

PRESENTA AMICUS CURIAE

Excma. Corte:

Horacio VERBITSKY, Presidente, y Gastón CHILLIER, Director Ejecutivo, ambos en representación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), con el patrocinio letrado de Damián LORETI (Tº 31 Fº821 CPACF), con domicilio real en Piedras 547, timbre 1º, de la Ciudad de Buenos Aires, ante VE comparezco y respetuosamente digo:

I. OBJETO

Solicitamos a V.E., por medio de esta presentación, ser tenidos como Amicus Curiae para someter a vuestra consideración algunos argumentos de derecho de relevancia para la resolución de la cuestión planteada en la causa caratulada "Editorial Río Negro c/ Provincia de Neuquén s/ Amparo, Causa E.1 XXXIX ORI".

II. INTRODUCCIÓN

II.1 Breve reseña de los hechos

El presente caso versa sobre una acción de amparo promovida por la empresa editora del Diario Río Negro contra la Provincia de Neuquén, por considerarse aquella afectada en sus derechos constitucionales en forma arbitraria por la supresión –primero parcial y luego total- de la asignación de pauta de publicidad oficial por parte del Poder Ejecutivo y otras dependencias de la demandada, situación que no guarda relación con conductas similares para otros medios con circulación en la Provincia.

III. INTERÉS DEL CELS EN EL PRESENTE CASO

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) es una organización no gubernamental que desde hace 25 años se dedica a la promoción y protección de los derechos humanos, el fortalecimiento del sistema democrático y el estado de derecho en Argentina. Para llevar adelante esa tarea desarrolla sus actividades especialmente a través de herramientas técnico-legales.

Constituye un objetivo central de nuestra organización promover e impulsar la utilización de los tribunales locales para fomentar el pleno ejercicio de los derechos, a través de la aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos.

En tal sentido, entre los mandatos específicos del CELS, se encuentra el de contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, a través de la utilización de herramientas judiciales y cuasi-judiciales tanto a nivel interno como en la esfera internacional.

El derecho a la libertad de expresión constituye una de las herramientas fundamentales para el libre flujo de la información y la importancia de construir una sociedad informada y una democracia participativa que permita a los ciudadanos ejercer el control de las instituciones de gobierno.

La actividad del CELS en esta la materia se ha traducido, a título meramente ilustrativo, mediante la tramitación de diversas causas judiciales. A modo de ejemplo, en la actualidad existen tres casos que nuestra organización litiga ante el Sistema Interamericano y que versan sobre esta temática: el caso VERBITSKY^[1], por medio del cual se ha logrado incidir en la derogación de la figura de desacato en nuestra legislación nacional, por vulnerar los principios esenciales sobre la libertad de expresión. Los casos KIMEL^[2] y FONTEVECCHIA y D'AMICO^[3] también constituyen un ejemplo de nuestro trabajo. Ambos abordan la problemática de las figuras públicas y la importancia de la amplia discusión de cuestiones de interés público, y el conflicto que las sanciones –fueran éstas civiles o penales–, crean por su posible efecto inhibitorio en perjuicio de la garantía de un debate libre y abierto en toda sociedad democrática. Asimismo,

1 CIDH, Ref. Horacio Verbitsky y otros contra Argentina - Caso Nº 12.128

2Ref.: Eduardo Kimel contra Argentina - Caso Nº 12.450

3CIDH Ref.: Jorge Fontevecchia, Héctor D'Amico contra Argentina -Caso Nº 12.524

hemos elaborado memoriales en derecho, similares al presente, en causas como "*Felipe Agüero sobre libertad de expresión y derecho a la verdad*" en Chile^[4], o "*Ríos Ereñu c/ D'Andrea Mohr s/ daños y perjuicio*" ante la CSJN en Argentina, entre otros.

Asimismo, el CELS ha elaborado y publicado diversos documentos sobre la importancia del acceso a la información, ya sea por medio de su publicación anual^[5], o en su publicación "La información como herramienta para la protección de los derechos humanos"^[6], o el documento elaborado junto a otras organizaciones no gubernamentales titulado "Una radiodifusión pública para la Democracia"^[7].

De esta manera, y conforme los hechos que se presentan en este expediente, es nuestra intención acercarle a esta Honorable Corte aquellas cuestiones de derecho que deben ser tenidas en consideración al momento de resolver.

IV. PLAZO

El *amicus curiae* se presenta dentro del plazo establecido por el artículo 1° de la Acordada 28/2004, en tanto aún no se ha producido en el sub lite el llamado de autos para sentencia.

V. LA INSTITUCIÓN DEL AMICUS CURIAE

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

En nuestro país la presentación de dictámenes en carácter de *amicus curiae* no solo ha sido receptado por numerosos antecedentes jurisprudenciales, sino que ha tenido consagración legislativa nacional y local para ciertas materias y ha sido expresamente regulado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en su Acordada 28/04, dictada el 14 de julio del 2004.

Entre los numerosos antecedentes jurisprudenciales locales que han reconocido esta figura podemos mencionar, por ejemplo, la causa "ESMA", en la que la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal aceptó expresamente la presentación de un memorial en calidad de *amicus curiae*, de las organizaciones internacionales de derechos humanos CEJIL (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional) y Human RightsWatch/Americas^[8].

Otro antecedente fue el presentado en la causa "Sterla, Silvia s/ interrupción de la prisión preventiva" ante el Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 2 de la Capital Federal. Al momento de resolver la causa, el magistrado destacó el papel de las ONG en la transformación del pensamiento jurídico de nuestro país. Y en cuestiones de libertad de expresión e información, cabe citarse el precedente de un reciente caso en que se presentó un memorial —"Incidente de Thomas Catan en autos n° 14.829/2002"— que tramitó ante el Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 11, Secretaría N° 22 de la Capital Federal.

Al momento de resolver la causa, la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal se pronunció en el sentido de admitir el memorial presentado por Horacio Verbitsky, Secretario de "Periodistas-Asociación para la defensa del Periodismo Independiente", y José Insaurralde, Secretario General de la "Federación Argentina de Trabajadores de Prensa".

[4] Caso "Felipe Agüero sobre libertad de expresión y derecho a la verdad", presentado ante la SJL del Crimen (Chile), en el mes de Julio de 2001 (disponible en www.cels.org.ar).

[5] Publicación anual titulada "Informe anual sobre la situación de los Derechos Humanos en la Argentina", que el CELS publica desde el año 1997 hasta la actualidad. Editorial Siglo XXI. (disponible en www.cels.org.ar).

[6] "La información como herramienta para la protección de los derechos humanos", publicada en el marco de la colección Experiencias que realiza el CELS, Editorial Siglo XXI, 2004

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

[8] "Hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA)", Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal; Causa N° 5/95; resol. del 18 de mayo de 1995.

En dicha oportunidad, la Cámara recordó que había "aceptado anteriormente colaboraciones de esa índole (C.C.C. Fed. en pleno, causa n° 761 "Hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela Superior de Mecánica de la Armada", rta. 18-5-1995, reg. 5/95). Como posible standard para su incorporación se estableció que las presentaciones debían ser realizadas por organizaciones no gubernamentales que persiguieran un interés válido y genuino en el tema y, además, acreditaran una especialización en él. También se afirmó la necesidad de que la materia a opinar resultara un caso de amplio interés público".

Como mencionáramos, esta valiosa figura, ha sido recientemente regulada expresamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su Acordada 28/04, dictada el 14 de julio del 2004. En dicha regulación la Corte reivindica el instituto como un importante instrumento de participación democrática en el Poder Judicial, manifestando que la figura del "Amigo del Tribunal" es "un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia".

