

## APUNTES SOBRE LA PUBLICIDAD DEL ESTADO Y TRANSPARENCIA

Ernesto VILLANUEVA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Teoría de la responsabilidad social: publicidad y libertad de información*. III. *La información como bien público*. IV. *Transparencia publicitaria*. V. *Legislación extranjera*. VI. *¿Deber de informar a través de la publicidad estatal?* VII. *Publicidad estatal, participación ciudadana y gobernanza*.

### I. INTRODUCCIÓN

El punto de unión entre libertad de expresión y publicidad estatal reside en la experiencia comparada contemporánea en la denominada ayuda del Estado, que constituye una figura jurídica empleada para explicar la intervención de los poderes públicos para reactivar diversas ramas de la economía. En el caso concreto, la concepción decimonónica demandaba del Estado el deber de abstención como su principal cometido para garantizar el pleno ejercicio de la libertad de información. De acuerdo con la doctrina de responsabilidad social de la prensa —y ahora referida a todos los medios por extensión—, dicha concepción ha quedado rebasada por las circunstancias actuales, toda vez que éstas exigen la intervención imparcial del Estado para materializar efectivamente la libertad de información en los términos previstos por el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como se podrá observar más adelante.

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

## II. TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL: PUBLICIDAD Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN

La Corte Interamericana ha reconocido que los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones. Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan. En este sentido, la Corte ha indicado que es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca.<sup>1</sup>

La democracia indirecta requiere de los medios de información para establecer contacto entre gobernantes y directos. Más aún, los medios se han vuelto los principales intermediarios entre las fuentes públicas y privadas de información y los individuos. No hay duda: se necesita información para poder decidir y participar en forma activa en la formación de la voluntad política, que se hace regularmente a través de lo que se conoce como opinión pública, cuya presencia en las sociedades democráticas es esencial. Es aquí donde nace la premisa de que a mayor libertad de los medios deben observar mayor responsabilidad. Por responsabilidad, el Diccionario de la Real Academia Española entiende la “capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente”. La teoría de la responsabilidad social es el resultado de un replanteamiento del papel de los medios en la sociedad. Es un cambio de la concepción filosófica de los derechos absolutos que amparaba la teoría libertaria del siglo XVIII y XIX, teniendo a Locke, Milton y Mill como sus principales exponentes. Casi un siglo después de los escritos de Mill, el papel de la prensa había cambiado en forma significativa en la sociedad del siglo XX. Una de las primeras reflexiones de la Comisión Hutchins —presidida por el rector de la Universidad de Chicago del mismo nombre para analizar el papel de los medios en la sociedad en 1947— fue precisamente desmitificar la teoría absolutista de la libertad de expresión. “La noción de derechos, sin costo,

<sup>1</sup> *Cfr.* Caso Ivcher Bronstein, párrafo 150.

incondicionales, conferidos por el creador al nacimiento —sostiene el reporte— fue un maravilloso principio para luchar contra los gobiernos arbitrarios y tuvo un trabajo histórico por hacer. Pero en el contexto de una libertad política obtenida la necesidad de establecer límites se vuelve evidente”.<sup>2</sup>

Asimismo, sostuvo que:

Hay contradicción entre la idea tradicional de la libertad de la prensa y su necesaria contrapartida de responsabilidad. La responsabilidad, como el respeto de las leyes, no es en sí un obstáculo a la libertad; por el contrario, puede ser la auténtica expresión de una libertad positiva. Pero se opone a la libertad de indiferencia... Es demasiado frecuente hoy que la pretendida libertad de la prensa sea solamente una forma de irresponsabilidad social. La prensa debe saber que sus errores y sus pasiones han cesado de pertenecer al dominio privado para convertirse en enemigos públicos. Si ella se equivoca, es la opinión la que se equivoca. Ya no es posible concederle, como a cada uno, el derecho al error o incluso el tener razón a medias. Nos encontramos aquí de cara a un verdadero dilema: la prensa debe ser una actividad libre y privada, por lo tanto humana y falible; y, sin embargo, no tiene derecho al error, pues cumple un servicio público. Aquí tampoco hay solución perfecta; pero lo que es indispensable es que la prensa esté sujeta al interés general y que participe activamente. Conservará su independencia si es normalmente digna de ella o, al menos, se esfuerza por llegar a serlo. En el caso contrario, es inevitable —pasado cierto margen de desfallecimiento— que el Estado retire los derechos considerados como adquiridos. Poseer una prensa libre no es, para una sociedad, un objetivo contingente, sino una rigurosa necesidad, pues tomada en su conjunto, la prensa es la autoexpresión inmediata de cada momento de la historia, y esta expresión debe ser auténtica. Una buena parte del contenido de los periódicos tiene, ciertamente, una apariencia fugitiva; los periodistas parecen, a veces, complacerse en la improvisación, y admiten fácilmente que sus obras, al ser destinadas solamente a despertar un interés momentáneo, no requieren muchos cuidados. Ahora bien: precisamente porque la imagen que dan es la de un día, es también la imagen para todos. Es preciso que la prensa sea libre porque esta libertad es la condición de su autenticidad; pero esta autenticidad depende también de su firme deseo de acoger todas las manifestaciones del espíritu humano.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> *The Commission for the Freedom of the Press*, Chicago University Press, 1947.

