

**La distribución de publicidad oficial como forma de censura indirecta. A
propósito del fallo "*Editorial Río Negro c/ Pcia. de Neuquén*"¹**

Sumario: 1. Introducción. 2. Los hechos. 3. La sentencia. 4. Objetivos de la publicidad oficial. 5. Criterios de asignación. 5.1. Distribución no discrecional. 5.2. Descentralización. 5.3. Leyes que reduzcan la discrecionalidad. 6. Consecuencia de la aplicación de estos principios. 7. Conclusiones.

Por Marcela I. Basterra

1. Introducción.

En forma reciente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dicta un fallo trascendente al establecer que el Estado no puede distribuir en forma discrecional la propaganda oficial, sin que ello implique un cercenamiento a la libertad de informar de los medios de comunicación. En efecto, emitiendo una sentencia “exhortativa”², modalidad de sentencia que con encomiable activismo ha implementado en varios precedentes³, el Alto Tribunal, condenó a la provincia de Neuquén por el retiro de publicidad oficial del diario Río Negro. Ordenó al gobierno de dicha provincia a que en un plazo de 30 días presente un esquema de distribución de publicidad, que además de no ser discriminatorio, cumpla con los principios expuestos en el fallo. Asimismo, exhorta a la provincia de Neuquén a que en el futuro asigne la publicidad de un modo compatible con la libertad de expresión. La Corte, se erige así, en máximo tribunal de garantías, aplicando los mejores estándares deseables en un Estado constitucional en defensa de la libertad de expresión.

2. Los hechos.

¹ CSJN, "*Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción de amparo*", sentencia del 05.09.2007.

² Véase SAGÜES, Néstor P. “Las sentencias constitucionales exhortativas ("apelativas" o "con aviso"), y su recepción en Argentina”, La Ley 2005-f, 1461.

³ Pueden verse, entre otras las causas "*Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus*" CSJN, fallos: 328:1146, Sentencia del 03.05.2005 y "*Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)*", CSJN fallos: 329:2316, Sentencia del 20.06.2006.

La Editorial Río Negro S.A promovió acción de amparo contra el Poder Ejecutivo de la Provincia de Neuquén, con la finalidad que se le imponga, a este último, “el cese de la arbitraria decisión” de privar al diario “Río Negro” de la publicidad oficial de los actos de gobierno de esa provincia; y restituya la distribución de la publicidad oficial que se le atribuía normalmente. La parte demandante expresa que la Provincia de Neuquén ha llevado a cabo dicha actitud discriminatoria, respecto del diario, como consecuencia de una publicación que éste había efectuado sobre una denuncia de soborno que involucraba a funcionarios públicos del Estado neuquino.

Por su parte, la Provincia demandada alega, que en la nueva gestión se encontraron con una situación de cesación parcial de pagos, por lo cual el Poder Ejecutivo adoptó medidas de estricta contención del gasto público, como la reducir la publicidad de los actos de gobierno. Además, señala que la empresa demandante posee tarifas notoriamente superiores a las de la competencia.

3. La sentencia.

La mayoría la forman los votos de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Zaffaroni y Fayt (según su voto). Los ministros Petracchi, Maqueda y Argibay, lo hacen en disidencia. La mayoría hace lugar a la demanda y condena a la Provincia de Neuquén a que las futuras publicaciones sean adjudicadas con un criterio compatible con las razones expuestas en el presente fallo. Y la intima a presentar en un término de 30 días, un esquema de distribución de publicación de publicidad respetuoso de los términos y principios que informa la presente decisión.

La cuestión a dilucidar es si la Provincia de Neuquén tiene facultades para privar de la publicidad oficial, a la parte actora, según su puro arbitrio, o bien, si tal discrecionalidad se encuentra limitada por razones constitucionales.

