

La libertad de expresión y la publicidad gubernamental.

Por Juan Vicente Sola.

El manejo discrecional de la publicidad gubernamental fue analizado por la Corte Suprema en el fallo **Editorial Río Negro S.A. v. Provincia del Neuquén** 14 de noviembre del 2007. En el caso la empresa editora del diario "Río Negro" promovió una acción de amparo contra el Gobierno de la provincia de Neuquén, para que cesara "la arbitraria decisión" de privar al diario y a sus lectores "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. Atribuía esa discriminación a la publicación de una denuncia contra el gobierno de esa provincia.

Tanto en el dictamen del Procurador como el Fallo de la Corte se concentran en el análisis de los efectos que la publicidad gubernamental tiene en la libertad de expresión. Sin embargo, los argumentos expresados por las partes planteaban temas más amplios, que debieron ser también considerados por el Tribunal y que analizaremos más tarde.

La cuestión constitucional.

El Procurador General se plantea una pregunta sobre la obligación gubernamental en cuanto a la extensión de la publicidad gubernamental, y señala la importancia de oponerse a la 'censura sutil' y de la necesidad de proporcionalidad al determinarla:

'Corresponde resaltar que dentro de los estándares internacionales se ha forjado una nueva categoría de censura a la libertad de expresión a través de lo que se ha dado en llamar medios indirectos o "censura sutil" referida, entre otros aspectos, a la posible distribución arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial.

¿Tiene el gobierno la obligación de distribuir publicidad oficial, aun en un escaso porcentaje, incluso a medios con mínima tirada, venta o audiencia? ¹

Estableció así la aplicación de la doctrina de la *prueba del equilibrio (balancing test)* tomada del caso Pickering que sería citada en la disidencia del Ministro Maqueda.² Ello supone proponer no una definición estricta de los alcances de la libertad de expresión sino de ‘proporcionalidad’

El Fallo de la Corte Suprema define la cuestión constitucional en el caso como de ‘*posible discriminación hacia el ejercicio de la libertad de expresión...*’

Dice la Corte.

4°) Que una vez acreditado que el Estado demandado contrató publicidad oficial con el diario actor, la interrumpió y la volvió a conceder después de promovida esta acción, corresponde determinar si esa conducta importó discriminar al actor generando una lesión a la libertad de prensa.

Reitera un precedente anterior³ pero aclara que se aplica el control de razonabilidad.

‘Cabe señalar 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 irrazonables. ‘

Un estándar preciso.

La Corte establece un precedente aplicable a casos futuros, sobre la base de un estándar. El ‘holding’ de la Corte en este caso se concentra en cinco puntos:

11) Que, por todo lo expuesto, cabe concluir:

¹ Del Dictamen del Procurador

² Pickering v. Board of Ed. of Township High School Dist. 205, Will Cty., 391 U.S. 563, 568, es de hacer notar que este precedente se refiere al contexto del empleo público.

³ Cf. Emisiones Platenses en Fallos: 320:1191 Existía un caso anterior el precedente “Emisiones Platenses”³ que dijo “... los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no consagran un derecho implícito de las empresas periodísticas a obtener fondos estatales en concepto de publicidad...”

a) *Existencia de supresión y reducción sustancial de la publicidad oficial. En el caso existe evidencia de que el Estado provincial contrató publicidad oficial con el diario actor, la interrumpió y la volvió a otorgar después de promovida esta acción. No cabe duda alguna de que se configuró un supuesto de supresión temporaria y, luego, de un retorno a la contratación con reducción sustancial de la publicidad que antes se le suministraba.*

b) *Ausencia de motivos razonables cuya existencia debe ser probada por el Estado. 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.*