<sup>3</sup> *Idem.*

¿Cómo garantizar que la información que reciben los ciudadanos a través de los medios es una información fidedigna? ¿Cómo saber si la información que se proporciona busca satisfacer el derecho a la información o pretende satisfacer un interés ajeno? ¿Qué medios de defensa tienen los ciudadanos tanto frente a las fuentes públicas de información como de cara a los medios que suministran las noticias? Como se puede advertir, la agenda de la discusión pública pasa necesariamente por los medios, que no son ya vehículos de intermediación asépticos entre información y ciudadanos, sino verdaderos protagonistas que seleccionan y organizan los temas que deben ser tratados (al publicarse o difundirse, con mayor o menor profusión o no tener cabida alguna) y configuran el sentido final del derecho a la información del público. Así pues, los medios de comunicación no han dejado de estar en el centro de la polémica. La programación televisiva, el manejo editorial de los noticieros y las políticas informativas de la prensa, empiezan a ser vistos con mayor detenimiento que antaño por un sector reducido, pero creciente, de eso que se denomina la sociedad civil.

Ser periodista no es tanto un derecho como una responsabilidad; no es tampoco un instrumento de satisfacción de reducidos intereses personales al amparo del amplio manto de las libertades públicas. Ser periodista implica, sobre todo, un compromiso con el interés del público y con el bien común. Libertad y responsabilidad son las dos caras de una misma moneda: el derecho a la información, en su más amplia expresión.

La prevalencia de la doctrina de la responsabilidad social de los medios en la mayor parte de los Estados democráticos ha sido el telón de fondo de las políticas oficiales de la ayuda estatal. Es importante precisar que la ayuda del Estado no debe suponer, por ningún motivo y en ningún caso, la dependencia mediática, incluyendo evidentemente a los medios en general en esta expresión, al poder público, ni la generación de un deber de contraprestación a cargo de los medios como retribución por las ayudas recibidas.

El espíritu de estas ayudas presupone, *a contrario sensu*, un principio de independencia básico. Recuértese que la prensa puede ser buena o mala, pero un medio sin independencia es negativo por definición. La independencia se preserva en la medida en que las ayudas están dotadas de un fundamento legal, conforme al cual se convierten en objeto de derecho de los medios y, de manera correlativa, en fuente de obligaciones para el Estado.

La publicidad estatal es una forma de ayuda del Estado a la prensa que escapa frecuentemente de los estudios doctrinales sobre el tema. La publicidad estatal puede suponer por sí misma una fuente de poder que eventualmente podría utilizarse para satisfacer intereses ajenos al bien común. Esta posibilidad se incrementa cuando los criterios de asignación publicitaria son definidos en forma casuística y discrecional por las autoridades competentes. En este sentido cabe señalar que el artículo 13.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala:

No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

El Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron la Directiva 89/552/CEE, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.<sup>4</sup> La Comisión, por su parte, adoptó la Directiva 80/723/CEE, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas.<sup>5</sup> Los requisitos sobre transparencia en las relaciones financieras entre los poderes públicos y las empresas públicas y dentro de las empresas a las que se atribuyen derechos especiales o exclusivos o se encomienda la realización de un servicio de interés económico general se recogen en la Directiva 80/723/CEE.<sup>6</sup> Estas normas se interpretan con arreglo a la jurisprudencia del Tri-

<sup>4</sup> DO L 298 de 17 de octubre de 1989, p. 23; Directiva modificada por la Directiva 97/36/CE DO L 202 de 30 de julio de 1997, p. 60.

<sup>5</sup> DO L 195 de 29 de julio de 1980, p. 35; Directiva cuya última modificación la constituye la Directiva 2000/52/CE DO L 193 de 29 de julio de 2000, p. 75.

<sup>6</sup> De 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas *Diario Oficial* L 195 de 29 de julio de 1980. Modificada por las medidas siguientes: Directiva 85/413/CEE de la Comisión, de 24 de julio de 1985, por la que se modifica la Directiva 80/723/CEE, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, *Diario Oficial* L 229 de 28 de agosto de 1985. Directiva 93/84/CEE de la Comisión, de 30 de septiembre de 1993, por la que se modifica la Directiva 80/723/CEE, relativa a

bunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia.

Es preciso establecer la distinción entre las políticas de información pública y las políticas de comunicación pública:

- Las políticas de información pública son aquellas que se centran en la difusión y promoción del acceso a la información, lo cual abarca distintas materias como la libertad de información, la protección de datos personales, los derechos de autor, las decisiones sobre la calidad y la cantidad de información o el acceso a los archivos y registros públicos.
- Las políticas de comunicación pública son todas aquellas actividades a través de las cuales los poderes públicos pretenden organizar las condiciones de comunicación de los ciudadanos; es decir, regular los procesos de comunicación social. La comunicación pública decide sobre los contenidos que deben ser producidos, fijados y distribuidos por los poderes públicos, con la finalidad de conseguir que aumente la participación de los ciudadanos.

Así pues, hay dos rasgos distintivos que modulan los fines y límites de la publicidad estatal: por un lado, el fomento de la corresponsabilidad social y, por el otro, la transparencia como principio democrático y de actuación del gobierno.

En principio, el anunciante que hace publicidad y paga por ello pretende rentabilizar al máximo la inversión realizada, estableciendo objetivos realistas de comunicación: informar y advertir sobre la aparición de un nuevo producto en el mercado, *seducir* mediante una presentación atractiva del producto y persuadir, apelando a la razón. “La comunicación publicitaria ha de promover un comportamiento por parte de los consumidores que justifique el gasto realizado”.<sup>7</sup> Por lo que se refiere a la

la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, *Diario Oficial* L 254 de 12 de octubre de 1993. Directiva 2000/52/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000, por la que se modifica la Directiva 80/723/CEE, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, *Diario Oficial* L 193 de 29 de julio de 2000.

