

Buenos Aires, 2 de marzo de 2011

Vistos los autos: "Editorial Perfil S.A. y otro c/ E.N. – Jefatura Gabinete de Ministros– SMC s/ amparo ley 16.986".

Considerando:

1º) Que las empresas "Editorial Perfil S.A" y "Diario Perfil S.A." promovieron acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional –Secretaría de Medios de Comunicación de la Jefatura de Gabinete de Ministros– con el objeto que se ordene a esa autoridad el cese inmediato de la política discriminatoria que se lleva a cabo contra la demandante, consistente en excluir de la pauta publicitaria oficial a las revistas "Noticias" y "Fortuna" –editadas por la primera de las empresas mencionadas– y al diario "Perfil", editado por la segunda. Además, solicitaron que se declare la ilegitimidad manifiesta y antijurídica de la conducta del Estado demandado, configurada por el abuso de la facultad discrecional del Poder Ejecutivo de la Nación en el manejo de los fondos públicos destinados a la contratación de publicidad oficial para, de esa manera, censurar indirectamente a la revista "Noticias" y al diario "Perfil". Finalmente, peticionaron que se ordene – dentro del ámbito de la administración pública nacional– el cese de toda persecución o exclusión de la información de que eran objeto los periodistas y fotógrafos de esas publicaciones (fs. 2/24).

Denunciaron la existencia de una conducta del Poder Ejecutivo Nacional, ejecutada a través de la Secretaría de Medios de Comunicación, proveniente de una agenda política "no explicitada" que por su continuidad, persistencia y abierta diferenciación con otros medios de comunicación, se exteriorizaba como una manifestación deliberada tendiente a someter a la libertad de prensa y a los medios periodísticos

mediante una gestión poco transparente y arbitraria. Precisaron que el gobierno nacional pretendía claramente utilizar la publicidad oficial como un "subsidio encubierto", a fin de premiar o castigar las posturas más complacientes o más críticas sin una justificación técnica clara y que, por lo tanto, incurría en discriminación ideológica.

Puntualizaron que en ejecución de esa política el gobierno nacional, de modo arbitrario y discriminatorio, ha excluido de la pauta publicitaria a todas las publicaciones de propiedad de las empresas actoras. Señalaron que esa conducta contrasta con el significativo incremento en materia de asignación de publicidad oficial a otros medios de comunicación de análogas características y constituye una muestra clara y concluyente de que existe una decisión política de estrangular económicamente al "Diario Perfil" y a la revista "Noticias", como un modo de sancionar a las reclamantes por su línea editorial independiente e, indirectamente, de restringir la libertad de expresión.

Fundaron su pretensión en los artículos 14, 16, 17, 19, 28, 29, 31, 32, 43 y 75 de la Constitución Nacional, en los artículos 1, 13 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los artículos 2, 3, 19 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2º) Que a fs. 132/151 el Estado Nacional presentó el informe del artículo 8º de la ley 16.986 y solicitó el rechazo de la demanda.

En primer término, desconoció que se estuviera en presencia de una cuestión justiciable, y que —en todo caso— la vía del amparo resultare apropiada para ventilar una reclamación como la promovida por la demandante.

Por otro lado, cuestionó que la rama judicial pueda interferir en el ejercicio de una atribución de naturaleza

discrecional que ha sido puesta en manos del poder administrador, frente a la ausencia de normas que establezcan criterios concretos para la distribución de la publicidad oficial a la cual debiera ajustarse el Estado Nacional.

Dentro de ese marco, afirmó que el Poder Ejecutivo Nacional distribuye la publicidad oficial sobre la base de criterios discrecionales que en modo alguno resultan irrazonables, ya que se orientan a difundir los actos de gobierno e informar a la mayor cantidad de ciudadanos a través de distintos medios nacionales masivos, teniendo en cuenta –entre otros aspectos– el público consumidor de cada uno de ellos, su periodicidad y los objetivos del mensaje publicitario.

Señaló que admitir la posibilidad de revisar judicialmente esos criterios que son de resorte exclusivo del poder administrador, importaría una clara intromisión del Poder Judicial en la esfera de las atribuciones asignadas al departamento ejecutivo, máxime frente a la ausencia de toda demostración de que se estuviera en presencia de una "ilegitimidad manifiesta".