Esta bienvenida innovación legislativa por parte del máximo tribunal de la Nación demuestra que la tendencia en favor de la aceptación de los "*Amici Curiae*" por parte de los tribunales argentinos es firme e inequívoca.

Por lo tanto, nos presentamos ante V.E. con el objeto de que se nos permita exponer nuestros argumentos acerca de la relación entre el derecho a la información y la libertad de expresión sobre la base del hecho investigado en las referidas actuaciones.

VI. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Con la incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos a la Constitución en 1994 ha concluido toda discusión acerca de la aplicabilidad de dichas normas en los estrados judiciales. La Constitución argentina reformada en 1994, al otorgarle rango constitucional a los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado, definitivamente resuelve esta cuestión.

En efecto, el art. 75 inc. 22 de la Constitución estipula en forma genérica que: "los tratados tienen jerarquía superior a las leyes". En cuanto a los tratados de derechos humanos ratificados por la Argentina, entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana, Convención o CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se establece expresamente que éstos "tienen jerarquía constitucional".

La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos implica condicionar el ejercicio del Poder Judicial, al pleno respeto y garantía de estos instrumentos. En tal sentido, su violación constituye la violación de la Constitución misma. En el plano interno, la no aplicación de estos tratados por parte de los tribunales argentinos implica la responsabilidad internacional por desconocer normas de rango constitucional.

Respecto a la interpretación que debe darse a los pactos de derechos humanos, V.E. ha afirmado que, para interpretar la Convención Americana debe aplicarse la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este camino tuvo un primer reconocimiento explícito en el ya conocido caso "*Ekmekdjian c/ Sofovich*"⁹, en el que nuestro supremo tribunal sostuvo que:

"la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"(considerando 21).

Asimismo V.E., en el caso "*Giroldi, H. D. y otro s/recurso de casación*"¹⁰, luego de referir que la reforma constitucional de 1994 ha conferido jerarquía constitucional al Pacto de San José de Costa Rica, ha avanzado en este rumbo al expresar:

"Que la recordada 'jerarquía constitucional' de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente "en las condiciones de su vigencia" (art. 75 inc. 22, 2 párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para

9 CSJN, "Ekmekdjian c/Sofovich", sentencia del 29 de Julio de 1992

10 CSJN, "Giroldi", sentencia del 7 de abril de 1995. LL, 1995-D, 462.

su interpretación y aplicación.”...“De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”. (considerando 11).

“Que, en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde –en la medida de su jurisdicción– aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar la responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional”. (considerando 12)

En el mismo sentido expuesto, V.E. ha refrendado esta posición nuevamente, ampliándola con los alcances y compromisos que surgen de la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Comisión” o “CIDH”) en las causas “Acosta”¹¹ y “Bramajo”¹². Recientemente también en los casos resueltos por V.E. con su actual composición “Arancibia Clavel s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros”¹³, “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”¹⁴ y Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad”¹⁵, entre muchas otras.

De lo hasta aquí expuesto, surge claramente que, de conformidad con la jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el texto de la Constitución argentina reformada en 1994, los tribunales argentinos, cuando deban resolver en materia de derechos humanos, deben tomar en consideración la normativa internacional y su interpretación jurisprudencial desarrollada por los organismos supranacionales de aplicación.

Conforme lo que venimos desarrollando, Argentina, Estado parte de la Convención Americana, está obligada internacionalmente a respetar los principios emergentes del art. 13 sobre derecho a la información y libertad de expresión bajo riesgo de incurrir en responsabilidad internacional.

Sobre la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

En toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos (consagrados en la Convención), se está ante un deber de inobservancia del deber de respeto...(E)l Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aún si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno.¹⁶

En lo que se refiere a la segunda obligación, la de “garantizar” el pleno y libre ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, la Corte ha dicho que esta obligación implica:

El deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.¹⁷

VII. LA PUBLICIDAD OFICIAL Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

11 CSJN, “Acosta”, sentencia del 22 de diciembre de 1998.

12 CSJN, “Bramajo”, Sentencia del 12 de septiembre de 1996. JA 1996-III-439

13 CSJN, “Arancibia Clavel”, sentencia del 24 de agosto de 2004

14 CSJN, “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, sentencia del 03 de Mayo de 2005

15 CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad”, sentencia 14 de junio de 2005

16 Véase, Corte Interamericana de Derechos Humanos., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C Nº 4, párr. 170

17 Véase, Corte Interamericana de Derechos Humanos., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C Nº 4, párr. 166.

VII.1. Reseña histórica

La publicidad estatal constituye una forma de ayuda del Estado a la prensa que escapa frecuentemente de los trabajos doctrinales sobre el tema, pero que merece un estudio particular no sólo porque representa una importante erogación con cargo a los fondos públicos, sino porque el fundamento legal y los criterios de asignación de esta ayuda *sui generis* no han sido, objeto de mayores análisis.

Ernesto Villanueva, en su libro "Régimen Jurídico Comparado de la Ayuda del Estado a la Prensa" analiza las prácticas directas e indirectas de las ayudas del Estado a la prensa y particularmente estudia el instituto de la publicidad oficial, como ayuda *sui generis*. Al respecto, sostiene que la adopción de sistemas de ayuda del Estado a la prensa no constituye una práctica nueva; antes bien, se remonta siglos atrás.

Parte de la doctrina especializada señala que la ayuda estatal a la prensa surge en el período de la Revolución Francesa, cuando una Ley de 1796 dispuso una reducción de las tarifas postales de los periódicos para "fomentar la libre comunicación del pensamiento entre los ciudadanos de la República"¹⁸.

El informe elaborado por Jean Serisé para el gobierno francés sostiene, por su parte, que "el origen de la ayuda estatal se remonta a finales del siglo XIX. Desde entonces, a fin de que el conjunto de los ciudadanos gozara de la más amplia información política, se previó aligerar las tarifas postales para la prensa política. Después se efectuaron diversos ajustes de tarifas para determinar mejor sus beneficiarios y excluir lo que en definitiva era ajeno a la prensa"¹⁹. A partir del siglo XX el sistema de ayudas estatales adquirió carta de naturalización en la mayoría de los Estados democráticos. Asimismo, recuerda que la doctrina de la responsabilidad social de la prensa exige la intervención imparcial del Estado para materializar efectivamente la libertad de información en los términos previstos por el Artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Una de las formas en que debe manifestarse la presencia estatal gira en torno a la figura jurídica de la ayuda a la prensa en virtud, entre otras, de las siguientes razones:

- Contribuyen a hacer factible la libertad de información de los lectores, en la medida en que viabilizan la diversidad de opciones editoriales, requisito *sine qua non* para poder elegir. De esta forma se coadyuva a que el mandato del artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos no se convierta en una frase hueca sin correspondencia posible con los hechos cotidianos.
- Permiten la dignificación del lector, en tanto éste no es tratado como un consumidor más de información mercantilizada, sino como titular de un derecho universal a ser informado.
- Favorecen el pluralismo informativo pues ofrece la posibilidad de expresión a las más distintas corrientes del pensamiento que circulan en el seno de la sociedad civil, y las cuales no necesariamente están dotadas de los soportes publicitarios y de distribución adecuados a su presencia social.
- Suponen la consideración previa de que la prensa no es una actividad comercial más, sino una labor que entraña un innegable interés social, toda vez que representa el medio a través del cual se proporciona a la sociedad los elementos de información mínimos, sin los cuales el ser humano no podría ejercer con plenitud su ciudadanía, que comporta una participación activa en la formación de la voluntad colectiva en un Estado democrático.
- Estimulan la emergencia de una empresa periodística mejor equiparada para hacer frente tanto a su obligación de informar, como de responder satisfactoriamente a los retos que plantea la continua innovación tecnológica en el entorno mundial.
- Inhiben el rápido proceso de concentración de la propiedad de las empresas periodísticas, fenómeno económico que se expresa en una estandarización de pautas informativas, en uniformidad de contenidos y de criterios noticiados y, por tanto, en la reducción de los márgenes para consolidar el pluralismo informativo en su genuina expresión.