<sup>7</sup> Moreu Carbonell, Elisa, *La administración anunciante, régimen jurídico de la publicidad estatal*, España, Aranzadi, 2005, p. 47.

publicidad estatal, sus contenidos y fines son variados, pero se utiliza la persuasión como un medio legítimo para conseguirlos.<sup>8</sup>

Para Moreu Carbonell, la persuasión es “una forma de comunicación por la que se intenta que el receptor adopte una actitud o conducta de forma voluntaria”,<sup>9</sup> y la distingue claramente de la manipulación. Ésta implica un manejo de las opiniones, sobretodo de los sentimientos colectivos, basándose en el carácter sugestionable de muchas de nuestras actitudes y creencias personales sobre diferentes aspectos de la vida social, en especial de aquéllos más vinculados al poder: los aspectos religiosos, políticos, económicos y educativos.<sup>10</sup> Por tanto, la mentira y el engaño son inherentes a la manipulación con el fin de privar al receptor de su libertad de elegir. No obstante, la propaganda para ofrecer una imagen que se ajuste a la ideología no supone necesariamente un esquema de manipulación, aunque generalmente es observable que la propaganda y la manipulación tengan muchos elementos en común.

En este mismo sentido, debemos señalar que la publicidad estatal o institucional en principio no es o, mejor dicho, no debe ser manipuladora. Pero es un riesgo o límite inherente de todas las políticas públicas de comunicación. La doctrina española revela el debate entre defender la licitud o ilicitud de las campañas publicitarias del gobierno, partiendo de una distinción muy clara entre campañas publicitarias desarrolladas en periodo electoral y las realizadas fuera de elecciones.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Santaella López, Manuel, *Derecho de la publicidad*, España, Civitas, 2003, pp. 86 y ss.

<sup>9</sup> Moreu Carbonell, Elisa, *op. cit.*, p. 49.

<sup>10</sup> Roiz, Miguel, *La sociedad persuasora: control cultural y comunicación de masas*, España, Paidós, 2002.

<sup>11</sup> Anderson, Benedict, *Imagined communities*, Londres, Verso, 1991; Capel, Horacio, *Los espacios acotados: geografía y dominación social*, España, PPU, 1990; Colom, F., *Razones de identidad: pluralismo cultural e integración política*, España, Anthropos, 2000; García Inda, A., “Régimen jurídico de la actividad publicitaria de las administraciones públicas”, *Autocontrol de la Publicidad*, España, Autocontrol, núm. 69, 2002; Roque, M. (dir.), *Valors i diversitat cultural a les societats d'Europa i del Magreb*, España, Proa, 1998; Santaella López, Manuel, *El nuevo derecho de la publicidad*, España, Civitas, 1991; Ferrer, E., “Propaganda y publicidad”, *Revista Publfilia*, España, Fragua, núm. 3, noviembre 2000; Habermas, Jünger, *Teoría de la acción comunicativa*, vol. II: *Crítica de la razón funcionalista*, España, Taurus, 1987; Mattelart, Armand y Mattelart, Michèle, *Pensar sobre los medios. Comunicación y crítica social*, San José, DEI, 1988; García López, Marcial, *Publicidad estatal: el Estado anunciante*, España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2001; Moreu Carbonell, Elisa, *op. cit.*

Se pueden identificar posturas doctrinales que señalan que el riesgo de la manipulación es muy alto, por lo que no puede evitarse a menos que se prohíba la publicidad estatal. Se sostiene que deberían prohibirse por precepto legal las campañas institucionales denominadas “de realizaciones y logros de un mandato o legislatura”, reconociendo que esta “solución traumática” garantiza los principios de transparencia y objetividad del proceso electoral.<sup>12</sup> También existe la polémica sobre la admisibilidad de la publicidad estatal realizada fuera de los periodos electorales, especialmente cuando su contenido no es exclusivamente informativo, sino que consiste en la exposición de los logros de las distintas instituciones gubernamentales. “El debate sobre la legalidad de la publicidad estatal se fundamenta en el carácter prescindible de estas campañas para la salvaguarda del interés público o para el correcto desenvolvimiento de los servicios públicos”.<sup>13</sup>

### III. LA INFORMACIÓN COMO BIEN PÚBLICO

La audiencia no siempre distingue entre publicidad e información, particularmente en un régimen jurídico como el mexicano donde el Estado es omiso en esta materia. Es por ello que la naturaleza de la información, que supone poner en forma datos y hechos no puede ser dejada de lado. Para Julio Scherer Ibarra la información es un bien público.<sup>14</sup> En opinión de este jurista, la información rebasa el interés privado y comporta características que la hacen un bien que corresponde a todos. Efectivamente, la información no es una mercancía que puede ser comprada y vendida sin ninguna responsabilidad social. Por el contrario, permite ejercer derechos (el derecho a la información previsto en el artículo 60. constitucional, primer párrafo) y cumplir obligaciones en una sociedad democrática. La información está vinculada con los medios que hacen posible que se convierta en polea de transmisión entre las fuentes informativas y los destinatarios. Quizá se puede pensar que es una decisión libre de las audiencias elegir qué tipo de información desean recibir. Esto,

<sup>12</sup> Colera Leirado, José Ramón, “La actividad institucional de los poderes públicos en el periodo electoral”, *Anuario de Derecho Parlamentario*, num. 8, Extraordinario, 1999, pp. 187-209; Arnaldo Alcubilla, Enrique, “Procesos electorales y opinión pública”, *Revista de las Cortes Generales*, num. 34, 1995, pp. 179-181.

<sup>13</sup> Moreu Carbonell, Elisa, *op. cit.*, pp. 51 y 52.

<sup>14</sup> Scherer Ibarra, Julio, *La información como bien público*, Mimeo, 2005.

sin embargo, no es una tarea fácil; antes bien, complicada. No existen mecanismos de recepción crítica de medios al alcance de la mayoría y los medios que pueden elegir los grandes grupos sociales generalmente están condicionados por todo tipo de intereses, desde los políticos hasta los estrictamente económicos. Y es que, como afirma Innerarity, “lo primero que ha de advertirse es que existe una ceguera propia de la excesiva visibilidad, que no es no es lo mismo que comprender”.<sup>15</sup>

El consumo inercial de medios y la consiguiente anorexia cognitiva que prima en la sociedad mexicana es un problema endémico. La cuestión no es menor; antes bien, se aprecia sinuosa y complicada. Y es que tal pareciera que vamos en un barco sin timón ni referentes que nos permitan saber de dónde salimos y cuál es el destino. ¿Cómo saber qué es información y programación de calidad y qué no lo es? ¿Bastan los juicios intuitivos o se requiere algo más? El estado de la cuestión en México no puede ser más preocupante. Veamos.

