

Causa N° 18.639/2006 "Editorial Perfil S.A. y otro contra EN - Jefatura Gabinete de Ministros - SMC sobre amparo ley 16-986"

//nos Aires, 10 de febrero de 2009.

Vistos:

Estos autos caratulados "Editorial Perfil S.A. y otro contra EN - Jefatura Gabinete de Ministros - SMC sobre amparo ley 16-986", y

Considerando:

I. Que a fs. 2/24 el representante de Editorial Perfil S.A. y Diario Perfil S.A. llegó en amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional a través de la Secretaría de Medios de Comunicación de la Jefatura de Gabinete de Ministros requiriendo que aquél cesase en lo que denominó política discriminatoria con relación a la exclusión *ex professo* de la pauta publicitaria oficial a las revistas Noticias y Fortuna editadas por la primera de las empresas mencionadas y al diario Perfil. Además, solicitó que se declarase la ilegitimidad manifiesta y antijurídica de la conducta de ese organismo al abusar de la discrecionalidad de los fondos públicos para censurar a la revista Noticias y al diario Perfil. Finalmente, pidió que se ordenase el cese de toda persecución o exclusión de la información dentro del ámbito de la Administración Pública de todos los periodistas de esas publicaciones.

II. Que, luego de un trámite muy extendido para este tipo de procesos en razón de la prueba producida y en la que intervino la Asociación de Derechos Civiles -aceptado por el juez actuante como "amigo del tribunal"-, el magistrado dictó sentencia a fs. 319/331 vta. rechazando la demanda, con costas por su orden.

En primer lugar, apoyándose en los fundamentos vertidos por esta Sala al rechazar la medida cautelar en ese sentido, desechó la imputación

efectuado en cuanto al presunto impedimento a los periodistas y fotógrafos de aquellas publicaciones a acceder a dependencias públicas para obtener información.

En cuanto a la discriminación respecto de la pauta publicitaria, dijo el sentenciante que ninguna prueba se precisaba por cuanto era un hecho que no había sido desconocido por la demandada. De ese modo, sostuvo que, la cuestión se centraba en establecer si el Poder Ejecutivo se encontraba habilitado a obrar de ese modo, o si, por el contrario, su conducta era ilegítima por afectar de modo indirecto la libertad de expresión.

Consideró que la solución debía ser hallada en la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia al fallar en 5 de septiembre de 2007 la causa "Editorial Río Negro S.A. c/Neuquén, Provincia de".

Recordó que el Alto Tribunal había sostenido que, si bien no existía un derecho subjetivo de los medios a obtener publicidad oficial, de todos modos el Estado no podía asignar los recursos por publicidad de manera arbitraria, en base a criterios irrazonables.

El Estado se encontraba en libertad de dar o no publicidad. Si elegía darla, no podía manipularla dándola o retirándola con criterios discriminatorios.

Haciendo un resumen de las distintas posiciones vertidas por los miembros del Alto Tribunal en el precedente en el que se apoyó, entendió que la ilegalidad de la medida requería que la disparidad de trato entre los distintos medios periodísticos debía llevar a una afectación económica de la empresa editora, extremo éste que no llegó a demostrar la actora, y sin que el "amigo del tribunal" hiciera mención a tal circunstancia.

III. Que a fs. 333/343 vta. el representante de la parte actora dedujo recurso de apelación, fundándolo en ese acto.

Considera el recurrente que la sentencia apelada contiene un conjunto de afirmaciones dogmáticas ajenas a las constancias del proceso. Sostiene que su acción se basaba en el cese de la conducta discriminatoria que denunció en la demanda y que se resumió en el considerando I de esta sentencia.

Indica que los hechos que dieron lugar a la sentencia de la Corte Suprema difieren de aquellos que se juzgan en esta causa, por cuanto el requerimiento del diario Río Negro era el de que se restituyese la publicidad que se le atribuía normalmente, en tanto que las publicaciones que representa nunca la recibieron.

Hace un análisis de la diferente inversión que en materia publicitaria efectuó el Estado en los diferentes medios periodísticos de prensa o radiales, sin relación alguna a su tiraje o audiencia, favoreciendo a aquellos de menor importancia de difusión.

Asevera que no puede haber justificación alguna de una discrecionalidad racional en que un diario de un tiraje de 90.000 ejemplares y un conjunto de revistas de 145.000 ejemplares no reciban uno solo de los \$ 225.091.643.- asignados por el Poder Ejecutivo Nacional para la difusión de sus actos.

A su entender, el hecho de que el Estado premie o castigue a los medios de comunicación y a periodistas por sus líneas editoriales y opiniones, afecta en última instancia el funcionamiento de nuestro sistema democrático.