¹⁸ Bel Mallén, Ignacio, en "Ayudas a la prensa", en Estudios en honor de Luka Brajmovic, p. 109. Citado por Villanueva Ernesto, "Régimen Jurídico Comparado de la Ayuda del Estado a la Prensa". Colección Derecho. Media Comunicación. México, 1996.

¹⁹ Trabajo presentado como anexo al Informe Drancourt "L'équilibre économique des entreprises de presse", publicado en el Journal Officiel de la République Française, 1974.

- Promueven la permanencia laboral de periodistas en las salas de redacción y la creación de nuevos puestos de trabajo.
- Permiten que se establezcan precios bajos en la venta de ejemplares, circunstancia que impacta en un número mayor de lectores.
- Contribuyen a impedir la *transculturización* y a potenciar, en cambio, la manifestación de los más distintos valores culturales nacionales.

La prevalencia de la doctrina de la "responsabilidad social de la prensa" en la mayor parte de los Estados democráticos ha sido el telón de fondo de las políticas oficiales de la ayuda estatal. Es importante precisar que la ayuda del Estado no debe suponer, por ningún motivo, la dependencia de la prensa respecto del poder público o un deber de contraprestación como pago por las ayudas recibidas.

El espíritu de estas ayudas presupone, a contrario sensu, un principio de independencia básico. Hay que recordar que la prensa puede ser mejor o peor, pero una prensa sin independencia es negativa por definición. Esta independencia se preserva en la medida en que las ayudas están dotadas de un fundamento legal, conforme al cual se convierten en objeto de derecho de la prensa y, de manera correlativa, en fuente de obligaciones para el Estado.

VII.2. La publicidad del Estado como ayuda *sui géneris* a la prensa

La publicidad estatal puede suponer por sí misma una fuente de ayuda *sui géneris* a la prensa, y al mismo tiempo, una fuente de poder, que eventualmente puede utilizarse para satisfacer intereses ajenos al bien común. Esta posibilidad se incrementa cuando los criterios de asignación publicitaria son definidos en forma casuística y discrecional por las autoridades competentes.

Es por ello que para evitar que la publicidad del Estado se convierta en una herramienta de presión implícita para recompensar o castigar las expresiones de la prensa en función de su contenido, es conveniente que exista una definición *ex ante* y pública sobre los criterios de asignación de publicidad oficial. Sin duda estas prevenciones, plasmadas preferentemente en una ley ordinaria, son imprescindibles para aquellos sistemas que manifiestan un evidente déficit democrático.

El tratamiento que ha dado el derecho comparado sobre el particular no ofrece soluciones unívocas; pero aporta luces de relevante interés sobre el estado que guarda en el mundo esta veta poco explorada. Veamos

VII.3. Campos de criterios de publicidad del Estado en el derecho comparado

A continuación analizaremos alguno de los criterios de asignación que los países adoptan para regular la asignación de publicidad oficial:

- *Países donde los criterios de asignación no se encuentran predeterminados por la afinidad política de la prensa, sino en función de presupuestos de rentabilidad económica e impacto comunicacional*

Los casos más representativos de este grupo son Estados Unidos y el Reino Unido.

En los Estados Unidos las campañas publicitarias del Gobierno se rigen por criterios estrictos de impacto de difusión, sin importar si el medio de prensa es proclive al gobierno o no. Para tal efecto, los departamentos del Gobierno de los Estados Unidos basan sus criterios de asignación publicitaria en los informes de las agencias responsables de publicar los tirajes, número de radioescuchas y televidentes.

En el Reino Unido las campañas publicitarias del Estado son puestas en marcha por la Central Office of Information que decide en última instancia la idoneidad de la campaña, la duración y los medios de difusión. Esta decisión es tomada en base a las recomendaciones de un comité consultivo independiente formado por expertos publicistas con el concurso de las principales agencias de publicidad las cuales operan directamente las campañas del gobierno.

- *Países donde existe un estado de desregulación parcial, reglamentando sólo el acceso del gobierno a la radio y a la televisión en condiciones de imparcialidad y sin ánimo de promover la imagen de las entidades gubernamentales*

En estos casos se encuentran Alemania, Bélgica y Francia. En Alemania, la regulación de la publicidad estatal se encuentra expresamente prevista para la radio y a la televisión; pero no existe normativa alguna, sin embargo, en materia de prensa escrita.

- *Países donde la publicidad estatal cuenta con una base legal y se rige por criterios de equidad social*

En este grupo se destacan Holanda, Italia y Portugal.

En Holanda, la publicidad del Estado rige la Ley sobre la Publicidad de la Administración (WOB) del año 1980. Además de establecer formalmente el derecho a la información del ciudadano, establece las líneas generales sobre las que debe fundarse la política informativa estatal; por ejemplo, debe tener la mayor cobertura social posible, incluyendo mensajes especiales dirigidos a empresarios, estudiantes, campesinos, transportistas, comerciantes, órganos de bienestar, etc. Además, **las campañas promocionales deben difundirse entre los medios de comunicación con criterios equitativos de distribución, evitando marginaciones o prejuicios.** (el destacado nos pertenece)

En Italia, la Ley 67, de 25 de febrero de 1987, que reforma y adiciona la Ley de Prensa e Imprenta de 1981, contiene un apartado dedicado a la regulación de la publicidad del Estado. Entre sus disposiciones establece que: a) las Administraciones del Estado y los entes públicos no territoriales están obligados a destinar a la publicidad en diarios y revistas una cuota no inferior al 50% de los gastos publicitarios presupuestados, así como a establecer en su presupuesto una partida para gastos publicitarios, la cual no puede ser modificada o ampliada durante el ejercicio presupuestal correspondiente; b) las Administraciones del Estado, los entes locales y sus empresas están obligados a comunicar al Garante de la Prensa²⁰ la relación de gastos efectuados en materia publicitaria en el curso del ejercicio presupuestal anual.

Por otro lado, la ley establece la creación de una Comisión de Evaluación de la Publicidad del Estado, integrada por miembros del gobierno y representantes de la prensa, de las editoriales y de las agencias de publicidad. Esta Comisión tiene como principal cometido efectuar **el reparto de la publicidad estatal, la cual “debe realizarse –dice la Ley– sin discriminación y debe tener en cuenta los periódicos que por su naturaleza lleguen a los sujetos específicamente interesados”.** (el destacado nos pertenece).

La ley prescribe que debe formarse un fondo común para gastos publicitarios, asignado a la Dirección General de Información de la Presidencia del Gobierno, que debe formarse con el 20% del conjunto de las partidas presupuestales para gastos de publicidad de todos los órganos de la Administración. En los hechos, este fondo ha servido para poner en práctica campañas de comunicación global y compensar eventualmente, a las publicaciones periodísticas que no hayan sido beneficiadas de cuotas equitativas de publicidad por causas diversas.