c) *Ejercicio irrazonable de facultades discrecionales. Existe una supresión temporaria y una reducción sustancial sin causa justificada y, además, evidencia sobre el ejercicio irrazonable de facultades discrecionales. Para tener por acreditado este hecho es suficiente la ausencia de medios económicos en grado suficiente para poner al medio de comunicación en desventaja con otros competidores de similar envergadura o bien para colocarlo en una dificultad seria de dar a conocer sus ideas. No es imprescindible la acreditación de una intención dolosa, o un ánimo persecutorio o discriminatorio, ni tampoco la existencia de una situación de asfixia económica.*

d) *No puede afirmarse la existencia de un derecho a recibir una determinada cantidad de publicidad oficial.*

e) *Existe un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos. La primera opción para un Estado es dar o no publicidad, y esa decisión permanece dentro del ámbito de la discrecionalidad estatal. Si decide darla, debe hacerlo cumpliendo dos criterios constitucionales:*

1) *no puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios en base a criterios discriminatorios;*

2) *no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión. Por ello, tiene a su disposición muchos criterios distributivos, pero cualquiera sea el que utilice*

deben mantener siempre una pauta mínima general para evitar desnaturalizaciones.

Determina la Corte un preciso estándar para casos futuros y su exactitud sin duda clarifica la aplicación de sus precedentes. Su redacción trasciende los sumarios que se presentan habitualmente y esto es un avance para el estudio de casos.

Libertades negativas y positivas en la expresión.

Una visión de las consecuencias de la aplicación de las normas supone tener en una visión instrumental de la libertad de expresión que es valiosa porque asegura tanto la estabilidad política, la prosperidad económica y la felicidad personal.⁴ Esta visión no excluye otras pero muestra perspectivas que no pueden ser ignoradas. Esto incluye que la libertad de expresión está en función de la utilidad personal de los individuos, es decir, a las personas les gusta expresar sus opiniones y, a veces, conocer las de los demás.

Imaginamos habitualmente la expresión como una libertad negativa, que le impone al gobierno una obligación de no hacer.

José Manuel Estrada afirma que...

"las condiciones generales sobre las cuales reposa la libertad de imprenta en la legislación moderna son: la supresión de la censura previa, la abolición de la represión administrativa, y el establecimiento de una represión puramente judicial contra todos los delitos cometidos por medio de la prensa..."⁵.

El libre debate de ideas.

⁴ Richard Posner. *Frontiers of legal theory*. Harvard University Press. 2001. p. 62.

⁵ José Manuel Estrada, **Curso de Derecho Constitucional**", segunda edición, 1927, págs. 229/230

Pero también la libertad de expresión es una libertad positiva en la que se espera una acción gubernamental para protegerla.

Es eficiente porque el que expresa una idea buena es reconocido, esta ventaja se disipa con el tiempo en la medida que la idea se disemina. La libertad de expresión promueve una competencia vigorosa que estimula la innovación y la diseminación de ideas. De allí que se haya también hablado del libre mercado de ideas.

Al institucionalizar la competencia la democracia hace los cargos públicos inseguros. Los políticos y funcionarios buscan seguridad a través del control de la información. La garantía de libertad de expresión impide a los funcionarios públicos de reducir la competencia política por la restricción de la expresión. De allí que se transfiera la Constitución transfiere la decisión de los órganos políticos a los jueces. El derecho constitucional a la libertad de expresión aumenta la efectividad de la competencia entre los candidatos políticos.

Podemos establecer **una regla de determinación. Para un tipo particular de discurso, la protección constitucional debe aumentar en la medida que aumenten dos variables.**

- (i) **sus externalidades beneficiosas.**
- (ii) **el poder de monopolio creado por la reglamentación.**

En otras palabras, la libertad de expresión debe profundizarse si las consecuencias del discurso público son beneficiosas para todos. Pero también cuando la reglamentación de una actividad haya hecho que la participación de las personas en ella sea limitada. Cuanto más regulada sea una actividad mayor debe ser la posibilidad de informarse sobre ella.

El discurso político.

El mantenimiento de la competencia democrática y evitar caer en el despotismo requiere del debate político libre y de la amplia diseminación de la información entre los votantes.

