

CAPÍTULO CUARTO

LAS ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD EN CONTRA DE LA LEY GENERAL DE COMUNICACIÓN SOCIAL

I. INTRODUCCIÓN

En contra de la Ley General de Comunicación Social se promovieron tres acciones de inconstitucionalidad, una fue promovida por el partido Movimiento Ciudadano (Acción de Inconstitucionalidad 53/2018), otra por 51 senadores (Acción de Inconstitucionalidad 52/2018), y una más por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (acción de inconstitucionalidad 55/2018). Las acciones fueron admitidas por el ministro instructor José Fernando Franco González Salas por auto del 18 de junio de 2018. En ese apartado nos vamos a referir a las acciones de inconstitucionalidad promovidas por los senadores y por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos por el alcance normativo que éstas tienen en relación con las que promueve un partido político, las que sólo pueden constreñirse a las disposiciones de incidencia electoral que existen en la Ley General de Comunicación Social.

La importancia de las acciones de inconstitucionalidad interpuestas reside en que podrían implicar la invalidación total o parcial de la ley. La Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene una gran responsabilidad para democratizar la relación entre los medios, el gobierno y la sociedad.⁹⁵ Nosotros estimamos que la

⁹⁵ La Suprema Corte de Justicia de la Nación ya tiene camino andado. En otros países la doctrina jurisprudencial es muy abundante. Véase Llamas

Corte está jurídicamente obligada a declarar integralmente la inconstitucionalidad de la Ley General de Comunicación Social por las evidentes insuficiencias de la ley, las que no son compatibles con el texto fundamental ni con disposiciones convencionales que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Como se sabe, el bloque es una categoría vinculada a los contenidos y extensión de un sistema constitucional y convencional. Se puede decir que el bloque está integrado por todos los derechos fundamentales de fuente constitucional y convencional; por las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aunque el Estado mexicano no haya sido parte; por el *soft law* de los derechos humanos, por ejemplo, observaciones y resoluciones de los comités de la Organización de las Naciones Unidas y del sistema interamericano de derechos humanos; por la jurisprudencia constitucional nacional; por disposiciones legales y reglamentarias del ordenamiento nacional, incluyendo al local, que maximizan derechos humanos. Es decir, el bloque se compone por todo el sistema de fuentes de un sistema jurídico, incluyendo: el conjunto de valores y principios que subyacen al sistema constitucional; el contexto que se compone con el cúmulo de praxis, convenciones y costumbres enraizadas en la conciencia social; por los valores culturales en los que se asienta el sistema constitucional, y por el valor de la dignidad humana.

En cambio, el parámetro de constitucionalidad y convencionalidad es un concepto adjetivo, de carácter procesal que permite a jueces y a autoridades en general, determinar cuándo una norma o un acto —acción u omisión— de autoridad, es constitucional y convencional. Es decir, son los criterios procesales para realizar un enjuiciamiento de constitucionalidad y convencionalidad, en donde, por ejemplo, una norma de menor jerarquía puede derrotar a la de mayor jerarquía si la primera optimiza de manera más amplia los derechos humanos, o en donde el con-

Pombo, Eugenio (coord.), *Libertad de expresión. Doctrina jurisprudencial*, Madrid, Trivium, 1997.

cepto de validez formal —que la autoridad siga el procedimiento previamente establecido— puede quedar derrotado por una validez material o sustantiva que amplíe el nivel de protección de los derechos.⁹⁶

El derecho internacional de los derechos humanos puede ir mucho más allá de los textos constitucionales nacionales y por tanto debe prevalecer sobre el derecho interno. Igualmente, los derechos humanos reconocidos en las Constituciones locales pueden ampliar, optimizar los derechos humanos más allá de lo contemplado expresamente en la Constitución general pero en consonancia con ella, de acuerdo con el artículo 1o. de la Constitución. Ese alcance mayor en los derechos humanos debe preferirse siempre, aunque la Constitución de la República establezca una limitación —lo anterior lo señalamos respecto a los criterios sustentados por la SCJN en la Contradicción de Tesis 293/2011—. Argumentar en contra de este punto de vista equivale, desde mi perspectiva, a desconocer el carácter *pro homine* de los derechos. Cuando el párrafo primero del artículo 1o. de la Constitución de la República alude a que la prevalencia de los tratados e instrumentos internacionales se da siempre y cuando la Constitución no los restrinja o suspenda, deben entenderse en sentido estricto esas expresiones jurídicas, tal como lo expuso el ministro Cossío Díaz, cuando señaló que no cualquier limitación en los derechos que establezca la Constitución debe considerarse restricción o suspensión. Desde nuestro punto de vista, esos términos deben quedar reservados, y nada más para los supuestos de suspensión de garantías contemplados en el artículo 29 de la Constitución de la República.⁹⁷

⁹⁶ Astudillo, César, *El bloque y parámetro de constitucionalidad y convencionalidad en México*, México, Tirant lo Blanch, 2014, p. 147.

⁹⁷ Cossío Díaz, José Ramón, “Intervención”, sesión pública ordinaria del jueves 29 de agosto de 2013 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Contradicción de Tesis 293/2011.

II. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA MINORÍA SENATORIAL EN CONTRA DE LA LEY GENERAL DE COMUNICACIÓN SOCIAL

Un grupo de senadores (51) que reunió el 33% de legisladores requerido para ese efecto, promovió el 11 de junio de 2018 ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley General de Comunicación Social publicada el 11 de mayo de 2018 en el *Diario Oficial de la Federación*. Los senadores consideraron que la ley violentaba los artículos 1o., 2o., 3o., 6o., apartado B, 7o., 28 y 134 de la Constitución, así como los artículos 13.2 y 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al igual que el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Los impugnantes estimaron que la Ley General de Comunicación Social no cumple con los objetivos que propone su propio decreto aprobatorio en su exposición de motivos. Desde su punto de vista la ley no se cumple con tres propósitos torales: 1) reducir el uso excesivo de recursos para la contratación de publicidad oficial; 2) terminar la parcialidad en la aplicación de recursos públicos para gastos de comunicación social oficial, y 3) poner fin a la contratación de espacios de publicidad oficial para promociones personales de servidores públicos.

