

PRINCIPIOS SOBRE REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD OFICIAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Existen distintas formas de afectar ilegítimamente la libertad de expresión, desde el extremo de su supresión radical mediante actos de censura previa hasta mecanismos menos evidentes, más sutiles y sofisticados. El artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere, específicamente, a estos mecanismos indirectos que tienden a “impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. En efecto, dicho artículo establece:

“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”.

2. Los mecanismos indirectos de restricción se ocultan detrás de acciones aparentemente legítimas que, sin embargo, son adelantadas con el propósito de condicionar el ejercicio de la libertad de expresión de los individuos. Cuando eso sucede, se configura una violación del artículo 13.3 de la Convención. Como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la “Corte Interamericana” o “Corte”), resulta violatorio de la libertad de expresión “todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención”¹.

3. Los mecanismos de censura “indirecta” prohibidos por el artículo 13.3 de la Convención Americana fueron objeto de atención por parte de distintos órganos del sistema interamericano. Interpretando el artículo 13.3 citado, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CIDH”), establece en su principio 5 que “[l]a censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión”. Y en su principio 13 indica que “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

¹ Corte I.D.H. *La Colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 55.

líneas informativas, atentan contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley”².

4. Estos mecanismos de restricción fueron también objeto de análisis por parte de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, que en su Informe Anual 2003 llamó la atención sobre estas “obstrucciones oscuras, impuestas silenciosamente [que] no dan lugar a investigaciones ni merecen una censura generalizada”³. La cuestión también fue abordada por esta oficina en sus Informes de 2008⁴ y 2009⁵.

5. La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha condenado en distintas ocasiones la adopción de medidas estatales que constituyen medios indirectos de restricción de la libertad de expresión. Así, por ejemplo, ha condenado la exigencia de la colegiatura obligatoria de periodistas⁶, el uso arbitrario de las facultades de regulación del Estado cuando éste ha sido utilizado para iniciar acciones intimidatorias contra las directivas de un medio de comunicación, o para revocar la nacionalidad del director de un medio como consecuencia de la línea editorial de los programas que transmite⁷. También ha cuestionado las declaraciones de funcionarios públicos cuando, dado el contexto, pueden constituir “formas de injerencia directa o indirecta o presión lesiva en los derechos de quienes pretenden contribuir a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento”⁸. Asimismo la Corte Interamericana ha sostenido que sería una restricción indirecta la exigencia desproporcionada o discriminatoria de “acreditaciones o autorizaciones a los medios de prensa para la participación en eventos oficiales”⁹.

² Del mismo modo, la Declaración de Chapultepec (adoptada por la conferencia hemisférica sobre libertad de expresión celebrada en México, D.F. el 11 de marzo de 1994) establece en el Principio 7 explícitamente que: “Las políticas arancelarias y cambiarias, las licencias para la importación de papel o equipo periodístico, el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión y la concesión o supresión de publicidad estatal, no deben aplicarse para premiar o castigar a medios o periodistas”. Aunque no es jurídicamente vinculante, la Declaración es una manifestación de voluntad y apoyo de numerosos dirigentes a la defensa del derecho a la libertad de expresión.

³ CIDH, *Informe Anual 2003*. OEA/Ser. L/V/II.118. Doc. 70, 29 de diciembre de 2003 Volumen III: *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Capítulo V (*Violaciones Indirectas de la Libertad de Expresión: Asignación Discriminatoria de Publicidad Oficial*), párr. 1.

⁴ CIDH, *Informe Anual 2008*. OEA/Ser.L/V/II.134. Doc. 5, 25 de febrero de 2009. Volumen III: *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Capítulo III (*Marco jurídico interamericano del derecho a la libertad de expresión: La prohibición de la censura y de las restricciones indirectas a la libertad de expresión*), párrs. 86 y ss. 129 y ss.

⁵ CIDH, *Informe Anual 2009*. OEA/SER.L/V/II. Doc.51, 30 de diciembre de 2009. Volumen II: *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo III (Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión)*, párrs. 97 y ss. y 157 y ss.