En cuanto al núcleo del conflicto, puso énfasis en precisar que el primer punto sobre el que debía discutirse era si las empresas demandantes tenían derecho a recibir una determinada cantidad de publicidad oficial, circunstancia que negó. Añadió que el hecho de que las actoras carecieran de esa publicidad no podía tomarse como un signo inequívoco de discriminación que autorizara a admitir la vía intentada, pues la razonabilidad en el ejercicio de facultades discrecionales propias del poder administrador debía ser juzgada no desde el punto de vista de un actor social, sino del conjunto de la sociedad. En este orden de ideas, sostuvo que correspondía a los peticionarios acreditar que las facultades discrecionales

habían sido ejercidas con arbitrariedad y en desmedro de las garantías constitucionales y de los tratados internacionales invocados por aquéllas.

Por último sostuvo que, en rigor, las actoras pretendían tener derecho a una subvención tácita y que esa conducta implicaba sustituir el riesgo empresario y transferirlo al Estado en aras de la libertad de prensa. Concluyó reite-
rando los argumentos del pronunciamiento de esta Corte en "Emisiones Platenses S.A." (Fallos: 320:1191) y el dictamen del Procurador General de la Nación en la causa "Editorial Río Negro S.A." (Fallos: 330:3908), que habían abordado en línea con la postura propiciada la cuestión concerniente a la afectación de la libertad de expresión por parte del Estado como consecuencia de la distribución de la publicidad oficial.

3º) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al entender en el recurso de apelación interpuesto por las actoras, revocó el fallo de primera instancia y, en consecuencia, hizo lugar a la acción de amparo y ordenó 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" (fs. 362/365).

Para decidir así, el tribunal a quo fundó su pronunciamiento –en lo sustancial– en la doctrina sentada por esta Corte en el caso "Editorial Río Negro S.A." (Fallos: 330:3908) y en la interpretación dada por este Tribunal al principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Ley Fundamental.

Tras señalar la sobreabundancia de la prueba producida en la medida en que el hecho invocado por las peticionarias, consistente en la negativa del Estado a realizar publi-

cidad oficial con las actoras, había sido reconocido expresamente en la causa por el demandado, puntualizó que la cuestión controversial no era la razonabilidad en la contratación de la publicidad oficial, sino si resultaba justificado a la luz de los principios constitucionales en juego la exclusión misma de determinados medios de prensa de esa contratación. En este orden de ideas, concluyó –con cita del precedente aludido– que el Estado Nacional tenía sobre sí la carga de probar la existencia de motivos suficientes que justificaran ese modo de proceder en la contratación de la publicidad oficial, deber que no fue satisfecho por la emplazada.

Por otro lado, señaló que era indiferente la circunstancia de que las empresas actoras no dependieran para su subsistencia de los aportes que realizara el Estado en materia de publicidad oficial, pues lo que se examinaba en el sub lite era si existía una conducta discriminatoria por parte del Poder Ejecutivo con el único objeto ostensible de castigar a publicaciones no afectas al gobierno de turno. Agregó que si se exigiera que el Estado solventara 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. Resolvió que, de esa manera, se socavarían las bases mismas de la prensa libre y, con ello, de la libertad de expresión, fundamento del sistema republicano.

En el mismo orden de ideas y con cita del precedente aludido, añadió que no resultaba necesario demostrar la asfixia económica o quiebre del diario, pues la afectación

económica debía examinarse no sólo en relación a la pérdida por no recibir publicidad oficial, sino también por la disminución en la venta en tanto muchos lectores —ante la ausencia de información sobre los actos de gobierno en un determinado medio de comunicación— se verían obligados a informarse por otros medios acerca de la gestión pública.

4°) Que contra ese pronunciamiento el Estado Nacional interpuso el recurso extraordinario de fs. 374/393 que fue concedido por el tribunal a quo en cuanto entendió que en la cuestión se hallaba controvertida la interpretación del artículo 99, inciso 1° de la Constitución Nacional. En cambio, rechazó el remedio federal en lo referente a la tacha de arbitrariedad y a la invocada presencia de un supuesto de gravedad institucional (fs. 409/409 vta.), denegación que dio lugar a la interposición por la demandada de la queja que tramita agregada por cuerda bajo el registro E.84.XLV.