Entre los argumentos generales para expresarse en contra de la ley manifestaron que:

- 1) La Ley General de Comunicación Social no establece criterios claros y objetivos para la asignación de publicidad oficial. Se sostiene que se debieron determinar criterios de asignación precisos. Los artículos 15, 16 y 17 de la ley fijaron “criterios” de manera ambigua respecto a su designación y contenido. El artículo 18 permite a los entes públicos destinar recursos a tiempos comerciales, cuando no estuvieran disponibles los tiempos solicitados, sin embargo, no se determinaron criterios para que dichos supuestos

procedan, ni si esos gastos son parte del ejercicio ordinario o extraordinario.

- 2) La Ley General de Comunicación Social no cumplió con la obligación constitucional para establecer topes de gasto presupuestal. No se satisface, por tanto, el mandato del constituyente permanente.
- 3) La ley debió prohibir tajantemente la promoción personalizada en el marco de los informes anuales. No obstante, los artículos 4o., fracción V y 14 permiten la difusión personalizada de servidores públicos y el uso de gasto público para la difusión de estos contrario a lo establecido en el texto constitucional.
- 4) La Ley General de Comunicación Social favorece la discrecionalidad en el manejo de la publicidad oficial. La existencia de tiempos del Estado, fiscales, oficiales, informes de labores, así como tiempos comerciales, y los criterios definidos en el artículo 8o. de la Ley General de Comunicación Social, abonan a la discrecionalidad en el manejo de la publicidad oficial.
- 5) La Ley General de Comunicación Social mantiene la censura indirecta al no haberse establecido de manera clara y precisa los criterios de asignación. Los medios para recibir publicidad oficial silenciarán su crítica al gobierno en turno. Es inconstitucional que se permita contratar tiempos comerciales.
- 6) La Secretaría de Gobernación y las secretarías de gobierno en los estados son tanto autoridades administradoras y evaluadoras. Se concentra en una sola autoridad atribuciones que deben corresponder a autoridades diferenciadas.
- 7) No existe una fiscalización externa al ejecutivo que evalúe y fiscalice la asignación de la publicidad oficial.
- 8) No existen tipos ni sanciones precisas a los funcionarios y personas que apliquen indebidamente la ley.

En el primer concepto de invalidez los senadores consideraron que la Ley General de Comunicación Social vulnera el derecho a la libertad de expresión. Se esgrime que la ley genera espacios de discrecionalidad a las autoridades para contratar publicidad oficial a los medios cercanos al gobierno. El ejercicio arbitrario del presupuesto en materia de comunicación social constituye un mecanismo de restricción o limitación indirecta de la libertad de expresión, el que se encuentra proscrito por la Constitución.

Se argumenta que la supresión de los ingresos a los medios de comunicación que reciben publicidad oficial puede implicar que ya no tengan recursos para poder seguir funcionando. La dependencia de los medios de comunicación al gasto en comunicación social del gobierno es una situación que sin lugar a duda supone una amenaza a la libertad de expresión. En el caso mexicano, la mayoría de los medios ha dependido de la publicidad oficial durante mucho tiempo, lo que otorga a los funcionarios una gran influencia para presionar sobre la cobertura de ciertas noticias. Por eso, el temor a perder la asignación provoca silencio sobre cuestiones de interés público. El esquema previsto en la ley induce a apoyar las opiniones del gobierno. Su existencia permite determinados discursos que constituyen un efecto amedrentador en los periodistas, pues se disuade la crítica al gobierno en turno.

Los senadores dicen que estamos en presencia del *chilling effect* estudiado por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Ese efecto intimidatorio es una forma de autocensura para no expresar discursos que pueden acarrearle consecuencias negativas al periodista o al medio.⁹⁸ La Ley General de Comunicación Social no permite cambiar el sistema de contratación de los gobiernos mexicanos. En México se seguirá privilegiando vía la contratación a ciertos medios de comunicación y excluyendo a otros, sin criterios precisos.

⁹⁸ *Virginia v. Black*, 538 US 343, 367 (2003); *New York v. Ferber*, 458 US 747, 769, n. 24 (1982), y *Dombrowski v. Pfister*, 380 U.S. 479 (1965).

En el segundo concepto de invalidez se sostiene que la Ley General de Comunicación Social incumple el mandato establecido por el órgano constituyente y por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Lo anterior se señala porque a juicio de los impugnantes no se cumple con la sentencia recaída en el Amparo en Revisión 1359/2015. En esa resolución la Corte ordenó al Congreso a cumplir con el artículo tercero transitorio del decreto de la reforma constitucional del 10 de febrero de 2014 y, en consecuencia, a emitir una ley que regule el párrafo octavo del artículo 134 constitucional.

A pesar del mandato constitucional, la ley no definió cómo se cumplirá con los principios de eficacia, eficiencia, transparencia, economía y racionalidad presupuestaria, honradez, objetividad e imparcialidad. La ley tampoco estableció con prolijidad las sanciones y los procedimientos para los casos en que se viole el párrafo octavo del artículo 134 constitucional. La ley igualmente no contempla criterios precisos para la asignación de recursos públicos entre los medios con lo que se mantiene la discrecionalidad y arbitrariedad en la asignación. La ley no estableció topes generales en publicidad oficial ni los topes para el gasto máximo en cada medio.

