

CENSURA INDIRECTA Y PUBLICIDAD OFICIAL

Roberto SABA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Diversidad de voces y democracia*. III. *Censura indirecta*. IV. *El uso de la publicidad oficial como mecanismo de censura indirecta*. V. *Publicidad oficial y libertad de expresión en el derecho comparado*. VI. *La Corte Suprema argentina y el caso Río Negro*. VII. *La necesidad de reglas para evitar la arbitrariedad estatal*. VIII. *“No pago para que me peguen”*. IX. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El 13 de noviembre de 2007 se incorporó a la Constitución de México el párrafo octavo al artículo 134 según el cual “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”. Por su parte, también se adicionó una cláusula transitoria indicando la obligación de sancionar antes del 30 de abril de 2014 una ley reglamentaria que garantice que las erogaciones en publicidad oficial se ajusten a los criterios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia, y honradez. Esa norma también debería establecer máximos, límites y las condiciones en que se deberían

* Abogado graduado en la Universidad de Buenos Aires, máster y doctor en Derecho por la Universidad de Yale. Dirige el Centro de Estudios de Posgrado de la Facultad.

Este artículo retoma y reelabora, a la luz del caso mexicano, versiones anteriores de este trabajo ya publicadas bajo el título “Censura indirecta, publicidad oficial y diversidad”, por el Interamerican Dialogue, Washington, 2008, disponible en: <http://www.thedialogue.org/PublicationFiles/IAD%206726%20Media%20and%20Gov%20Report%20web.pdf> y en varios autores, *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Quito, UNESCO, Oficina en Quito, y Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2011, pp. 161-180.

hacer esas erogaciones. Si bien han existido 17 iniciativas legislativas en el Congreso de la Unión, ninguna había sido aprobada hasta el momento en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió el fallo que comentaré en este trabajo.¹ A título informativo, y antes de introducirnos en el análisis jurídico de la sentencia del alto tribunal, es útil dimensionar el problema. Durante 2016 la administración pública federal aplicó aproximadamente 8,500 millones de pesos en materia de publicidad oficial. Por su parte, las 32 entidades federativas gastaron unos 3,600 millones adicionales.² Bajo la Presidencia de Enrique Peña Nieto se registró un gasto de más de 34,000 millones de pesos entre 2013 y 2016. Para poner estas cifras en perspectiva, quizá sirva decir que los daños materiales generados por los sismos registrados el 7 y el 19 de septiembre de 2017 ascienden a 38,000 millones.³

El 23 de mayo de 2014, la asociación civil Artículo 19 interpuso un amparo contra el Congreso de la Unión basado en el incumplimiento del tercero transitorio del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan cláusulas de la Constitución en cuestiones electorales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de febrero de 2014, de modo que el órgano legislativo federal falló en sancionar la ley reglamentaria exigida por el párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución.

El 15 de noviembre de 2017, los ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte ordenaron al Congreso expedir una ley regulatoria del gasto en publicidad oficial antes del 30 de abril de 2018, a fin de cumplimentar el mandato de la reforma constitucional de 2014. La Corte, así, hizo lugar por cuatro votos contra uno, al amparo de la asociación civil Artículo 19, que se presentara ante sus estrados denunciando la omisión del Congreso de actuar de acuerdo con lo ordenado por el tercer artículo transitorio de la reforma constitucional de febrero de 2014. El tribunal afirmó en su senten-

¹ Amparo en revisión 1359/2015, Recurrente: Campaña Global por la Libertad de Expresión A19, Asociación Civil. Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. El 10 de abril de 2018 la Cámara de Diputados dio media sanción a la Ley General de Comunicación Social, que requiere, al momento de la publicación de este artículo, de la sanción de la Cámara de Senadores para convertirse en ley. Este proyecto ha sido fuertemente criticado por expertos y activistas por institucionalizar la discrecionalidad hoy imperante en el manejo de fondos para la compra de publicidad oficial en contra de lo dispuesto por la Corte Suprema en la decisión que aquí comento. Véase: <https://newsweekspanol.com/2018/04/ley-publicidad-oficial-libertad-expresion/>.

² *Libertades en resistencia*, Informe Anual 2016 de la organización Artículo 19. Disponible en: https://articulo19.org/wp-content/uploads/2017/04/Libertades-en-Resistencia_Informe-2016-A19.pdf.

³ “Peña se gastó en publicidad, en apenas 4 años, lo mismo que nos costará el rescate por el sismo”, *Sin embargo.mx*, 28 de septiembre de 2017, disponible en: <http://www.sinembargo.mx/28-09-2017/3317729>.

cia que: “Ni de la libertad de expresión ni de ninguna otra disposición constitucional se desprende que los medios de comunicación tengan un derecho a que se les asignen recursos estatales por difundir publicidad oficial”, pero que, sin embargo, resulta exigible “por un lado, que el ejercicio del gasto en comunicación social del Gobierno atienda a los principios previstos en el artículo 134 y, por otro, que la libertad de expresión no sea afectada por la ausencia de reglas claras sobre ese tipo de gasto”. Los ministros que expresaron la voluntad de la mayoría de la Corte agregaron que: “La ausencia de esta regulación propicia un ejercicio arbitrario del presupuesto en materia de comunicación social, lo cual constituye un mecanismo de restricción o limitación indirecta de la libertad de expresión, claramente proscrito por la Constitución”.

Esta decisión jurisprudencial encierra dos novedades en el contexto jurídico mexicano al tiempo que coloca a este tribunal en la senda de sus pares de países como Colombia y Argentina, así como también se presenta en sintonía con la posición adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la materia.⁴ Por un lado, ordena al Congreso Federal expedir una ley para cumplir con el mandato constitucional que el Estado se encontraría violando a través de su inacción. Por el otro, exige reparar una omisión legislativa a partir de un amparo interpuesto por un particular. La decisión fue redactada por el ministro Arturo Zaldívar, y fue suscrita por los ministros Pardo Rebolledo, Sánchez Cordero, Cossío Díaz, y Gutiérrez Ortiz-Mena. El fundamento de esta decisión, en las propias palabras del ministro Zaldívar, fue que “Estos derechos, al no ser estrictamente individuales, involucran a más personas por lo que sería imposible protegerlos sin beneficiar a personas ajenas al juicio. Se debe reinterpretar el principio de relatividad para que sea compatible con el fin del juicio de amparo, que es la protección de todos los derechos fundamentales”. En suma, la Corte Suprema fijó posición en el sentido de que, existiendo un mandato constitucional expreso al Congreso federal para la emisión de una ley, la vía del amparo podría activarse para exigir judicialmente esa acción legislativa.

II. DIVERSIDAD DE VOCES Y DEMOCRACIA

El 12 de diciembre de 2007 los relatores especiales para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas, la OEA, la Comisión Africana sobre los

⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial y Libertad de Expresión*, 7 de marzo de 2011, pp. 22-25, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/publicidad%20oficial%202012%20o5%2007>.

Derechos Humanos y de los Pueblos y el representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación Europea (OSCE) sobre Libertad de Medios, convocados por la organización Artículo 19 emitieron en Ámsterdam un comunicado conjunto en el que proclamaron la necesidad de promover la diversidad en materia de radiodifusión.⁵ En este documento, los relatores enfatizaron que:

La diversidad en los medios es de fundamental importancia para la libre circulación de información e ideas en la sociedad, de modo de dar voz a todas las personas y satisfacer las necesidades de información y otros intereses de todos, tal como lo establecen las garantías internacionales del derecho a la libertad de expresión.