⁶ Corte I.D.H. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 76.

⁷ Corte I.D.H. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia del 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrs. 158 a 163.

⁸ Corte I.D.H. *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 139; Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 151.

⁹ Corte I.D.H. *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 346; Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*.

6. En esta línea, la CIDH ha explicado que un mismo acto estatal puede constituir simultáneamente tanto una limitación de la libertad de expresión contraria a los requisitos del artículo 13.2 de la Convención Americana, como un medio de restricción indirecto o sutil de la libertad de expresión. Por ejemplo, la aplicación de sanciones penales como consecuencia de determinadas expresiones contrarias a los intereses del gobierno, que constituye una limitación directa de esta libertad contraria al artículo 13 por ser innecesaria y desproporcionada, también constituye una limitación indirecta de este derecho por sus efectos de silenciamiento y amedrentamiento de futuras expresiones, que coartan la circulación de la información, es decir, generan el mismo resultado que la censura directa¹⁰. En igual línea de razonamiento, la CIDH ha expresado que el procesamiento de personas, incluidos periodistas y comunicadores sociales, por el mero hecho de investigar, escribir y publicar información de interés público, viola la libertad de expresión al desestimular el debate público sobre asuntos de interés para la sociedad, ya que la simple amenaza de ser procesado penalmente por expresiones críticas sobre asuntos de interés público puede generar autocensura dado su efecto amedrentador¹¹.

7. Los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OSCE también han abordado el tema de las restricciones indirectas a la libertad de expresión por parte de las autoridades. Por ejemplo, en su Declaración Conjunta de 2002 afirmaron que, “los gobiernos y los órganos públicos nunca deben abusar de su custodia de las finanzas públicas para tratar de influir en el contenido de la información de los medios de prensa; el anuncio de publicidad debe basarse en razones de mercado”. Si bien el tema de la regulación de los medios de comunicación y los requisitos que se deben cumplir para no vulnerar la libertad de expresión no han sido objeto de un pronunciamiento expreso de parte de los organismos del sistema interamericano hasta la fecha, la Declaración Conjunta de 2003 de los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OSCE abordó expresamente este tema condenando “los intentos de algunos gobiernos de limitar la libertad de expresión y de controlar a los medios de comunicación y/o a los periodistas a través de mecanismos regulatorios carentes de independencia o que, de cualquier manera, representan una amenaza a la libertad de expresión”.

8. Finalmente, cabe destacar que las restricciones indirectas también pueden tener origen en actos de particulares, como, por ejemplo, cuando existe un monopolio sobre insumos vitales para el funcionamiento de la industria como, por

Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 375.

¹⁰ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 101.2.a), 101.2.e) y 101.2.k); CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 72.i).

¹¹ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 64.e); CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Transcritos en: Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 101.2).

ejemplo, el papel para periódico o cuando particulares realizan bloqueos que impiden la distribución de medios impresos. En este sentido, la Corte Interamericana ha afirmado que el artículo 13.3 impone a los Estados una obligación de garantía frente a las relaciones entre particulares que puedan derivar en limitaciones indirectas de la libertad de expresión: “el artículo 13.3 de la Convención [Americana] impone al Estado obligaciones de garantía, aún en el ámbito de las relaciones entre particulares, pues no sólo abarca restricciones gubernamentales indirectas, sino también ‘controles [...] particulares’ que produzcan el mismo resultado”¹². Leído en conjunto con el artículo 1.1 de la Convención Americana, ello implica, en criterio del tribunal, que se viola dicho instrumento no sólo cuando el Estado impone a través de sus agentes restricciones indirectas sobre la circulación de ideas u opiniones, sino también cuando ha permitido que el establecimiento de controles particulares genere una restricción de la libertad de expresión¹³.