En el tercer concepto de invalidez se considera infringida la libertad de imprenta. Ello se esgrime porque la ley contempla la creación de un Padrón Nacional de Medios de Comunicación que estará bajo la coordinación de la Secretaría de Gobernación, que a su vez emitirá los lineamientos y reglas con las que dicho padrón operará. Esto supone una especie de club en que aquellos medios de comunicación que aspiren a obtener contratos de publicidad oficial deberán cubrir los requisitos para entrar a dicho club. Los medios que se adapten a lo que el Estado disponga se verán beneficiados con fuertes sumas, lo que pone en riesgo el derecho colectivo a la libertad de expresión.

Los senadores estiman en este tercer concepto de invalidez que el Estado tiene a través de la Ley General de Comunicación Social y el Padrón Nacional de Medios de Comunicación que

ésta prevé, un instrumento para controlar a la prensa por su carácter constitutivo. Se trata de una forma de censura indirecta ejercida por el peso del dinero que los poderes públicos gastan en publicidad gubernamental, mismos que distribuyen con amplia discrecionalidad.

En el cuarto concepto de invalidez se aprecia violado el derecho de las audiencias. Se expone que el derecho de las audiencias implica recibir contenidos que reflejen el pluralismo ideológico, político, social, cultural y lingüístico de la nación.⁹⁹ La Ley General de Comunicación Social no señala un mecanismo específico para que los ciudadanos puedan distinguir los mensajes producto de la publicidad oficial, sobre todo cuando se trata de tiempos comerciales, tampoco se establecen reglas para que los usuarios de las audiencias constaten la veracidad de los mensajes que difunde el gobierno, y no se reglamentan los criterios que deben observarse para elegir a los medios de comunicación que transmiten los mensajes oficiales.

Los derechos de las audiencias implican una amplia gama de canales comunicativos que tiendan a expresar la diversidad social, política y cultural nacional y de otros países; la posibilidad de participar en los procesos de producción de información de interés público; que los usuarios sean representados dignamente en formatos mediáticos factuales y ficcionales, lo que incluye no ser discriminados por su nacionalidad, condición de clase, etnia, género, discapacidad o preferencia sexual; que se abran espacios a la crítica cultural en distintos formatos y géneros; que se garantice el acceso mediático a diversos patrimonios culturales; que se satisfagan contenidos de calidad, que sean transmitidos íntegramente y en versión original; que los miembros de las audiencias sean considerados copropietarios del patrimonio audiovisual que se va generando; que se permita a las personas organizarse para producir autorrepresentaciones individuales o grupales para ser

⁹⁹ Sobre la revisión histórica de la comunicación social véase García Fajardo, José Carlos, *Comunicación de masas y pensamiento político*, Madrid, Pirámide, 1992.

difundidas por los medios, y servicios técnicos de calidad. Ninguno de los principios anteriores es atendido por la Ley General de Comunicación Social.

Se aduce en el quinto concepto de invalidez que la ley viola los principios internacionales en materia de publicidad oficial,¹⁰⁰ así como los señalados en el artículo 134 constitucional. La ley no satisface principios como los siguientes: 1) no es clara ni precisa; 2) no garantiza objetivos legítimos de la publicidad; 3) no contempla criterios claros de distribución de pautas estatales; 4) no regula una planeación adecuada; 5) no hay previsión sobre mecanismos transparentes de contratación; 6) no se establecieron mecanismos de transparencia ni de rendición de cuentas; 7) no existe control externo de la asignación publicitaria, y 8) no se brinda pluralismo informativo en la publicidad oficial.

Los senadores impugnantes aprecian que debería existir un órgano autónomo, revestido con las facultades necesarias para revisar las propuestas presentadas de propaganda gubernamental y que éstas cumplan con las reglas que previamente deben establecerse en la ley de la materia, que vele por el cumplimiento de los principios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez.

Se señala que, en la ley impugnada, no sólo no hay reglas claras, sino que existe una total discrecionalidad para que la Secretaría de Gobernación y sus equivalentes en los estados, dispongan libremente de los recursos públicos para favorecer a ciertos medios y castigar a otros. En la ley hay ausencia de reglas que materialicen los principios internacionales. No hay bases que permitan que la publicidad oficial de certeza a los ciudadanos sobre lo qué se debe transmitir en los tiempos oficiales y para que el gasto destinado a ello sea erogado de manera transparente y eficaz.

¹⁰⁰ Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial y Libertad de Expresión. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 7 de marzo de 2011.

El sexto concepto de invalidez alude a las distintas violaciones al proceso legislativo que invalidan la ley. Con apoyo en lo resuelto en la acción de inconstitucionalidad 52/2006, los senadores sostuvieron que no existió una deliberación incluyente que incorporara a todos los grupos parlamentarios. Las violaciones al proceso parlamentario son trascendentes porque no satisficieron los siguientes parámetros: 1) el procedimiento legislativo no respetó el derecho a la participación de todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria, en condiciones de libertad e igualdad; 2) el procedimiento legislativo no culminó con la correcta aplicación de las reglas de votación establecidas, y 3) hubo fases del procedimiento parlamentario que no fueron públicas.

En el procedimiento parlamentario se aprobó por el Pleno del Senado un Acuerdo de la Mesa Directiva del Senado del 24 de abril de 2018 que modificó el proceso legislativo previsto en la ley y en el Reglamento del Senado. El punto segundo de ese acuerdo estableció que:

En caso de que las Comisiones Unidas de Gobernación; Radio, Televisión y Cinematografía; y de Estudios Legislativos Primera, no remitan, a más tardar, para el martes 24 de abril de 2018 a la Mesa Directiva el dictamen de proyecto de decreto por el que se expide la Ley General de Comunicación Social, recaído a la minuta enviada por la Cámara de Diputados para su trámite procesal legislativo, la Mesa Directiva acuerda que su Presidente, en la sesión plenaria inmediata siguiente a la fecha mencionada, les retire el proyecto y en sus términos lo presente al Pleno para su discusión y votación.