Achaca al magistrado renunciar a controlar los actos discriminatorios y su conducta. Sostiene que ello choca con el control de juridicidad o legitimidad de la actividad administrativa, control que se extiende a la verificación de si a través de esa actividad se han respetado o no los principios constitucionales y los principios generales del derecho.

IV. Que, desde antiguo, nuestro más alto Tribunal ha enseñado que el principio de la igualdad que establece el artículo 16 de la Constitución Nacional sólo requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, mas no impide que la legislación contemple en forma diferente situaciones que considera distintas, cuando la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra

determinados individuos o clases de personas, ni encierre indebido favor o privilegio personal o de grupo (Fallos: 182:355).

Este es el principio en el que debe resolverse la causa.

V. Que, a ese principio cardinal de un régimen republicano democrático se une otro del cual es indisoluble: el de la libertad de expresión. Sin ellos, no existe democracia en el país.

Ha dicho nuestro Superior Tribunal que en Fallos 248:291 -reiterado en la disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert, y por el primero en "Editorial Río Negro"- esta Corte tuvo oportunidad señalar que "... entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal, incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el artículo 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución, al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica...." (Cons. 25). Por otra parte, el tribunal ha dicho que la libertad constitucional de prensa tiene sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa y que, por tanto, la protección constitucional debe imponer un manejo especialmente cuidadoso de las normas y circunstancias relevantes para impedir la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y sus funciones esenciales (Fallos: 257:308, consid. 8º y 10; 311:2553).

Sin embargo, la libertad de expresión no constituye sólo un derecho de quien emite la opinión o la noticia, sino que ella es *substractum* esencial de la garantía de la ciudadanía de mantenerse informada para poder ejercer con conciencia sus derechos políticos. Se trata de un derecho innato de la persona humana, reconocida en la Declaración de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en su artículo 19.

El limitar o coartar la libertad de expresión a las personas y a los medios periodísticos supone una grave herida al sistema democrático el que se

sustenta en la voluntad de la ciudadanía que ha de ser esencialmente libre de toda presión directa e indirecta.

VI. Que ha de advertirse que en este aspecto la cuestión presenta dos facetas. Por una parte, la libertad de expresión a través de la prensa que constituye un derecho individual y propio del ciudadano quien, por sí o por medio de la prensa, pretenda hacer conocer su opinión. Por el otro un derecho de la sociedad plena de encontrarse informada con libertad y objetividad, exenta de las presiones del poder de turno.

De allí que la norma introducida en la reforma de 1860 tiene un alcance amplio de protección no sólo a favor de los habitantes que pretendan expresar sus opiniones y sus ideas, sino del conjunto de la sociedad en tanto dicha libertad es el sustento de la convivencia pacífica, fundamento esencial de toda democracia.

VII. Que, en esta causa, pese a las limitaciones establecidas por su misma naturaleza y debido indudablemente a la gravedad institucional que implica la materia bajo examen, el juez interviniente abrió la causa a prueba con el fin de demostrar la existencia o no de la violación a la garantía constitucional.

En todo caso, la prueba producida -consistente en la declaración de prestigiosos periodistas del medio- resulta sobreabundante en la medida en que el hecho de la negativa de contratar publicidad por parte del Gobierno con Editorial Perfil S.A. y sus publicaciones es un hecho reconocido expresamente en el informe producido por la Secretaría de Medios de Comunicación y por las declaraciones efectuadas en la prensa -y no desmentidas- por su titular.

VIII. Que son principios esenciales e insoslayables, en nuestro sistema republicano, el de la publicidad de los actos de gobierno y el de la responsabilidad de los funcionarios públicos (esta Sala, 27-8-1998, "The Bank of New York SA c/BCRA -Resol. 26/98"). También se dijo que la publicidad de los

actos de gobierno es una exigencia derivada de la forma representativa y republicana de gobierno adoptada por la Constitución Nacional (Sala I, 6-11-1998, "Finmeccanica Spa Aera Alenia Difesa c/Ministerio de Defensa", L.L.Supl.Jur.Der.Adm. 16-4-1999).

Si bien esa doctrina está referida a la actividad normativa del Estado como una necesidad básica en el fortalecimiento de la seguridad jurídica, fundamento de un racional comportamiento en los negocios y en las relaciones personales, también lo está como una necesidad de la ciudadanía de conocer lo realizado por el gobierno permitiendo un debido juzgamiento al momento de ser sometido la permanencia en el poder del grupo gobernante.