A. El caso de la publicidad oficial

9. La distribución arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial fue uno de los primeros mecanismos de censura indirecta abordados por el sistema interamericano. En efecto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en su Informe Anual 2003 dedicó un capítulo especial a estudiar el fenómeno y concluyó que “la obstrucción indirecta a través de la publicidad estatal actúa como un fuerte disuasivo de la libertad de expresión”¹⁴. Según indicó en ese momento la Relatoría Especial:

“este tema merece especial atención en las Américas, donde la concentración de los medios de comunicación ha fomentado, históricamente, el abuso de poder por parte de los gobernantes en la canalización del dinero destinado a la publicidad”¹⁵.

10. La distribución arbitraria de publicidad oficial, como otros mecanismos de censura indirecta, opera sobre distintos tipos de *necesidades* que los medios de comunicación tienen para funcionar e *intereses* que pueden afectarlos. Es una forma de presión que actúa como *premio* o *castigo* que tiene por objeto condicionar la línea editorial de un medio según la voluntad de quien ejerce la presión.

11. Como ya fue mencionado, los mecanismos de censura indirecta suelen esconderse detrás del aparente ejercicio legítimo de facultades estatales,

¹² Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 367; Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194. párr. 340.

¹³ Corte I.D.H. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 48.

¹⁴ CIDH. *Informe Anual 2003*, OEA/ Ser. L/ V/ II.118. Doc. 70, 29 de diciembre de 2003. Volumen III: *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Capítulo V (*Violaciones Indirectas de la Libertad de Expresión: Asignación Discriminatoria de Publicidad Oficial*), párr. 13.

¹⁵ CIDH. *Informe Anual 2003*. OEA/ Ser. L/ V/ II.118. Doc. 70, 29 de diciembre de 2003 Volumen III: *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Capítulo V (*Violaciones Indirectas de la Libertad de Expresión: Asignación Discriminatoria de Publicidad Oficial*), párr. 2.

muchas de las cuales se ejercen por los funcionarios en forma discrecional. En consecuencia, estas formas de censura indirecta son particularmente difíciles de detectar, ya que no es fácil determinar con exactitud la línea que separa al ejercicio legítimo de una facultad de la restricción ilegítima de un derecho. Desde este punto de vista, una facultad legítima del Estado puede configurar una violación del derecho a la libertad de expresión si (a) el ejercicio de la facultad estuvo motivado en la posición editorial del sujeto afectado y (b) el ejercicio tuvo por objeto condicionar el libre ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. En el caso de la distribución de la publicidad oficial, se configura un caso de censura indirecta cuando la misma es realizada con fines discriminatorios de acuerdo a la posición editorial del medio incluido o excluido en ese reparto y con el objeto de condicionar su posición editorial o línea informativa.

12. Para determinar cuando hubo o no violación a la libertad de expresión con motivo del ejercicio de esas facultades, es necesario analizar el contexto. En efecto, la Corte Interamericana ha sostenido que “[al] evaluar una supuesta restricción o limitación a la libertad de expresión, el Tribunal no debe sujetarse únicamente al estudio del acto en cuestión, sino que debe igualmente examinar dicho acto a la luz de los hechos del caso en su totalidad, incluyendo las circunstancias y el contexto en los que éstos se presentaron”¹⁶. Siguiendo el mismo razonamiento, sostuvo que “la enunciación de medios restrictivos que hace el artículo 13.3 no es taxativa ni impide considerar 'cualesquiera otros medios' o vías indirectas derivados de nuevas tecnologías (...). Para que se configure una violación al artículo 13.3 de la Convención es necesario que la vía o el medio restrinjan efectivamente, aunque sea en forma indirecta, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”¹⁷.

13. Años después del diagnóstico inicial realizado por esta oficina en relación a la problemática de la publicidad oficial, el problema persiste en muchos países de la región. Si bien se ha avanzado con algunas reformas legales y buenas prácticas, en la mayoría de los países de las Américas subsiste una falta de regulación que favorece la discrecionalidad en la distribución de presupuestos publicitarios estatales que en algunos casos se miden en millones de dólares. Ello fue señalado por diversas organizaciones de la sociedad civil de la región en una audiencia llevada a cabo ante la CIDH el 29 de octubre de 2010 en Washington D.C.¹⁸. Allí se indicó que la falta de regulación adecuada es la principal causa de

¹⁶ Corte I.D.H. *Caso Baruch Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 154. En sentido similar, conf. Corte I.D.H., “*Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*”. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.