Primero. Los sistemas de educación preescolar, básica y media superior han privilegiado el desarrollo de técnicas y habilidades para el mercado, dejando de lado, en buena medida, los aspectos cualitativos para ejercer a plenitud el sentido de ciudadanía; es decir, habilitar a los individuos para ejercer sus derechos y cumplir de manera responsable con sus obligaciones. Existe un círculo vicioso que afecta a la sociedad en su conjunto: no se reforman los planes educativos porque no se ha producido conocimiento científico suficiente para socializarlo, ello porque no se reforman los planes educativos.

La información sin adjetivos generalmente resulta en propaganda o tiene tendencia, al menos, a privilegiar sólo un lado de lo que debe ser veraz. El Tribunal Constitucional Español lo ha puesto en claro en distintas sentencias:

Es doctrina reiterada de este Tribunal que el requisito de la veracidad no va dirigido tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, cuanto a negar la protección constitucional a los que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable por transmitir como hechos verdaderos bien simples rumores, carentes de toda constatación, bien me-

<sup>15</sup> Innerarity, Daniel, “El poder invisible”, en Menéndez Alzadora, Manuel (ed.), *Sobre el poder*, Madrid, Tecnos, 2007, p. 334.

ras invenciones o insinuaciones. La información rectamente obtenida y difundida ha de ser protegida, aunque resulte inexacta, con tal de que se haya observado el deber de comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente.<sup>16</sup>

De ahí que el adicionar el adjetivo de lo público en la información significa poner en práctica mecanismos de defensa del gobernado frente a los poderes formales y los poderes fácticos, habida cuenta que la sociedad en su conjunto es la titular de la información.

#### IV. TRANSPARENCIA PUBLICITARIA

Desde un punto de vista histórico, siempre ha existido esa relación entre el Estado y el manejo público de información. Los poderes de los Estados van a asumir esa capacidad de elegir, producir y difundir información referida a los intereses colectivos. Para cumplir con la labor, se crean instituciones especializadas en manejar la información: las empresas periodísticas y de opinión pública. El Estado ofrece el marco para dar a esas instituciones un papel mediador en la tarea de informar y comunicarse con los ciudadanos.

Esta práctica define un nuevo modo de gobernar, de tratar de solucionar posibles crisis y de difundir masivamente productos comunicativos que tienen un mercado seguro, toda vez que resultan imprescindibles para nuestra sociedad: “La publicidad estatal, en tanto que modalidad de comunicación pública, asume como objetivo fundamental mejorar la transparencia institucional. De ahí su consideración como tema fundamental para un sistema democrático”.<sup>17</sup>

Para Moreu Carbonell, las campañas publicitarias de la administración contribuyen en nuestra época a la transparencia<sup>18</sup> en la medida en que reducen el secretismo sobre su propia existencia, y además fortalecen la

<sup>16</sup> STC 178/1993.

<sup>17</sup> Huertas, Fernando (coord.), *Televisión y política*, España, Universidad Complutense de Madrid, 1994, p.12.

<sup>18</sup> La noción de transparencia parece provenir de la ciencia política y de la administración pública y no del derecho. No obstante, la ley ha recogido ese concepto de modo que no puede quedar fuera del análisis desde la perspectiva jurídica. Villanueva, Ernesto, “Acceso a la información y Transparencia”, en Villanueva, Ernesto (coord.), *Diccionario de derecho de la información*, México, UNAM-Porrúa, 2006, pp. 6-11.

identidad de cada administración y la someten al efecto saludable de su presencia en el debate social en el que se forma la opinión pública.<sup>19</sup>

En efecto, el principio de transparencia está vinculado originalmente con el control de la administración pública, como se pone de relieve en las disposiciones nacionales y supranacionales que se han aprobado en los años recientes. La inserción de la transparencia en el derecho deviene de otra antigua institución jurídica que hoy se invoca como patente de un sistema democrático: la del principio de publicidad del Estado. Este punto característico de un Estado constitucional democrático es de vieja data, pero de reciente eficacia normativa como mecanismo de control de los actos de los gobernantes por los gobernados. Bobbio acuñó la frase de democracia con un acento en la publicidad, en el sentido de hacer pública la gestión pública o, dicho de manera más sintética, en la transparencia. Dice Bobbio:

Con redundancia se puede definir el gobierno de la democracia como el gobierno del poder ‘público’ en ‘público’. El error es sólo aparente porque ‘público’ tiene dos significados: si es contrapuesto a ‘privado’, como en la distinción clásica de *ius publicum* e *ius privatum*, que nos llega de los juristas romanos, o si es confrontada con lo ‘secreto’, por lo que no adopta el significado de perteneciente a la ‘cosa pública’ al ‘Estado’, sino de ‘manifiesto’, ‘evidente’, ‘precisamente visible’.<sup>20</sup>

La idea de transparencia ha permeado más que el concepto del principio de publicidad de los actos del Estado por ser una sola palabra capaz de sintetizar un significado similar expresado en varias palabras. Con todo, la doctrina jurídica sigue utilizando hasta ahora la noción de publicidad de los actos del Estado para referirse a la misma idea.