En Portugal las diversas críticas formuladas por la oposición –en el sentido de que el gobierno utilizaba la publicidad del estado para manejo de su imagen y a fin de presionar a la prensa–, tuvieron impactos legales de gran importancia. El Congreso introdujo un nuevo artículo en la Ley de Presupuestos, con el siguiente Preámbulo:

“Siendo importante disciplinar el uso de dotaciones presupuestarias para fines de publicidad, asegurando su conformidad con arreglo a patrones de objetividad y justificación...”

Se agregó un artículo (Art. 12 sobre gastos de publicidad) por el cual se prohíbe al Gobierno y a la Administración Pública el recurso a cualquier forma de publicidad comercial para fines de propaganda política. Asimismo, el artículo expresa:

“Los mensajes informativos a efectos de promoción de derechos económicos, sociales y culturales, que se manifiesten a través de cualquier medio publicitario, deben de limitarse

²⁰ El Garante de la Prensa es una figura institucional que hace las veces de ombudsman de la prensa. Su principal cometido es proteger la libertad de la prensa y los derechos de los ciudadanos frente a los posibles abusos surgidos en el ejercicio de esa libertad.

a lo estrictamente necesario para la finalidad señalada, sin contener juicio de valor alguno sobre la actividad del Gobierno, ni podrán directa o indirectamente por falta a la verdad, inducir a los ciudadanos a error en cuanto al contenido de la medida anunciada...”, conforme los “principios de licitud, identificabilidad, veracidad y respeto por la defensa de los ciudadanos...”... “La celebración de contratos de publicidad para los fines de divulgación legalmente autorizados, será siempre precedida de concurso público y anunciada en el “Diario de la República”.

Medida, ésta última encaminada a respetar el principio de igualdad, libre concurrencia, publicidad y transparencia, a fin de evitar discriminaciones en el manejo de la publicidad oficial.

Por otro lado, en el Tratado Constitutivo de la Unión Europea, en la “Sección Segunda, Ayudas otorgadas por los Estados”, en el Art. 87, se prevén como compatibles con los principios de competencia las ayudas de los estados destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o regiones económicas, o bien destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común”, o de la competencia en la Comunidad en contra del interés común;

En Austria, según lo expuesto por Brigitte Zauner-Jelemensky²¹, consejera de la Autoridad Austriaca de las Comunicaciones (KommAustria), rige la nueva Ley de subvenciones a la prensa, promulgada por el Parlamento nacional, que entró en vigor el 1 de enero de 2004, que expresa:

2. Además de regular las subvenciones a la distribución para los diarios y semanarios (de acuerdo con la sección II) y las subvenciones especiales para la preservación de la diversidad en los diarios regionales (de acuerdo con la sección III), la Ley de subvenciones a la prensa de 2004 fija una serie de nuevas medidas para promover la calidad y contribuir a garantizar el futuro de la prensa. El epígrafe “Promoción de la educación periodística” permite a las editoriales de diarios y semanarios recibir subvenciones por los costes de formación de nuevos periodistas.

En el mismo evento, Niiranen, Valtteri, Director de la Asociación Europea de Editores de Periódicos (ENPA) expresó: “(3) Las subvenciones a la prensa son un campo fundamental en el que las medidas nacionales desempeñan un papel importante.(...) (4) La ayuda que reciben los editores es compatible con los tratados europeos en tanto que se considera una ayuda cultural. De acuerdo con el apartado (d) de la sección 3 del artículo 87: “ayuda para promover la cultura y la conservación del patrimonio cuando esa ayuda no afecte a las condiciones comerciales ni a la competencia en la Comunidad hasta el punto de que sea contraria al interés común”. Y destacó que (5) Doce estados miembros de la UE proporcionan ayuda estatal directa a los editores de periódicos”.²²

VIII. EL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL MANEJO DE PUBLICIDAD A LA LUZ DEL ARTÍCULO 13 DE LA CADH

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13, sienta los principios de universalidad del ejercicio del derecho a la información, señalando que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, y aclara expresamente que su ejercicio no puede ser objeto de censura, sino de responsabilidades ulteriores.²³

21 Zauner-Jelemensky, Brigitte; Consejera de la Autoridad Austriaca de las Comunicaciones “Ayudas a la prensa en Europa: desarrollo, pluralismo y transparencia.”. Discurso pronunciado en ocasión del Encuentro Internacional celebrado los días 19 y 20 de junio de 2006 en Barcelona.

22 Disponible en http://www.portalcomunicacion.com/press06/esp/abs_det.asp?id_abstract=26

23 La Convención textualmente señala en el artículo 13 que: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 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 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 circulación de ideas y opiniones. 4. 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, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional,

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 4, señala que "Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio."

En reiteradas oportunidades, la Corte Interamericana ha señalado que:

"La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública...Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada, no es plenamente libre."²⁴

En este sentido, el Informe del año 2002 del Relator de Libertad de Expresión de la OEA señala que

"...la protección del derecho a expresar las ideas libremente es fundamental para la plena vigencia del resto. Sin libertad de expresión e información no hay una democracia plena, y sin democracia, la triste historia hemisférica ha demostrado que desde el derecho a la vida hasta la propiedad son puestos seriamente en peligro."

Pero los principios de universalidad a los que nos hemos referido, que consagran, protegen y garantizan el derecho a la información, alcanzan no solo a los emisores o "sujetos productores de la información" sino también –en su dimensión colectiva– a quienes se nutren de la información que brindan los otros; y ello va de la mano del pluralismo informativo.

Así, la Corte IDH, en ejercicio de su función consultiva, ha dicho que la libertad de pensamiento y expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Y agregó:

"Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a " recibir " informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión... por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno."²⁵

VIII.1. La asignación de publicidad como medio indirectos de censura.

Sentados estos principios, el texto del art. 13 de la CADH señala específicamente que no puede limitarse la libertad de expresión por medios indirectos ni entorpecerse u obstaculizarse la libre circulación de opiniones e informaciones; o "cualquier otro medio encaminado a impedir la comunicación y circulación de ideas u opiniones".

En este orden de ideas y para comprender cuáles son estos medios indirectos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha aprobado la Declaración de Principios de Libertad de Expresión en octubre del año 2000 con el objetivo de otorgar un marco jurídico que regule la efectiva protección de la libertad de expresión en el hemisferio, incorporando las principales doctrinas reconocidas en diversos instrumentos internacionales. La Declaración alude

racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

24 "La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13/11/1985, serie A, nº 5. En igual sentido, en el "4º Informe sobre la situación de los derechos Humanos en Guatemala" (1993), la Comisión dijo que "Considera también en este difícil momento de recuperación democrática guatemalteca, que la existencia de una prensa independiente, responsable y profesional es requisito indispensable".

25 La Colegación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre 1985, Corte I.D.H. (Ser. A) No. 5 (1985).

explícitamente al uso de la publicidad estatal como un modo cierto de afectar la indemnidad de libertad de información y de expresión²⁶.