Asimismo, este acuerdo también resalta “la importancia de la diversidad para la democracia, la cohesión social y la amplia participación en los procesos de toma de decisiones”. El documento señala que “la diversidad tiene una naturaleza compleja, que incluye diversidad del *outlet* (tipos de medios) y de la fuente (propiedad de los medios), como así también diversidad de contenido (*media output*)”. Finalmente, afirma que:

La indebida concentración de la propiedad de los medios, directa o indirecta, como así también el control del gobierno sobre los medios, constituyen amenazas a la diversidad de los medios, así como también otros riesgos, tales como la concentración del poder político en las manos de los propietarios y las élites gobernantes.

Esta toma de posición consensuada por funcionarios de cuatro organismos internacionales de protección de derechos humanos cuyos mandatos especiales se centran en la protección de la libertad de expresión, establece que esta libertad constituye una de las precondiciones necesarias para el buen funcionamiento del sistema democrático. La democracia constitucional se apoya sobre la idea fuerza de autogobierno ciudadano que reconoce en el pueblo el derecho colectivo a decidir libremente su destino, para lo cual debe tomar decisiones fundamentales. Con el fin de escoger las mejores opciones disponibles, el pueblo debe poder acceder a la mayor cantidad posible de información. La protección de la libertad de expresión tiene por objeto, además de preservar el derecho individual del que se expresa, asegurar el derecho de todas las demás personas a conocer la mayor cantidad

⁵ Véase el documento completo en <http://www.article19.org/pdfs/igo-documents/mandates-broadcasting.pdf>. Las traducciones de las citas de este documento son mías.

y diversidad de expresiones posibles con el fin de ejercer su derecho individual a desarrollar su plan de vida en forma autónoma y su derecho colectivo a autogobernarse.⁶ Esta relación entre libertad de expresión, derecho a la información, diversidad y democracia, se encuentra explícitamente reconocida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13, al sostener que el derecho a la libertad de expresión “comprende” el derecho a la información.⁷

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a esta relación cuando sostuvo en su Opinión Consultiva OC-5 que el derecho a la libertad de expresión es un derecho que contiene una “dimensión social”. De este modo la Corte afirma que

El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...”. Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir “ informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.⁸

⁶ Sobre un desarrollo de esta teoría de la libertad de expresión como precondition de la democracia y las implicaciones regulatorias y en materia de asignación de recursos públicos, véase Fiss, Owen, *The Irony of Free Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 1996. Existe traducción al español: Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, 1999.

⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5, del 13 de noviembre de 1985, sobre colegiación obligatoria de periodistas, Considerando 30. Véase también los considerandos 32 a 34:

32. En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano

En resumen, la censura, en cualquiera de sus formas, constituye, además de una violación del derecho a la libertad de expresión del que se manifiesta, un ataque al derecho a la información de aquellos que se vean privados de conocer esa expresión, un modo de socavar la diversidad informativa y, por ese motivo, una amenaza al buen funcionamiento de la democracia y al ejercicio de los más básicos derechos políticos, también reconocidos en la Convención Americana.⁹

III. CENSURA INDIRECTA

La agenda de problemas relacionados con la protección de la libertad de expresión en las Américas es variada y, si bien hay signos de progreso, también hay indicadores altamente preocupantes. Según la organización Reporteros sin Fronteras, México es el tercer país más peligroso para practicar el perio-

común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

33. Las dos dimensiones mencionadas de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.

34. Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas.

⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 23. Derechos Políticos:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
 - b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
 - c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

dismo luego de Siria y Afganistán.¹⁰ Desde el año 2000 al 2017, 109 periodistas han sido asesinados en este país.¹¹ También los activistas de la sociedad civil se encuentran amenazados en muchas naciones del mundo y en especial de América Latina por realizar su trabajo y por las expresiones que ponen de manifiesto al llevar adelante sus agendas. El caso del asesinato de la activista ambiental Berta Cáceres en Honduras es un ejemplo en este sentido.¹² Esta dramática realidad de América Latina se reproduce en menor escala, pero en niveles preocupantes, en Colombia, Guatemala, Honduras y Venezuela. Si bien la situación es dramática en estos contextos, también es altamente compleja, pues es preciso reconocer que al tiempo que se ha incrementado la violencia ejercida generalmente por grupos mafiosos que operan al margen del Estado, han decrecido sustancialmente las amenazas directas y la censura abierta por parte de los gobiernos respecto de aquellos que ejercen su libertad de expresarse. Sin embargo, ese aspecto positivo convive con la aparición de nuevas amenazas originadas desde el poder público y que resultan ser más sutiles pero altamente eficaces, las cuales se han perfeccionado y desarrollado en la región y entre las que se encuentra la manipulación de la prensa por medio del uso del dinero como un mecanismo de censura indirecta.

El Estado permanentemente toma decisiones y realiza acciones que impactan positiva o negativamente sobre la libertad de expresión. La aspiración de un Estado neutro, ausente y, supuestamente por ello, respetuoso de la libertad de expresión, se funda en la mítica idea de que todos podrían ejercer su derecho a expresarse si no mediaran obstáculos originados desde el Estado. Esta visión de la libertad de expresión como libertad negativa, en términos de Isaiah Berlin,¹³ ya no resulta conceptualmente aceptable. Ningún derecho, ni siquiera los civiles y políticos, puede ejercerse sin algún tipo de acción estatal.¹⁴ La noción de la libertad de expresión como precon-

¹⁰ Díaz, Gloria Leticia, “México, más peligroso para periodistas que Siria y Afganistán, alertan RSF y Artículo 19”, *Proceso*, 26 de abril de 2017. Disponible en: <https://www.proceso.com.mx/483967/mexico-peligroso-periodistas-siria-afganistan-alertan-rsf-articulo-19>.

¹¹ Véase <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2017/06/26/1170856>.

¹² Según Amnistía Internacional los homicidios de defensores de los derechos humanos en el mundo han pasado de 156 en 2015 a 281 en 2016, tres cuartas partes de ellos en América Latina. Ver Alejandra Agudo, “Aumenta los asesinatos de activistas”, *Diario El País*, Madrid, 16 de mayo de 2017, disponible en: https://elpais.com/elpais/2017/05/16/planeta_futuro/1494909957_528995.html.

¹³ Berlin, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Universidad, 1988, pp. 187-243.

¹⁴ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, 1997.

dición de la democracia y de la posibilidad de expandir la diversidad de voces, requiere de acciones estatales que aseguren esa diversidad o, al menos, que no la impidan. El Estado tiene dos roles por medio de los cuales puede potenciar o debilitar la diversidad de voces y, por lo tanto, afectar negativamente el libre ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información. Me refiero, por un lado, a su función regulatoria, y, por otro, a su facultad de asignar recursos. La primera función es la que, por ejemplo, el Estado desarrolla cuando establece condiciones para la compra de medios de comunicación, o cuando legisla acerca del modo en que el derecho a la libertad de expresión puede ser ejercido, estableciendo límites con miras a proteger a los menores de edad o la privacidad de las personas, como lo establece el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El segundo caso, el de la facultad de asignar y distribuir recursos, es sobre el que deseo llamar la atención en este trabajo.