Es claro que transparencia o publicidad de los actos de los órganos del Estado son términos equiparables. La transparencia significa así el deber de los mandatarios o gobernantes para —como regla general— realizar sus actuaciones de manera pública como un mecanismo de control del poder y de legitimidad democrática de las instituciones públicas. Es menester ahora ver si la noción de transparencia es sinónimo del concepto

<sup>19</sup> Moreu Carbonell, Elisa, *op. cit.*, p. 64.

<sup>20</sup> Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina, p. 65.

de derecho de acceso a la información pública o si su relación es de diferente naturaleza. Si se atiende a la regulación jurídica de la transparencia, se puede colegir que el principio de transparencia es una parte del derecho de acceso a la información pública y no al contrario.

La transparencia es una garantía normativa, institucional y no jurisdiccional para hacer efectivo el derecho de acceso a la información pública.<sup>21</sup> En tanto la transparencia es una garantía, no un derecho sustantivo, hace las veces de una herramienta o instrumento legal para alcanzar los propósitos que justifican la existencia del derecho de acceso a la información pública. Asimismo, conviene puntualizar que si bien es cierto que la transparencia es una garantía para el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública, también lo es que el concepto correlativo denominado rendición de cuentas o *accountability* no es ni un derecho fundamental, ni una garantía instrumental del derecho de acceso a la información pública. La rendición de cuentas más bien forma parte de los bienes jurídicos protegidos por el derecho de acceso a la información pública, es decir, es uno de los valores que protegen la existencia y eficacia de esta emergente institución jurídica.

Ahora bien, la transparencia informativa es un concepto de múltiples caras, definido por cuatro calificativos: abierta, completa, sencilla y clara. Las medidas para el aumento de la transparencia aspiran a crear las condiciones idóneas para entablar un debate público más informado sobre el Estado y la sociedad, así como sobre su futuro. La transparencia se identifica con una política de puertas abiertas, accesible a las aportaciones de los ciudadanos. Y, por este camino, alcanzamos otro de los fines que indirectamente se predicen de la publicidad estatal: la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos.<sup>22</sup>

Algunos teóricos señalan que la transparencia publicitaria es una “transparencia cínica”, que convierte el acceso a la imagen en un ritual que asegura y legitima a la sociedad democrática. Según García López “el Estado está convirtiendo a la publicidad en el medio que transforma en espectáculo de sí mismo a los problemas sociales. La transparencia

<sup>21</sup> Villanueva, Ernesto, *op. cit.*, p. 71.

<sup>22</sup> Debbasch, Charles, *La transparence administrative en Europe. Actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989*, París, Editions du Centre Nationale de la Recherche Scientifique, 1990, pp. 11 y ss., defiende que la mejor forma de hacer efectiva la transparencia es la participación de los ciudadanos en los procedimientos de la administración.

se justifica por sí misma como proceso democrático; el simple hecho de ‘ver’ basta para hablar de democracia”.<sup>23</sup>

La transparencia no sólo es una herramienta para dar contenido y efectividad al derecho de acceso a la información y de participación, sino que debe considerarse como una exigencia de la administración pública, de buen funcionamiento, probidad, rectitud, honestidad y austeridad.

## V. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

En este rubro de transparencia, también es posible advertir diferencias de percepción y de criterio en las distintas normativas de la legislación extranjera, pero abrevan de un creciente común denominador que favorece la transparencia, como se puede observar a continuación.

En Canadá, los gastos efectuados en publicidad se incluyen en el Informe Anual, un exhaustivo documento que contiene detalles sobre gastos por organismo, gastos por tipo de medio, proveedores contratados y datos puntuales sobre cada campaña importante, entre otros.<sup>24</sup> Además, como parte de una serie de reformas introducidas para incrementar la transparencia en esta materia, el gobierno estableció que todos los contratos de publicidad sean publicados en el sitio *web* del organismo que maneja las compras públicas, y que todos los contratos mayores a cierto monto también sean publicados en los sitios de los organismos correspondientes.

En España, la ley 29/2005 exige la elaboración de un informe anual en el que se incluyen las campañas, su importe, los adjudicatarios de los contratos celebrados y los planes de medios correspondientes.

En Perú, la Ley 28874 señala en su artículo 6o. que las entidades o dependencias del gobierno nacional, regional y local, deberán publicar los contratos de publicidad en su respectivo portal y presentar dentro de los diez días siguientes al vencimiento de cada trimestre, los programas o campañas de publicidad que han llevado a cabo en el periodo correspondiente, definiendo los medios de prensa escrita, radial o televisiva propuestos para difundir las campañas y los criterios que orientaron la propuesta. También, deberán informar al órgano del Sistema Nacional de Control, en el periodo correspondiente, las razones por las que contrató los servicios de determinada empresa de publicidad, para la elaboración de una

<sup>23</sup> García López, Marcial, *op. cit.*, p. 203.

<sup>24</sup> Se puede consultar: <http://www.pwpsc.gc.ca/adv/text/raar02-03-e.html>.

campaña institucional o comercial específica. También se acompañará una evaluación de los resultados de la publicidad estatal vía indicadores de desempeño.

Por lo que respecta a la rendición de cuentas: los gobiernos deben rendir cuentas al público sobre los gastos efectuados y el modo en que son empleados los recursos de publicidad estatal. Para eso es necesario que se establezcan mecanismos claros de control externo. En el Reino Unido, por ejemplo, la Oficina Nacional de Auditoría (*National Audit Office*) ha efectuado estudios sobre las campañas realizadas por la Oficina Central de Información, evaluando el cumplimiento de las pautas que rigen la materia y haciendo recomendaciones para una administración más eficiente de las campañas.

#### VI. ¿DEBER DE INFORMAR A TRAVÉS DE LA PUBLICIDAD ESTATAL?

Cabe aquí preguntarse: ¿existe algún supuesto legal que obligue a la administración pública o a algún otro poder público a realizar una campaña publicitaria? Vayamos por partes. Indudablemente, cuando una autoridad tiene un deber de informar, impuesto por una norma jurídica, el ciudadano tendrá un derecho subjetivo a la información administrativa e institucional.