5°) Que el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible y ha sido bien concedido en tanto la controversia planteada en el sub lite se funda directa y exclusivamente en los artículos 14, 16 y 32 de la Constitución Nacional, y en los artículos 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporados a la Ley Superior en los términos establecidos por el artículo 75, inciso 22.

6°) Que los antecedentes relacionados dan lugar a cuestiones que son sustancialmente análogas a las examinadas y decididas por esta Corte en la causa "Editorial Río Negro S.A." (Fallos: 330:3908), a cuyas consideraciones y conclusión corresponde remitirse por razones de brevedad.

7°) Que sobre la base del alcance con que ha sido habilitada la jurisdicción extraordinaria de este Tribunal, de

la comprensión asignada a las cláusulas constitucionales puestas en cuestión y al modo en que se resuelve, es inconducente pronunciarse sobre los planteos introducidos en el recurso de hecho que, por ende, deben desestimarse. Ello es así, pues los agravios atinentes a la arbitrariedad que se postula carecen de relación directa con la solución del caso, y la definición sobre si se está en presencia de un supuesto de gravedad institucional es estéril al concurrir –en los términos señalados– todos los requisitos de admisibilidad de la instancia del artículo 14 de la ley 48.

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se resuelve: 1. Declarar formalmente admisible el recurso extraordinario con el alcance indicado y confirmar la sentencia apelada de fs. 362/365. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). 2. Desestimar el recurso de hecho E.84.XLV. Intímese al Estado Nacional –Secretaría de Medios de Comunicación de la Jefatura de Gabinete de Ministros– para que, en el ejercicio financiero correspondiente, haga efectivo el depósito previsto en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Tómesese nota por Mesa de Entradas,

-//-

-//-agreguese copia del presente y archívese, previa devolución de los autos principales. Notifíquese. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según su voto)- JUAN CARLOS MAQUEDA (según su voto)- E. RAÚL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

ES COPIA

VO-//-

-//-TO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE SANTIAGO
PETRACCHI Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que, en cuanto a los antecedentes de la causa, nos remitimos a los considerandos 1° a 5° del voto de la mayoría.

6°) Que, a diferencia del caso "Editorial Río Negro S.A." (Fallos: 330:3908), en el que se estaba en presencia de una alegada reducción de la publicidad oficial (conf. disidencia de los jueces Petracchi y Argibay, considerandos 4° y sgtes.), en estos autos el a quo ha concluido que "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" (fs. 363 vta. y 364).

7°) Que, en consecuencia, encontramos que el sub lite plantea una cuestión sustancialmente análoga a la examinada en los autos "Emisiones Platenses S.A." (Fallos: 320:1191), en donde se estaba frente a un caso en el cual se excluía totalmente a un medio de la publicidad oficial. Ello hace que remitamos a la disidencia formulada en esta última causa por los jueces Fayt, Petracchi y Bossert, la que damos por reproducida en razón de brevedad.

8°) Que compartimos el criterio de la mayoría en cuanto a las razones que aconsejan desestimar el recurso de hecho (conf. considerando 7°).

Por ello y habiendo dictaminado el señor Procurador General de la Nación, se resuelve: 1. Declarar formalmente admisible el recurso extraordinario con el alcance indicado y confirmar la sentencia apelada de fs. 362/365. Con costas

(artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). 2. Desestimar el recurso de hecho E.84.XLV. Intímese al Estado Nacional –Secretaría de Medios de Comunicación de la Jefatura de Gabinete de Ministros– para que, en el ejercicio financiero correspondiente, haga efectivo el depósito previsto en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Tómese nota por Mesa de Entradas, agréguese copia del presente y archívese, previa devolución de los autos principales. Notifíquese. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

VO-//-

-//-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que el infrascripto se remite a los considerandos 1° a 5° del voto de la mayoría.

6°) Que las cuestiones debatidas en autos deben ser examinadas a la luz del pronunciamiento dictado en la causa "Editorial Río Negro S.A.", disidencia del juez Maqueda (Fallos: 330:3908), en la que se sostuvo que si un medio de prensa demuestra una restricción que lo afecta en la distribución de publicidad oficial, podría eventualmente llegar a considerarse una afectación legítima al ejercicio de la libertad de expresión, en tanto esa conducta podría tener por objetivo una voluntad de silenciamiento de un medio opositor.