El Estado maneja una considerable cantidad de dinero o bienes de otro tipo destinados a favorecer o a impedir la expresión de voces. El Estado administra y decide sobre la distribución, por ejemplo, de fondos para investigaciones científicas, de las paredes de sus museos públicos para la exhibición de obras de arte, de becas de estudio sobre las más variadas temáticas, de subsidios para la realización de obras cinematográficas y de distintos tipos de publicaciones, de licencias de radio y televisión, etcétera. Todos estos recursos son limitados y el Estado debe tomar decisiones difíciles acerca del modo en que serán distribuidos, a quién concedérselos y a quién negárselos. Para llevar a cabo esa distribución el Estado debe recurrir a algún criterio que sea respetuoso de las normas establecidas en la Constitución nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado. Por ejemplo, no puede distribuir esos recursos sobre la base de prejuicios, persecuciones o enemistad política o de otro tipo. El Estado debe poder justificar constitucionalmente sus decisiones respecto de la distribución de esos recursos. Los principios en los que se fundan la declaración conjunta de los relatores especiales referida anteriormente, la propia Convención Americana de Derechos Humanos, y la Opinión Consultiva OC-5 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos proveen la justificación necesaria y legítima para guiar esas decisiones difíciles. Según esos principios, dado que la libertad de expresión es una precondition del buen funcionamiento del sistema democrático, necesitado de la mayor cantidad posible de diversidad de información e ideas, el Estado debe distribuir aquellos recursos escasos de modo tal que expanda esa diversidad de voces o, al menos, no la debilite. Nadie tiene un derecho sin límites a acceder a esos recursos —que además son limitados—, pero todos tienen derecho a que ellos no les

sean vedados como consecuencia del contenido de la expresión que desean realizar o que han emitido. Desde esta perspectiva, privar a una persona del acceso a uno de estos recursos como consecuencia del contenido de la expresión, por ejemplo, por ser ella crítica del gobierno, atenta contra la libertad de expresión de tres maneras: en primer lugar, viola el derecho a expresarse del que se manifiesta, dado que no accede a esos recursos sobre la base de un criterio injustificado y como consecuencia de haber sido discriminado por el contenido de sus ideas; en segundo lugar, la medida que deniega el acceso a esos recursos sobre la base del contenido de la expresión (por ejemplo, una expresión crítica del gobierno) produce un efecto silenciador (*chilling* o *silencing effect*¹⁵) sobre todas aquellas personas que teniendo una opinión similar no quieren exponerse a medidas persecutorias por parte del Estado y por ese motivo optan por la autocensura y el silenciamiento de sus ideas, y, en tercer lugar, afecta negativamente el derecho a la información del resto de las personas que se verán privadas de conocer la más amplia diversidad de ideas, datos y perspectivas por el silencio de aquellos que no han podido acceder a los recursos necesarios o que han callado para no perderlos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere expresamente en su artículo 13.3 a estas situaciones en las que los Estados pueden verse tentados de utilizar su poder regulatorio o su facultad de asignar y distribuir recursos como un mecanismo sutil de silenciamiento:

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.

La identificación de esta modalidad de censura por “vías o medios indirectos” se produce, entonces, según la Convención, cuando las facultades regulatorias del Estado, o aquellas asociadas a la distribución de recursos limitados, se ejercen de modo tal que “restringen” la libertad de expresión “indirectamente”, como opuesto a los tradicionales medios directos de censura (la prohibición de un autor, el cierre de un diario, el secuestro de libros de los comercios, etcétera). El recurso por parte del Estado a cualquier “medio encaminado a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones” es, para la Convención, un modo de violar el derecho a la libertad de expresión de aquellos que no pueden expresarse (porque no acceden a

¹⁵ Fiss, Owen, *The Irony of Free Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 1996. Existe traducción al español: Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, 1999.

esos recursos o porque callan para no perderlos o para no perder la chance de acceder a ellos), y el derecho a la información de aquellos que nos vemos privados de conocer aquello sobre lo cual se hubieran expresado.

A diferencia de la concepción tradicional de la censura (directa) ejercida por el Estado, la concepción de la libertad de expresión como precondition de la democracia y la consiguiente obligación estatal de asegurar la diversidad de perspectivas que confluyen en el debate público, así como la información y la multiplicidad de opiniones, no requiere del Estado un “no hacer” (no prohibir, no censurar), sino que le exige el diseño e implementación de políticas públicas acordes con esa obligación (en este sentido, este derecho clásicamente civil tiene características usualmente asociadas exclusivamente con los derechos sociales).¹⁶ Esas políticas, que muchas veces están asociadas a la distribución de recursos escasos, necesitan apoyarse sobre una serie de estándares que impidan que la distribución de esos recursos se lleve a cabo de un modo discriminatorio y contrario a la libertad de expresión y a la libertad de información. El Estado, en estos casos, tiene una obligación de “hacer” (distribuir dinero en forma de subsidios o evitar efectos de silenciamiento por medio del ejercicio de su poder de distribuir esos u otros recursos, por ejemplo) que debe estar sujeta a reglas que tiendan a asegurar el respeto de los derechos a la libertad de expresión, la igualdad ante la ley y a no ser discriminado.

IV. EL USO DE LA PUBLICIDAD OFICIAL COMO MECANISMO DE CENSURA INDIRECTA

Los gobiernos de las democracias constitucionales tienen la obligación de dar cuenta de sus actos. Por otro lado, muchas políticas públicas están basadas hoy día en la distribución de información. La comunicación masiva del cronograma de vencimientos de un impuesto; la generación de conciencia colectiva acerca del uso de preservativos para la una política eficaz de lucha contra el virus del VIH-SIDA; la diseminación de información básica para tratar el agua como forma de prevención de una epidemia de dengue, o la difusión de la implementación de un programa de distribución de anticonceptivos, son algunos ejemplos de políticas públicas desarrolladas por el Estado que requieren de una comunicación directa y masiva con la población. El Estado generalmente cuenta con un medio oficial en el que se publican las normas

¹⁶ Courtis, Christian y Abramovich, Víctor, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editorial del Puerto, 1998.