En nuestro país, el 13 de noviembre de 2007 se reformó el artículo 134 constitucional en relación con la propaganda, campañas y cualquier tipo de publicidad estatal.

##### Artículo 134

Los servidores públicos de la Federación, los estados y los municipios, así como del Distrito Federal y sus delegaciones, tienen en todo tiempo la obligación de aplicar con imparcialidad los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos.

La propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, que difundan como tales, los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público.

Las leyes, en sus respectivos ámbitos de aplicación, garantizarán el estricto cumplimiento de lo previsto en los dos párrafos anteriores, incluyendo el régimen de sanciones a que haya lugar.

Este artículo constitucional merece un sucinto análisis. Por un lado, señala claramente la obligación de los servidores públicos de los tres órdenes de gobierno —federal, estatal y municipal—, de utilizar los recursos públicos de manera imparcial, sin favoritismos personales o por cuotas de poder, prohibiendo además la promoción de su imagen. El diccionario de la Real Academia de la Lengua define la palabra “propaganda” como “acción o efecto de dar a conocer algo con el fin de atraer adeptos o compradores”. De este modo, la propaganda puede subsumirse en la idea de campaña de comunicación social. Así, el artículo 134 establece que las campañas publicitarias sólo podrán ser de carácter institucional con fines informativos, educativos y de orientación social. Ejemplo de esto último serían las campañas de información de autoridades electorales, de salud, servicios educativos y de protección civil en casos de emergencia.

Entonces, aunque exista un deber de informar, no es obligatorio para los poderes públicos utilizar los mecanismos o técnicas publicitarias. Esto es, la publicidad es sólo un instrumento de tantos otros en manos de los poderes públicos para cumplir con el deber de informar.

## VII. PUBLICIDAD ESTATAL, PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y GOBERNANZA

En las sociedades contemporáneas se aprecia que uno de los fines propios de la comunicación pública en un Estado constitucional democrático es el fomento de la participación, lo que nos conduce al papel de las políticas informativas en un Estado cada vez más comunicativo.<sup>25</sup> La realidad del Estado comunicativo se vincula con las nuevas concepciones de la cooperación, negociación y participación ciudadanas, que justifican las teorías sobre el consenso y la progresiva falta de formalismo e imperatividad de las actuaciones públicas en el Estado moderno.

En Italia surge la corriente que pone la comunicación pública al servicio de la participación y de la corresponsabilidad ciudadana, a través de una

<sup>25</sup> Folke Schuppert, Gunner, *Verwaltungswissenschaft. Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre*, Alemania, Nomos, 2000, p. 131. Traducción de Vanessa Díaz.

nueva modalidad de comunicación llamada “comunicación administrativa” o “comunicación de ciudadanía”. Esta novedosa función comunicativa implica un cambio de paradigma, un nuevo modelo de concebir a la administración pública que refleja muy bien su progreso desde una posición tradicional de corte autoritario, a una administración coloquial, “relacional” —la administración al servicio de la administración compartida—. De esta forma, la comunicación pública asume el difícil objetivo de “administrar convenciendo, además de ejercitando el poder público”.<sup>26</sup> Se trata de que los ciudadanos colaboren voluntariamente en la consecución de determinados fines de interés público. Por eso, el modelo de “administración compartida” y el de “administración dialogante” son complementarios, en tanto que el diálogo entre el gobierno y los gobernados asume la finalidad de resolver intereses comunes que afectan tanto a la administración como a los ciudadanos, compartiendo recursos, fuerzas y proyectos.

El *Libro blanco para la gobernanza europea*<sup>27</sup> enfatiza especialmente que la información pública es uno de los principios fundamentales para lograr una buena gobernanza. Se considera que “la democracia depende de la capacidad de los ciudadanos para participar en el debate público. Para ello, deben tener acceso a una información fiable sobre asuntos europeos y estar en condiciones de seguir con detalle cada una de las etapas del proceso político”. Por eso, la política de comunicación de las instituciones comunitarias “fomentará los esfuerzos destinados a proporcionar información a nivel nacional y local, recurriendo en la medida de lo posible a las redes existentes, a la organización de base y a las autoridades nacionales regionales y locales”.

Por tanto, la publicidad estatal ha podido definirse como instrumento para el buen gobierno administrativo. La publicidad ha seducido a las instituciones públicas que pasan a gestionar los asuntos políticos con ese sello de eficacia que le proporcionan las técnicas del sector privado. La publicidad estatal se considera un instrumento eficaz para la simplificación del lenguaje administrativo, por oposición a su burocratización.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Arena, Gregorio, “La comunicazione pubblica nell’amministrazione della sussidiarietà”, *Revista electrónica Comunicazione pubblica in rete*, 2003, [www.urp.it](http://www.urp.it), consultada el 7 de diciembre de 2007.

<sup>27</sup> Comisión de las Comunidades Europeas, *La gobernanza europea, un libro blanco*, Bruselas, 25 de julio de 2001. [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001\\_0428es01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0428es01.pdf), consultada el 7 de diciembre de 2007.

<sup>28</sup> Moreu Carbonell, Elisa, *op. cit.*, p. 76.

En este contexto, se podría plantear si el uso de la publicidad resulta eficaz para conseguir los objetivos anunciados. Y es que la publicidad estatal no ha logrado superar la suspicacia de los ciudadanos, que acaban identificándola con una actividad exclusivamente propagandista. No obstante, las instituciones públicas utilizan la publicidad estatal en medio de un gran vacío normativo.