Asimismo, la CIDH, en su Informe Anual del año 2000, al tratar el apartado 13 de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión sostuvo que

“El estado debe abstenerse de utilizar su poder y los recursos de la hacienda pública con el objetivo de castigar, premiar o privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas. Su rol principal es el de facilitar el más amplio, plural y libre debate de ideas. Cualquier interferencia que implique restringir la libre circulación de ideas debe estar expresamente prohibida por la ley. **Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.**” (El destacado es nuestro)

De esta manera, imponer presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales obstruye el funcionamiento pleno de la democracia, puesto que la consolidación de la democracia en el hemisferio se encuentra íntimamente ligada al intercambio libre de ideas, información y opiniones. Lo mismo sostuvo la Comisión al invocar al Relator Especial para la libertad de expresión, quien destacó que

“En el marco de los criterios de distribución, existen asignaciones discriminatorias negativas y positivas de la publicidad. La asignación negativa se otorgaría a una persona o un medio de comunicaciones para inducirlo a no informar desfavorablemente sobre quienes están en el poder. La asignación positiva exige que el beneficiario se exprese favorablemente para recibir los fondos estatales. Tanto la asignación positiva como la negativa pueden constituir una violación de la libre expresión. Las asignaciones negativas son formas de coerción basadas en los contenidos, que obligan a los medios de comunicación al silencio sobre cuestiones de interés público, en tanto las asignaciones positivas pueden distorsionar artificialmente un debate público al inducir a apoyar las opiniones del gobierno a quienes en otras circunstancias hubieran adoptado una posición contraria (o hubieran optado por no expresarse del todo).”

Y acto seguido, en el apartado 13 sostuvo,

“La obstrucción indirecta a través de la distribución de publicidad estatal actúa como un fuerte disuasivo de la libertad de expresión. Aunque la jurisprudencia en esta esfera es escasa dentro del sistema interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ofrece un marco legal contra esas violaciones indirectas, **al establecer que la asignación discriminatoria de publicidad estatal, con base en la información crítica de una publicación o una radio, es violatoria del derecho a la libre expresión garantizado por la Convención**” (el destacado es nuestro).

VIII.2. La asignación de publicidad oficial, su impacto económico a la luz del derecho a la libertad de expresión

Asimismo, es importante destacar que el fuerte impacto económico que la asignación de publicidad oficial ocasiona en los medios, ya sea gráficos, radiales y televisivos, necesariamente condiciona no solo la subsistencia de los medios –como el caso del Diario Río Negro– sino, como consecuencia de ello, el derecho humano a una expresión libre de censuras indirectas y mecanismos de control velados.

Esta problemática fue abordada por la Relatoría Especial sobre libertad de expresión del Sistema Interamericano de derechos humanos, que en su Informe Anual 2003 señaló:

“Los costos de producción de los medios de comunicación son elevados, y la forma más lucrativa de cubrir esos gastos es una amplia publicidad. Tradicionalmente, los

²⁶ CIDH, Declaración de Principios de Libertad de Expresión. Aprobadas por la CIDH en su 108º período de sesiones en octubre de 2000: “13. La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.

presupuestos de publicidad del Estado representan un porcentaje sustancial de la inversión total en publicidad de los medios. En general, el público no conoce las cifras exactas de lo que se gasta en publicidad. Sin embargo, existen informes de numerosos medios de comunicación que indican que reciben del Estado entre el 40% y el 50% de su ingreso. La publicidad estatal con frecuencia ofrece medios a voces que, sin la ayuda financiera del Estado, no podrían sobrevivir. La creciente consolidación de la propiedad y la propiedad cruzada de medios de comunicación significa que los periódicos y las estaciones de radio y televisión más pequeños enfrentan una competencia cada vez más fuerte por los ingresos de la publicidad disponibles"...La publicidad estatal puede compensar los vastos recursos de la comunicación controlados por intereses empresariales o por los círculos financieros, pues pueden ampliar la voz de periodistas y medios de comunicación locales, de los medios más pequeños y de los que critican a las empresas".

En este contexto, en la Declaración conjunta de los Mecanismos Internacionales para promover la libertad de expresión: "Desafíos a la libertad de expresión en el nuevo siglo"²⁷, los Relatores Especiales promueven que "Los gobiernos y los órganos públicos nunca deben abusar de su custodia de las finanzas públicas para tratar de influir en el contenido de la información de los medios de prensa".

En ese mismo informe, el Relator Especial, Eduardo Bertoni, señalaba su preocupación indicando que

"la mayor parte de los países de la OEA carecen de una legislación específica sobre la cuestión de la asignación de la publicidad oficial... "Estas posibles violaciones indirectas son promovidas por la falta de disposiciones legales que ofrezcan recursos adecuados frente a la asignación discriminatoria de publicidad oficial, pues este vacío legal da lugar a un poder discrecional excesivo por parte de las autoridades que adoptan las decisiones en la materia.

Y por ello, exhortó y recomendó a los Estados miembros de la OEA a adoptar leyes que impidan las prácticas discriminatorias en la asignación de la publicidad oficial, así como mecanismos para ponerlas en efecto, exigiendo un marco jurídico que establezca directrices claras para la distribución de la publicidad oficial, a fin de que se siga una administración justa de los fondos destinados a la publicidad.

En tal sentido, los Estados al momento de adoptar una legislación deben hacerlo tomando en cuenta el principio de *transparencia* que garantice la divulgación pública de los criterios para la distribución de la publicidad del Estado. Así, el Relator destacó que la asignación real de publicidad y la suma total del gasto en esta esfera deben ser también objeto de divulgación pública, para garantizar la justicia y el respeto a la libertad de expresión²⁸.

IX. RESOLUCIONES JURISPRUDENCIALES COMPARADAS QUE ATIENDEN A LA RELACIÓN ENTRE EL ESTADO COMO REGULADOR Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en "Informationsverein Lentia y otros c/ Austria"²⁹, analiza el respeto a la libertad de expresión e información desde la perspectiva de la *doctrina de las injerencias*. Así, el Tribunal establece que Estado, como el último garante, debe, en definitiva, adoptar medidas que tiendan a garantizar el pluralismo informativo. "La Corte frecuentemente ha enfatizado el rol fundamental de la libertad de expresión en una sociedad democrática, en particular donde a través de la prensa, ella sirve a difundir informaciones e ideas de interés general, las cuales el público tiene, sobre todo, derecho a recibir. Por ejemplo, *mutatis mutandis*, the "Observer and Guardian v. the United Kingdom" del 26 Nov. 1991, Series A no. 216, pp. 29-

27 Declaración Conjunta emitida por los tres Relatores Especiales sobre libertad de expresión: emitida por el Relator Especial de Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión (ONU), el Representante de la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación (OSCE) y el Relator Especial para la Libertad de Expresión (OEA), 2001. (disponible en <http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=48&IID=2>)

28 CIDH, Informe Anual 2003, disponible en www.cidh.org

29 TEDH, Informationsverein Lentia y otros c/ Austria, párrafo 59.

30... Este compromiso no puede ser exitosamente llevado a cabo a menos que esté asentado en el principio del pluralismo, del cual el Estado es el último garante."

El mismo Tribunal, en "Vgt Verein gegen Tierfabriken c. Suiza"³⁰, marcó las implicancias inhibitorias de la discriminación en la colocación de avisos, aun cuando se trataba de un anunciante privado.

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso "Houchins v. Kqed Inc."³¹, permite encontrar un disenso de los jueces Stevens, Brennan y Powell en orden a que "la preservación del completo y libre flujo de información al público en general ha sido largamente reconocido como el núcleo objetivo de la Primera Enmienda. Es por esa razón que la Primera Enmienda protege no sólo la difusión de información sino también la recepción de informaciones e ideas"³². En el mismo voto, citan a Madison cuando escribió: "Un gobierno popular, sin información popular o los medios para adquirirla, es el prólogo de una farsa o de una tragedia, o quizás ambas. El conocimiento gobernará por siempre a la ignorancia. Y un pueblo que quiera proponerse su propio Gobierno, debe armarse a sí mismo con el poder que da el conocimiento"³³. Asimismo, siguen sosteniendo los jueces:

"No es suficiente...que los canales de comunicación estén libres de restricciones gubernamentales. Sin alguna protección para la adquisición de información respecto a la operación de las instituciones públicas –como las prisiones– por el público, al final, el proceso de auto gobierno contemplado por los "Framers" sería desnudado de su sustancia".