El voto de la mayoría, señala que *“no existe un derecho subjetivo por parte de los medios a obtener publicidad oficial. Sin embargo, el Estado no puede asignar los recursos por publicidad de manera arbitraria, en base a criterios irracionales. Así, los criterios no serian ilegítimos cuando “La necesidad de selección se relaciona con la necesidad de que los funcionarios del Estado establezcan una diferenciación entre una serie de medios de comunicación dentro de una categoría.” “Para adoptar esas decisiones de acuerdo con los principios de la libertad de expresión, las mismas deben estar basadas en criterios 'sustancialmente relacionados' con el propósito descrito y que debe ser neutro en relación con los puntos de vista del medio” (Punto 11 del Informe Anual 2003 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).* “...no

sólo debe evitar el gobierno acciones intencional o exclusivamente orientadas a limitar el ejercicio de la libertad de prensa, sino también aquellas que llegan a idéntico resultado de manera indirecta.”. Agrega que “los actos indirectos son, en particular, aquellos que se valen de medios económicos para limitar la expresión de ideas.” (considerando 4).

En la presente sentencia la Corte analiza en forma pormenorizada los argumentos esgrimidos por la parte demanda para justificar la adopción de su conducta. Ellos son los siguientes: **a. El “compre neuquino”**. Ha sido implementado a través del Decreto N° 2700/2000. La Provincia de Neuquén pretende su aplicación dado que el diario Río Negro no tiene domicilio real en ésta; ya que el decreto creó un “Programa de apoyo a la actividad de las pymes neuquinas”, en beneficio de “productores, contratistas profesionales y técnicos neuquinos” que tenga domicilio real en la provincia demanda. Sin embargo, dicha norma no contempla el supuesto de la contratación de publicidad oficial con los medios gráficos de comunicación, por lo que la Corte entiende que no resulta conveniente aplicar sus disposiciones en un ámbito material ajeno. (considerando 6).

b. La inexistencia de una obligación de proporcionar publicidad oficial a diarios como el demandante. La parte demandada hace referencia a que, si bien es cierto que la publicidad de los actos oficiales la obliga a publicarlos en el boletín oficial y en un diario de gran circulación; también lo es que no le impone publicarla en otros medios gráficos. Sin embargo, la Corte entendió que la obligación a que hace referencia la demandada no cierra el camino a la publicación en otro de los diarios de mayor circulación provincial; tal como ha sido concretada durante los años 2000, 2001 y 2002 hasta el mes de diciembre con los diarios “Río Negro” y “La Mañana del Sur”. (considerando 7).

c. La adopción de medidas para reducir el gasto público. La provincia demandada hace hincapié, entre sus argumentos, en la necesidad de reducir el déficit estructural, y por ello, la inconveniencia de pagar tarifas más caras como las que pretendía cobrar la parte actora. Sin embargo, la Provincia de Neuquén no ha podido acreditar, en autos, la diferencia entre las tarifas que presentaron los diarios “Río Negro” y “La Mañana del Sur”, para justificar la conducta cuestionada por la actora. (considerando 8).

El Máximo Tribunal concluye que, en el presente caso, existe una supresión y reducción sustancial de la publicidad oficial que no se encuentra fundamentada en motivos razonables, cuya existencia ha de ser probada por el Estado que es quien pretende

afectar un derecho fundamental, como lo es la libertad de prensa, por lo que tiene la carga de probar la existencia de una razón que justifique dicha restricción, lo que no ha ocurrido en el caso. A su vez ha habido un abuso de las facultades discrecionales que posee el Estado debido a que no ha llegado a probarse la ausencia de medios económicos en grado suficiente, como alega la provincia demandada para colocar al diario “Río Negro” en una situación de desventaja con sus competidores.

Con razón, la Corte, además deja claro que “... *el comportamiento de la Provincia de Neuquén configura un supuesto de presión que lejos de preservar la integridad del debate público lo puso en riesgo, afectando injustificadamente, de un modo indirecto, la libertad de prensa y el legítimo interés que el diario “Río Negro” y sus lectores tienen en el comportamiento de los funcionarios políticos de dicha provincia en el ejercicio de sus funciones.*” (Considerando 9, del voto de la mayoría).