Cualquier restricción del discurso político limita la democracia al disminuir la competencia política. La democracia requiere de una protección continuada de la expresión frente a los fanáticos que reclaman de privilegios especiales por su conocimiento de la verdad. Conceptos como *“tengo el derecho de perseguirlo porque yo tengo la razón y Ud. está equivocado”*⁶ son más habituales de lo imaginado en sociedades actuales. El discurso político debe gozar de la más alta protección constitucional en una democracia debido a su necesidad central para la competencia política. El discurso político ha sido llamado un bien público doble, porque expresa ideas y constituye la participación en el debate político.⁷ Dreze y Sen demuestran que una prensa libre previene las catástrofes alimentarias en los países en desarrollo al publicitar las desastrosas decisiones políticas que las causan.⁸ Desde este punto de vista la libertad de expresión es un “bien de mérito”.

¿Hay derechos especiales para la prensa?

La protección de la libertad de expresión se fundamenta en que la mayor parte de los derechos se aplican a todos los habitantes, por la importancia que tiene de expresión en la difusión de ideas y en el mantenimiento de la sociedad democrática y plural. Pero la cuestión que hoy analizamos entra en la categoría de las cuestiones que se aplica exclusivamente a la prensa escrita. La pregunta subyacente es determinar si la prensa escrita u por otro medio masivo, tiene derecho a protecciones mayores que los demás sujetos de derechos en la libertad de expresión. Sin duda, en su redacción del artículo 14 enfatiza la importancia de la prensa y se derivan los demás derechos referidos a libertad de expresión. El artículo 32 parece más enfático al referirse a "libertad de imprenta" con lo cual supone el ejercicio de la prensa escrita. Esto refleja la importancia de la información a

⁶ Atribuido a Bossuet por Rawls en *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993, p. 61. Expresiones similares pueden encontrarse en ideologías más recientes aunque generalmente con un discurso justificatorio diferente.

⁷ Robert Cooter, *The Strategic Constitution*, p. 313.

⁸ Amartya Sen, *Desarrollo y Libertad*. Planeta 2000. p, 221. Se debe tener en cuenta que los mercados libres de alimentos y la existencia de crédito tienen probablemente una parte igualmente importante a la de la libertad de expresión en suprimir las catástrofes alimentarias.

la población y por lo tanto su objetivo de control gubernamental. En algunos casos el fracaso de proteger a la prensa como institución significará que se les negará a las personas la información necesaria. Esto no significa que la prensa tenga en sí mismo una protección especial por la libertad de expresión, sino que existe una asociación en los constituyentes entre las palabras de "ideas" con "prensa".⁹ Ya que hay que definir en términos generales una protección especial para la prensa plantea obstáculos prácticos insuperables, y es preferible analizar cada situación de acuerdo a las consecuencias que tiene frente al derecho general de todos los habitantes a ejercer su libertad de expresión.¹⁰ Este entre estos temas surgen los de la utilización de las normas sobre libertad de expresión para proteger a la prensa de acciones gubernamentales, en el entendimiento que estos debilitaría la posibilidad de difusión de ideas. Es por esto que impuestos dirigidos especialmente contra los periódicos son inconstitucionales. En el caso *Minneapolis Star and Tribune Co. V. Minnesota Commissioner of Revenue, de 1983*¹¹ referido a un impuesto a la impresión y a la tinta, la Corte señaló *"esta amenaza puede operar tan efectivamente como un censor para controlar un comentario crítico por la prensa, limitando la presunción básica de nuestro sistema político que la prensa sirve habitualmente como una importante contención del gobierno. Más aún, el tratamiento diferenciado, a menos que fuera justificado por una característica especial de la prensa, sugiere que el objetivo de la regulación está relacionado con la supresión de la expresión, y ese objetivo es presumiblemente inconstitucional."*

El principio de proporcionalidad.

