

Alcance de la problemática acerca de la libertad de expresión en la Argentina actual

Por

Marcela I. Bastera

"...hay una gran diferencia en creer que una idea es verdadera porque no ha podido ser refutada cada vez que se la puso a prueba, y suponer que como es verdadera no debe permitirse la posibilidad de su refutación..."¹

Sumario: 1. Introducción. 2. La libertad de expresión y la censura previa a través de la intervención estatal. 3. La censura indirecta a través de la distribución de la publicidad oficial. 4. El avance de la intervención estatal sobre la libertad de expresión. El "Observatorio de los Medios". 5. El Proyecto de Ley de Radiodifusión. 6. Conclusiones.

1. Introducción

La libertad de expresión es una de las denominadas "libertades preferidas" en un Estado Constitucional de Derecho, por lo que resulta esencial que se le adjudiquen garantías especiales para su efectivo ejercicio. Sin embargo, esto no implica en forma alguna que estemos ante un derecho absoluto, dado que su ejercicio, jamás puede justificarse sacrificando otros valores merecedores de protección, tales como la intimidad, el honor, la dignidad o aún la propia imagen de las personas.

El antecedente que marcamos como punto de partida de una declaración escrita del reconocimiento de libertades fundamentales del hombre es la Carta Magna de 1215; pero es en la Declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano de 1789 que nace el concepto de "libertad de Expresión" cuando queda explícitamente establecido que: *"la libre comunicación de opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre y que todo ciudadano podrá*

¹ Mill, John Stuart, cit. por Miller, Jonathan, Gelli, María Angélica y Cayuso, Susana, *Constitución y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, T. II, p. 882.

hablar, imprimir libremente, salvo su responsabilidad por el abuso de esta libertad en el caso determinado por la ley”.

Con el surgimiento del Estado de Derecho y consecuentemente el movimiento que denominamos “constitucionalismo clásico”, casi todas las Constituciones incorporan un mecanismo de preservación de la libertad de expresión y su derivación natural que es la libertad de prensa. Con posterioridad y con más fuerza se complementa ya sea a través de dispositivos normativos concretos y/o a través de la incorporación de los Tratados sobre Derechos Humanos, con jerarquía Constitucional. A modo de ejemplo se puede mencionar el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969), artículo 13; que establece que *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión... derecho que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”*. Asimismo en el inciso 2 dice que *“... este derecho no podrá estar sujeto a la censura previa; sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás... ”*. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) queda consagrada en el artículo 18 la libertad de pensamiento, y de manifestar creencias o religión y; en el artículo 19 se protege la libertad de expresión en los mismos términos que tres años después tomara el Pacto de San José de Costa Rica.

Sobran razones para fundamentar que la libertad de prensa es -sin duda- y debe ser una de las libertades preferidas en un Estado Democrático ya que en un orden de prelación ajustado al espíritu de nuestra organización republicana la libertad de expresión ocupa un lugar primordial entre los bienes merecedores de protección jurídica.

La importancia del derecho fundamental de la libertad de expresión en un Estado de derecho fue reconocida claramente por Ferrajoli², quien señaló que los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generado por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar y vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Concluye el autor que ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. En el primer grupo, se encuentra protegido el derecho a la libre expresión.

² Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, España, 2004, p. 23/24.

El concepto individual de la libertad se traduce en un valor jurídico social que la organización política debe preservar y coordinar, el que presupone un orden normativo y determinados estándares de seguridad. Un orden normativo que diseñe los amplios espacios para el desarrollo armónico de las libertades individuales, y una seguridad jurídica corporizada en las garantías tutelares de la actividad del hombre. A través de este proceso, el concepto ontológico de la libertad cobra cuerpo en un valor jurídico personalista cuya vigencia requiere, necesariamente, su limitación y subordinación a los principios que posibilitan el funcionamiento del sistema en el cual se desenvuelve³.

No obstante, los derechos no son absolutos, sino que son pasibles de reglamentación razonable, el ejercicio de un derecho debe guardar armonía con los restantes. Tampoco el derecho a la libertad de prensa es absoluto; respecto del cual si bien hay un acuerdo casi unánime en sentido del no ejercicio de la censura previa, sí se han reconocido otro tipo de límites a dicha libertad tales como el derecho a la vida privada, al honor y a la propia imagen.

Nuestra Corte se ha preocupado por destacar que ni aún el derecho a la libre expresión es absoluto y que origina responsabilidades establecidas por ley, para casos de abusos por parte de los periodistas o medios de comunicación producidos a través del ejercicio del mismo. Así lo estableció ya en 1918 en la causa *"Menéndez c/ Valdez"*⁴, en *"Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida S.A."*⁵ y muy específicamente en el caso *"Campillay"*⁶, en el que la Corte lo expresa textualmente *"... el derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador pueda determinar a raíz de los abusos cometidos mediante su ejercicio... Si bien en el régimen republicano la libertad de expresión,... tiene un lugar eminente que obliga a particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su des-
envolvimiento, puede afirmarse sin vacilación que ello no traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa. La función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas"* (Considerando 5°).

³ Badeni, Gregorio, "La publicación de las sentencias judiciales y el derecho a la intimidad", LL, 1993-B, p. 355.

⁴ CSJN, Fallos, 127:161 (1918).

⁵ CSJN, Fallos, 306: 1892 (1984).

⁶ CSJN, Fallos, 308:789 (1986).

Una especial mención merece el papel relevante que ocupan los medios de comunicación, en esa línea Giovanni Sartori⁷ señala que la estructura de la comunicación masiva es, al mismo tiempo, producto y promotor de la libertad de expresión. La estructura de los medios de comunicación que caracteriza a las democracias es una estructura policéntrica, de múltiples centros. El grado y la configuración de este policentrismo varía, y mucho, de país en país; y quien niegue su existencia real lo debe hacer frente al monopolio de las estructuras monocéntricas que caracterizan a los totalitarios y a las dictaduras.