Situación que configura, sin duda, un caso de censura indirecta. El concepto de censura es sumamente amplio y genérico. Abarca toda forma de control o restricción, tanto anterior como posterior a la emisión del pensamiento, incluyendo a las imposiciones ideológicas generadoras de sanciones motivadas por su incumplimiento. *“designa toda acción u omisión dirigida a dificultar o imposibilitar, en forma directa o indirecta, mediata o inmediata, la publicación y circulación de la palabra impresa”*⁴

Es de suma importancia recordar, que la libertad de expresión reviste la calidad de derecho fundamental con niveles muy altos de protección en un Estado de derecho. En nuestro sistema, encuentra tutela en los artículos 14 y 32 de la Constitución y en diversos tratados incorporados con jerarquía constitucional, incorporados con la reforma de 1994 en el artículo 75, inciso 22.⁵

⁴ BADENI, Gregorio, “Censura periodística y encuestas electorales”, LL, 2005-D, p. 800

⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión.- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la

Por su parte, el Ministro Fayt, si bien concurre con la mayoría, se expidió según su voto. En el mismo argumenta que si es considerada la facultad de otorgar propaganda oficial como arbitrio discrecional del Estado, que se otorga o no a modo de recompensa o de castigo, se incitaría a que algunos medios periodísticos realizaran críticas favorables respecto del gobierno de turno para lograr mantener la publicidad que les ha sido otorgada. De lo contrario, de publicar información desfavorable sobre el mismo, se verían privados de la publicidad oficial, lo que repercutiría negativamente sobre el financiamiento económico de los medios de comunicación.. Por lo cual entiende que *“Esto, claro está, no es consistente con la amplia protección de que goza la libertad de prensa y el derecho del público a recibir información que en nuestro ordenamiento no admite un condicionamiento de esta especie. Se trata como se ha señalado de un hostigamiento diferente, pero con el mismo propósito que otro tipo de presiones inaceptables sobre los medios de comunicación, esto es, reprimir el pluralismo y el debate abierto sobre temas de interés para los ciudadanos”*. (Considerando 12, del voto del Ministro Fayt).

La disidencia compuesta por los Dres. Petracchi y Argibay, rechaza la demanda, encontrando fundamento en la doctrina del precedente *“Emisiones Platenses S.A.”*⁶. El

circulación de ideas y opiniones. En similar sentido art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 19 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos.

⁶ CSJN, fallos 320:1191, “Emisiones Platenses”, Sentencia del 12.06.1997. En el presente fallo, una empresa periodística interpuso una acción de amparo contra el intendente de la ciudad de La Plata, a fin de solicitar que se disponga judicialmente la adquisición de espacios de publicidad oficial en el diario de su propiedad, en condiciones equitativas y similares a las previstas respecto de otro periódico. En primera instancia fue rechazada la demanda, y la Cámara de Apelaciones confirmó dicha sentencia, por lo que la parte actora interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia, la cual por mayoría, desestimó el recurso, entendiendo que no era posible imputar a la autoridad omisión alguna que hubiese afectado o restringido con ilegalidad manifiesta los derechos y garantías constitucionales, en tanto no se probó la existencia de una regla que impusiera el deber de distribuir la publicidad oficial en los términos pretendidos por la actora. Asimismo sostuvo que *“la verdadera esencia del derecho a la libertad de imprenta radica en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por medio de la prensa sin censura previa, esto es, sin previo control de la autoridad sobre lo que se va a decir.”*. Agregó que *“La restricción estatal o privada al normal despliegue de los órganos periodísticos —que debe ser evitada mediante una eficaz intervención jurisdiccional— consiste en una actividad distinta a la supuesta negativa a brindar propaganda por un precio en dinero, en tanto ésta sólo se enfrenta con la habilidad del empresario de prensa en el ámbito privado, lo cual se encuentra dentro del riesgo propio de ese negocio.”*

estándar de la misma es inferior al actual, al exigir no solo que haya un tratamiento desparejo en materia de distribución de publicidad oficial, con relación a un determinado medio periodístico –como en el presente caso-, sino que a su vez, que esa disparidad de trato debe generar un impacto de entidad suficiente en la economía de dicho medio de comunicación; y por último, que la acción gubernamental ha de ser injustificada. También establece la carga probatoria para cada uno de los requisitos anteriormente mencionados; así, la desigualdad de trato publicitario y su impacto en la estabilidad económica del medio periodístico han de ser probados por la parte que los invoca en su favor; mientras que al Estado le corresponde probar las causas justificantes de su conducta. (considerando 6, del voto de la disidencia de los ministros Petracchi y Argibay). Siguiendo los requisitos mencionados ut supra concluyen que “...*aun cuando pueda entenderse probada una reducción en la publicidad oficial que la demandada contrató con el diario “Río Negro” a partir de fines de 2002, no se ha demostrado que dicha disminución fuera apta para producir un deterioro en la estructura económico financiera de la empresa periodística.*” (Considerando 7, de la disidencia).