que se emiten y sancionan, las licitaciones y todo tipo de información formal, pero este medio no es el apropiado para llevar adelante aquellas campañas, su formato es habitualmente muy básico y su circulación relativamente restringida a aquellos que buscan esa información por necesidad profesional. A fin de desarrollar sus campañas informativas el Estado necesita de espacio en los medios de comunicación. Si se descarta su sesión gratuita, sobre todo en los medios gráficos, la única forma mediante la cual el Estado puede contar con él es a través de su compra. Si bien no es una práctica habitual en todos los países, en América Latina muchos Estados nacionales y, en los países federales, los Estados provinciales, asignan importantes sumas de dinero para la compra de espacio en los medios de comunicación privados y públicos. Los volúmenes de recursos dedicados a la compra de esa pauta publicitaria pueden incluso no ser considerables comparados con el PBI de un país en particular, pero lo que importa es si esos fondos son relevantes comparados con los fondos disponibles en el sector privado para la compra de pauta publicitaria. Si la dimensión relativa de los montos dedicados para publicidad oficial desde el Estado es considerablemente mayor que los dedicados a la compra de publicidad por empresas privadas, entonces los medios que los reciben pueden desarrollar algún grado de dependencia importante de esos recursos estatales. En 2005, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y el *Open Society-Justice Initiative* (OSI-JI) produjeron un informe sobre la distribución de la publicidad oficial en Argentina que analizó la situación a nivel nacional y en cuatro provincias del país. El caso más paradigmático lo ofreció la provincia de Tierra del Fuego, la más austral del país, con alrededor de 123,000 habitantes y muy escasa actividad económica privada (casi el 80% del ingreso generado proviene de los gobiernos provincial y municipales). Según el informe de la ADC y OSI-JI, al momento en que se realizó el estudio, la mayoría de los medios de comunicación de esta provincia sobrevivían gracias a los fondos que recibían por la compra de publicidad realizada por los diferentes niveles de gobierno. Aproximadamente el 75% de sus ingresos provenían de la publicidad oficial, sobre todo provincial.¹⁷ Dada esta proporción de publicidad oficial en relación con la publicidad privada, es claro que la supervivencia de los medios provinciales está altamente supeditada a la continuidad de ese flujo de fondos. En provincias con mayor actividad privada, como es el caso Córdoba, por ejemplo, la dependencia es menor en términos globales, aunque ella pue-

¹⁷ Asociación por los Derechos Civiles y Open Society-Justice Initiative, *Una censura sutil. Abuso de publicidad oficial y otras restricciones a la libertad de expresión en Argentina*, Nueva York, Open Society Institute, 2005, p. 27. Versión en inglés, *Buying the News. A Report on Financial and Indirect Censorship in Argentina*, Nueva York, Open Society Institute, 2005.

de ser mayor en el caso de algún medio en particular. A nivel nacional, por ejemplo, los dos diarios de mayor circulación, *Clarín* y *La Nación*, reciben una cantidad de publicidad oficial que no es determinante para la continuidad financiera de esos medios. Según el informe mencionado, en ninguno de los dos casos el monto recibido superaba el 5% de sus ingresos.¹⁸ Sin embargo, este no es necesariamente el caso de medios más pequeños que reproducen la situación de vulnerabilidad descrita en Tierra del Fuego.

El problema de la dependencia económica de algunos medios de la compra de publicidad por parte del Estado se agudiza cuando se encuentra combinado con una absoluta o relativa ausencia de regulaciones que limiten la discrecionalidad del funcionario con la facultad de decidir quiénes reciben la pauta oficial. En el caso argentino, es muy escasa e insuficiente la normativa provincial o nacional que por medio de regulación opere como límite a la libertad de decisión del secretario de medios nacional o provincial, usualmente a cargo de tomar aquella decisión.¹⁹ La vulnerabilidad de un medio que depende de la publicidad oficial para continuar su trabajo conduce a una situación de debilidad frente al funcionario público que tiene el poder, prácticamente, de estrangular sus finanzas, dando lugar a un muy probable efecto de silenciamiento y autocensura de ese mismo medio que teme perder la pauta oficial y de todos aquellos que se encuentran en la misma situación de dependencia y vulnerabilidad. Dado que es muy difícil, si no imposible, modificar la ecuación de publicidad pública y privada de los medios en contextos de escaso desarrollo del sector privado, problema que se acentúa a nivel local, sólo una regulación apropiada que limite la discrecionalidad del funcionario encargado de comprar la pauta publicitaria puede atemperar los niveles de vulnerabilidad y amenaza a la libertad de expresión descritos. En este sentido, el relator para la Libertad de Expresión de la OEA, ha afirmado que “la posibilidad de decidir discrecionalmente, sin reglas claras, cómo y a quién se le otorga publicidad oficial abre la puerta a la arbitrariedad. La posible violación indirecta de la libertad de expresión surge porque las decisiones arbitrarias conllevan el riesgo de ser usadas como presión hacia los medios de comunicación críticos de la gestión de gobierno”.²⁰ Así lo afirmó también en su Informe Anual de 2003:

¹⁸ *Ibidem*, p. 68.

¹⁹ A nivel nacional, se han sancionado algunas normas recientemente, pero de nivel inferior, como por ejemplo la Resolución 247 – E/2016 y la Resolución 617 – E/2016 ambas de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Presidencia de la Nación del 24 de agosto de 2016 y del 3 de noviembre de 2016, respectivamente.

²⁰ Eduardo Bertoni, Prólogo a Asociación por los Derechos Civiles y Open Society Justice Initiative, *Una censura sutil. Abuso de publicidad oficial y otras restricciones a la libertad de expresión en Argentina*, Nueva York, Open Society Institute, 2005, p. 6.

[E]s imperativo que exista un marco jurídico que establezca directrices claras para la distribución de la publicidad oficial a fin de que se siga una administración justa de los fondos destinados a la publicidad. A fin de garantizar la libertad de expresión en el futuro, los Estados deben dejar de lado las leyes insuficientemente precisas y evitar el otorgamiento de facultades discrecionales inaceptables a sus funcionarios. El establecimiento de un mecanismo de supervisión de las decisiones sería fundamental para dar legitimidad a las asignaciones discrecionales que realizan los funcionarios.²¹

Es importante destacar que el Informe de la Relatoría, además de reconocer el problema específico y la amenaza para la libertad de expresión derivados de la distribución discrecional de la publicidad oficial en contextos de alta dependencia económica de esa fuente de financiamiento, enmarcó la cuestión de la manipulación financiera de los medios por parte del Estado como una cuestión de libertad de expresión. Para hacerlo, encontró fundamento en el Principio núm. 13 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada durante el 108o. periodo ordinario de sesiones de la CIDH realizado en octubre de 2000:

Principio 13: La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.²²

V. PUBLICIDAD OFICIAL Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

La relación entre la asignación de publicidad oficial y su posible uso como mecanismo para manipular y controlar el contenido de aquello que se expresa en los medios de comunicación no atrajo la atención de la opinión pública en

²¹ Informe de la Relatoría del año 2003, capítulo 5, párrafo 88.

²² Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada durante el 108o. periodo ordinario de sesiones de la CIDH realizado en octubre de 2000.

América Latina hasta comienzos del siglo XXI. En Argentina, por ejemplo, fue la combinación de algunos casos flagrantes de uso de la publicidad oficial para manipular a la prensa y el incremento paulatino de los fondos que el Poder Ejecutivo destinaba año tras año desde 2003 a este rubro, lo que puso el tema en la agenda pública. Además, el incremento de ese monto sumado a la sospecha de que algunos de esos recursos encontraban como destino las empresas de personas cercanas al presidente Néstor Kirchner contribuyó a que los propios medios y organizaciones no gubernamentales empezaran a poner en evidencia la situación.²³

En 2003 el Poder Ejecutivo Nacional en Argentina había gastado poco más de 46 millones de pesos, en 2004 gastó casi 100, más del doble del año anterior. Mientras tanto, en 2005 el gasto fue de 127 millones de pesos mientras que en 2006 superó a los 209 millones. En todos estos casos los presupuestos aprobados por el Congreso Nacional para el rubro fueron superados por la ejecución final. En los primeros diez meses del año 2007, el Poder Ejecutivo Nacional invirtió 270,729,286 pesos en concepto de publicidad oficial, cifra 61 millones superior al total gastado durante 2006 y excedida en un 33% del presupuesto aprobado para este año, que fue de 202,792,000 de pesos.