Hemos leído no en pocas oportunidades que la libertad de prensa de un pueblo es el mejor barómetro para medir el grado de libertad del que el mismo goza. La historia de los pueblos Latinoamericanos podría bien cifrarse en las luchas que los defensores de la prensa han debido librar para poder exponer públicamente sus opiniones sin censuras y limitaciones. Lamentablemente mucho países de nuestro continente continúan esa lucha y no han logrado aún la victoria de tan excelsa libertad por sobre el autoritarismo; basta con tomar como ejemplo lo que ocurre en Cuba; o en Venezuela después de la asunción del presidente Hugo Chávez Frías⁸.

En este trabajo me propongo analizar la problemática actual de la libertad de expresión, en el caso de la Argentina, que afflictivamente no escapa a la realidad de América latina.

2. La libertad de expresión y la censura previa a través de la intervención estatal

La libertad de expresión es, y debe ser, una de las libertades preferidas en un Estado Constitucional de Derecho. Lo cual, significa que es necesario en salvaguarda del sistema democrático que la libertad de prensa tenga un papel relevante.

La importancia de la libertad de expresión, como uno de los pilares básicos del sistema democrático es reconocida ya por Alexis de Tocqueville cuando expresa *"...Creo que los hombres que viven en las aristocracias, pueden en rigor, pasarse sin la libertad de prensa, pero no los que habitan países democráticos. Para garantizar la independencia personal de estos, no confío en las grandes asambleas políticas, en las prerrogativas parlamentarias, ni en que se proclame la soberanía del pueblo. Todas estas cosas se concilian hasta cierto punto*

⁷ Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Buenos Aires, Taurus, 2003, p. 101.

⁸ Basterra, Marcela I., "La Nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela", *Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, N° 165, enero de 2000, p.15.

*con la servidumbre individual; más esta esclavitud no puede ser completa, si la prensa es libre. La prensa es, por su excelencia, el instrumento democrático de la libertad*⁹.

La libertad de expresión, tal como he sostenido¹⁰, es uno de los derechos fundamentales del hombre que constituye una prolongación de la garantía individual de pensamiento. Con razón afirma Linares Quintana¹¹ que la libre expresión, es verdaderamente esencial a la naturaleza del Estado democrático, ya que precisamente es definido como el gobierno de la opinión pública.

Sin ella resultaría prácticamente imposible la existencia de la opinión pública, ni la crítica y el contralor de la actuación de los gobernantes, como tampoco el cumplimiento por la oposición de su elevado cometido institucional, que requiere por parte de esta el goce del derecho a expresarse.

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 estatal¹².

Coincido con la postura¹³ que sostiene que existen dos dimensiones del derecho a la libertad de expresión, una individual y otra institucional y estratégica. En la primera, la libertad de prensa se ejerce con la finalidad de satisfacer, en forma pública, la necesidad que tiene el individuo de expresar su pensamiento; pero esa expresión del pensamiento carece de connotación institucional y de relevancia para el interés público. En la segunda, la dimensión institucional o estratégica, la libertad de prensa ya no tiene como finalidad satisfacer una necesidad individual sino que se ejerce para preservar el sistema político que posibilita la manifestación armónica de las libertades individuales.

⁹ Tocqueville, Alexis, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 8ª reimpresión, 1996, p. 638.

¹⁰ Basterra, Marcela, I., "Libertad de prensa 'versus' derecho a la intimidad", en AAVV, *Poder Político y Libertad de Expresión*, Sociedad Científica Argentina, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, p. 122/124.

¹¹ Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Plus Ultra, Tomo 4, 1978, p. 390.

¹² Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, 1991, p. 65.

¹³ Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002, p. 187-189.

Al respecto el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, en su parte pertinente, establece que *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (...)”*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en oportunidad de interpretar los alcances de esta normativa, en la Opinión Consultiva N° 5 *“La Colegiación obligatoria de periodistas”*¹⁴, señaló que esta norma establece literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. 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. En efecto, esta requiere, 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.

De lo citado precedentemente se desprende el importante rol que ocupan los medios de comunicación en materia de libertad de expresión. Así, para garantizar la dimensión social de la libertad de expresión se requiere que los medios de comunicación estén al alcance de todos sin discriminación, es decir, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios. En otras palabras, para garantizar la libertad de expresión resulta indispensable la pluralidad de medios, lo que trae como contrapartida la prohibición de monopolios respecto de ellos, porque es la única forma de protección a la libertad e independencia de los periodistas.

No obstante, como todos los derechos, el derecho a la libre expresión tampoco es absoluto sino, que por el contrario es susceptible de limitación. Sabido es que la libertad de expresión es esencial en una sociedad democrática por lo cual necesita garantías especiales para su efectivo ejercicio; ahora no debe perderse de vista, reitero una vez más, que no se trata de un derecho absoluto, la prensa no debe franquear ciertos límites como son la protección de la reputación y los derechos de otros. A los medios de comunicación le incumbe

¹⁴ *“La colegiación obligatoria de periodistas (solicitada por Costa Rica)”*, (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Corte IDH, *Opinión Consultiva*, OC-5/85 del 13/11/1985, Serie A, N° 5, Párr. 30.

comunicar respetando sus deberes y responsabilidades, informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general.

Concretamente en materia de censura previa en Argentina, es del caso destacar el fallo *"Servini de Cubría c/ Borenstein Mauricio s/ amparo"*¹⁵, donde la Corte sostuvo que *"los medios de comunicación constituyen el ámbito natural para la realización de los actos amparados por la libertad de expresión y que a ese contenido dedican primordialmente su actividad, toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad"* (Considerando 10º). Así, entendió que el derecho a la libertad de expresión no tiene que estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores por parte de los periodistas.