Por último, en su disidencia el Mtro. Maqueda decide rechazar la demanda. Para ello considera que la Constitución ha consagrado implícitamente una obligación gubernamental de proteger la propagación de ideas a través de los medios de prensa. Sin embargo, sostiene que dicha obligación consiste en una conducta distinta a la supuesta negativa de brindar publicidad oficial por un precio en dinero, puesto que dicha negativa solo se enfrenta con el riesgo propio del negocio que debe soportar el empresario de prensa. Agrega que en el presente caso no se está ante un medio de difusión de minorías excluidas que requiera la asistencia estatal para promover la difusión de sus ideas, supuesto que tampoco necesariamente consagraría el derecho invocado en la demanda. La obligación a la que se refiere la Constitución está encaminada a abstenerse de afectar el ejercicio mismo de la libertad de expresión en cuanto impida o dificulte la libertad de prensa, ya sea por la censura previa o por otros motivos. (considerando 6, Mtro. Maqueda).

Entiende que “*Por otra parte, el carácter intencional de la modificación del flujo de publicidad proveniente de fondos públicos requiere algo más que la demostración de una serie de controversias y discusiones entre la demandada y los funcionarios gubernamentales que son propias de una sociedad abierta y democrática. Se requiere*

ante la inexistencia de norma alguna que el Poder Judicial pueda verificar que la decisión administrativa se fundó en una motivación arbitraria destinada a coartar el ejercicio de la libertad de expresión por parte de la empresa periodística.”. Y agrega que en el presente caso se evidencia una justificación suficiente e independiente del Estado Provincial para distribuir la publicidad oficial en los términos señalados ante la inexistencia de criterios de atribución positiva de distribución de publicidad basados en una ley previa. (Considerando 10).

4. Objetivos de la publicidad oficial.

Esta sentencia nos obliga a reflexionar en torno a algunos temas no muy trabajados en nuestro ámbito jurídico para empezar a respondernos algunas preguntas. Por ejemplo, qué debe entenderse por publicidad oficial, cuáles son los objetivos y requisitos de la misma, entre otras.

Puede considerarse como publicidad oficial a toda comunicación gubernamental realizada por la administración pública nacional central, descentralizada y entes autárquicos, a través de medios oficiales o pertenecientes al sector privado. La publicidad oficial puede ser definida como un mecanismo de comunicación entre el Estado y la sociedad en su conjunto. En una democracia participativa es imprescindible el acceso al conocimiento de los actos de gobiernos, mas aún, si lo que se pretende es el cambio de una democracia mínima hacia una democracia participativa, ello requiere como condición *sine qua non* una mayor democratización en el manejo de la información.

También se ha definido a la publicidad oficial como aquella *"colocada en los medios por todas las ramas de gobierno en todos los niveles (nacional, provincial y local) y sus organismos dependientes. Incluye toda la publicidad de las empresas controladas por el Estado y organismos públicos autónomos, sujetos o no al régimen de contrataciones públicas"*⁷

Con razón se ha dicho que *"en una sociedad democrática los ciudadanos deben y tienen derecho a conocer las actividades oficiales, las políticas de gobierno y los servicios que presta el estado. Esto se funde en el principio republicano de publicidad de los actos de gobierno. En este sentido, la publicidad en los medios de comunicación*

⁷ "Una Censura Sutil", Abuso de Publicidad Oficial y Otras Restricciones a la Libertad de Expresión en Argentina, Prólogo de BERTONI Eduardo, Asociación por los Derechos Civiles y *Open Society Institute*, 2005, p.11. www.adc.org.ar

también es un mecanismo que sirve para dar visibilidad y transparencia a las acciones del gobierno y a las instituciones.”⁸

Deben ser considerados objetivos de mínima de la publicidad oficial (esto es que son meramente enunciativos) al menos, los siguientes: 1) garantizar el principio republicano de publicidad de los actos de gobierno, para lo cual es necesario dar a conocer las políticas, los servicios y los programas gubernamentales; 2) garantizar el derecho fundamental en forma igualitaria de acceso a la información publica a toda la población; 3) promover la participación de la población; y 4) promover el ejercicio efectivo de los derechos y las obligaciones de la sociedad, que están garantizados en nuestras leyes.