¹⁷ Cfr. Corte I.D.H. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 48. Cfr. asimismo Corte IDH *in re Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 340.

¹⁸ CIDH, Audiencia pública realizada el 29 de octubre de 2010 en Washington D.C. sobre “Censura Indirecta y Publicidad Oficial en las Américas”. La audiencia fue solicitada por la Open Society Justice Initiative, la Asociación por los Derechos Civiles (Argentina); el Centro de Archivos y Acceso a la Información Pública (Uruguay) y el Grupo Medios y Sociedad (Uruguay); la Fundación para la Libertad de Prensa (Colombia); el Instituto Prensa y Sociedad (Perú); Article 19 (México); la Fundación Pro Acceso (Chile); el Centro de Análisis e Investigación Fundar (México) y el Instituto de Prensa y Libertad de Expresión (Costa Rica).

que los presupuestos publicitarios puedan ser utilizados para influir en los contenidos de los medios de comunicación.

14. La ausencia de normas legales que regulen la distribución de la pauta fue señalada por la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el caso *Editorial Río Negro S.A. c. Provincia de Neuquén*, en el cual el tribunal indicó que la Provincia de Neuquén había violado la libertad de expresión de un diario al eliminar la publicidad oficial que allí tenía contratada como consecuencia de una cobertura crítica. La Corte Suprema señaló que la Provincia de Neuquén debería establecer un marco legal adecuado que limite la discrecionalidad de los funcionarios públicos e impida ese tipo de arbitrariedades¹⁹.

15. Asimismo, la Corte Suprema de Chile resolvió un reclamo presentado por la Revista *Punto Final* contra la distribución de publicidad oficial realizada por algunos ministerios. Allí, el tribunal consideró que el orden jurídico chileno otorga a los funcionarios “un amplio margen de discrecionalidad” y recomendó que la inversión de publicidad estatal se haga “bajo criterios transparentes y no discriminatorios”²⁰. Además, en Chile, el Congreso de la Nación creó en 2006 una Comisión Especial Investigadora sobre Avisaje del Estado que recomendó que se establezca un régimen legal con reglas claras que determinen criterios y mecanismos de distribución de la pauta estatal. Finalmente, en México la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) señaló que la empresa estatal Petróleos Mexicanos había suspendido la publicidad oficial a la revista *Contralínea* como consecuencia de una investigación de ésta sobre posibles casos de corrupción en esa empresa. La CNDH señaló que es necesario que la empresa estatal “cuente con procedimientos y criterios objetivos, claros, transparentes y no discriminatorios, en el otorgamiento y distribución de publicidad oficial a favor de los distintos medios de comunicación, tanto electrónicos como impresos”²¹.

16. Asimismo, en la audiencia ante la CIDH, las organizaciones solicitantes señalaron que en los países de la región el Estado es, en muchas ocasiones, uno de los principales anunciantes –si no el único- del mercado publicitario, lo que le otorga un peso desmedido y aumenta enormemente el potencial condicionante de la pauta estatal.

17. Uno de los países de la región que cuenta con un marco regulatorio que merece ser estudiado es Canadá. Si bien fue establecido a través de una reglamentación de la Ley de Administración Financiera, la *Política Comunicacional* del Gobierno de Canadá define el objetivo de la comunicación estatal y establece criterios de planificación y distribución de la pauta oficial. En efecto, la reglamentación establece que la comunicación estatal debe procurar “satisfacer las necesidades informativas de la población” e informar al público respetando “la

¹⁹ Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Caso Río Negro*. Sentencia del 5 de septiembre de 2007.

²⁰ Ver Corte Suprema de Chile, Recurso 9148/09, sentencia del 22 de abril de 2010.