En el caso "Grosjean v. American Press Co."³⁴, representantes de la prensa cuestionaron un impuesto estatal sobre los beneficios de la publicidad en los periódicos. En palabras de la Corte, el asunto levantado por el impuesto iba "directo al corazón del derecho natural de los miembros de una sociedad organizada, unida por su bien común, de impartir y obtener información respecto a sus intereses comunes".³⁵ Allí la Corte Suprema de los Estados Unidos ratifica el uso a lo largo del tiempo de la frase "taxes on knowledge" para describir el efecto de exacciones y al mismo tiempo condenarlas. Las tasas aplicadas tenían, e intencionadamente estaban orientadas a ello, el efecto de restringir la circulación de periódicos, y particularmente aquellos medios gráficos dirigidos a los sectores más masivos de la población.

En especial referencia a la importancia del impacto de la asignación de publicidad oficial, la Corte de Estados Unidos sostuvo:

"Libertad de prensa, en el significado de la provisión constitucional, fue ampliamente dicho, significa principalmente aunque no exclusivamente, inmunidad frente a la censura previa. ...El propósito determinante de la garantía de la inmunidad fue invocada para preservar la prensa como fuente vital de información pública. Los diarios, revistas y otras publicaciones del país, es seguro decir, han echado y continuarán echando más luz sobre el público y los asuntos de la nación que ningún otro instrumento de publicidad, y desde que la opinión pública informada es la más potente de todas las restricciones al mal gobierno, la supresión o restricción de la publicidad obtenida por la prensa libre no puede ser considerada de otro modo que el de grave concernimiento."... "La forma en la que el impuesto fue establecido es en sí mismo sospechosa. No ha sido medido o limitado por el volumen de avisos. Ha sido medido solamente por el alcance de la publicación en la cual

30 TEDH, "Vgt Verein gegen Tierfabriken c. Suiza", sentencia del 28 de junio de 2001

31 Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, "Houchins v. Kqed Inc.", 438 U.S. 1; 1987

32 Asimismo, citan iguales resoluciones en los casos Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U.S. 748, 756 ; Procunier v. Martinez, 416 U.S. 396, 408 -409; Kleindienst v. Mandel, 408 U.S. 753, 762 -763. 19 [438 U.S. 1, 31].

33 "A popular Government, without popular information, or the means of acquiring it, is but a Prologue to a Farce [438 U.S. 1, 32] or a Tragedy; or, perhaps both. Knowledge will forever govern ignorance: And a people who mean to be their own Governors, must arm themselves with the power which knowledge gives." 9 Writings of James Madison 103 (G. Hunt ed. 1910).

34 Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, "Grosjean v. American Press Co.", 297 U.S. 233

35 "[S]ince informed public opinion is the most potent of all restraints upon misgovernment, the suppression or abridgement of the publicity afforded by a free press cannot be regarded otherwise than with grave concern. The tax here involved is bad . . . because, in light of its history and of its present setting, it is seen to be a deliberate and calculated device . . . to limit the circulation of information to which the public is entitled in virtue of the constitutional guaranties." Id., at 250.

los anuncios eran llevados con el simple propósito de penalizar a los editores y recortar la circulación de un selecto grupo de periódicos.”³⁶

De este modo, el desarrollo de jurisprudencia comparada permite verificar que el impacto que las pautas de publicidad oficial tienen sobre los medios constituye un importante aspecto a considerar para garantizar la libre circulación de ideas e información. Y de este modo da cuenta de la importancia que este caso denota y la urgencia en que la Corte Suprema siente una jurisprudencia acorde con los principios internacionales que regulan la materia y que venimos desarrollando.

X. ANTECEDENTES SENTADOS POR LA CSJN.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, también ha sentado precedentes relevantes para analizar el caso del Diario de la Provincia de Neuquén. Existen antecedentes recogidos de V.E. en los que se considera la particular situación de los medios de comunicación frente a las facultades del Estado como regulador.

En el voto encabezado por el Dr. J. Severo Caballero en “La Prensa SA s/ apelación multa Ley 20.680”, se ha señalado que

“...es parte de la libertad de imprenta que se ejerce a través de la publicación del producto, el fijar el precio, y resulta obvio que si se faculta al poder administrador regular éste, o se somete a las propias empresas a la previa autorización para aumentar los precios de las ediciones, pueden alterarse garantías constitucionales, pues el art. 32 de la Ley Fundamental refuerza, en este sentido, la protección del derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la Constitución Nacional.”³⁷

La teleología del voto comentado tiende, justamente, a resguardar a los diarios de la posibilidad de que el Estado se inmiscuya en los mecanismos legítimos de financiamiento, como herramienta de presión y cercenamiento de la libertad de prensa. Tal es la interpretación que comparte el Dr. Belluscio en su voto concurrente tras agregar que se puede poner en peligro por vías económicas “la subsistencia de las publicaciones desafectadas a los gobernantes” porque “...De la autorización administrativa para la fijación del precio de los diarios al sometimiento de la prensa libre no media más que un corto paso; y la libertad de prensa constituye uno de los pilares fundamentales del régimen republicano de gobierno establecido por el art. 1º. De la Constitución.”(...) “...está claro que la Constitución, al legislar sobre libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica”.

En su voto propio, el Dr. Fayt señala, en el considerando 7º que

“El tema [se refiere al caso “La Prensa”], pues, se relaciona con la estructura económica de la información ya que la capacidad financiera se corresponde con el grado de independencia y eficacia de la prensa. Cuando la empresa periodística dispone de recursos financieros y técnicos puede cumplir sin condicionamientos externos los servicios de información y de crónica. Cuando no es así por reducción del número de lectores, disminución de la publicidad privada y **reducción y/o falta de avisos oficiales** y el incremento de los gastos fijos, la inseguridad económica afecta la actividad periodística, la que debe optar por mantener su integridad e independencia en condiciones agónicas o someterse al condicionamiento directo o indirecto de los que tienen recursos económicos o ejercen el gobierno o en defensa de sus intereses pretenden ser el gobierno del gobierno.” (el destacado nos corresponde).

Igual de medulosos son los conceptos volcados en el considerando 8º:

“Las empresas periodísticas configuran el ejercicio privado de funciones de interés social...De ahí que los diarios no deban ser una faceta más de la actividad estatal, máxime cuando, conscientes las empresas de que a mayor libertad mayor responsabilidad, los hechos se erigen en sagrados en tanto el comentario es libre. Que corresponde pues, **garantir que la empresa esté en condiciones de cumplir su misión de informar a los ciudadanos y al propio estado; fiscalizar el ejercicio del poder**

36 Corte Suprema de los Estados Unidos, en 283 U.S. 697, 716, 51 S.Ct. 625, 631.

37 CSJN, “La Prensa SA s/ apelación multa Ley 20.680”, sentencia del 2 de Septiembre de 1987

estatal; y educar y formar mediante la crítica social y educacional.”(el destacado nos corresponde).

Finalmente concluye su voto concurrente señalando que las serias perturbaciones a la “ecuación económica de la empresa periodística” pueden afectar las garantías del art. 14 de la Constitución Nacional si la privan de un medio legítimo de asegurar su continuidad.