Para lograr esos objetivos es imprescindible que la publicidad oficial resulte clara, es decir, que pueda ser comprendida por toda la población. A su vez que sea relevante para la sociedad porque de lo contrario se estaría vulnerando un principio democrático fundamental como lo es la publicidad de los actos de gobierno.

La ADC, con excelente criterio, señala que *“La publicidad oficial tampoco debe ser usada como un mecanismo destinado al sostenimiento económico de los medios de comunicación, ya que tiene diferentes objetivos. Su función primordial es informar sobre los actos de gobierno y comunicar cuestiones de interés público. Los subsidios en cambio están destinados a promover medios de comunicación cuya existencia se considera valiosa para la comunidad y a favorecer la pluralidad de voces, y deben ser asignados por organismos independientes y no políticos, de acuerdo con criterios y procedimientos preestablecidos y transparentes”*.⁹

Sin embargo, como se advierte de la lectura del fallo, esto no es precisamente lo que ocurre en este caso, sino que surge del mismo que se ha utilizado la asignación de publicidad oficial como un medio de castigo hacia el diario “Río Negro” por publicar información que el gobierno de Neuquén consideró “no acorde” con sus intereses. Lo que en modo alguno puede ser aceptado, no sólo porque restringe indirectamente la libertad de expresión, sino porque configura un supuesto de censura indirecta que debe estar expresamente prohibido por ley.

5. Criterios de asignación

⁸ ADC “Principios básicos para la regulación de la publicidad oficial”. Publicación realizada por la Asociación por los Derechos Civiles -ADC-, p. 15 www.adc.org.ar

⁹ ADC, “ Principios Básicos para la Regulación...” de Ibidem, p.17.

Si bien los criterios de asignación de publicidad oficial no deben considerarse taxativos, sí considero conveniente a fin de cumplir determinados estándares que como mínimo se den los siguientes:

5.1. Distribución no discrecional.

Es imprescindible establecer un criterio de distribución de la publicidad oficial que reduzca la discrecionalidad estatal, para reducir el favoritismo político.

Este principio es expresado por la Corte con claridad cuando afirma que *“Existe un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos. La primera opción para un Estado es dar o no publicidad, y esa decisión permanece dentro del ámbito de la discrecionalidad estatal. Si decide darla, debe hacerlo cumpliendo dos criterios constitucionales: 1) no puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios en base a criterios discriminatorios; 2) no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión. Por ello, tiene a su disposición muchos criterios distributivos, pero cualquiera sea el que utilice deben mantener siempre una pauta mínima general para evitar desnaturalizaciones”*. (Considerando 11, del voto de la mayoría).

Cabe destacar, que contrariamente a lo que ha sucedido en el presente caso, es necesario que los criterios de asignación de la publicidad oficial no estén relacionados a la opinión de los medios de comunicación relativa al gobierno de turno. Es decir, que no debe ser utilizada la atribución de publicidad oficial como una vía para ejercer presión sobre los medios de comunicación. No obstante, en Argentina ocurre lo contrario, y se asigna publicidad oficial con la finalidad de recompensar o castigar a los medios de comunicación por sus publicaciones, tal como sucedió en *“Emisiones Platenses S.A.”*, como así también en el caso analizado.

Justamente el propio Fayt¹⁰ resalta la utilidad y necesidad de la "Garantía de publicar sin censura previa", de los denominados "otros supuestos de limitaciones al derecho de prensa", entre los que se recogen los casos de restricciones a la prensa derivadas de la asignación de publicidad oficial, mencionando específicamente el caso *"Ediciones Platenses S.A."*

En Argentina, como consecuencia del desarrollo de la economía de los últimos años -que modificó significativamente las condiciones del mercado de los medios- la

¹⁰ HIRSCHMANN, Pablo G, Comentario en comentario a la obra de FAYT, Carlos S. La Omnipotencia de la prensa, L.L 2006-B, 1285

publicidad oficial se convirtió en una poderosa herramienta en manos del gobierno de turno. Además coadyuva a que se de esta situación, la circunstancias que en determinadas provincias se ha establecido un complejo régimen legal que permite que la publicidad oficial sea manejada discrecionalmente por los gobernantes de turno¹¹.