El citado acuerdo modificó en su articulado todo el procedimiento previsto en el Reglamento del Senado, pues se trastocó la oportunidad de discusión en comisiones.

El hecho anterior acredita, a juicio de los senadores, que se produjo un vicio formal y material en la Ley General de Comunicación Social. Resulta claro, desde el punto de vista de los senadores impugnantes, que no existió el debate democrático ne-

cesario para el respeto a los principios y valores establecidos en la Constitución. Las propuestas de distintos senadores no fueron tomadas en consideración por las comisiones encargadas de dictaminar la minuta de la Cámara de Diputados porque las comisiones no dictaminaron. La Ley General de Comunicación Social aprobada por el Pleno de la Cámara de Senadores el día 25 de abril de 2018, careció de los elementos necesarios para cumplir con el reclamo de la sociedad civil, pues muchos de los argumentos de organizaciones no gubernamentales como Fundar o Artículo 19 fueron totalmente excluidos del debate parlamentario.

Para los senadores impugnantes fue muy grave que no se tomaran en consideración por las Comisiones del Senado, propuestas como la de la iniciativa #MediosLibres, que en su momento insistió que se requería lo siguiente: 1) una Ley General y completa que incluyera a todas las autoridades de los tres órdenes de gobierno, los tres poderes de la Unión, los organismos públicos y cualquier persona que ejerciera o dispusiera de recursos públicos por concepto de publicidad oficial. La ley debía impedir abusos, por ejemplo: *a)* el contenido propagandístico de la publicidad; *b)* la discrecionalidad y discriminación en su asignación; *c)* la opacidad en la contratación y el ejercicio de los recursos; *d)* las deficiencias en la planeación; *e)* la ausencia de rendición de cuentas y de sanciones; *f)* la inequidad de la contienda, y *g)* la utilidad de las campañas; 2) la publicidad debe contener una definición clara de la publicidad oficial y no sólo incluir la publicidad acordada con los medios. También debe ser considerada la publicidad colocada en la vía pública, así como la de las redes sociales y plataformas digitales; 3) la publicidad oficial no debe ser entendida como una suerte de subsidio a los medios. El Estado debe apoyar a los medios con otro tipo de subsidios que garanticen la protección del pluralismo y de la diversidad cultural y lingüística; combatir la concentración, y ayudar a la industria mediática; 4) deben existir mecanismos de control externo para vigilar la asignación de contratos y ejercicio de recursos públicos para la publicidad oficial.

El Senado ignoró, a juicio de los senadores impugnantes, todas las recomendaciones que se hicieron llegar a las comisiones dictaminadoras, obvió las iniciativas presentadas en la materia por parte de los legisladores, y rechazó las aportaciones de la sociedad civil.

Las comisiones del Senado encargadas de dictaminar, cuando se reunieron los días 19 y 24 de abril de 2018, desoyeron todo tipo de objeciones y propuestas de modificación a la Minuta enviada por la Cámara de Diputados desde el 10 de abril de ese año al Senado. Entre las objeciones más importantes estuvo la de algunos senadores que en comisiones pidieron reglas claras en la forma en la que se debía asignar el gasto en publicidad oficial y que puntualizaron que era debido que se creara un órgano autónomo que administrara y sancionara la ley de la materia.

La sesión de las Comisiones Unidas del Senado de 19 de abril de 2018 concluyó con una votación en donde dos de las tres comisiones votaron en contra del dictamen —en la sesión extraordinaria del 24 de abril de 2018 la de Gobernación votó a favor, existió empate en la Comisión de Radio, Televisión y Cinematografía, y en la de Estudios Legislativos Primera votó en contra del dictamen—. Los senadores impugnantes señalan que el presidente de la Comisión de Gobernación del Senado impuso ante el resultado de las votaciones sus puntos de vista contra toda lógica jurídica e impidió que se destrabaran esos resultados.

En el Pleno del Senado se dispensaron las dos lecturas del dictamen, sin existir entre una y otra dispensa más de diez minutos de diferencia. Se vulneró el artículo 195 del Reglamento del Senado que determina que cada lectura debe realizarse en sesión consecutiva. No pueden desahogarse las dos lecturas y mucho menos su dispensa en una misma sesión. El dictamen que no fue aprobado en Comisiones se puso a consideración del Pleno del Senado para su discusión y aprobación, lo que se realizó el 25 de abril de 2018.

Por las razones anteriores exigen la invalidez integral de la Ley General de Comunicación Social.

III. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presentó acción de inconstitucionalidad en contra de la totalidad de la Ley General de Comunicación Social y respecto a sus artículos 4o., fracción VI, en la porción normativa que dice: “Son los que pueden ser captados simultáneamente por una gran cantidad de individuos”, 5o., último párrafo, 20, 27, 29, segundo párrafo, 35, 37, 45 y segundo transitorio.

Se estiman violados los artículos 1o., 6o., 7o., 14, 16 y 134 de la Constitución; los artículos 1o., 2o., 9o., 13 y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así como los artículos 3o. y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los derechos humanos infringidos según la demanda son: la libertad de expresión, el acceso plural a la información, derecho a la igualdad y no discriminación, derecho a la seguridad jurídica, derecho de acceso a la justicia, principio de legalidad y principio de reserva de ley.