Esta doctrina es reiterada por el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación en la sentencia *"Vago c. Ediciones La Urraca"*¹⁶ donde señaló que *"el derecho de prensa no ampara los agravios, la injuria, la calumnia, la difamación. No protege la falsedad ni la mentira, ni la inexactitud cuando es fruto de la total y absoluta despreocupación por verificar la realidad de la información. Ampara, sí, a la prensa, cuando la información se refiere a cuestiones públicas, a funcionarios, figuras públicas, o particulares involucrados en ella, aun si la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, en cuyo caso los que se consideran afectados deben demostrar que el periodista conocía la falsedad de la noticia y obró con real malicia con el propósito de injuriar o calumniar"*.

En Argentina hemos tenido durante el siglo XX pesadas restricciones a la libertad de prensa durante los veinticinco años de gobiernos de facto entre 1930 y 1983; ello no sólo porque nuestra historia está escrita capítulo a capítulo alternado gobiernos de facto y gobiernos *de iure*; sino lo que es más grave aún, también ha habido severas restricciones a la libertad de prensa en algunos gobiernos constitucionales; fue un "siglo de autoritarismo" y como tal, se hizo muy difícil la supervivencia del derecho a la libre expresión de las ideas.

Sin embargo, a partir de 1983 lentamente se ha ido recomponiendo la situación, aunque lamentablemente en la actualidad pareciera que se está produciendo una contramarcha o "camino inverso" en este proceso de recomposición de la libertad de expresión como libertad preferida. En efecto, existen en la actualidad fundamentalmente tres tipos de intervenciones estatales que repercuten en forma desfavorable sobre la libertad de prensa, 1. La primera, es

¹⁵ CSJN, Fallos 315:1943.

¹⁶ CSJN, fallos 314:1517, "Vago, Jorge A. c. Ediciones La Urraca S.A. y otros", sentencia del 19/11/1991.

la distribución de la publicidad oficial, utilizada como metodología de censura indirecta, 2. La segunda es el denominado "observatorio de los medios" y 3. La tercera es cómo y qué problemas tiene la propuesta del proyecto de reforma de la Ley de Radiodifusión. En este trabajo me propongo analizar brevemente estas problemáticas.

3. La censura indirecta a través de la distribución de la publicidad oficial

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, de manera arbitraria que realizan los gobiernos. Se trata de una restricción sutil que, sin duda, implica una situación clara y concreta de censura indirecta.

La publicidad oficial consiste en toda aquella comunicación gubernamental realizada por la administración pública nacional central, descentralizada y entes autárquicos, a través de medios oficiales o pertenecientes al sector privado. Así, funciona como un mecanismo de comunicación entre el Estado y la sociedad en su conjunto.

"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 también es un mecanismo que sirve para dar visibilidad y transparencia a las acciones del gobierno y a las instituciones"¹⁷.

La difusión obligatoria se lleva a cabo mediante la publicidad oficial que es soportada económicamente por el Estado mediante los órganos de prensa, entre ellos los Boletines Oficiales. Sin embargo, aunque no existe la obligación de difundir la información a través de los medios de prensa privados, el gobierno suele contratar tales servicios para exhibir la información que se desea transmitir. El fundamento de este tipo de publicidad, a través de los medios privados, reside en la posibilidad de ofrecerles una mayor difusión a los actos del Estado.

La función principal de la publicidad oficial es informar respecto de los actos del Estado comunicando cuestiones de interés público. Los subsidios, en cambio, están destinados a promover medios de comunicación cuya existencia se

¹⁷ 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

considera valiosa para la comunidad favoreciendo la pluralidad de voces, los que deben ser asignados por organismos independientes y no políticos, de acuerdo con criterios y procedimientos preestablecidos y transparentes¹⁸. De lo contrario, nos encontramos frente a una situación que puede generar arbitrariedad, discriminación y finalmente censura indirecta.

El concepto de censura es 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"*¹⁹.

En el caso de la publicidad oficial, para que no se configure una situación de censura indirecta, el Estado puede utilizar distintos criterios de distribución de propaganda, con la sola condición de que ello no implique una discrecionalidad de carácter discriminatorio.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso *"Editorial Río Negro S.A. c/ Provincia de Neuquén"*²⁰, dictó 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"*²¹, modalidad de sentencia que con encomiable activismo ha implementado en varios precedentes²² 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 del Neuquén a que en el futuro asigne la publicidad de un modo compatible con la libertad de

¹⁸ ADC, "Principios Básicos para la Regulación...", *ibídem* p. 17.

¹⁹ Badeni, Gregorio, "Censura periodística y encuestas electorales", *La Ley*, 2005-D, p. 800.

²⁰ CSJN, fallos 330:3908, *"Editorial Río Negro S.A. c/ Provincia de Neuquén s/ acción de amparo"*, sentencia del 05/09/2007. Ver Comentario de Basterra, Marcela I., "La distribución de publicidad oficial como forma de censura indirecta", *La Ley*, 19/09/2007 p. 2.

²¹ Véase Sagües, Néstor P., "Las sentencias constitucionales exhortativas ("apelativas" o "con aviso") y su recepción en Argentina", *La Ley*, 2005-F, p. 1461.

²² Pueden verse, entre otras las causas *"Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus"*, CS, 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)"*, CS Fallos 329:2316, Sentencia del 20/06/2006 (*La Ley*, 2005-C, 276; 2006-D, 88).

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.

En el fallo, la Editorial *Río Negro S.A.* promovió acción de amparo contra el Poder Ejecutivo de la provincia del 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 del Neuquén ha llevado a cabo dicha actitud discriminatoria, respecto del diario, como consecuencia de una publicación que este había efectuado sobre una denuncia de soborno que involucraba a funcionarios públicos del Estado neuquino.

La cuestión a dilucidar era si la provincia de Neuquén tenía 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 serían 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).

Con razón, la Corte además deja claro que *"...el comportamiento de la provincia del 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).