La Relatoría para la Libertad de Expresión ha dicho que *“No existe un derecho intrínseco a recibir recursos del Estado por publicidad. Solo cuando el Estado asigna estos recursos en forma discriminatoria se viola el derecho fundamental a la libre expresión. Un Estado podría negarle a todos lo medios de comunicación, pero no puede negarle ese ingreso solo a algunos medios con base en criterios discriminatorios”*.¹²

Esta situación no es solo el caso de la Argentina, lamentablemente en la mayoría de las democracias latinoamericanas, permanentes laboratorios de políticas que alternan modelos neoliberales y populistas, hoy dejan en evidencia ante los ojos del mundo que quiera mirar un ataque sistemático de estos gobiernos "mayoritarios" a los medios de comunicación disidentes; un manejo arbitrario de las pautas oficiales de publicidad, que premian a los "amigos" y castigan a los "enemigos", y una manifiesta impotencia del Poder Judicial para hacer valer los principios del Estado constitucional, porque tampoco escapa al largo brazo del "gran hermano" que lo influencia, lo atemoriza y lo corrompe políticamente¹³.

5.2. Descentralización.

Debe ser entendido como opuesto a concentración -esto significa que debe haber pluralismo informático y que un medio no debe concentrar toda la publicidad-. Para cumplir con esta premisa será necesario asignar publicidad oficial a diversos medios de comunicación para favorecer la pluralidad de voces, y no solo a aquellos medios que publiquen notas favorables para el gobierno (cualquiera sea este, nacional o provincial, de cualquier extracción política), solo así pueden ser respetadas las voces de las minorías y es la única forma de garantizar un debate libre y amplio indispensable en toda sociedad democrática. Para evitar la concentración de poder mediático será necesario un marco legal con reglas claras y equilibradas.

¹¹ Para la confrontación de cifras exactas en distintos casos concretos, véase de GULLCO, Hernán, Prologo al capítulo “Libertad de expresión”, en “La Corte y los Derechos”, Informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones en el período 2003/2004, ADC, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2005 p. 39

¹² Informe Anual de la Relatoría para la libertad de expresión 2003, Publicado en el sitio web de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. www.cidh.oas.org

¹³ AMAYA, Jorge Alejandro Procesos políticos mayoritarios y libertad de expresión, LL 10/07/2007,p. 1

En la mayoría de los Estados democráticos se advierte la solución a este dilema a través del ejercicio de un papel activo del Estado, pero justamente a la inversa de lo que ocurre en nuestro país. Esto es, para proteger a sus ciudadanos en sus derechos y garantías fundamentales, como consecuencia de la dinámica del mercado mediático, sin limitar a su vez el ejercicio de las mismas libertades y del libre desarrollo económico de las empresas de medios¹⁴.

Para evitar este tipo de concentraciones sería recomendable que la distribución de propaganda oficial no estuviera en cabeza de funcionarios políticos debido a que éstos inevitablemente ponderan sus intereses personales, por lo que asignan la publicidad oficial con criterios basados en el favoritismo político; y terminan utilizándola como una herramienta para ejercer presión sobre los contenidos de las publicaciones efectuadas por los medios de prensa.

Quizá sea conveniente la creación de un órgano de control estatal, presidido por alguien de la oposición o un funcionario de carrera, con especial versación en la materia. Por ejemplo como en Alemania¹⁵ el “*Bundeskartellamt*”, equivalente a la una “Oficina Federal Antimonopolio Mediático” que ejerce el control sobre las fusiones y concentraciones de los medios. Además se encarga de ejercer un control permanente para la existencia de una pluralidad de medios y fuentes de información para la ciudadanía.