En su primer concepto de violación la Comisión Nacional de Derechos Humanos estima que la ley no contiene reglas claras y transparentes sobre la asignación del gasto en comunicación social. La ley a juicio de la Comisión no cumple con los parámetros previstos armónicamente en los párrafos primero, octavo y noveno del artículo 134 constitucional ni con lo establecido en el artículo tercero transitorio del Decreto de reforma constitucional del 10 de febrero de 2014 ni con las consideraciones de la Suprema Corte de Justicia al resolver el amparo en revisión 1359/2015.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos había señalado que la publicidad oficial, a diferencia de la publicidad convencional, no tiene como finalidad promover productos y servicios con un fin comercial, su propósito es la concientización de la ciudadanía sobre temas de interés común, es un canal entre el gobierno y la sociedad para informarla, a fin de que ésta pueda

participar activamente en la toma de decisiones y ejercer plenamente sus derechos.

En cuanto hace a la publicidad oficial, dice la CNDH, el legislador debe garantizar a los ciudadanos que los recursos de los que disponga serán destinados a los fines para los cuales hayan sido recaudados, que se gasten de la manera más eficiente y se logren resultados tangibles para la población, que se rindan cuentas oportunamente a los habitantes sobre su aplicación y asegurar el carácter institucional que debe animar a dicha comunicación y los fines informativos, educativos o de orientación social que se deben perseguir.

En este sentido, la ley debe ser plenamente clara y debe impedir decisiones discrecionales en manos de los funcionarios, tal como ha precisado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al emitir los “Principios sobre la Regulación de Publicidad Oficial en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”,¹⁰¹ los que constituyen las bases mínimas para la regulación en la materia.

Estos principios son los siguientes:

- 1) Establecimiento de leyes especiales, claras y precisas, que exige satisfacer los siguientes estándares:
 - a) Los Estados están obligados a adoptar reglas legales específicas sobre publicidad oficial en cada uno de los niveles de gobierno. La carencia de un marco legal específico y adecuado para la definición de los objetivos, la asignación, contratación y control de la pauta estatal permite una utilización arbitraria de estos recursos en detrimento de la libertad de expresión.
 - b) Los Estados tienen el deber de adoptar lineamientos legales claros y concretos como parte integral de su

¹⁰¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Principios sobre la Regulación de Publicidad Oficial en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, 2011, párrafo 33.

- deber de garantizar el ejercicio de la libertad de expresión.
- c) La norma debe contener una adecuada regulación de los mecanismos de producción y asignación de la pauta estatal con el objeto de limitar la excesiva discrecionalidad que permite la violación de los derechos a las libertades de pensamiento y expresión.
 - d) Las buenas prácticas, los mecanismos informales, las regulaciones defectuosas o dispersas no son suficientes para evitar las violaciones a la libertad de expresión.
 - e) Se debe definir a la publicidad oficial de manera sencilla y abarcadora, por ejemplo, estableciendo que la publicidad estatal es toda comunicación, anuncio o espacio solventado con fondos públicos, en cualquier medio de comunicación y en cualquier soporte.
 - f) Las diferentes etapas vinculadas a la producción, contratación, distribución y control del aviso del sector público y privado costeados con fondos públicos deben encontrarse comprendidas en esta regulación.
 - g) Las reglas legales específicas de publicidad oficial deben incorporar los principios de interés público, transparencia, rendición de cuentas, no discriminación, eficiencia y buen uso de los fondos públicos.
 - h) El marco legal debe incluir una descripción exhaustiva de su ámbito de aplicación.
 - i) La regulación debe incluir sanciones apropiadas para la violación de las disposiciones.
- 2) Objetivos legítimos de la publicidad oficial que están vinculados con la utilidad pública y no constituir propaganda encubierta con gobernantes o de sus intereses, ni ser utilizada para la estigmatización de sectores opositores o críticos del gobierno.
 - 3) Criterios de distribución de la pauta estatal. Se deben establecer procedimientos que reduzcan la discrecionalidad.

Por eso, los criterios deben estar preestablecidos, ser claros, transparentes y objetivos.

- 4) Planificación adecuada. Las instancias del Estado deben realizar una adecuada planeación de la publicidad estatal para no propiciar un ejercicio abusivo de los fondos públicos que se destinan a ella.
- 5) Mecanismos de contratación. Los procedimientos deben ser abiertos. Se deben privilegiar las licitaciones públicas. Las modalidades diversas de contratación deben estar justificadas y ser excepcionales.
- 6) Transparencia y acceso a la información. Todos los datos y hechos vinculados a las decisiones adoptadas en materia de publicidad oficial deben ser completamente públicos.
- 7) Control externo de la asignación publicitaria. Un órgano autónomo debe encargarse de monitorear la asignación de publicidad oficial, incluyendo las auditorías sobre los gastos.
- 8) Pluralismo informativo y publicidad oficial. La publicidad oficial no debe entenderse como un mecanismo de ayuda indirecta o subsidio a los medios.

La Ley General de Comunicación Social no cumple con los anteriores principios, ni con los convencionales ni con los constitucionales, por las siguientes razones:

- 1) Delega en normas infralegales el establecimiento de criterios de selección del medio de comunicación para la asignación de la pauta de publicidad oficial.
- 2) La ley no contempla criterios objetivos, claros y transparentes en los que las dependencias puedan fundar y motivar la elección de contratación de medios publicitarios.
- 3) La Ley favorece la discrecionalidad en el otorgamiento de la publicidad oficial. No se establecen, por ejemplo, topes de gasto en la materia ni topes de asignación para cada medio y cada campaña.
- 4) La organización del Padrón Nacional de Medios de Comunicación Social no se prevé exhaustivamente en la ley.