Siguiendo este criterio, en forma reciente la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, en el caso "*Editorial Perfil S.A. y otro c/ Estado Nacional -Secretaría de Medios-*"²³ dictó una sentencia ejemplar, al decidir que la libertad de expresión no constituye sólo un derecho de quien emite la opinión o la noticia, sino que esta actividad, además, es esencial para mantener informada a la ciudadanía, a fin de que la misma puede ejercer con conciencia sus derechos políticos.

En el caso, la editorial *Perfil* y el diario *Perfil*, interpusieron una acción de amparo contra el Estado Nacional, a través de la Secretaría de Medios de Comunicación de la Jefatura de Gabinete de Ministros, a fin de que el demandado, cese en su política discriminatoria con relación a la exclusión ex profeso de la pauta publicitaria oficial, a las revistas *Noticias* y *Fortuna* editadas por la primera de las empresas mencionadas y al diario *Perfil*. Asimismo, solicitaron se declare 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*.

Por último, pidieron que se ordenase el cese de toda persecución o exclusión de la información dentro del ámbito de la Administración Pública, de la que son objeto todos los periodistas de esas publicaciones.

La Cámara, continuando inmejorables estándares, hizo lugar a la acción de amparo y condenó al Estado Nacional a que, en el plazo de 15 días, dispusiera la distribución de publicidad oficial en las distintas publicaciones de la editorial *Perfil*, respetando un equilibrio razonable con aquellas de análogas características.

El Tribunal en lo Contencioso Administrativo Federal, retomando los argumentos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "*Editorial Río Negro c/ Provincia de Neuquén*", destacó 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.

En el caso en examen, el hecho de que la editorial *Perfil* no dependa para su subsistencia de los aportes que realice el Estado, no resulta en modo alguno, un argumento válido -sino en contrario- se advierte en este una conducta

²³ CNCAF "*Editorial Perfil S.A. y otro c/ Estado Nacional -Secretaría de Medios-*", sentencia del 10/02/2009. Puede verse comentario de Basterra, Marcela I., "Otra vez la distribución de publicidad oficial en el debate", *La Ley*, 23/02/2009, p. 10.

discriminatoria con el único objeto ostensible de castigar a publicaciones no afines al gobierno de turno.

Con excelente criterio, el Tribunal expuso que si se exigiera que el Estado solventase las 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.

Por ello es que el Tribunal entendió que la posición adoptada por el Estado Nacional implica un trato arbitrario y desigual respecto de los demás medios de prensa y, por consiguiente una clara lesión a la libertad de prensa en sí misma. De lo expuesto se desprende que las restricciones a la libertad de expresión, ya sea a las personas o a los medios masivos de comunicación, implica una lesión severa y directa al propio Estado Constitucional de Derecho.

Es del caso poner de manifiesto, que los gobiernos no tienen la responsabilidad o carga de otorgar publicidad oficial, dado que no es obligatorio, pudiendo decidir no hacerlo; por ejemplo, por una crisis del fisco de este Estado o por una política de austeridad estatal. Sin embargo, si decide otorgar publicidad, no puede en modo alguno realizar dicha distribución aplicando un criterio total o parcialmente irrazonable.

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”*²⁴.

Tal como habíamos afirmado²⁵, 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 pública a toda la población; 3) promover la participación de la población; y 4) promover el ejercicio efectivo

²⁴ ADC, “Principios Básicos para la Regulación...”, ob. cit., p. 17.

²⁵ Basterra, Marcela I., “La distribución de publicidad oficial...”, ob. cit., p. 5.

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.

En Argentina, como consecuencia del desarrollo de la economía de los últimos años -que modificó significativamente las condiciones del mercado de los medios- la publicidad oficial se convirtió en una poderosa herramienta en manos del gobierno de turno. Además, coadyuva a que se dé esta situación las circunstancias de que en determinadas provincias se ha establecido un complejo régimen legal que permite que la publicidad oficial sea manejada discrecionalmente por los gobernantes de turno²⁶.

Esta situación no es sólo 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 políticamente²⁷.

Acerca de este tema, es importante mencionar que la Declaración de Chapultepec²⁸, a la cual Argentina adhirió, sienta diez principios fundamentales necesarios para que una prensa libre cumpla su papel esencial en la democracia.

El principio N° 7 de la citada Declaración hace referencia en forma expresa a la distribución de la publicidad oficial estableciendo que "*Las políticas*

²⁶ Para la confrontación de cifras exactas en distintos casos concretos, véase de Gullco, Hernán, Prólogo 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, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005, p. 39.

²⁷ Amaya, Jorge Alejandro, "Procesos políticos mayoritarios y libertad de expresión", *La Ley*, 10/07/2007, p. 1.

²⁸ Adoptada por la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión celebrada en México, D.F., el 11 de marzo de 1994.

arancelarias y cambiarias, las licencias para la importación de papel o equipo periodístico, el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión y la concesión o supresión de publicidad estatal, no deben aplicarse para premiar o castigar a medios o periodistas”.

A su vez, el principio N° 6 dispone “*Los medios de comunicación y los periodistas no deben ser objeto de discriminaciones o favores en razón de lo que escriban o digan”.*

Como puede observarse, la distribución de la publicidad oficial, solventada con recursos públicos, asignada con criterios discriminatorios, con la finalidad de premiar o castigar a los medios de comunicación o a los periodistas según su afinidad o no con las políticas del gobierno, es repudiada por sendos instrumentos internacionales por considerar que ese actuar resulta lesivo para la libertad de expresión, e incluso para el sistema democrático.

4. El avance de la intervención estatal sobre la libertad de expresión. El “Observatorio de los Medios”

En el año 2006 durante el gobierno del presidente Néstor Kirchner se creó el denominado Observatorio contra la discriminación en los Medios de Comunicación, en principio bajo la orbita del Comité Federal de Radiodifusión (COMFER), luego del el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) y finalmente de la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA. Este proyecto de trabajo conjunto surgió a partir de la propuesta N° 208 del Plan Nacional contra la Discriminación, aprobado mediante el Decreto N° 1086/2005²⁹.