5.3. Leyes que reduzcan la discrecionalidad

No existe en nuestro país una ley que establezca parámetros objetivos que regule la asignación de publicidad oficial a los medios de comunicación, lo cual favorece a que la atribución de dicha publicidad pueda ser utilizada como medio de castigo o recompensa sobre los medios de prensa, en detrimento del derecho a la libertad de expresión, que es un pilar fundamental de todo Estado constitucional de derecho.

La regulación de la publicidad oficial es un paso imprescindible a fin de a) evitar sospechas de favoritismos políticos, b) otorgar transparencia y control a la asignación de fondos públicos, c) asegurar el acceso igualitario a la información pública y d) ejercer el control sobre quienes toman las decisiones de la afectación de sumas de dinero del erario publico destinado a la publicidad oficial.

¹⁴ HUBER, Rudolf, “El Estado en el Mercado Mediático” en AAVV Reformas de medios electrónicos ¿ avances o retrocesos?, Editado por UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas- y Fundación Konrad Adenauer, México, 2007, p.8

¹⁵ Véase el caso alemán de HUBER, Rudolf, “El Estado en el Mercado...” Ibidem. p.3/9

En algunos países europeos rigurosas normas reglamentan la forma en que tales fondos deben repartirse en los medios de comunicación tanto gráficos como radiales, televisivos, digitales, etc., a fin de evitar una distribución desigual o que en modo alguno pueda afectar la libertad de expresión. Así lo advierte también la Secretaría de Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos ("OEA"), al sostener que *"la posibilidad de decidir discrecionalmente, sin reglas claras, como y a quien se le otorga publicidad oficial abre la puerta a la arbitrariedad"*¹⁶

Otra de las notas sobresalientes de la sentencia en estudio es que hace referencia puntualmente a la necesidad de que el Poder Legislativo elabore un marco normativo apropiado para la distribución de los fondos gubernamentales destinados a la publicidad. *"Esas pautas se sostienen habitualmente como resulta del derecho comparado en lo que podría denominarse criterios positivos de asignación de recursos destinados a la publicidad oficial, ya que corresponde a la legislación elegir, determinar y ponderar los fines de conveniencia política, social y económica que entienda adecuado al órgano legislativo". "En la elaboración de tales normas se puede constatar la elección de ciertas pautas objetivas tales como el costo de las tarifas, el ámbito de distribución del diario, el número de ejemplares distribuidos, el número de eventuales lectores, los sectores hacia los que van dirigidos los medios, el lenguaje en que son emitidos los mensajes, la eventual distribución de publicidad hacia medios que no reciben ingresos del mercado y la ponderación de los efectos que la asignación de la publicidad oficial puede tener en diversos sectores".* (Considerado 6, disidencia del Dr. Maqueda)

6. Consecuencia de la aplicación de estos principios.

Sin duda, de aplicarse a través de una ley los principios referidos, va a incidir directamente en el desarrollo de determinados garantías institucionales inescindibles del Estado de derecho tales como a. El acceso a la información Pública, b. La transparencia de la *"res pública"* y c. el control.

El derecho de acceso a la información pública resulta determinante para el ejercicio del derecho a la libre expresión. Las democracias constitucionales comparten el reconocimiento del principio de publicidad de los actos de gobierno. El derecho de libre

¹⁶ véase de LAVALLE COBO, Dolores, "El derecho a la información sobre los gastos en publicidad oficial", LLLitoral 2006 (abril), 287

acceso a la información producida por el Estado constituye un desprendimiento lógico de este principio. La publicidad de los actos de gobierno no es sino un mecanismo de control del accionar de los gobernantes que tiene como contrapartida el reaseguro de que, el poder –controlado por la ciudadanía- derivará en el ejercicio responsable y no abusivo del mismo.¹⁷

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que “*la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre*”¹⁸. Asimismo destacó que “*la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente*”¹⁹

No existe requisito más actual e importante para conseguir la credibilidad democrática, que un poder estatal responsable y permeable al escrutinio de los ciudadanos. Cuanto mayor y más precisa sea la información pública disponible para la ciudadanía, menores serán la discrecionalidad de la burocracia y la probabilidad de que se extienda la corrupción en la administración estatal.