También esta Corte Suprema ha tenido ya bajo su consideración otro asunto en el que fue puesta en crisis la conducta del Estado a la hora de ser anunciante de medios periodísticos gráficos. Así, en “Emisiones Platenses c/ Municipalidad de La Plata s/ amparo”³⁸se reclamó judicialmente la fijación de pauta publicitaria oficial en el diario “Hoy en la Noticia”.

Pese a las similitudes que puedan existir en general, los hechos no son iguales ni pueden merecer idéntica resolución. En este caso no se trata de quien nunca recibió pauta, sino de la disminución e interrupción de la contratación de espacios publicitarios a un solo medio en particular y en el transcurso del tratamiento de cuestiones de evidente interés público que comprometerían al Gobernador.

Del mismo modo, desde el punto de vista teórico, el enfoque de los hechos debe hacerse ahora a la luz del punto 13º de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión que la Comisión Interamericana realiza en el marco sus misiones y atribuciones previstas en la Convención Americana, sus estatutos y reglamentos y los alcances que la jurisprudencia de V.E. ha dado a la CIDH. Esta Declaración genera una interpretación tal, que no puede evitarse la revisión que consta en el considerando 25º de “Emisiones Platenses” al desecharse cualquier consagración implícita a contar con publicidad estatal.

Aunque ello fuera así para la obtención, la continuidad de los anuncios y su posterior interrupción sí caen bajo la estricta observancia del art. 13 de la C.A.D.H. y de análisis jurisdiccional, tal como V.E. deja explícito en el considerando 31, al advertir que para verificarse una eventual afectación a la garantía constitucional del art. 32 C.N., se debe atender a si ha habido modificaciones de curso de acción de la colocación de publicidad oficial en el demandante y si ello implica pérdidas en la cantidad de anuncios proveniente de la demandada.

En el caso que nos ocupa, sí las hubo. Ambas. El cambio de curso de acción y la merma de anuncios e ingresos.

Sin perjuicio de ello, el considerando 24 del voto de mayoría reconoce que

“no hay obligación positiva en cabeza de la comuna para apoyar a un periódico a fin de mantener la igualdad en el grado de competición en el marco de los recursos financieros con otro que disputa a los mismos consumidores el mercado periodístico, **a menos que demuestre que la decisión respecto a la forma de distribución de la publicidad gubernamental encubre una maniobra para destruir o restringir el derecho de imprenta de la recurrente**” (el destacado nos corresponde).

En el caso que motiva esta presentación, lo injustificado y sorpresivo de la decisión de la Provincia da cuenta, y por lo tanto permite afirmar, que están dados los extremos referidos por el antecedente de V.E. para que sea judicialmente exigible solución distinta.

En el mismo caso de Emisiones Platenses, la disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert consideró que la negativa a otorgar publicidad oficial es un supuesto de conculcamiento de la libertad de prensa. Para ello se basó en los argumentos siguientes:

“Si el otorgamiento de la propaganda oficial es un arbitrio discrecional de la autoridad competente, que se concede o retira a modo de recompensa o de castigo, y si ello gravita sobre la fuente preferente de financiamiento del medio, **unos serán proclives a endulzar sus críticas al gobierno de turno para mantener la que les fue asignada y otros, para alcanzarla. Esto no es consistente con la protección de que goza el derecho de prensa en nuestro ordenamiento, que no admite un condicionamiento de esta especie**”. (el destacado nos pertenece).

Pero fue aún mas allá, al considerar que

38 CSJN, “Emisiones Platenses c/ Municipalidad de La Plata s/ amparo”, sentencia del 12 de junio de 1997

"(...) es irrelevante que el municipio (–o se puede decir el Estado, en sentido lato-, aclaramos) haya actuado o no con ánimo de discriminar al matutino en razón de sus ideas, y que éste haya probado o no tal intención, pues, a los efectos de brindar la protección de los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, es suficiente con que resulte un tratamiento desparejo y que éste no se encuentre debidamente justificado, tal como se verifica en la especie"³⁹.

En tal sentido, podemos concluir, existen herramientas y mecanismos indirectos que constituyen violaciones dirigidas contra la libertad de expresión, entre ellas el manejo discrecional en la entrega de la publicidad oficial, que pueden menoscabar el derecho de los ciudadanos a expresarse y recibir información, fundamento esencial de toda sociedad libre y democrática.

XI. LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS

El cambio de curso de acción del gobierno neuquino con respecto al diario "Río Negro" y la consecuente merma de anuncios e ingresos, constituye un supuesto de "*venire contra factum proprium*" por parte de la Administración Provincial teniendo en cuenta su conducta previa de manejo de publicidad oficial. En tal sentido, resulta aplicable la llamada teoría de los **actos propios**, como demostraremos a continuación.

Esta teoría ha sido definida tanto por autores nacionales y extranjeros como por la jurisprudencia local y comparada. Entre ellos, Ludwig Enneccerus y Hans Nipperdey afirman que "a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe"⁴⁰.

Evidentemente la conducta asumida por el gobierno neuquino, contradictoria con sus actos usuales de otorgamiento de publicidad al diario "Río Negro", choca contra el ordenamiento jurídico, las buenas costumbres y la buena fe en la histórica relación de publicidad oficial que mantenía con dicho diario.

Puig Brutau, añade al concepto dado que "la base de la doctrina está en el hecho de que se ha observado una conducta que justifica la conclusión o creencia de que no se hará valer un derecho" o que tal derecho no existe⁴¹.

La doctrina de los actos propios importa un impedimento para el obrar incoherente puesto que lesiona la confianza suscitada en la otra parte de la relación. De esta manera, impone a los sujetos un comportamiento probo en las relaciones jurídicas: no es posible permitir que se asuman pautas y conductas que susciten expectativas que luego se contradigan con conductas opuestas a las anteriores⁴².

En este sentido los tribunales han sostenido "que las partes no pueden contradecir en juicio sus propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces, como asimismo que devienen inadmisibles las pretensiones que ponen a la parte en contradicción con sus comportamientos anteriores jurídicamente relevantes"⁴³.

Podemos afirmar, en conclusión, que la teoría de los propios actos constituye una regla derivada del principio general de la buena fe que puede ser aplicada con bastante amplitud pero que tendrá decisiva importancia en el trámite de los procesos judiciales⁴⁴.

Diez- Picazo funda la sanción a la conducta contradictoria en la necesidad de guardar una conducta coherente. Sostiene que cuando una persona ha suscitado en otra, con su conducta,

39 FAYT, CARLOS. "La Corte Suprema y sus 198 sentencias sobre Comunicación y Periodismo. Estrategias de la Prensa ante el riesgo de extinción". La Ley. 2001. Págs. 200/201.

40 ENNECCERUS, LUDWIG Y NIPPERDEY, HANS CARL. Derecho Civil, Parte General, Tomo I, Volumen II, punto 208, pág. 482.

41 PUIG BRUTAU, JOSÉ. Estudios de Derecho Comparado, La doctrina de los actos propios, pág. 101.

42 Ver COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN HÉCTOR. La doctrina de los propios actos y la declaración tácita de la voluntad. La Ley, Tomo 1985-A, pág. 1001.

43 Autos "Moyano, Juan C." Cámara Segunda Penal San Nicolás 18-11-81. La Ley, Tomo 1984-A, pág. 152.

44 BORDA, ALEJANDRO. "La teoría de los actos propios". Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.

una confianza fundada –conforme a la buena fe- en una determinada conducta futura (manteniendo un sentido objetivo deducido de la conducta anterior) no debe defraudar la confianza suscitada y resulta inadmisibles toda actuación incompatible con ella. Esto es, la confianza no se deposita en una apariencia jurídica sino en la obligatoriedad de comportarse coherentemente.