Se establecía que los objetivos de este organismo iban a ser los siguientes:

- Ejercer seguimiento y análisis acerca del formato y los contenidos de las emisiones de radio y televisión que pudieran incluir alguna forma de discriminación.
- Difundir las conclusiones acerca de los contenidos analizados y generar un espacio de intercambio con los protagonistas de los medios.
- Favorecer la participación de la comunidad en la construcción de alternativas.

²⁹ Publicado en el B.O. del 08/09/2005.

Este proyecto ha sido relanzado por la actual presidenta, Cristina Fernández de Kirchner, con motivo de la cobertura periodística efectuada sobre el denominado -por el gobierno- "lock-out agrario". Es del caso poner de manifiesto que el 11 de marzo de 2008 el Ministerio de Economía de la Nación emitió la Resolución 125/2008 por medio de la cual transformó las retenciones fijas, que ya se tributaban, en móviles de acuerdo a las mudanzas en el precio internacional. Las retenciones son una especie de los tributos, con lo cual su validez constitucional estaba condicionada al cumplimiento de los siguientes principios jurídicos constitucionales que comprenden las restricciones al poder tributario del estado: legalidad, igualdad, generalidad, razonabilidad y no confiscación. Dicha resolución lesionaba dos de estos principios, a saber: el principio de legalidad y el principio de razonabilidad y no confiscación.

Esta decisión del Poder Ejecutivo de incrementar las retenciones a la exportación de productos agropecuarios, provocó una grave e intensa reacción de protesta en algunos sectores de la sociedad. En efecto, el sector agrario se movilizó hacia las rutas, impidiendo que transitaran vehículos que transportaban productos del agro, a su vez se realizaban asambleas desde las que se efectuaban severas críticas para el gobierno nacional. El paro agrario duró 21 días, la protesta de los productores fue apoyada en forma masiva no sólo por ruralistas y gente del interior del país, sino también por los ciudadanos que habitan en la Ciudad de Buenos Aires.

Esta crisis fue de tal envergadura que inmediatamente se instaló en los medios de comunicación, como una noticia que se seguía día a día. Ello provocó un gran disgusto en el sector oficialista, que durante el conflicto desde su discurso acusó no sólo a los productores agropecuarios sino también a los medios de comunicación de tener como finalidad la desestabilización del gobierno nacional.

A raíz de este enfrentamiento, la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA emitió una resolución de fecha 1° de abril de 2008, con la finalidad de repudiar la actuación de la mayoría de los medios de comunicación con motivo de la cobertura del "lock out" planteado por los productores agropecuarios.

En los considerandos de la citada resolución se afirma que *"los medios de comunicación son mayoritariamente empresas configuradas como sociedades comerciales que aun cuando desarrollen una actividad comercial lícita, cabe reclamárseles responsabilidad ética y función social distintivas"*. Asimismo asegura que *"Que, durante el tratamiento periodístico de los hechos vinculados al 'lock out' de la actividad agrícola-ganadera, han existido expresiones de periodistas -no corregidas ni enmendadas por colegas del propio medio o sus superiores- que lejos de importar afirmaciones de hechos o apreciaciones*

opinables, llenan de vergüenza e indignación por sus contenidos clasistas y racistas, y por la supina ignorancia que revelan; que el público de los medios ha recibido muestras inadmisibles de trato discriminatorio de los actores sociales según su capacidad económica o su pertenencia de clase ante formas similares de reclamo de derechos...”

Por otro lado expresa que *“la gran bonanza económica que vive la producción agropecuaria pos devaluación ha generado un mercado publicitario extraordinario para los medios de comunicación, verificada por la proliferación de espacios dedicados a la información rural”*.

Coincido con la postura³⁰ que entiende que la resolución emitida por el Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires partió de dos consideraciones incompletas, por cuanto el análisis del comportamiento de los medios de comunicación durante el conflicto agrario con el gobierno, omitió considerar la existencia y actuación de medios de comunicación gubernamentales, en la mentada controversia y, además, que el Estado dispone de ingentes recursos para información y publicidad que coloca discrecionalmente en los medios de su preferencia.

Lo objetable de este ente es su dudosa independencia, tal como señale *ut supra*, está compuesto por organismos estatales lo que pone en tela de juicio la finalidad de su funcionamiento, ya que la independencia de criterio resulta imprescindible para que el análisis que se pretende, resulte libre de condicionamientos políticos e ideológicos.

No está mal que los medios revisen siempre -como todos los integrantes de la sociedad- cuán igualitarios y respetuosos son de todas las personas en sus discursos a fin de corregir expresiones clasistas, racistas o sexistas. Pero de ahí a que un organismo de la administración observe ¿quizás para obligar a cumplir un mandato?, existe una diferencia sustantiva. Sobre todo si se “observaran” a los medios de comunicación privados sin “observar” el comportamiento de los medios en manos del Estado³¹.

En este tema cobran vital importancia los principios 9 y 10 de la Declaración de Chapultepec que respectivamente disponen *“La credibilidad de la prensa está ligada al compromiso con la verdad, a la búsqueda de precisión, imparcialidad y equidad, y a la clara diferenciación entre los mensajes periodísticos*

³⁰ Gelli, María Angélica, “Significado de la libertad expresiva en las repúblicas democráticas (A propósito del Observatorio de los Medios)”, *La Ley*, 2008-C, p. 715.

³¹ Gelli, María Angélica, “Significado de la libertad expresiva...”, *ibidem* p. 9.

y los comerciales. El logro de estos fines y la observancia de los valores éticos y profesionales no deben ser impuestos. Son responsabilidad exclusiva de periodistas y medios. En una sociedad libre la opinión pública premia o castiga”.