La transparencia de la “*res pública*” es sin duda un ineludible corolario de la democracia. Ello porque la idea de la transparencia administrativa, caracterizada por una evidente carga axiológica, contribuye innegablemente a ofrecer a la administración la legitimidad que hoy, está en permanente cuestionamiento. Mediante la visibilidad, cognositivity y accesibilidad, y por lo tanto, posibilidad de control de los actos de la administración pública, viene a reforzarse este concepto de legitimidad democrática²⁰.

La transparencia de la información constituye una necesidad, no puede haber una decisión consciente y responsable sin que exista un conocimiento previo y lo mas certero posible de los asuntos públicos y de la actuación de los detentadores del poder. No es posible decidir sobre lo que no se conoce.

¹⁷ BASTERRA, Marcela I. El Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública. Lexis Nexos Argentina, Buenos Aires, año 2006. p.28.

¹⁸ Opinión Consultiva OC 5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A no. 5, párr. 69, caso “*La colegiación obligatoria de periodistas*”.

¹⁹ Caso “*La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)*”, sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C no. 73, párr. 65.

²⁰BOBBIO, Norberto, “El futuro de la democracia”, Fondo de Cultura Económico, México,1991, p. 65.

En el mismo sentido puede agregarse que según lo dispone el art. 4 de la Carta Democrática Interamericana adoptada por la Asamblea General de la O.E.A. en su vigésimo octavo período extraordinario de sesiones, el 11 de septiembre de 2001 en Lima, Perú, "*son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa*". (Considerando 4, del voto del Dr. Fayt)

Es necesario que los actos de gobierno, por ejemplo la asignación de publicidad oficial a los medios de comunicación y los gastos que realizados al respecto, estén controlados. Pero lo cual es indispensable la existencia de organismo de control externos a fin de que evalúen la adecuada finalidad de la publicación oficial, sus gastos y los de asignación de la misma.

7. Conclusiones:

Si bien este caso se refiere a la provincia de Neuquén - y no tiene efectos concretos sobre otras jurisdicciones- el valor del mismo radica justamente en que el Alto Tribunal ha delineado algunas pautas aplicables a la publicidad oficial, válidas para todos los gobiernos (actuales o futuros) de todas las provincias, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y, fundamentalmente, para el propio gobierno nacional. Éstos deberán atenerse a dichas pautas para que no se configure una lesión a la libertad de expresión, por la que podrán ser demandados por cualquier medio que se encuentre injustificadamente privado de propaganda oficial y por lo tanto en situación de desventaja.

La Corte, en concordancia con excelentes estándares internacionales ha dicho que no existe un derecho intrínseco a recibir recursos del Estado por publicidad, pero, una vez que el Estado asigna estos recursos, si lo hace en forma discriminatoria viola el derecho fundamental a la libertad de expresión.

Así, un Estado podría negarle publicidad oficial a todos los medios de comunicación, pero no puede 1) negarle (o darle y quitarle) ese ingreso sólo a algunos medios, con criterios discriminatorios fundados en favoritismos políticos y 2) no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión. Es decir, que los criterios de asignación de la publicidad oficial no deberían estar relacionados a la opinión que tengan los medios de comunicación de los gobiernos de turno, ni ser utilizada como una vía para ejercer presión sobre los medios de comunicación.

Para que no se de esta situación, el Estado puede utilizar distintos criterios de distribución de propaganda oficial, siempre que no importe una discrecionalidad de carácter discriminatorio. Si el Estado quiere retirar publicidad de algún medio, puede hacerlo, pero debe probar que media, por ejemplo, una grave situación económica. La publicidad oficial resulta indispensable para la subsistencia económica de algunos medios de comunicación, sobre todo de los más pequeños.

Los principios que surgen del fallo más otras pautas básicas comentadas como presupuesto de mínima, deberían ser recogidas por las legislaturas locales y el Congreso de la Nación, con la finalidad de sancionar leyes que regulen la distribución de la publicidad oficial, y así reducir los márgenes de discrecionalidad del Estado.

Sin duda, una de las formas más habituales de afectar el derecho a la libertad de expresión, es la que se configura a través de la distribución de la propaganda oficial que hacen los gobiernos. Es una forma de restricción sutil que implica una situación clara y concreta de censura indirecta.