Este criterio proviene de la jurisprudencia alemana que utiliza los nombres de *principio de proporcionalidad* y *principio de la prohibición del exceso*. En el debido proceso de ley hay dos frentes: el control de legitimidad de las finalidades elegidas por el gobierno y sus agentes, y el control de adecuación racional entre los medios instituidos por la norma

⁹ Cf. First National Bank of Boston v. Bellotti, 435U.S.765.

¹⁰ Ésta es la posición tomada por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

¹¹ Cf. 460U.S.575, la opinión de la Corte fue expresada por la Juez O'Connor.

y los objetivos de interés público asumidos por el legislador. En la jurisprudencia alemana el control de la legitimidad de una norma es realizado a través del cotejo inmediato de las finalidades del acto estatal frente a los principios constitucionalidad. Cuando las consecuencias jurídicas de este acto violan aparentemente una norma constitucional, existe una colisión de derechos que no puede ser resuelta por la mera exclusión de una de ellas sino que exige una ponderación de los intereses en juego. Existe el concepto de los derechos *prima facie*, y no definidos, en la medida que su definición depende de las circunstancias en que se aplica. El derecho normativo es potencial, y es necesario evaluar algunas circunstancias concretas para que se delimite su dominio actual. Cuando existe un **conflicto de derechos** es necesaria una ponderación de valores, dentro de las circunstancias del caso concreto, para evaluar la razonabilidad de las diversas posibilidades de interacción entre estos derechos.

Adecuación, necesidad y proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad es normalmente descrito como el conjunto de tres ideas: **adecuación, necesidad y proporcionalidad estricta**. Al analizar las restricciones a determinados derechos, se debe indagar sobre la **admisibilidad constitucional de la limitación establecida, la reserva legal**, y también la **compatibilidad de las restricciones con el principio de proporcionalidad**. Ello presupone no solo la legitimidad de los medios utilizados y de los fines perseguidos por el legislador, sino también la **adecuación** de esos medios para la consecución de los objetivos pretendidos y la **necesidad** de su utilización. El juicio definitivo sobre la proporcionalidad de la medida resultará de la rigurosa ponderación entre el **significado de la intervención para el interesado** y los **objetivos** perseguidos por el legislador, es la llamada proporcionalidad en sentido estricto.

El supuesto de **adecuación** exige que las medidas interventoras adoptadas sean aptas para alcanzar los objetivos pretendidos. El requisito de la **necesidad** significa

que ningún medio menos gravoso para el individuo se revelaría igualmente eficaz en la consecución de los objetivos pretendidos. De esta manera lo que es adecuado puede ser necesario, pero lo que es necesario no puede ser inadecuado.¹²

El extraño caso de la publicidad gubernamental.

Si el fin de los anuncios gubernamentales es la difusión de información necesaria a los habitantes, su justificación sería que existiera en la mayor cantidad de medios para evitar que fuera ignorada por algunos sectores. Pero la publicidad oficial es en muchos casos una forma de comunicación política encubierta y en estos casos es también una forma suavemente clandestina de propaganda electoral. La primera pregunta es saber si es una forma legítima de utilizar el gasto público. La segunda es saber si constituye un subsidio a la prensa simpatizante de la gestión gubernamental. La tercera saber si constituye una forma de ‘censura sutil’ hacia otros diarios desafectos.

Igualdad y no discriminación.

El tema sería entonces no solo o no tanto de libertad de expresión como de igualdad ante la ley, es decir, de no discriminación

La característica principal de la igualdad ante la ley es la no discriminación. La legislación al regular los derechos individuales establece clasificaciones de las personas y de las cosas. Ya sea por sexo, edad, lugar de residencia, nivel de ingresos, entre otras, algunas de estas clasificaciones pueden ser **sospechosas** si pueden tener un contenido discriminatorio. En el caso que la ley efectúe clasificaciones sospechosas en cuanto a su constitucionalidad el escrutinio judicial debe ser más estricto.