La democracia participativa se define como el conjunto de mecanismos e instancias que poseen los ciudadanos y las comunidades para incidir en las estructuras estatales y las políticas públicas sin requerir necesariamente de la representación partidista, gremial, clientelista o de las vías de hecho cívicas o armadas. Se diferencia de la democracia representativa en cuanto al *procedimiento* en que la primera está regularizada al punto de ser un ritual periódico, mientras que la segunda es más aleatoria, pero también más oportuna, pues invoca la intervención social según la necesidad. También se distinguen en que la democracia representativa se materializa en un acto (el acto electivo) y la democracia participativa invoca un proceso en el cual las personas están llamadas a intervenir varias veces.

Schumpeter reduce la función del pueblo a esta elección entre las alternativas presentadas, elección que es siempre entre personas y no entre políticas. Este papel limitado asignado al pueblo genera un sentimiento de menor responsabilidad con respecto al ejercicio del poder: “El debilitamiento del sentido de la responsabilidad y la falta de voliciones efectivas explican a su vez esta ignorancia del ciudadano corriente y la falta de juicio en cuestiones de política nacional y extranjera...”.<sup>29</sup>

En cuanto al contenido, la democracia representativa se limita a la elección de personas que a su vez cuentan con gran autonomía para la toma de decisiones públicas. La democracia participativa en sentido estricto no es el acto de elegir, sino el de pronunciarse sobre temas de interés colectivo mediante referendos, plebiscitos, consultas, procesos de concertación y pactos sociales. En el contenido también se diferencian pues los que acceden a la democracia representativa poseen la facultad de pronunciarse sobre todos los asuntos del Estado correspondientes a las prerrogativas de su jurisdicción, mientras que los que acceden a la democracia participativa se pronuncian generalmente sobre asuntos específicos predeter-

<sup>29</sup> Schumpeter, J. A., *Capitalismo, socialismo y democracia*, México, Aguilar, 1963, p. 335.

minados. Por lo que respecta a los sujetos involucrados, la democracia representativa toma las decisiones a través de individuos representantes de partidos y movimientos políticos, mientras que la democracia participativa es el proceso de involucrar grupos sociales en la co-administración de políticas públicas.<sup>30</sup>

En el marco de la democracia representativa, tradicionalmente la participación ciudadana se reduce al proceso electoral: es cada acto de votación el único momento en que la democracia representativa habilita a la participación ciudadana, la que a través del sufragio expresa sus preferencias y es en ese único caso cuando asume el control de los actos de gobierno. Concluido el proceso electoral, la potestad deliberativa, decisoria y de contralor es delegada en los representantes electos. La democracia representativa en este sentido alienta la participación, por un lado, y por otro, la restringe, pues la ciudadanía es excluida del proceso deliberativo y decisorio de los actos de gobierno.<sup>31</sup>

Por el contrario, en el marco de la democracia participativa, la imagen de la ciudadanía se fortalece y se recupera. El ciudadano se convierte en un actor protagónico en el proceso de participación y en la construcción de una nueva modalidad en el proceso de la toma de decisiones. El proceso de participación se amplía y se vuelve inclusivo. Para la ciudadanía cambian las condiciones de accesibilidad a la información. A partir de ello, cambia el lugar desde donde participa, elabora propuestas, fija prioridades para la atención de demandas, “delibera” y asume una función de control sobre la gestión de las políticas gubernamentales.<sup>32</sup>

Es decir, la democracia participativa es un complemento de la democracia representativa, no un sustituto, así se ha entendido en el Congreso de la Unión mexicano: “Se deben superar los acartonados marcos de participación política que la democracia representativa impone, para ampliar las formas de democracia semidirecta, que complementen

<sup>30</sup> Restrepo Botero, Dario I., “Relaciones Estado-sociedad civil en el campo social. Una reflexión desde el caso colombiano”, *Revista del Centro Latinoamericano de Investigación para el Desarrollo (CLAD) Reforma y Democracia*, Caracas, núm. 7, enero de 1997, p. 84.

<sup>31</sup> Bin, Elisa, “Algunas reflexiones para el debate acerca de la construcción de la democracia participativa”, *Democracia participativa, una utopía en marcha, Reflexiones, experiencias y un análisis del caso porteño*, Buenos Aires, Argentina, Red Argentina de Ciencia Política Mariano Moreno-Ediciones Cooperativas, 2004, p. 23.

<sup>32</sup> *Idem.*

a la democracia representativa en la toma y ejecución de decisiones políticas”.<sup>33</sup>

Como se mencionó en líneas anteriores, en México el sistema de comunicación social del Poder Ejecutivo Federal responde al sistema de democracia representativa, no participativa. Por esa razón, sus características distintivas son el ser unidireccional, vertical descendente, informativa, a través de canales cerrados y enunciativa.

1. Unidireccional: La información fluye predominantemente en una sola dirección: del emisor al receptor. No existe posibilidad de interlocución ni de respuesta porque no se le reconoce al interlocutor otro papel que el de un receptor pasivo del mensaje.

2. Vertical descendente: Esta comunicación obedece a un modelo jerárquico, propio de los sistemas de administración donde la cabeza (administrador) dicta instrucciones a sus subordinados. Por el contrario, la comunicación vertical ascendente es aquella que permite a los subordinados, establecer una relación con el administrador.

3. Informativa: Se refiere a la transmisión de información de los hechos con respecto al entorno social. Este tipo de comunicación es la que vincula a la autoridad con la comunidad; es decir, es la comunicación que sirve para rendir cuentas. Así lo ha comprendido el Tribunal Constitucional Español:

La comunicación informativa, a que se refiere el apartado d) del artículo 20.1 de la Constitución, versa sobre hechos (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Lingens, sentencia del 8 de julio de 1986), específicamente, «que pueden encerrar trascendencia pública» a efectos de que «sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva», de tal forma que de la libertad de información —y del correlativo derecho a recibirla— «es sujeto primario la colectividad y cada uno de sus miembros, cuyo interés es el soporte final de este derecho».<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Poder Legislativo Federal, LVIII legislatura, *Diario de los debates, Órgano oficial de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos*, Participación ciudadana: el diputado Juan Carlos Regis Adame presenta iniciativa con proyecto de decreto que reforma y adiciona los artículos: 8o., 35, 36, 39, 71, 73, 74, 115 y 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de democracia semidirecta. México, año II, núm. 9, jueves 4 de abril de 2002, p. 1221.