Como derivación lógica de la necesidad de guardar un comportamiento coherente es que se sanciona la conducta contradictoria que contraviene el principio general de la buena fe⁴⁵.

La teoría de los propios actos requiere de tres condiciones o requisitos para que pueda ser aplicada, y que son aplicables al presente caso:

- a) Una conducta anterior relevante y eficaz.
- b) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona que crea la situación litigiosa debido a la contradicción –atentatoria de la buena fe- existente entre ambas conductas.
- c) La identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas.

Todas ellas se hacen presentes en este caso. Pues resulta inadmisibles la pretensión de aportar razones de derecho que contravengan la propia conducta anterior, cuando ésta ha sido adoptada de un modo formalmente relevante y jurídicamente eficaz. Y así lo sostuvo la propia Corte⁴⁶. De este modo la actitud del Estado no puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con la asumida anteriormente y quebrando de este modo el principio de la buena fe. Ello pretende hacer el Estado provincial en el presente caso al contradecir las costumbres y la buena fe en la histórica relación de publicidad oficial que mantenía este diario.

XI. Consideraciones finales

Con un cierto compromiso de síntesis en virtud de la limitada extensión que la Acordada reglamentaria establece para los memoriales de “amicus curiae”, nos limitaremos a recordar que tanto la Corte IDH, la Comisión, así como esta Corte Suprema, se han pronunciado reiteradamente sobre el valor estratégico de la libertad de expresión y el derecho a la información en el estado de derecho; en particular en lo que respecta al pluralismo informativo, a la diversidad cultural y a la información de calidad.

Ahora bien, en ese contexto se debe analizar la universalidad de las complejas y variadas vinculaciones que hacen a la relación, o más bien la ecuación económico-financiera de los medios de comunicación en general con el estado nacional y los estados provinciales o municipales.

La publicidad oficial es sólo una parte de este entramado. Estas consideraciones previas tienden a alertar que existen muchas más situaciones que permiten afirmar la convivencia de ayudas directas e indirectas hacia los medios de comunicación, las que, por supuesto, en ningún caso deberían ser aplicadas para premiar o castigar en virtud de las líneas editoriales.

Como surge también de este memorial, la adopción de estas decisiones es ciertamente común en el hemisferio occidental por parte de los estados. En todos los casos la doctrina y la legislación requieren transparencia.

Las subvenciones más extendidas, con especial arraigo en los países con sistemas de medios democráticos corporativos, son las orientadas a publicaciones no líderes, con escasos recursos publicitarios o en dificultades económicas.

Pero trataremos de contextualizar diversas vías que V.E. pueda tomar en cuenta a la hora de resolver el presente, no sólo por los alcances específicos del caso a resolver, sino por la trascendencia institucional del precedente en una cuestión de claro interés público.

45 BORDA, A. Op. Cit. Págs. 68/69.

46 CSJN, “Ojeda Quintana, Julio María y otro c/ Estado nacional s/juicio de conocimiento” sentencia del 7 de agosto de 1996. ED, nº 172, pág. 629, sum. 1.106.

A la fecha, en el entramado de relaciones económicas-financieras entre el estado y los medios de comunicación encontramos:

- a) la exención de impuesto a los ingresos brutos para ciertos medios de comunicación
- b) la distribución y precio del papel para periódicos, instancia sobre la que advierte la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 13 inc. 3), teniendo en cuenta que el Estado Nacional es accionista de Papel Prensa SA
- c) las regulaciones sobre distribución de diarios.
- d) la absorción del gravamen de la ley de radiodifusión 222.85 en el Impuesto al Valor Agregado
- e) la subsistencia –hasta no hace muchos meses– de la suspensión de la venta de pliegos de servicios complementarios, reparada por la reciente resolución de V.E. del 24 de agosto de 2006, confirmando el fallo de la Cámara federal de Córdoba in re “Cooperativa Telefónica de Servicio Público y Comunicaciones de Villa del Totoral Limitada”. Tal carencia de venta de pliegos desde el año 2000 determinó un claro proceso de falta de competencia en el mercado del cable.
- f) En el mismo plano, han existido durante la vigencia de los “Acuerdos de competitividad” varios subsidios para reforzar los pagos de nóminas salariales.
- g) La no adhesión por parte de la casi totalidad de las provincias del artículo 64 de la ley 12.908 Estatuto del Periodista Profesional que impediría la colocación de publicidad tarifada en medios que no tuvieran regularizada la situación laboral de sus trabajadores.
- h) Suspensiones de soterramientos de los servicios de TV por cable en muchas ciudades del país
- i) Desgravamientos rendidos o no rendidos ante el COMFER dispuestos por aplicación del art. 100 de la ley 22.285.
- j) Condonaciones de multas y gravámenes dispuestas para ser aplicados a publicidad institucional o electoral, hipótesis ahora dejada de lado por el Dto. 1301/2004, pero que oportunamente en 1999 importó una acción de amparo por la que la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo (Sala II) ordenó suspender los efectos del Decreto que originariamente impuso la condonación. Fallo del 24 de agosto de 1999.
- k) El impacto directo e indirecto de la ley de "defensa de industrias culturales", No. 25750 que eximió a los medios de comunicación de la aplicación del “cram down” de la ley de concursos y quiebras
- l) La extensión de facto de las licencias de los radiodifusores por la aplicación del Decreto 527/05 que implica por una parte la consolidación de la estructura de los medios y por otra la consolidación de los planes de negocios del sector por diez años más.
- m) La asignación de publicidad estatal, en las condiciones de precariedad reglamentaria que denuncia para el Hemisferio la Relatoría de Libertad de expresión de la OEA y cuya asignación es objeto principal de estas actuaciones por los hechos planteados por actora y demandada.

XII. CONCLUSIONES

Un régimen político que no permite la crítica política con los alcances que V.E., la Corte Interamericana y la Comisión a la hora de interpretar la Convención han venido dando no puede calificarse de democrático sólo por su legitimidad de origen.

Desde este punto de partida, creemos esta Corte puede, y está en condiciones de superar dialécticamente la concepción meramente negativa o defensiva de la libertad de expresión, esto es, de reivindicar la libertad de expresión no sólo como liberación de la censura previa e

interferencias, sino como un derecho judicialmente garantizado a obtener determinadas prestaciones que satisfagan el derecho a la información.

Santiago Sánchez González señala en su obra Democracia y Libertad de expresión que "... Todo parece indicar que las constituciones han reconocido sin ambages el derecho positivo a recibir información, junto a la clásica libertad de expresión, y que ambos son la faz y el envés de una única pretensión o, si se prefiere, etapas en la conquista de una libertad o puntos en un arco: ¿Han encontrado, finalmente, el liberalismo político –en lo que supone de abstención estatal-- y la democracia –en lo que conlleva de intervención del Estado para satisfacer la necesidad de información sobre los asuntos públicos- una convivencia pacífica?"

En este entendimiento, y en la convicción de que los Estados tienen el rol de garantizar el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la información, es que se solicita a V.E. atiende a la exposición de derecho que acercamos a estas actuaciones en carácter de amigo del tribunal.

XIII. Por todo lo expuesto solicitamos:

- a) Se tenga a al Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) como amigo del tribunal en estos actuados y por constituido el domicilio legal indicado.
- b) Se tenga por presentado el memorial en derecho y se agregue el mismo a todos sus efectos.
- c) Oportunamente, se tengan en cuenta los argumentos jurídicos volcados.

Proveer de Conformidad

SERA JUSTICIA