¹² En **el caso de las Farmacias** 7 BVerfGE 377 (1958), la Corte Constitucional utilizó el criterio de proporcionalidad para analizar las posibilidades que tenía el legislador del Baviera para restringir la cantidad de farmacias en una comunidad. Cf. Juan Vicente Sola. Derecho Constitucional. Lexis Nexis 2007. Cap. Control de Razonabilidad.

En cuanto a la igualdad constitucional hay dos formas básicas en que puede ser violada:

1. La igualdad es negada **cuando el gobierno clasifica para distinguir**, en sus reglamentos y programas, entre personas que debieran ser consideradas en forma similar debido a los principios de tratamiento igualitario. Son los casos de tratamiento desigual en el derecho al voto o a la educación.
2. La igualdad es también negada cuando **el gobierno se niega a clasificar** con el resultado que sus reglamentos y programas no distinguen entre personas que, para fines de protección igualitaria, deben ser considerados como diferentemente situados. Es el caso que estamos analizando.

El destino del gasto público.

Los destinos constitucionales del gasto público, mencionados en la famosa ‘clausula del progreso’. Es el artículo 75 inc. 18 y su extensión del inc. 19. Si bien su enumeración es extensa y expansiva del gasto público no incluye de ninguna manera la posibilidad de utilizar fondos públicos para la publicidad gubernamental. La cláusula del progreso ha sido considerada como uno de los fundamentos de la ideología económica de la Constitución, fue tomada de la *General Welfare Clause* de la Constitución de los Estados Unidos,¹³ por la mayor verbosidad que la separa de su antecedente de la Constitución norteamericana se imaginó imponía a los gobiernos futuros un camino hacia el crecimiento económico. Esta norma constitucional ha sido fuente de varias interpretaciones con consecuencias disímiles. La primera es la asociada al gasto público, es el sentido original en los Estados Unidos, permite que el gobierno federal tenga una amplia capacidad en el gasto en la medida que tenga el objetivo del bienestar general. Esta función ha sido llamada también de “fomento”.¹⁴ De alguna manera, la ‘Clausula del

¹³Artículo I, Sección 8 El Congreso tendrá el poder de establecer y recaudar impuestos, tasas, gravámenes y gabelas para pagar las deudas y proveer a la defensa común y al bienestar general de los Estados Unidos, pero todas las tasas, gravámenes y gabelas serán uniformes a través de los Estados Unidos.

¹⁴**Estela B. Sacristán, El problema de la fuente en las relaciones de fomento. En Derecho Administrativo. N° 43 p. 101).**

progreso' establece el contenido del gasto público, si bien incluye una simple enumeración que puede naturalmente ser ampliada no puede incluir la propaganda gubernamental de contenido puramente político. A la pregunta ¿Sería la función del gasto público subsidiar a los medios de prensa adictos? La respuesta debe ser un 'no' rotundo.

El 'compre neuquino' y la cláusula comercial.

Hay un argumento del gobierno de Neuquén que va en contra de las reglas del federalismo, el que constituye al territorio de la Nación en un espacio económico único. Es el referido a la circunstancia que el diario *Río Negro* a pesar que tuviera amplia difusión en Neuquén fuera editado en otra provincia. De esta manera el gobierno de Neuquén intentaba aplicarle el 'compre neuquino' establecido por el decreto 2700/00 de esa provincia *'que tiende a estimular la creación, crecimiento y sostenimiento de una oferta de bienes y servicios solvente y suficiente originada en la iniciativa de productores, industriales, profesionales y comerciantes de todos los rubros radicados en la provincia para satisfacer la demanda que surge de la actividad del Estado y del sector privado.'*¹⁵

La idea del 'compre neuquino' es contraria a la idea establecida en la cláusula comercial que impide que las provincias conformen oligopolios a favor de sus habitantes y en detrimento de sus vecinos. Esta idea de un espacio económico común es el fundamento de la 'cláusula comercial'.¹⁶ Esta idea que trasciende el tema de la reglamentación federal del comercio fue expresada por la Corte Suprema:

6) Que cuando se trata de interpretar el alcance de las atribuciones provinciales en el área abarcada por la llamada 'cláusula comercial', debe acudirse a esa noción integradora de la actividad económica del territorio nacional, que fue la base... de la exclusividad de los

¹⁵ Citado en el dictamen del Procurador General. La enumeración es tediosa y opaca, la transcribo como demostración de los ardides utilizados por gobiernos provinciales para establecer privilegios locales y para establecer barreras a la competencia de otras provincias.

¹⁶ El artículo 75 inc. 13 de la Constitución dice ***"reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre si."***

*poderes del Congreso en la regulación del comercio interprovincial,...*¹⁷

Un equilibrio entre intereses contrapuestos.

En su disidencia el Dr. Maqueda menciona el caso *Board Of County Commissioners, Wabaunsee County, Kansas v. Umbehr* 518 U.S. 668, 1996. Si bien el holding de este caso se refiere a comentarios opositores efectuados por contratistas de una autoridad local, es importante porque incorpora la 'prueba de equilibrio' (*balancing test*) en cuestiones referidas a la libertad de expresión y actividad gubernamental¹⁸. En este caso un contratista de recolección de basura era crítico activo de la Comisión que gobernaba el condado, por esa razón los comisionados decidieron no renovar su contrato que se reconducía en forma tácita. El motivo alegado era la crítica activa del contratista para con ellos. La Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo que la primera enmienda (referida a la libertad de expresión), protegía a los contratistas independientes de la no renovación o de la terminación abrupta de los contratos con el gobierno cuando era en represalia por el ejercicio de la libertad de expresión, y que la prueba de equilibrio establecida en el caso *Pickering* ajustada para incluir los intereses gubernamentales como contratista antes que como empleador, era lo que determinaba la extensión de esa protección.

El caso *Pickering* que dio origen a la doctrina de equilibrio, se refería a la posibilidad que un maestro pudiera ser despedido por haber cuestionado la política del Consejo escolar, se estableció la prueba del equilibrio entre la libertad académica y el hecho que un empleado que actuara en un discurso perturbador (*disruptive*) aún en un caso de interés público pudiera ser despedido.

Sin duda, la disidencia del ministro Maqueda es interesante en cuanto señala la importancia del equilibrio entre los dos

¹⁷ **Transporte Interprovincial Rosarina S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ sumario.**

¹⁸ El requisito del 'balancing test' había sido originalmente aplicado a los casos de libertad de expresión en el contexto del empleo público en el caso *Pickering v. Board of Ed. of Township High School Dist. 205, Will Cty.*, 391 U.S. 563, 568. Se extendió luego a todos los casos de contrataciones públicas.

derechos, la libertad de contratar y la libertad de expresión. Es importante señalar que ha incorporado a nuestro derecho la ‘prueba del equilibrio’ existente en los casos mencionados es una herramienta útil en la solución de los conflictos entre empleo público y contrato público por una parte, y por el otro la defensa de la libertad de expresión.

Conclusión.

El fallo Editorial Río Negro es un precedente importante por varias razones, la primera porque asegura la libertad de expresión en los medios de comunicación, particularmente en aquellos casos en que la propaganda gubernamental significa una contribución económica importante para su subsistencia. Luego, porque descarta defensas asociadas con la discriminación territorial contrarias al espíritu constitucional tal como es expresada en la “cláusula comercial”. Expresiones como el “compre provincial” no pueden existir en nuestra legislación. Asimismo es importante el criterio establecido en fallo sobre adecuados equilibrios entre derechos en conflicto, en este caso la libertad de contratar y la libertad de expresión. Finalmente, la claridad con que redactado el estándar preciso de este precedente que permite su aplicación a casos futuros y como tal es una señalada contribución a nuestro derecho público.