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 105/1983, del 23 de noviembre (fundamento jurídico 11). Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 298 del 14 de diciembre de 1983.

Esta comunicación tiene también otra connotación: si la comunicación es informativa quiere decir que el receptor se coloca en un plano pasivo: no puede participar, dialogar o pronunciarse sobre el sentido de la información que recibe.

4. A través de canales cerrados: En cumplimiento de su deber de rendir cuentas, el Presidente elige los medios a través de los cuales informa a la sociedad. Por regla opta por los que considera idóneos, es decir, los medios de comunicación masivos (*mass media*), que, como su nombre lo indica, permiten emitir un mensaje a un enorme número de receptores. Sin embargo, estos medios son canales de información cerrados: son impositivos, la comunicación se agota con la transmisión del mensaje y no permite el diálogo.

5. Enunciativa: Expresa un mensaje con brevedad y sencillez. Esta característica no es, al igual que las otras, negativa o perniciosa (como se explicará a continuación) el problema con ella radica en su unicidad: no existe otra que no sea enunciativa. Cuando la información se reduce a su mínima expresión comunicativa, el contenido se torna incompleto y puede tildarse de falso. El uso del eslogan y el panfleto son útiles sin duda, pero no responden a un sistema integral.

En cuanto a los medios de comunicación masiva, son fundamentales algunas precisiones:

- La mayoría de ellos son privados, luego, obedecen a reglas de mercado y a intereses de lucro y se rigen por estándares mercantilistas como el *rating* y la publicidad. La mayoría ni siquiera cuenta con códigos de ética o sistemas de autorregulación. Así, la objetividad, veracidad y oportunidad de la información no tienen otro garante que la buena fe de la empresa informativa y de su informador, empleado de la agencia. Con este sistema, el valor social de la información se distorsiona.
- Las empresas informativas tienen una amplia credibilidad frente a los ciudadanos, credibilidad que habría que matizar en el caso mexicano, pero que, no obstante, se ha ido construyendo sobre la lógica de que la libertad de expresión puede ser vista también como un negocio cuando se hace de manera profesional. Los medios, en suma, han sido, en buena medida, transformadores de la sociedad mexicana contemporánea. Además, la constitución de empresas informativas es parte del derecho fundamental de libre

expresión: toda persona tiene el derecho de constituir empresas informativas, así lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando interpreta el artículo 13. Además, este derecho se encuentra protegido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 5o., primer párrafo: “a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos”.

- La trascendencia social de la información es un asunto tan relevante para el devenir democrático de los países que resultaría muy peligroso soslayarlo. La existencia de medios privados es positiva, pero cuando son los únicos que existen, la información se convierte en mercancía, no en derecho. Cuando existen ambos —medios públicos y privados—, el derecho a la información se fortalece y la sociedad se beneficia.

En este orden de ideas, la reforma en el 2006 al artículo 27 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y la ley que crea el sistema de noticias del Estado mexicano<sup>35</sup> es sumamente importante y oportuna: hace de la agencia de noticias Notimex un medio público autónomo, lo desincorpora del Poder Ejecutivo y lo consolida como un auténtico medio de Estado, no de gobierno. Los principios rectores de su actividad informativa son la independencia respecto a todo poder estatal, la veracidad, imparcialidad, objetividad, pluralidad, equidad y responsabilidad (artículo 6o. de la ley). Esta reforma beneficia a toda la sociedad mexicana: se le garantiza información oportuna, veraz y de calidad. Si bien con todo, habría que decir que falta un trecho para que lo establecido en la ley y la conducta de Notimex vayan por un mismo camino.

Es muy importante señalar que aparentemente ninguna de las características del sistema son perniciosas y ni siquiera pueden catalogarse de inadecuadas, al contrario, este sistema de comunicación social es el que priva en casi todos los países y sus resultados son satisfactorios en la mayoría de las ocasiones porque logra su cometido: el gobierno logra informar a la sociedad con puntualidad. Existen opiniones académicas que concuerdan con este argumento:

...el cambio hacia una nueva comunicación participativa no supone que el gobierno debe abandonar su papel como comunicador activo y como di-

<sup>35</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de junio de 2006.

seminador de información. De hecho, ciertas funciones tradicionales de la comunicación administrativa deberán continuarse realizando...<sup>36</sup>

Pero si esto es así, si el sistema es adecuado, ¿cuál es el problema? Que su adecuación es sólo para los fines de la democracia representativa, no para los de la democracia participativa. Por ello, es incompleto e insuficiente.

El régimen de comunicación vigente, incompleto y limitado, tiene serias consecuencias no sólo para la administración pública, sino para la vida democrática de un país. Esta aseveración es particularmente cierta en el caso mexicano, donde la cultura de pasividad ciudadana se desarrolló y nutrió durante setenta años. Es necesario transitar a un régimen legal de publicidad estatal con reglas transparentes y contenidos justificados que racionalmente impliquen un servicio público. De esa forma podría iniciarse el proceso de transformación a un sistema de democracia participativa que ahora todavía no existe.

<sup>36</sup> Cfr. Rota, Joseph, "Comunicación, gobierno y ciudadanía", *Revista del CLAD: Reforma y Democracia*, Caracas, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, núm. 5, enero de 1996, p. 64.