Sin embargo, para la procedencia de este tipo de acción, la demandante debe demostrar la cesación o reducción de publicidad del medio respectivo de manera discriminatoria y con impacto económico, que exista una relación de causalidad adecuada entre tal acto gubernamental y la medida de represalia supuestamente adoptada, que exista una motivación clara por parte de la demandada en la cesación del flujo de publicidad sustentada en ese acto y, finalmente, que no pueda hallarse una razón independiente y suficiente en el acto u omisión de la autoridad gubernamental que permita concluir que se halla debidamente fundamentada su actitud (considerando 10 *in fine*).

En el presente caso, el Estado Nacional no controvierte que el medio actor recibe un tratamiento distinto respecto del flujo de publicidad oficial al que reciben medios de prensa escrita de aparentes similares características, ni que *"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", tal como surge de la sentencia del a quo (fs. 362/365). Frente a esta evidencia, el Estado Nacional debía cumplir con la carga de aportar algún tipo de justificación independiente y suficiente –en los términos descriptos en el considerando 10 del fallo mencionado– de la conducta discriminatoria en la que ha incurrido.

Sin embargo, el Estado demandado –si bien enuncia en su recurso extraordinario que distribuye la publicidad entre los medios de prensa de manera razonable– no ha aportado ningún elemento en ese sentido, que permita comprender los criterios, o las pautas objetivas, que ha delineado para distribuir la publicidad oficial, y que podrían justificar de alguna manera, en el sub lite, la situación desventajosa en que se encuentra la Editorial Perfil S.A.

En estos términos, corresponde concluir que se han configurado los requisitos que habilitan la procedencia de la acción intentada por la actora en materia de distribución discriminatoria de la publicidad oficial.

7°) Que sobre la base del alcance con que ha sido habilitada la jurisdicción extraordinaria de este Tribunal, de la comprensión asignada a las cláusulas constitucionales puestas en cuestión y al modo en que se resuelve, es inconducente pronunciarse sobre los planteos introducidos en el recurso de hecho que, por ende, deben desestimarse. Ello es así, pues los agravios atinentes a la arbitrariedad que se postula carecen de relación directa con la solución del caso, y la definición sobre si se está en presencia de un supuesto de gravedad institucional es estéril al concurrir –en los términos señalados– todos los requisitos de admisibilidad de la instancia del artículo 14 de la ley 48.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se resuelve: 1. Declarar formalmente admisible el recurso extraordinario con el alcance indicado y confirmar la sentencia apelada de fs. 362/365. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). 2. Desestimar el recurso de hecho E.84.XLV. Intímase al Estado Nacional –Secretaría de Medios de Comunicación de la Jefatura de Gabinete de Ministros– para que, en el ejercicio financiero correspondiente, haga efectivo el depósito previsto en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Tómesese nota por Mesa de Entradas, agréguese copia del presente y archívese, previa devolución de los autos principales. Notifíquese.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

ES COPIA

Recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional, representado por Enrique R. Albistur, Secretario de Medios de Comunicación de la Jefatura de Gabinete de Ministros, con el patrocinio letrado del Dr. Jorge Horacio Lamacchia. Traslado contestado por Luis Ángel Moretti, vicepresidente y apoderado de Editorial

Perfil S.A. y de Diario Perfil S.A., con el patrocinio letrado del Dr. Horacio J. Romero Villanueva.
Recurso de hecho deducido por **el Estado Nacional, Jefatura de Gabinete de Ministros - Secretaría de Medios de Comunicación**, representado por el **Dr. Daniel Osvaldo Motta.**
Tribunal de origen: **Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nº 1, Secretaría nº 1.**

Para acceder al Dictamen de la Procuración General de la Nación ingrese a:

E. 80. XLV.
E. 84. XLV.
RECURSO DE HECHO
Editorial Perfil S.A. y otro c/ E.N.
–Jefatura Gabinete de Ministros– SMC s/
amparo ley 16.986.

http://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2009/procurador/agosto/e_84_l_xlv_editorial.pdf

http://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2009/procurador/agosto/e_80_l_xlv_editorial.pdf

http://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2006/righi/editorial_rio_negro_e_1_l_xxxix.pdf

Publicidad oficial – Libertad de prensa – Libertad de expresión