De allí es que exista una necesidad propia del Estado de dar a conocer las realizaciones de la obra de gobierno y para ello la vía no es otra que la de la prensa escrita, radial y televisiva, por lo que no resulta un dispendio la actividad que realiza para difundir aquélla de modo que la población pueda conocer el modo en que se emplean los fondos públicos.

IX. Que, sin embargo, nuestro más Alto Tribunal ha recordado que el Estado -si dispone la realización de publicidad de sus actos y de la concreción de sus proyectos- no puede asignar los recursos disponibles de manera arbitraria, en base a criterios irrazonables.

X. Que la distinta distribución de la publicidad de los medios, privilegiando a algunos de menor circulación -en algún caso no sometido al control del Instituto Verificador de Circulación- no tiene incidencia en la causa, salvo de demostrar la existencia de una falta de proporcionalidad en la medida del ejercicio arbitrario de la facultad de distribución, por cuanto aquí no se discute la razonabilidad en la contratación, sino la exclusión misma de determinados medios de prensa en recibir esos contratos.

Es preciso reiterar claros conceptos del Alto Tribunal en el mencionado fallo "Editorial Río Negro" en el sentido de que: "El pleno ejercicio de

las libertades es la regla en un Estado de Derecho, mientras que toda limitación de ellas es de interpretación restrictiva. En consecuencia, quien pretende afectar gravemente un derecho fundamental tiene la carga argumentativa de probar la existencia de una razón que lo justifique. Por ello, en este caso, es el Estado quien tiene la carga de probar la existencia de motivos suficientes que justifiquen la interrupción abrupta de la contratación de publicidad oficial, lo que, como se dijo, no ha ocurrido". Esta última circunstancia tampoco se ha presentado en autos.

XI. Que la circunstancia de que la editorial no dependa para su subsistencia de los aportes que realice el Estado no es argumento válido, sino que lo que se examina aquí es una conducta discriminatoria con el único objeto ostensible de castigar a publicaciones no afectas al gobierno de turno. Si se exigiera que el Estado debiera solventar a aquellas publicaciones deficitarias, se estaría violando con mayor intensidad la libertad de expresión, en tanto le quitaría a la prensa la credibilidad necesaria respecto de la veracidad de lo que informa, pues con ello se avalaría la creación de una prensa deficitaria cuya subsistencia dependería de su apoyo a las medidas circunstanciales del gobierno de turno, socavando de esa manera las bases mismas de la prensa libre, y resultaría negatoria de la libertad de expresión fundamento del sistema republicano.

En la causa mencionada en el considerando precedente, el Alto Tribunal afirmó que "[e]l gobierno debe evitar las acciones que intencional o exclusivamente estén orientadas a limitar el ejercicio de la libertad de prensa y también aquellas que llegan indirectamente a ese resultado. Es decir, basta con que la acción gubernamental tenga ese objetivo para que se configure un supuesto de afectación a dicha libertad. Es por ello, que no resulta necesario la asfixia económica o quiebre del diario, supuesto que, por otro lado, se configuraría en casos de excepción. Por lo demás, la afectación económica debe examinarse no sólo en relación a la pérdida por no recibir publicidad oficial, sino también por la disminución en la venta de diarios en tanto muchos lectores se verán obligados a informarse por otros medios acerca de la gestión pública".

XII. Que consultada la página electrónica del Instituto Verificador de Circulación resulta que Perfil, si bien no alcanza el tiraje de los diarios editados en esta Capital Federal y que se someten a ese control (Clarín, Diario Popular y La Nación) y que se trata de un periódico que se publica sólo los sábados y domingos, tiene un nivel de emisión que implica una penetración importante en el público lector.

Sin embargo, el Estado se niega a contratar con la editorial publicidad alguna, al parecer por calificarla de "prensa amarilla".

El tratamiento arbitrariamente desigual con las demás publicaciones -tanto las que dan a conocer su tiraje como aquellas que no se someten a aquel control- supone, de acuerdo a lo recordado precedentemente, una evidente violación al principio de libertad de prensa que debe ser reparada de inmediato porque ello afecta a los fundamentos mismos del principio republicano.

Por lo tanto, se deja sin efecto la sentencia apelada y se hace lugar a la acción intentada, ordenando al Estado Nacional que en el término de quince días disponga la distribución de publicidad oficial en las distintas publicaciones de la editorial amparista, respetando un equilibrio razonable con aquéllas de análogas características. Con costas en ambas instancias a la vencida (art. 14, Ley 16.986).

Se deja constancia de que el Dr. Jorge Esteban Argento suscribe la presente conforme a los términos de la Acordada N° 17/08 de esta Cámara, encontrándose vacante la tercera vocalía (art. 109 RJN).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Pablo Galli

Jorge Esteban Argento