Se delega esa organización a normas administrativas, lo que abre la puerta para la asignación arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial que permitirá presionar, castigar, premiar y privilegiar a ciertos medios y comunicadores.

- 5) La ley por lo mismo no garantiza condiciones de igualdad de trato entre los medios.
- 6) Se incumple el mandato del último párrafo del artículo 134 constitucional que señala que la comunicación social se debe regular por ley.
- 7) La ley no regula con suficiencia las responsabilidades ni las sanciones. En particular, la ley no establece claramente las sanciones de índole administrativa, civil o penal que serán aplicables. Los superiores jerárquicos al tenor del artículo 45 de la ley son los que decidirán si proceden al respecto por la violación a la ley.
- 8) La ley en su artículo 5o., último párrafo, establece en contra de la Constitución que la Secretaría Administradora deberá contemplar en los lineamientos que emita, los criterios de selección del medio de comunicación correspondiente.
- 9) El artículo 20 de la ley dispone que las Secretarías Administradoras emitirán anualmente los lineamientos que contengan las reglas relativas a la difusión de las campañas de carácter industrial, comercial, mercantil y de promoción de publicidad que promuevan o publiciten la venta de productos o servicios que generan algún ingreso para el Estado.
- 10) El artículo 27 de la ley alude a lineamientos para las estrategias, programas y campañas de comunicación social y normas administrativas en materia presupuestaria.
- 11) Los artículos 35, 37 y el segundo transitorio de la ley habilitan a la Secretaría de Gobernación para establecer lineamientos que organicen el Padrón Nacional de Medios de Comunicación.

- 12) La referencia indiscriminada que la ley impugnada realiza respecto a la creación de lineamientos y la ausencia de parámetros claros en la misma a los que deberán ceñirse los sujetos obligados genera una afectación a la seguridad jurídica, tanto para los entes públicos como para los medios y las personas, dada las dimensiones individual y social de la libertad de expresión.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos recuerda el Informe de 2017 que los relatores especiales para la libertad de expresión tanto de la ONU, como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, emitieron respecto a México, en donde en el párrafo 55 del mismo señalaron que:

En una decisión de suma relevancia, la Suprema Corte recientemente ordenó al Congreso desarrollar regulaciones para la práctica de publicidad oficial. Según algunos informes, el gobierno federal ha gastado más allá de 34 mil millones de pesos en los últimos cuatro años en dicha publicidad. Las reglas de esa publicidad son oscuras, que llevan a muchos a concluir, con evidencia sustancial, que los actores de gobierno utilizan los fondos de publicidad para dar forma y distorsionar la cobertura de medios y difuminar las líneas entre historias de noticias verificables y propaganda o incidencia política. Ese gasto también sirve como subsidio para mantener los medios heredados a flote para el detrimento de fuentes alternativas de información. Acogemos la decisión de la Suprema Corte e instamos al Congreso a no sólo adoptar reglas claras y públicas que rigen la publicidad y aseguran reportajes frecuentes y específicos, sino que también desarrollan un plan para limitar de forma progresiva esos gastos en conjunto, en consulta con la sociedad civil y los expertos pertinentes. Manifestamos nuestra disponibilidad para proporcionar asesoría técnica al Congreso en relación con las normas internacionales sobre publicidad oficial en los meses venideros antes de la adopción de esa ley.¹⁰²

¹⁰² Oficina del Alto Comisionado de la Organización de las Naciones Uni-

En este sentido, la ley impugnada carece de reglas claras, lo que se traducirá en discrecionalidad y arbitrariedad del Estado. El gasto en publicidad oficial se empleará como mecanismo de censura indirecta. Se castigará a los medios críticos al gobierno con el uso discrecional y arbitrario de la publicidad oficial.

La deficiencia normativa no es menor porque tiene un efecto disuasivo en el ejercicio de la libertad de expresión. La arbitrariedad que se deriva de la deficiente regulación pudiera llevar a determinados medios a adoptar posiciones deferentes con el gobierno con la finalidad de no verse afectados con perder recursos asignados a la difusión de la publicidad oficial.

En su segundo concepto de invalidez la Comisión Nacional de los Derechos Humanos señala que la porción normativa prevista en la fracción IV del artículo 4o. de la ley que dice: “Son los que pueden ser captados simultáneamente por una gran cantidad de individuos”, transgrede la libertad de expresión y el acceso plural a la información contenidos en los artículos 1o., 6o. y 7o. de la Constitución; 1o. y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así como el artículo 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

El artículo 4o., fracción IV, de la ley es inconstitucional e inconveniente porque excluye injustificadamente del ámbito de la aplicación de la ley a todos aquellos medios que no cuentan con la capacidad de ser captados por un gran número de personas, excluyendo a aquellos que no tengan la suficiencia económica para participar equitativamente en un proceso de selección y en consecuencia complica su subsistencia.

La norma que se considera inconveniente lo es porque, además, a juicio de la CNDH, vulnera lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha insistido en la

das y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Observaciones preliminares del Relator Especial de la ONU sobre la libertad de expresión y el Relator Especial sobre la libertad de expresión de la CIDH después de su visita conjunta en México, 27 de noviembre-4 de diciembre 2017”, México 2017, párrafo 55.

necesidad de garantizar la libertad de expresión mediante la difusión más amplia de todas las informaciones y opiniones.¹⁰³ El artículo 4o., fracción IV, de la ley lo impide cuando define por medio de comunicación sólo a aquél que puede ser captado simultáneamente y por una gran cantidad de individuos.