Mientras que el segundo de los principios citados establece *“Ningún medio de comunicación o periodista debe ser sancionado por difundir la verdad o formular críticas o denuncias contra el poder público”.*

Pese a que la Argentina se comprometió con estos principios, se puede afirmar que el accionar del gobierno nacional respecto de la prensa no está cumpliendo con los estándares de la Declaración de Chapultepec.

La multiplicidad de medios de comunicación, cuando ponen en circulación opiniones y discursos plurales -mostrando los hechos en toda su integridad- contribuye a hacer visibles los problemas generados por los desaciertos del gobierno y a mostrar los excesos o desviaciones del poder y la directa relación de estos con limitaciones a los derechos. La influencia de la prensa libre ha sido decisiva en la formación del juicio público y en los eventuales corrimientos de la opinión electoral, razón por la cual suele generar resistencias y presiones gubernamentales y, en determinadas circunstancias, de los intereses sociales contrariados por la información y la crítica.

Ello no quiere decir, que los periodistas no deban ser responsables en caso de franquear ciertos límites. En virtud de ello, los periodistas están obligados a actuar con suma prudencia y respetar los demás derechos que en ciertas ocasiones colisionan con libertad de expresión.

Ahora bien, sostener esta premisa referida, es muy distinto a crear un ente destinado a examinar los contenidos de la información periodística a fin de detectar señales discriminatorias. Máxime si ese ente de contralor solamente va a examinar los contenidos vertidos en los medios de comunicación privados.

A propósito de lo dicho, resulta interesante señalar lo ocurrido recientemente con el prestigioso periodista argentino Nelson Castro, con radio *Del Plata*, que decidió retirar del aire y dejar de emitir el programa *“Puntos de Vista”* a partir del 2 de febrero de 2009 y, consecuentemente, rescindir el contrato que el conductor tenía con la emisora.

La desvinculación se produjo a raíz de una entrevista que el periodista le hizo en la primera semana de enero a un diputado de la Coalición Cívica, en la que el legislador denunció presuntos sobrepagos en una obra de la que participaba indirectamente la Empresa *“Electroingeniería”*. Esta empresa sería, precisamente, la nueva propietaria de la emisora *“Del Plata”*.

La denuncia tuvo como fundamento una investigación realizada por la Auditoría General de la Nación (AGN) -en su carácter de organismo de control- publicada por el diario *La Nación*, donde se daban a conocer presuntos sobrepagos en la ejecución del tendido eléctrico Pico Truncado-Río Gallegos, una obra que realizaba una empresa contratada por "*Electroingeniería*". Aunque el periodista, luego entrevistó al vocero de la constructora, a fin de que realizara su descargo, las autoridades de la radio le habrían transmitido el presunto malestar por la difusión del tema en el programa "*Puntos de vista*".

Aflictivamente, en Argentina, esta situación no es nueva, basta recordar que en los últimos años atrás se quedaron sin programas "de aire", por cuestiones de similar tenor, periodistas conocidos y de gran trayectoria, tal el caso de Pepe Eliashev, Jorge Lanata, Alfredo Leuco y Víctor Hugo Morales, entre otros.

Los medios de comunicación ocupan un papel de destacada importancia en la sociedad, debido a su objetivo primordial es mantener informada a la población sobre temas relevantes para el interés público, formando la opinión pública. En un Estado democrático las libertades de opinión y expresión son indispensables, ello porque en estos regímenes los medios de comunicación cumplen un rol de contralor sobre el ejercicio del poder y como contrapartida tienen la responsabilidad de denunciar públicamente los abusos. Para que los medios puedan cumplir con su función de fiscalizar la gestión de los gobiernos, es imprescindible que se manejen en un amplio marco de libertad, esto es, sin que sean intimidados.

Siguiendo esta línea argumental, considero que el llamado "Observatorio de los Medios" solamente puede funcionar si se garantiza su independencia, de lo contrario la libertad de expresión y la libertad de prensa se verán seriamente limitadas, y lo que es más grave aún, se lesionará el Estado Constitucional de Derecho porque el Estado democrático pasará a ser una "*demo-controlada*" por lo que ya no será considerado como "*el gobierno de la opinión pública*", como ha definido a la democracia el maestro Linares Quintana³².

5. El Proyecto de Ley de Radiodifusión

Recientemente, el Poder Ejecutivo ha presentado una propuesta para reemplazar la antigua Ley de Radiodifusión N° 22.285³³ de 1980. En la misma, se fijó un plazo de 60 días antes de enviarlo formalmente al Congreso, con la finalidad -al menos es lo expresado- que esta pueda ser debatida entre diferentes

³² Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, op. cit., p. 390.

³³ Publicada en el B.O. del 19/09/1980.

organizaciones de la sociedad con el objeto de obtener el mayor consenso posible, aunque, de hecho, no se estableció cuál será el mecanismo para el debate público.

No puede soslayarse el contexto en el cual se propicia esta iniciativa, para ello, basta con analizar las expresiones públicas del gobierno en torno a los medios de comunicación. A modo de ejemplo puede citarse la cobertura periodística del denominado, por el oficialismo “*lock-out agrario*”, que generó un gran descontento en el sector oficial, e hizo que se relanzara el “Observatorio de los Medios”, que mencionáramos anteriormente, creado en la presidencia de Néstor Kirchner.

Estos hechos evidencian el conflicto latente, que muchas veces se da con más fuerza, entre los medios de comunicación y el poder, situación que pone en duda la finalidad protectora de la propuesta anunciada por el proyecto oficial. Más aguda será la preocupación, si se toma en cuenta que a través de este proyecto se le otorga al gobierno un poder de contralor sobre los medios de comunicación.

En principio se afirma que el objetivo del proyecto es lograr un mayor pluralismo, o dicho en otros términos evitar los monopolios, finalidad que *prima facie* está en consonancia con los mejores estándares internacionales y, con la propia Constitución Nacional -artículo 42- que si bien no se refiere concretamente a los medios de comunicación, tampoco debe entenderse que están excluidos, dado que la protección constitucional abarca a todo tipo de monopolios.