Es preciso insistir sobre el hecho de que el aumento del monto total asignado a la publicidad oficial no es necesariamente algo reprochable, dado que una mayor actividad de gobierno, el lanzamiento de campañas específicas o el impacto de la inflación pueden provocar ese aumento. Por ejemplo, en los tres meses previos a las elecciones presidenciales del 28 de octubre de 2007, el Poder Ejecutivo Nacional lanzó varias campañas que requirieron de una fuerte inversión publicitaria. La campaña “Visitas Presidenciales”, tal como figura en los registros oficiales suministrados a pedido de la ADC, fue una de las que más fondos públicos demandó. Involucró en agosto de 2007 un total de 1,962,336 pesos. En septiembre la cifra ascendió a 2,930,383 pesos y en octubre a 2,272,635 pesos. En ese trimestre inmediatamente previo a las elecciones de octubre, la campaña “Visitas” requirió 7,165,355 pesos. Esta campaña fue superada sólo por la campaña “Trabajo Registrado”, del Ministerio de Trabajo y la campaña “Padrones Electorales”, que demandó la suma de 11,238,041 pesos y que se podría

²³ Para un análisis detallado de la posible relación de la asignación de publicidad oficial con el financiamiento de las campañas políticas oficialistas y probables casos de corrupción, véase O'Donnell, María, *Propaganda K. Una maquinaria de promoción con el dinero del estado*, Buenos Aires, Planeta, 2007, Capítulo 2: La degeneración de la publicidad oficial.

explicar por las necesidades informativas del gobierno ante las elecciones de octubre de 2007.²⁴

Ese dato del aumento paulatino y exponencial de los montos sólo nos indicaba que los volúmenes de dinero involucrados comenzaban a ser considerables y, si bien pueden continuar siendo pequeños en relación con el PBI, son valores que tienen un impacto importante en el comportamiento de los medios, sobre todo de aquellos que, a diferencia de los grandes medios nacionales, dependen en gran medida de la pauta oficial para sobrevivir.

Los volúmenes de dinero en cuestión combinados con la falta de transparencia acerca de las reglas que rigen la facultad del gobierno nacional para decidir la pauta publicitaria oficial, de forma equivalente a lo que se percibe en el resto del país a nivel provincial, crea el marco necesario para que aumente la discrecionalidad y la arbitrariedad de aquellos que toman esas decisiones. En este sentido, el propio secretario de medios del gobierno de Néstor Kirchner, a cargo de la asignación de la pauta publicitaria, había afirmado que “en la comunicación oficial repartimos con ciertos criterios propios, y eso tiene que ver con decisiones políticas, con criterios que tiene una lógica en la pauta publicitaria”.²⁵ El funcionario, se preguntó frente a la periodista que lo entrevistó:

¿Por qué no le damos a algún medio? Estamos hablando de un sólo caso, que es la Editorial Perfil. A la revista *Noticias* y al semanario *Perfil*, que Jorge Fontevecchia llama diario, no le damos publicidad oficial porque pertenece a un tipo de periodismo amarillo, sensacionalista con rasgos de extorsión. Es un medio que ha cometido errores periodísticos que no ha reconocido. Como cuando confundió al hijo del presidente con el yerno del empresario Raúl Moneta. Igualmente, hay muchas revistas a las que no les damos publicidad y tratamos de llevar más a los medios chicos y del interior. Lo más probable es que cometamos algún error y lo iremos corrigiendo.²⁶

Estas declaraciones oficiales del funcionario responsable del área en cuestión ponían en evidencia dos cuestiones. Por un lado, que no existían en el país a nivel nacional —y tampoco a nivel provincial— reglas claras

²⁴ Véase Asociación por los Derechos Civiles, *La Publicidad Oficial del Poder Ejecutivo Nacional durante 2007*, Análisis Preliminar, Diciembre de 2007, disponible en: <http://www.adc.org.ar/recursos/720/ADC%20Pre%20Informe%20Publicidad%20Oficial%20del%20PEN%20en%202007.pdf>.

²⁵ Diario *La Nación*, Suplemento Enfoques, entrevista realizada el 4 de febrero de 2007 por Susana Reinoso al señor “Pepe” Albistur, secretario de medios del presidente Kirchner y actual secretario de medios de la presidenta Cristina Fernández.

²⁶ *Idem*.

y transparentes acerca de cuáles son los criterios que deben regir las decisiones del gobierno nacional en materia de distribución de pauta oficial. Los estándares de “criterios propios” o el elusivo criterio relacionado con “decisiones políticas” no parece acercarse a la exigencia del relator especial de la OEA para la Libertad de Expresión expresadas en el ya mencionado Informe Anual de 2003:

[E]s imperativo que exista un marco jurídico que establezca directrices claras para la distribución de la publicidad oficial a fin de que se siga una administración justa de los fondos destinados a la publicidad. A fin de garantizar la libertad de expresión en el futuro, los Estados deben dejar de lado las leyes insuficientemente precisas y evitar el otorgamiento de facultades discrecionales inaceptables a sus funcionarios. El establecimiento de un mecanismo de supervisión de las decisiones sería fundamental para dar legitimidad a las asignaciones discrecionales que realizan los funcionarios.²⁷

Por otro lado, la referencia a lo que parece ser un criterio más objetivo, la mención de la opción por medios pequeños y del interior, además de no corresponderse con la realidad,²⁸ parece confundir la publicidad oficial con un subsidio. Según el relator especial de la OEA para la libertad de expresión:

La concentración de la propiedad de medios de comunicación trae como consecuencia que los medios más pequeños enfrenten una competencia cada vez más fuerte por los ingresos de la publicidad. Para paliar esta dificultad, hay quienes sostienen la importancia de distribuir de manera discriminatoria la publicidad oficial, permitiendo —gracias a los recursos de la publicidad del Estado— ampliar la voz de periodistas y medios de comunicación local, de los medios más pequeños y de los que critican a las empresas del sector privado que se constituyen como principales anunciantes. Este criterio tiende a confundir los objetivos de la publicidad oficial con los objetivos de una política de subsidio estatal en el marco de una política comunicacional, que podría ser válida y aun necesaria. Los recursos del Estado que se utilizan para

²⁷ Informe de la Relatoría del año 2003, capítulo 5, párrafo 88.

