario” adquiere un sentido subjetivo y no solamente objetivo. Por eso se afirma que para constituir el delito, basta la arbitrariedad subjetiva, que se presenta en esos casos donde el funcionario dispone de poderes discrecionales, y los emplea con un fin diverso al que la ley persigue (Soler, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, Tea, Buenos Aires, 1973, tomo V, pág 139).

También hemos sostenido que es necesario para poder afirmar la tipicidad de la citada figura penal “...*que el encuadre objetivo se complete con la presencia del dolo, esto es, que el funcionario público haya tenido conocimiento y voluntad de realizar todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo...el abuso -entendido como el uso incorrecto, arbitrario e improcedente de una facultad jurídica- no radica en la simple extralimitación objetiva sino en el conocimiento y voluntad de esa extralimitación lo que configura el mentado aspecto subjetivo, que es precisamente el límite demarcatorio que separa el abuso de autoridad de la simple irregularidad funcional*” (esta Sala, Causa n° 28.946, “Serritella, M. Soledad y otros s/ apelación”, rta. el 19/8/2010, registro. n° 31.803 y su cita: causa n° 4583, “Etchebarne”, rta. el 10/07/87, reg. 5493).

En suma ese criterio, seguido por el Sr. Juez de grado, resulta plenamente aplicable al caso de autos.

6. Quienes adoptaron la decisión estatal en el acto de asamblea, habrán de responder en calidad de coautores por tratarse de un delito especial propio (“Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Editorial Hammurabi, 2010, dirigido por David Baigún y Eugenio Zaffaroni, T. 10, pág 366 y sgts., comentarios de Jorge Buompadre), mientras que

los titulares de las áreas encargadas del trámite y del servicio jurídico serán considerados partícipes necesarios en tanto su intervención resultó ineludible, a diferencia de la situación de quien realizó el informe económico, que por no ser obligatoria, es considerado un partícipe secundario.

Por todas las consideraciones que preceden, el Tribunal

RESUELVE:

I- RECHAZAR los planteos de nulidad formulados por las Defensas y aquellos consecuentes.

II- CONFIRMAR la resolución recurrida en cuanto en sus puntos dispositivos I, II, III, IV y V decreta el procesamiento de Martín Sabatella, Néstor Raúl Avalor, Ignacio Saavedra, Claudio Alberto Schifer y Eduardo Francisco Rinesi, por infracción al artículo 248 del Código penal, en calidad de coautores (art. 306 del C.P.P.N.).

III. CONFIRMAR PARCIALMENTE la resolución recurrida en cuanto en sus puntos dispositivos VI y VII decreta el procesamiento de Lorena Milca Di Filippo y de Sergio Ernesto Zurano, modificando la asignación legal por la de partícipes necesarios en el delito previsto por el artículo 248 del Código Penal (art. 306 del C.P.P.N.).

IV- CONFIRMAR la resolución respecto de Guillermo Marcelo Pérez Vacchini en cuanto el punto dispositivo VIII decreta su procesamiento por ser partícipe secundario del delito previsto por el artículo 248 del Código Penal (art. 306 del C.P.P.N.).

Regístrese, hágase saber y devuélvase.

Martín Irurzun- Eduardo Farah

Ante mí: Nicolas A. Pacilio

El Dr. Cattani no firma por encontrarse en uso de licencia. Conste.-

Nicolas A. Pacilio

Poder Judicial de la Nación

Causa n° 39556; registro n°43651

USO OFICIAL

CIJ