Sin embargo, es una temática que amerita un análisis exhaustivo, ya que, visto desde otro ángulo el proyecto oficial limita a los propietarios de multimedios, al establecer que los dueños de canales de aire no podrán serlo también de canales de cable en un mismo lugar geográfico.

Una de las notas que no puede pasarse por alto, es que la posible ley, permite el acceso de las entidades sin fines de lucro y se reserva un 33% del espectro para estas, como asimismo, se habilita a las empresas de servicios públicos (teléfónicas, distribuidoras de electricidad, etc.) para tener licencias. Si bien, en principio no presenta objeciones, ya que evita que tanto las asociaciones sin fines lucro como las empresas de servicios público tengan subsidios cruzados, cabe la pregunta ¿esto no limitará la libertad de expresión o mejor dicho, no afectará la imparcialidad de la información?

Un punto altamente preocupante es que como autoridad de contralor, se crea la *Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual*, que dependerá de la Secretaría de Medios de la Nación, actualmente bajo la órbita de

la Jefatura de Gabinete. Esta autoridad reemplazará al COMFER, y estará integrada por cinco directores, de los cuales tres, sorpresivamente, serán nombrados por el Poder Ejecutivo y los dos restantes serán designados por una comisión bicameral. Sabido es, lo desafortunada que resulta una democracia, cuando las mayorías de cualquiera de los organismos de control dependen del Poder Ejecutivo, en definitiva del oficialismo de turno, es suficiente con repasar lo que ocurre en América latina como regla general y, en nuestro país, bastan los ejemplos de la Auditoría General de la Nación y el Consejo de la Magistratura.

Otro dato no menor es la creación de la figura de un “Defensor del Público”, quien será el encargado de velar por “los derechos de las personas que se consideren menoscabados por los medios de comunicación”, el que también será designado por el Gobierno a propuesta de la comisión bicameral. Esto remite a su vez, a otras dudas o problemas que podrían presentarse, a) ¿Necesita el pueblo o el ciudadano defenderse de los medios? La respuesta podría ser afirmativa, pero para casos excepcionales, por ejemplo, si hay una lesión a derechos fundamentales como el honor, la dignidad o la intimidad de la persona, o si se refirieran los medios a los denominados “datos sensibles” (orientación sexual, religión, ideas políticas) sin el consentimiento del interesado y no utilizando el verbo en potencial.

b) En el caso, ¿no tiene el pueblo un defensor legitimado para la defensa de cualquier derecho lesionado? ¿Qué diferencia habría entre el defensor del “pueblo” al que se refiere el artículo 86 de la CN, con plenos poderes para defender derechos y garantías, de un “defensor del público”, para casos de lesión a derechos personales por parte de los medios? Obviamente que la primera figura es comprensiva de la segunda, por lo que resulta, a mi criterio, totalmente innecesario.

c) Por último, si hay un derecho fundamental restringido, existen las garantías constitucionales, como el caso del amparo, amparo colectivo o hábeas data, aplicables a los ejemplos del punto a) por lo que cualquier persona y aun una multiplicidad de titulares, si advierten una restricción a un derecho fundamental, pueden iniciar la acción correspondiente, tendiente a la restitución del derecho o a la corrección y/o supresión de un dato.

Con los principales cambios del proyecto mencionados *ut-supra*, se torna imprescindible dar seriamente desde todos los sectores interesados de la sociedad, un debate anterior, con la finalidad de evitar que la propuesta, en algunos puntos, pueda debilitar los medios más críticos y así hacer prevalecer un discurso único u oficial.

Preocupa la falta de independencia de los organismos que crea este proyecto, de allí la necesidad/obligación de generar consenso en torno al mismo, a fin de impedir la unificación del discurso y la preeminencia de un "discurso oficial", sea de este gobierno, o de cualquier otro en turno.

En definitiva, resulta necesario prevenir la restricción del accionar de los medios de comunicación, dado que permitir este grado de avance del Estado sobre los medios, concluirá desnaturalizando el rol que estos deben cumplir en un Estado constitucional de derecho, el que ha sido destacado especialmente por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en casos tales como "*Colegiación Obligatoria de Periodistas*"³⁴ (1985) o "*Herrera Ulloa*"³⁵ (2004), en ambos se condena al Estado de Costa Rica por entender que ha habido una ofensiva contra el ejercicio de la libertad de prensa, destacando la función social de "derecho/deber" que cumplen los medios de comunicación, al informar a la sociedad.

Debe quedarnos claro que la libertad de expresión es uno de los derechos fundamentales del hombre que constituye una prolongación de la garantía individual de pensamiento. De nada sirve la libertad de pensar, si esos pensamientos no pueden ser exteriorizados. La libertad de expresión es un elemento esencial para el desarrollo del hombre en sociedad.

Es primordial el rol que cumplen los medios de comunicación en un Estado democrático ya que es notable su influencia en la formación de la opinión pública. Para ello, se requiere que estos actúen en un marco de amplia libertad para que el derecho a informar y el derecho a recibir información no sean solamente una expresión de deseos.

6. Conclusiones

a. La distribución de publicidad oficial sin criterios razonables de asignación configura un caso concreto de censura indirecta

Es necesario que los criterios de asignación de la publicidad oficial no estén relacionados con la opinión de los medios de comunicación relativa al gobierno de turno y que la misma no se otorgue de acuerdo a la lógica amigo-enemigo. 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

³⁴ Corteidh, "*La Colegiación obligatoria de periodistas* (solicitada por Costa Rica)", (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva*, OC-5/85 del 13/11/1995, Serie A, N° 5.

³⁵ Corteidh, "*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*", sentencia del 02/07/2004, Serie C, N° 107.