²⁸ Según el Pre-Informe de la ADC emitido el 20 de diciembre de 2007, en los primeros diez meses del 2007 la inversión publicitaria directa en el rubro de diarios, revistas, radios y canales de TV tendió a concentrarse en medios de la Ciudad de Buenos Aires —incluyendo los de distribución nacional— y el porcentaje que se dirigió a medios del interior fue relativamente bajo. De los 270,729,286 de pesos totales, el Poder Ejecutivo Nacional invirtió 150,288,181 de pesos distribuidos en 455 proveedores “directos”. El 88.4 por ciento de ellos pertenece a medios que se editan o producen en la Ciudad de Buenos Aires, lo que incluye a varios medios de distribución nacional (y a los estatales, Radio Nacional y Canal 7).

el pago de la publicidad oficial tienen un objetivo distinto a los objetivos que se pueden plantear para una determinada política de comunicación social. La posibilidad de decidir discrecionalmente, sin reglas claras, cómo y a quién se le otorga publicidad oficial abre la puerta a la arbitrariedad. La posible violación indirecta a la libertad de expresión surge porque las decisiones arbitrarias conllevan el riesgo de ser usadas como presión hacia los medios de comunicación críticos a la gestión de gobierno.²⁹

La Editorial Perfil, en virtud de la práctica gubernamental tendiente a no comprar espacios de publicidad en los medios del grupo, como el *Diario Perfil* y la *Revista Noticias*, inició una acción judicial contra el Estado nacional por discriminación y censura indirecta. En esa misma causa, la ADC presentó un *amicus curiae* en el que sostuvo, coincidentemente con la demandante, que la regulación de la publicidad oficial actualmente vigente resulta contraria al derecho a la libre expresión (artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y al principio de legalidad (artículos 14, 19 y 28 de la Constitución Nacional y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). De acuerdo con el principio de legalidad establecido en la Constitución argentina, toda regulación estatal que afecte directamente los derechos de las personas tiene que haber sido adoptada por el Poder Legislativo. Como se sostiene en el *amicus*, “este principio es particularmente importante en el ámbito de la libertad de expresión, porque asegura que su ejercicio no será afectado por decisiones discrecionales, arbitrarias y unilaterales del poder ejecutivo”. La ADC sostuvo allí que entre las restricciones ilegítimas que pueden afectar gravemente la libertad de expresión está la manipulación arbitraria y discrecional de la asignación o retiro de la publicidad oficial por parte del gobierno, con el objeto de “premiar” o “castigar” a los medios de prensa. En esa presentación, la ADC señaló que es decisivo que en ese ámbito toda regulación sobre publicidad oficial, además de estar contenida en una ley sancionada por el Poder Legislativo, establezca en forma precisa y detallada los criterios y mecanismos de distribución de la publicidad oficial y un sistema eficaz de control de la asignación de los fondos públicos.³⁰

²⁹ Bertoni, Eduardo, Prólogo a Asociación por los Derechos Civiles y Open Society-Justice Initiative, *Una Censura Sutil. Abuso de publicidad oficial y otras restricciones a la libertad de expresión en Argentina*, Nueva York, Open Society Institute, 2005, p. 6.

³⁰ Véase el *amicus* brief presentado por la ADC en: <http://www.adc.org.ar/home.php?iDOCUMENTO=581&iTIPODOCUMENTO=1&iCAMPOACCION=2>.

VI. LA CORTE SUPREMA ARGENTINA Y EL CASO *RÍO NEGRO*

La Editorial Perfil obtuvo una decisión favorable en el caso interpuesto por discriminación y censura indirecta contra el Estado nacional en virtud de lo que ya había decidido la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 5 de septiembre de 2007 en un caso de características similares a favor del *Diario Río Negro* en una demanda por censura indirecta y discriminación contra el gobierno de la Provincia de Neuquén³¹ y que se convirtió en el primer caso de la región en asociar el uso discrecional de la asignación —o no asignación— de publicidad oficial con el ejercicio de la censura en su variante indirecta.

La Corte decidió el caso *Río Negro*, basándose en un *obiter dictum* de un precedente decidido por ella el 12 de junio de 1997, el caso *Emisiones Platenses*.³² En esta causa, la empresa periodística promovió una acción de amparo contra el intendente de la ciudad de La Plata para que “se dispusiera judicialmente la adquisición de espacios de publicidad oficial en el diario de su propiedad *Hoy en la Noticia*, en condiciones razonablemente equitativas y similares a las previstas respecto del periódico *El Día* de dicha ciudad por el decreto municipal 578”. La empresa Emisiones Platenses S.A. adujo que estaba siendo discriminada en la distribución de la pauta por existir:

Un trato diferente que se centra en un aspecto principal: dado que el diario *El Día* recibe para publicar información pública por un precio en dinero y el periódico de la apelante no se encuentra favorecido por esa utilidad, sostiene que el derecho a la información no se agota en la posibilidad de acceder a las fuentes ya que también contempla el derecho a informar y a ser informado, derechos que se ven afectados por la forma en la que el demandado distribuye la publicidad oficial, actitud que produce una discriminación en perjuicio de sus lectores que deben recurrir al otro diario platense para tener un debido conocimiento de los actos gubernamentales en el ámbito local.³³

La Corte Suprema decidió la cuestión a favor del gobierno municipal sobre la base de dos premisas. Por un lado, sostuvo que no existe un derecho a recibir publicidad oficial como precondition para el ejercicio de la libertad de expresión. Por otra parte, el tribunal abonó el terreno que conduciría al caso *Río Negro* cuando sostuvo en *Emisiones Platenses* que

³¹ Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, E. 1. XXXIX, *Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén, Provincia s/ acción de amparo*, sentencia del 5 de septiembre de 2007.

³² Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, E. 28. XXXII, *Emisiones Platenses S.A. s/ acción de amparo*, sentencia del 12 de junio de 1997.

³³ *Ibidem*.

La transformación producida de los medios de comunicación masiva... no ha generado una obligación positiva en cabeza de la comuna para apoyar a un periódico a fin de mantener la igualdad en el grado de competición en el marco de los recursos financieros con otro que disputa a los mismos consumidores el mercado periodístico, *a menos que se demuestre —lo que no ha ocurrido en el caso— que la decisión respecto a la forma de distribución de la publicidad gubernamental encubra una maniobra para destruir o restringir el derecho de imprenta de la recurrente.*³⁴

En el caso *Río Negro* el diario alegó que, como consecuencia de una nota crítica del gobierno provincial, en la que se lo involucraba en un posible caso de corrupción, el Estado local había dejado de comprar el espacio publicitario que venía adquiriendo a modo de sanción por la expresión emitida. En este caso, la Corte entendió que la persecución en virtud del contenido de la expresión publicada estaba demostrada y condenó al Estado provincial por censura indirecta ordenándole establecer una regulación apropiada que limite la discrecionalidad del gobierno al tomar las decisiones conducentes a asignar la publicidad oficial. En este sentido, la Corte sostuvo en el caso *Río Negro* 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. Así, los criterios no serían ilegítimos cuando “La necesidad de selección se relaciona con la necesidad de que los funcionarios del Estado establezcan una diferenciación entre una serie de medios de comunicación dentro de una categoría”. “Para adoptar esas decisiones de acuerdo con los principios de la libertad de expresión, las mismas deben estar basadas en criterios «sustancialmente relacionados» con el propósito descrito y que debe ser neutro en relación con los puntos de vista del medio” (Punto 11 del Informe Anual 2003 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). Por lo demás, no sólo debe evitar el gobierno acciones intencional o exclusivamente orientadas a limitar el ejercicio de la libertad de prensa, sino también aquellas que llegan a idéntico resultado de manera indirecta... Por lo tanto, la distribución de publicidad estatal puede ser utilizada como un fuerte disuasivo de la libertad de expresión, obstruyendo este derecho de manera indirecta.³⁵

³⁴ *Ibidem*, considerando 24.

³⁵ Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, E. 1. XXXIX, *Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén, Provincia s/ acción de amparo*, sentencia del 5 de septiembre de 2007, considerando 4.