Al respecto, son medios de comunicación, en cualquiera de sus modalidades, independientemente del alcance de su mensaje, aquéllos que constituyen un vehículo para permitir un diálogo plural en la sociedad. La conceptualización de lo que es un medio de comunicación no depende de la cantidad de individuos que reciban el mensaje de dicho medio y no es necesario que la audiencia se constituya con un gran número de individuos.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha dicho que un Estado no puede negarle el ingreso a la publicidad oficial a los medios de poco alcance social, porque ello puede implicar un criterio discriminatorio que penaliza a ciertos medios a ejercer la libertad de expresión.¹⁰⁴ La norma impugnada al considerar sólo como medios de comunicación a ciertos medios es discriminatoria.

Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Observación General número 34, ha reconocido que en la función periodística participan una amplia variedad de personas, como analistas y reporteros profesionales y de dedicación exclusiva, autores de blogs y otros que publican por su propia cuenta en medios de prensa, en Internet o en cualesquiera otros medios.¹⁰⁵

¹⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de julio de 2004, serie C, núm. 107, párrafo 117.

¹⁰⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo V Violaciones Indirectas de la Libertad de Expresión: Asignación Discriminatoria de la Publicidad Oficial, 2003, párrafo 12.

¹⁰⁵ Organización de las Naciones Unidas, Observación General núm. 34. Artículo 19. Libertad de Opinión y Libertad de Expresión, párrafo 44.

Los medios deben estar abiertos a todos, sin discriminación. Se debe evitar que ciertos medios estén excluidos a priori del acceso a la publicidad oficial. Es indispensable la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, y la garantía de protección a la libertad e independencia *de los* periodistas.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos establece en su impugnación que cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo se trata del derecho de ese individuo, sino también del derecho de todos a recibir informaciones e ideas, de lo que resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especial.¹⁰⁶

La definición que plantea el artículo 4o., fracción IV, de la ley, sobre lo qué es o no es medio de comunicación, plantea una restricción grave que obstaculiza la garantía de la libertad de expresión en un plano de igualdad y no discriminación, al no hacer efectivo el pluralismo de medios.¹⁰⁷ El Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo.

A juicio de la CNDH, el Estado mexicano tiene el deber de tomar las medidas para evitar que no se genere un escenario de exclusión y discriminación a través de normas como la prevista en el artículo 4o., fracción IV de la Ley General de Comunicación Social. La ley no debe imponer limitantes de ninguna índole a ciertos medios de comunicación para poder participar en mecanismos formales de contratación frente a otros medios, cualesquiera que sean sus circunstancias en relación con su capacidad económica para difundir campañas oficiales.

¹⁰⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985 solicitada por el gobierno de Costa Rica, párrafo 30.

¹⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de junio de 2015, serie C, núm. 293, párrafo 142.

En la impugnación se recuerda al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que ha sostenido que las razones de exclusión contrarias al artículo 1o. de la Constitución no sólo surgen por las desigualdades de hecho, sino también por las complejas prácticas sociales, económicas e, incluso, prejuicios y sistemas de creencias que desplazan a grupos de ámbitos en los que de un modo u otro están insertos.¹⁰⁸

La fracción IV del artículo 4o. de la Ley General de Comunicación Social resulta discriminatoria pues excluye, sin sustento constitucional, a los medios de comunicación que no pueden ser captados por un gran número de personas.

En su tercer concepto de invalidez la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sostiene que los artículos 35, 37, y el segundo párrafo del segundo transitorio de la Ley General de Comunicación Social son inconstitucionales e inconvenientes, al establecer que los medios que pretendan participar en la contratación de comunicación social deberán estar inscritos previamente en el Padrón Nacional de Medios de Comunicación, y al disponerse que la Secretaría de Gobernación llevará a cabo la organización de dicho Padrón de conformidad con los Lineamientos que para tal efecto expida, lo que vulnera el derecho a la seguridad jurídica, así como el principio de legalidad, e igualmente transgrede la obligación constitucional de reserva de ley.

Para la CNDH, el artículo 134, párrafo octavo, de la Constitución, de manera precisa determina que toda la regulación en materia de comunicación social debe ser de carácter legal, por lo que la remisión a los lineamientos de la Secretaría de Gobernación para que se normen criterios, materias o principios en el ámbito de la comunicación social es inconstitucional. Los preceptos impugnados violentan el principio de reserva de ley.

También es restrictivo y discriminatorio que se obligue a los medios a registrarse en el Padrón Nacional de Medios de Comu-

¹⁰⁸ Amparo directo en revisión 466/2011, resuelto en sesión del 23 de febrero de 2015, por el Tribunal Pleno por mayoría de siete votos, bajo la ponencia del ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

nicación para acceder a la publicidad oficial y que la regulación en este aspecto sea administrativa y no de carácter legal. Además, se violenta el principio de seguridad jurídica porque todo lo concerniente al Padrón Nacional de Medios de Comunicación no deriva de una Ley clara y precisa, sino de disposiciones administrativas.

La inscripción previa de los medios de comunicación en el Padrón Nacional puede ser estimada como una exigencia desproporcionada, pues, en sentido similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la colegiación obligatoria de periodistas es una medida estatal que constituye un medio indirecto de restricción de la libertad de expresión.¹⁰⁹

Por otra parte, aunque se considerara constitucional la obligación de inscripción obligatoria en el Padrón para acceder a la publicidad oficial, de cualquier modo, las disposiciones impugnadas son inconstitucionales porque la ley faculta a autoridades administrativas para regular este tópico de la ley menoscabando el principio de reserva de ley.

La ley impugnada no establece las bases mínimas que deberán observarse para la elegibilidad, idoneidad, permanencia, suspensión y/o cancelación del registro de los medios. La ley delega inconstitucionalmente a una Secretaría Administrativa la competencia para regular un asunto que sólo debería corresponderle al legislador.