Argentina ocurre lo contrario, y se asigna publicidad oficial con la finalidad de recompensar o castigar a los medios de comunicación por sus publicaciones.

En el caso de la publicidad oficial, para que no se configure una situación de censura indirecta, el Estado puede utilizar distintos criterios de distribución de propaganda, siempre que la misma no implique una discrecionalidad de carácter discriminatorio.

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 discrecionalmente, como medio de presionar a periodistas opositores.

En el último informe regional, la Organización de Estados Americanos (OEA), por medio de su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cuestionó la falta de regulación en la asignación de la publicidad oficial en la Argentina. Para así proceder, toma en cuenta las variadas denuncias sobre asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial en el país. Este organismo considera, y con razón, de vital importancia que se pueda avanzar en la consideración de proyectos de ley pendientes en el Congreso que procuren regular la asignación de publicidad oficial siguiendo parámetros de razonabilidad³⁶.

Si no hay regulación, como bien señala Badeni³⁷, la distribución de la publicidad oficial bien puede realizarse con una finalidad de política agonal destinada a castigar económicamente a los medios de prensa adversos al gobierno de turno, o para fomentar el desarrollo o subsistencia de aquellos que están dispuestos a ofrecerle su apoyo editorial. Política arbitraria de premios y castigos fácilmente verificable en ciertos programas radiales y televisivos, y cuya intensidad es menor en los medios de prensa gráfica.

Resulta, entonces, que el principal criterio rector en la materia debe ser la más eficaz llegada del mensaje, al público al que está dirigida la publicidad oficial y, no un modo de premiar el amiguismo y la obsecuencia, o de castigar la crítica periodística.

b. El Observatorio de Medios -de la discriminación en Radio y Televisión-, sin independencia, es otra de las formas de censura indirecta

³⁶ Diario *La Nación*, edición del 14/2/2007, p. 18.

³⁷ Badeni, Gregorio, "Publicidad oficial y derecho a la información", *La Ley*, 2007-E, 590, comentario al fallo "*Editorial Río Negro c. Provincia de Neuquén*" (CSJN, fallos 330:3908), p. 591.

Por ese motivo, es visto con recelo por la mayoría de las entidades de prensa y distintos sectores privados vinculados con los medios de comunicación. Tal como he adelantado al analizar el denominado "Observatorio de los Medios", las dudas acerca de la finalidad de este ente son generadas fundamentalmente, por su falta de independencia respecto de organismos del gobierno. Es decir, el temor es que el Observatorio constituya una nueva ofensiva contra el ejercicio de la libertad de prensa, transformándose en un "big brother" que "observa" y espía para censurar la libertad de información.

La relación directa entre los sistemas democráticos y la libertad expresiva, en especial con el derecho a la crítica de los actos u omisiones de los funcionarios públicos se ha constituido en un axioma incontrovertible de la doctrina y la jurisprudencia nacional, extranjera e internacional.

Dicho de otra manera, se postula que las democracias modernas respetan y favorecen la crítica y las opiniones diversas y que, a su vez, la libertad expresiva favorece el desarrollo de una mejor y más plena democracia.³⁸

Pareciera que en Argentina hemos adoptado el camino inverso, es decir que se está produciendo una contramarcha en el proceso de reconstrucción de la libertad de expresión.

A priori pareciera al menos paradójica la situación de querer evitar la expansión de contenidos discriminatorios a través de un ente que "discrimina" entre medios de comunicación privados y medios públicos o estatales.

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"*³⁹. 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"*⁴⁰.

El derecho de acceso a la información pública resulta determinante para el ejercicio del derecho a la libre expresión. Las democracias constitucionales

³⁸ Gelli, María Angélica, "Libertad expresiva y protección del honor: La regla de la Corte Interamericana", *La Ley*, Sup. Const. 2008 (julio), p. 57. Comentario al fallo "Kimel c. Argentina", CIDH, sentencia del 02/05/2008.

³⁹ *Opinión Consultiva*, OC 5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, N° 5, párr. 69, caso "La colegiación obligatoria de periodistas".

⁴⁰ Caso "La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)", sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C, N° 73, párr. 65, *La Ley*, 2001-C, 135.

comparten el reconocimiento del principio de publicidad de los actos de gobierno. El derecho de libre 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.⁴¹

c. El Proyecto de Ley de Radiodifusión

Es indudable que la ley de radiodifusión del año 1980 ha quedado desactualizada, por lo que es necesaria su modificación. La cuestión central es, que esa reforma debe guardar relación con mínimos -y saludables- estándares internacionales que salvaguarde la libre expresión, así como debe garantizar el marco de protección que otorgan a dicha libertad los tratados internacionales dotados de jerarquía constitucional.

En contrario, el proyecto oficial le otorga al gobierno un importante papel de contralor sobre los medios de comunicación, convirtiéndose en un factor de presión, lo que en modo alguno es coherente con la protección de la libertad de información.

Lamentablemente, es de público y notorio conocimiento, que en nuestro país, la libertad de expresión sufre restricciones severas. En muchas ocasiones la prensa no es libre, en la medida en que se financian con la publicidad oficial que se distribuye bajo la lógica amigo-enemigo.

Entonces, será necesario que esta iniciativa se debata ampliamente en el seno del Congreso que es el órgano constitucional competente, para sancionar la ley. El debate deberá estar orientado a resguardar la pluralidad de oferta informativa que se corresponde con el sistema de libertades y garantías que reconoce nuestra Constitución Nacional.

Recordemos que hay una relación de directa proporcionalidad; a mayor información dada y recibida, mayor será el nivel de libertad de expresión que goce la ciudadanía, por lo que quedará asegurado el pluralismo informático y el debate "desinhibido, robusto y amplio" al que se refería la Corte de los Estados Unidos de América, ya en 1964, en el celebre precedente "*New York Times vs. Sullivan*"⁴².

⁴¹ Basterra, Marcela I., *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 28.

⁴² 376 U.S. 254.