En síntesis, por primera vez en América Latina una Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal facultado para velar por la constitucionalidad de las decisiones de gobierno se había pronunciado sobre la invalidez de la distribución de la publicidad oficial cuando ella atentara sobre el ejercicio de la libertad de expresión. La censura indirecta prohibida por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos adquirió así un reconocimiento explícito por los jueces del Supremo Tribunal de la Nación, iniciando una línea interpretativa que se completa hoy con el caso decidido por la Corte Suprema de México en el marco del amparo interpuesto por la organización Artículo 19.

VII. LA NECESIDAD DE REGLAS PARA EVITAR LA ARBITRARIEDAD ESTATAL

En línea con las recomendaciones del relator especial de la OEA, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina condenó a la Provincia del Neuquén a que

Las futuras publicaciones sean adjudicadas con un criterio compatible con las razones expuestas. No obstante, las modalidades de ejecución deberán diferir necesariamente de las usuales. En tales condiciones, corresponderá que la Provincia del Neuquén presente en el término de 30 días un esquema —con el grado de elasticidad que la cuestión requiere— de distribución de publicación de publicidad, respetuoso de los términos y principios que informa la presente decisión.

Esta novedosa sentencia y su remedio —no es habitual que el tribunal exija a un estado una obligación “de hacer” de este tipo— vuelve a poner el énfasis sobre la necesidad de regulación para limitar la discrecionalidad del gobierno en la distribución de publicidad oficial y así evitar posibles actos de censura indirecta. En línea similar decidió la Corte Suprema de México, en este caso apoyándose en previsiones constitucionales introducidas en 2007 y 2014. Así, la Primera Sala de la Suprema Corte ordenó al Congreso expedir una ley regulatoria del gasto en publicidad oficial antes del 30 de abril de 2018, con miras a cumplir con lo ordenado en la ley fundamental. La Corte hizo lugar por cuatro votos contra uno al amparo de la asociación civil Artículo 19, que denunciaba la omisión del Congreso de actuar de acuerdo con lo establecido por el tercer artículo transitorio de la reforma constitucional de febrero de 2014. El Tribunal afirmó en su sentencia que: “Ni de la libertad de expresión ni de ninguna otra disposición constitucional se

desprende que los medios de comunicación tengan un derecho a que se les asignen recursos estatales por difundir publicidad oficial” —en términos semejantes con lo dictado por su par argentina en el caso *Emisiones Platenses*—, pero que, sin embargo, resulta exigible “por un lado, que el ejercicio del gasto en comunicación social del Gobierno atienda a los principios previstos en el artículo 134 y, por otro, que la libertad de expresión no sea afectada por la ausencia de reglas claras sobre ese tipo de gasto”. Además, los ministros afirmaron que “La ausencia de esta regulación propicia un ejercicio arbitrario del presupuesto en materia de comunicación social, lo cual constituye un mecanismo de restricción o limitación indirecta de la libertad de expresión, claramente proscrito por la Constitución”.

Si bien no hay una receta única y perfecta en materia regulatoria en este sentido, existe suficiente derecho comparado y modelos en funcionamiento en diferentes países que permiten establecer algunos parámetros gruesos que fueron desarrollados por la ADC y que sólo resumiré:³⁶

- *Necesidad de una regulación clara.* La regulación que establece las pautas y criterios que debe seguir el gobierno para distribuir la publicidad oficial debe ser clara y específica, debe alcanzar al ámbito nacional y local y debe regular la producción, distribución y el control de la publicidad que compra el gobierno.
- *Necesidad de determinar el objetivo de la publicidad oficial.* Se debe establecer con claridad aquello que será entendido como publicidad oficial, la cual se identifica en el derecho comparado con el canal de comunicación que debe existir entre el gobierno y la población. Como tal, la publicidad oficial debe ser clara, objetiva, fácil de entender, necesaria, útil y relevante para el público. No debe promover —explícita o implícitamente— los intereses de ningún partido político ni del gobierno.
- *La distribución de la pauta no debe ser discrecional.* Debe establecerse un mecanismo para la contratación y distribución de la publicidad oficial que tenga por objeto reducir la discrecionalidad, evitar la sospecha de favoritismos políticos e impedir actos de corrupción. La asignación debe responder a criterios claros y transparentes. La pauta, como principio general, debe estar justificada en la existencia de

³⁶ Para un estudio pormenorizado del derecho comparado en esta materia y un desarrollo de los principios regulatorios aquí sólo esbozados, véase Asociación por los Derechos Cíviles, *Principios Básicos para la Regulación de la Publicidad Oficial*, Buenos Aires, octubre de 2006. También disponible en: <http://www.adc.org.ar/home.php?iDOCUMENTO=604&iTIPODOCUMENTO=1&iCAMPOACCION=>

campañas publicitarias que respondan a necesidades concretas y reales de comunicación. La publicidad oficial no debe ser utilizada para premiar a medios afines al gobierno o castigar a los críticos.

- *Descentralización de la facultad de distribuir la pauta oficial.* La responsabilidad por el manejo de la publicidad oficial debería descentralizarse para que no esté sólo en manos de funcionarios nombrados políticamente, como los secretarios de medios, sino de organismos o funcionarios técnicos.
- *Transparencia y acceso a la información pública como forma de control.* Todos los ciudadanos tienen derecho a conocer los gastos efectuados en publicidad oficial. Deben establecerse mecanismos que promueven la transparencia en el otorgamiento de estos fondos y que garanticen el fácil acceso a esta información por parte del público en general.
- *Necesidad de un control externo adecuado sobre el gasto en publicidad oficial.* Los gobiernos deben rendir cuentas al público sobre los gastos efectuados y el modo en que son empleados los recursos de publicidad oficial. Para eso es necesario que se establezcan claros mecanismos de control externo.

VIII. “NO PAGO PARA QUE ME PEGUEN”

Como hemos visto hasta aquí, el uso de la publicidad oficial como premio o castigo a quienes ejercen su libertad de expresión con opiniones o información amigable o crítica del gobierno es una práctica lamentablemente extendida a lo largo de la geografía y de la historia reciente. En la primera mitad de la década de 1970, el presidente de México, José López Portillo y Pacheco definió su relación con los medios y en referencia a la publicidad oficial con una frase que es aún hoy recordada por sus connacionales: “No pago para que me peguen”. Comprar publicidad, para el mandatario, implicaba comprar la anuencia de los medios y el silencio de la crítica. En 2007, la *Revista Proceso*, de México, acusó al presidente Felipe Calderón de continuar con la práctica que dice también desarrollaba Vicente Fox y que emulaba la de López Portillo.³⁷ En Uruguay, la Presidencia de la Nación impulsó un proceso de investigación sobre el uso de la publicidad oficial en el pasado, fundamentalmente a partir de la preocupación por posibles casos de corrupción cometidos por funcio-

³⁷ Véase Araizaga Carasco, Jorge, “Castigo publicitario”, *Revista Proceso*, 30 de septiembre de 2007.