De este modo, la inscripción al Padrón Nacional, además de estar a cargo de manera exclusiva de la Secretaría de Gobernación, excluye a todos aquellos medios que no cuenten con la capacidad de ser captados por un gran número de personas y, a *contrario sensu*, los grandes medios de comunicación con la capacidad de ser captados simultáneamente por una gran cantidad de personas, en aptitud de ser registrados.

¹⁰⁹ Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985: La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) solicitada por el Gobierno de Costa Rica, párrafo 76.

Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de octubre de 2000, estableció que la publicidad oficial no debe usarse para presionar, castigar, premiar y privilegiar a ciertos medios de comunicación. Los medios tienen derecho a realizar su función de forma independiente.

La exigencia del empadronamiento de los medios en el Padrón puede estimarse como una limitante de la libertad de expresión e incluso como una presión indirecta del Estado para silenciar su labor informativa. El Padrón Nacional de Medios sólo tiene sentido constitucional si se entiende con la exclusiva finalidad de facilitar la transparencia y objetividad de la contratación. En otras palabras, la inscripción en el Padrón no debe ser para la contratación de la publicidad oficial, sino para dar más transparencia a los procesos de contratación.

La transgresión al derecho de seguridad jurídica y al principio de legalidad se configura cuando la esfera jurídica de los gobernados se ve afectada por parte de una autoridad que actúa sin un sustento legal para hacerlo o cuando se realiza de una forma alejada de los contenidos de la Constitución.

Finalmente, la Comisión Nacional de Derechos Humanos acude a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible para sostener que los Estados deben garantizar: la igualdad de oportunidades, la creación de instituciones sólidas, la adopción de medidas inclusivas, representativas y participativas, y el acceso público a la información como algunas metas a alcanzar para la consecución del desarrollo sostenible. A su juicio la Ley General de Comunicación Social no cumple con esos objetivos.

IV. CONCLUSIONES

Ambas acciones de inconstitucionalidad coinciden en la desatención de la Ley General de Comunicación Social a los principios básicos a los que ésta debe ceñirse. Estos principios son: el esta-

blecimiento de leyes especiales, claras y precisas; objetivos legítimos de la publicidad oficial que están vinculados con la utilidad pública y no constituyan propaganda encubierta a favor de los gobernantes o de sus intereses, ni ser utilizada para la estigmatización de sectores opositores o críticos del gobierno; criterios de distribución de la pauta estatal. Además, se deben establecer procedimientos que reduzcan la discrecionalidad. Por eso, los criterios deben estar preestablecidos, ser claros, transparentes y objetivos; planificación adecuada. Las instancias del Estado deben realizar una adecuada planeación de la publicidad estatal para no propiciar un ejercicio abusivo de los fondos públicos que se destinan a ella; mecanismos de contratación. Los procedimientos deben ser abiertos. Se deben privilegiar las licitaciones públicas. Las modalidades diversas de contratación deben estar justificadas y ser excepcionales; transparencia y acceso a la información. Todos los datos y hechos vinculados a las decisiones adoptadas en materia de publicidad oficial deben ser completamente públicos; control externo de la asignación publicitaria. Un órgano autónomo debe encargarse de monitorear la asignación de publicidad oficial, incluyendo las auditorías sobre los gastos; pluralismo informativo y publicidad oficial. La publicidad oficial no debe entenderse como un mecanismo de ayuda indirecta o subsidio a los medios.

La Ley General de Comunicación Social no cumple con los anteriores principios, ni con los convencionales, ni con los constitucionales. Fundamentalmente no se cumple con lo dispuesto en el párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución. Una y otra vez la ley impugnada trastoca los fines de la publicidad oficial permitidos constitucionalmente y vulnera el principio de reserva de ley. La ley delega en normas infralegales el establecimiento de criterios de selección del medio de comunicación para la asignación de la pauta de publicidad oficial. La ley no contempla criterios objetivos, claros y transparentes en los que las dependencias puedan fundar y motivar la elección de contratación de medios publicitarios. La ley favorece la discrecionalidad en el otorgamiento de la publicidad oficial. No se establecen, por ejemplo,

topes de gasto en la materia ni topes de asignación para cada medio y cada campaña. Además, la organización del Padrón Nacional de Medios de Comunicación Social no se prevé exhaustivamente en la ley. Se delega esa organización a normas administrativas, lo que abre la puerta para la asignación arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial que permitirá presionar, castigar, premiar y privilegiar a ciertos medios y comunicadores. La ley, por lo mismo, no garantiza condiciones de igualdad de trato entre los medios. Igualmente, la ley no regula con suficiencia las responsabilidades ni las sanciones. En particular, la ley no establece claramente las sanciones de índole administrativa, civil o penal que serán aplicables. Los superiores jerárquicos al tenor del artículo 45 de la ley son los que decidirán si proceden al respecto por la violación a la ley.

Por todas las razones esgrimidas en las acciones de inconstitucionalidad, la Ley General de Comunicación Social debe ser declarada inconstitucional en términos integrales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Bien podemos decir que la Ley General de Comunicación Social, además de sus inconstitucionalidades e inconventionalidades, es una expresión del poder, tal como lo expone Manuel Castells cuando dice:

El poder se ejerce mediante la coacción (o la posibilidad de ejercerla) y/o mediante la construcción de significado partiendo de los discursos a través de los cuales los actores sociales guían sus acciones. Las relaciones de poder están enmarcadas por la dominación, que es el poder que reside en las instituciones de la sociedad. La capacidad relacional del poder está condicionada, pero no determinada, por la capacidad estructural de la dominación. Las instituciones pueden mantener relaciones de poder que se basan en la dominación que ejercen sobre sus sujetos.¹¹⁰

¹¹⁰ Castells, Manuel, *Comunicación y poder*, Madrid, Alianza, 2009, p. 33.