narios del gobierno saliente,³⁸ pero también por sus implicaciones para el ejercicio de la libertad de expresión. Esta investigación condujo a una regulación más específica en la contratación de publicidad oficial.³⁹ En Chile, en octubre de 2007, el Parlamento aprobó el Informe de la Comisión Especial Investigadora sobre Avisaje del Estado⁴⁰ en el cual se analizaron las prácticas del Estado en materia de distribución de la publicidad oficial con miras a establecer una regulación que impida abusos en el ejercicio de esa facultad. En agosto de 2006, Perú sancionó una ley que regula la distribución de la publicidad estatal, estableciendo criterios de transparencia y racionalidad para su contratación del Estado nacional. Esta norma, la ley 28.874, señala que la autorización de la publicidad estatal está supeditada a la existencia de un plan de estrategia publicitaria y a la justificación que deberá hacer el gobierno de las campañas institucionales, así como también de la selección que se haga de los medios de difusión. La norma establece que las entidades y dependencias no podrán gastar dineros públicos en beneficio de un candidato postulado a un cargo electivo o de un partido político. La ley agrega que se deberán publicar los contratos de publicidad en el portal de la dependencia gubernamental respectiva y que se deberán presentar dentro de los diez días siguientes al vencimiento de cada trimestre, los programas o campañas de publicidad llevadas a cabo en el periodo anterior.⁴¹

En el resto del mundo el tema no ha pasado desapercibido. Rumania debió someterse a los lineamientos regulatorios de la Unión Europea en la materia para ser incorporado como miembro.⁴² Canadá cuenta con precisas reglas que limitan la discreción estatal en su *Government Advertising Act* de 2004. España regula la contratación de publicidad oficial en su ley 29 del 2005. En la India la justicia decidió en el caso *Ushodaya Publications*, que el Estado viola la Constitución si retira la publicidad oficial como represalia por expresiones críticas del gobierno.⁴³ Un tribunal de apelaciones de los Estados Unidos estableció que “utilizar fondos de gobierno para castigar el discurso político de los miembros de la prensa y forzar comentarios fa-

³⁸ “Comisión Investigadora destapó graves irregularidades en la gestión de ANTEL durante la presidencia de Batlle”, *AM Libre*, 29 de noviembre de 2006, disponible en: <http://www.infoycom.org.uy/?q=node/711>. “El FA fijará por ley los criterios para asignar publicidad oficial”, *El Observador*, 18 de abril de 2007; Tosquellas, Pablo, “La publicidad oficial según la APU: Mayor equidad, poca transparencia”, *Brecha*, 1o. de junio de 2007.

³⁹ “Normas para la publicidad estatal”, *El País*, 25 de septiembre de 2007

⁴⁰ http://www.alterinfos.org/IMG/pdf/Informe_de_la_Comision_especial_investigadora_sobre_avisaje_del_estado.pdf.

⁴¹ *El Peruano*, 15 de agosto de 2006.

⁴² <http://www.euractiv.com/en/enlargement/eu-romania-relations/article-129587>.

⁴³ *Ushodaya Publications Pvt Ltd.v. Government of Andhra Pradesh*, AIR (1981), AP 109.

vorables al gobierno” implica una violación de la Primera Enmienda de la Constitución de ese país.⁴⁴

Evidentemente, el uso de la publicidad oficial como herramienta para el castigo o el premio al ejercicio de la libertad de expresión, no es un problema marginal ni exclusivo de un país. Es un ejemplo más de los nuevos y sutiles mecanismos de censura que el derecho internacional de los derechos humanos rechaza tanto como los viejos y directos métodos de silenciamiento. Nadie tiene derecho a recibir publicidad oficial. Los recursos que los Estados destinan a ella no son un subsidio y persiguen fines específicos que para lograrse deben ser distribuidos de acuerdo con ciertos criterios específicos y conocidos por todos. Sin embargo, en virtud de la protección que recibe la libertad de expresión, nadie puede dejar de recibir fondos en concepto de publicidad oficial como consecuencia del contenido de su expresión. Cada vez que un gobierno “sanciona” a un medio con el retiro de la publicidad oficial como consecuencia de su rechazo a lo que ese medio expuso, no sólo está tratando de disciplinar y silenciar a ese medio, sino a todos los demás que se encuentran en similar situación de dependencia de esos recursos públicos que, por temor a perderlos, también silenciarán sus voces. Estos múltiples efectos de silenciamiento afectan negativamente el derecho de cada persona a recibir información y el de la ciudadanía en su conjunto a exponerse a la mayor diversidad posible de ideas, datos y perspectivas para poder autogobernarse. La censura en general socava la calidad de la democracia. La censura directa y violenta del Estado, la de la prohibición, el secuestro de libros, la intimidación física y el asesinato es un flagelo contra el cual hemos avanzado considerablemente en muchos países de América Latina. La censura indirecta, en cambio, es un medio más sutil pero no menos pernicioso que puede alcanzar efectos similares sobre la diversidad de voces y demanda nuestra atención en los tiempos que corren. Es por ello que la decisión de la Suprema Corte de México en el caso de Artículo 19 se inscribe en un proceso regional que alienta la esperanza de que estas prácticas cambien en un continente en el que la democracia necesita aún de muchos ajustes para acercarse a su versión ideal.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

⁴⁴ *El Día v. Rosello*, 165 F.3rd 106 (1st Circuit 1999).

- Artículo 19, *Libertades en resistencia, Informe Anual 2016 de la organización Artículo 19*. Disponible en: https://articulo19.org/wp-content/uploads/2017/04/Libertades-en-Resistencia_Informe-2016-A19.pdf.
- Asociación por los Derechos Civiles y Open Society-Justice Initiative, *Una Censura Sutil. Abuso de publicidad oficial y otras restricciones a la libertad de expresión en Argentina*, Nueva York, Open Society Institute, 2005, p. 27. Versión en inglés: *Buying the News. A Report on Financial and Indirect Censorship in Argentina*, Nueva York, Open Society Institute, 2005.
- Asociación por los Derechos Civiles, *Principios Básicos para la Regulación de la Publicidad Oficial*, Buenos Aires, octubre de 2006. Disponible en: <http://www.adc.org.ar/home.php?iDOCUMENTO=604&iTIPODOCUMENTO=1&iCAMPOACCION=>.
- BERLIN, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Universidad, 1988.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial y Libertad de Expresión*, 7 de marzo de 2011. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/publicidad%20oficial%202012%20o5%2007>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Declaración de principios sobre libertad de expresión*, aprobada durante el 108 periodo ordinario de sesiones de la CIDH realizado en octubre de 2000.
- FISS, Owen, *The Irony of Free Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 1996. Existe traducción al español: Owen Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- FISS, Owen, “Political Freedom and the Power of the Purse”, manuscrito, traducción al castellano de próxima publicación.
- O’DONNELL, María, *Propaganda K. Una maquinaria de promoción con el dinero del estado*, Buenos Aires, Planeta, 2007,
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, Informe del año 2003.
- SABA, Roberto P., “Censura indirecta, publicidad oficial y diversidad”, en varios autores, *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Quito, UNESCO, Oficina en Quito, y Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2011.

Decisiones judiciales

Suprema Corte de México, Amparo en revisión 1359/2015, Recurrente: Campaña Global por la Libertad de Expresión A19, Asociación Civil. Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5, del 13 de noviembre de 1985, sobre colegiación obligatoria de periodistas.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, E. 1. XXXIX, Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén, Provincia s/ acción de amparo, sentencia del 5 de septiembre de 2007.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, E. 28. XXXII, Emisiones Platenses S.A. s/ acción de amparo, sentencia del 12 de junio de 1997.

Andhra High Court, Ushodaya Publications Pvt Ltd v. Government of Andhra Pradesh, AIR (1981), AP 109.

United States Court of Appeals, El Día v. Rosello, 165 F.3rd 106 (1st Circuit 1999).