²¹ Comisión Nacional de Derechos Humanos, Recomendación 57/2009 del 14 de septiembre de 2009.

libertad, el pluralismo, la seguridad, la sinceridad y el respeto”²². La reglamentación dispone que las instituciones alcanzadas por la norma deben proveer información en forma gratuita cuando la misma es necesaria para que los individuos puedan utilizar los servicios públicos; cuando la información explique los derechos, beneficios y obligaciones de los individuos; cuando se trate de información personal del individuo que solicita esa información y cuando es necesaria para que los ciudadanos comprendan cambios en leyes, políticas, programas o servicios²³. Asimismo, establece que el deber de informar incluye el deber de hacerlo de manera efectiva, lo que implica que la información debe presentarse en forma clara y fácil de entender, y debe ser información objetiva, relevante y útil²⁴. La reglamentación también dispone que las comunicaciones y campañas publicitarias deben planificarse en el marco del plan anual de actividades de cada entidad²⁵; prohíbe las campañas publicitarias que difundan mensajes de partidos políticos y suspende la publicidad durante el período electoral²⁶.

18. Asimismo, Perú cuenta con una ley que regula la Publicidad Oficial desde agosto de 2006²⁷. La norma tiene por objetivo, entre otros, establecer criterios generales para el uso de los recursos presupuestarios en materia de publicidad oficial. La ley exige que las campañas se planifiquen y que se justifiquen técnicamente los medios de comunicación seleccionados para emitir las campañas. Asimismo, la ley prohíbe que los fondos públicos sean destinados a apoyar una candidatura a un puesto de elección popular o a un partido político. También prohíbe que los funcionarios a cargo de las dependencias que realicen campañas publicitarias aparezcan en los anuncios que se difundan en los medios de comunicación. Finalmente, la norma contiene disposiciones de transparencia y sanciones para los funcionarios que incumplen los deberes y obligaciones que prescribe la norma.

19. Normas similares pueden encontrarse en España o el Reino Unido, por ejemplo. En España, la Ley 29 de Publicidad y Comunicación Institucional, sancionada en diciembre de 2005, establece un marco regulatorio que define los objetivos de la pauta oficial; establece que la misma no puede ser utilizada para “destacar los logros de gestión”²⁸ y la prohíbe durante períodos electorales²⁹. En

²² Communication Policy of the Government of Canada, 1 de agosto de 2006, disponible en, <http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=12316§ion=text#cha1>.

²³ Communication Policy of the Government of Canada, 1 de agosto de 2006, sección 2.

²⁴ Communication Policy of the Government of Canada, 1 de agosto de 2006, sección 3.

²⁵ Communication Policy of the Government of Canada, 1 de agosto de 2006, sección 13.

²⁶ Communication Policy of the Government of Canada, 1 de agosto de 2006, sección 23.

²⁷ Ley 28.874 del Perú, sancionada el 14 de agosto de 2006. Disponible en: http://www.censuraindirecta.org/web_files/download/articulos/adjuntos/Ley-28874-de-Publicidad-Estatal-pdf-1586.pdf. Cabe destacar que la norma no habría logrado eliminar la discrecionalidad en la distribución de la pauta publicitaria, en parte como consecuencia de su falta de reglamentación.

²⁸ Ley 29/05 de Publicidad y Comunicación Institucional, sancionada el 29 de diciembre de 2005, artículo 4.1.a, disponible en PDF en <http://www.boe.es/boe/dias/2005/12/30/pdfs/A42902-42905.pdf>.

²⁹ Ley 29/05 de Publicidad y Comunicación Institucional, sancionada el 29 de diciembre de 2005 disponible en PDF en <http://www.boe.es/boe/dias/2005/12/30/pdfs/A42902-42905.pdf>.

el Reino Unido, si bien no existe una ley que reglamente la comunicación institucional del Estado, existe un marco regulatorio en las llamadas “Guías de Decencia” (*Propriety Guides*), que regulan la actividad de los oficiales de prensa de las distintas dependencias del Estado, incluyendo la promoción de campañas publicitarias. Estas guías establecen criterios para desarrollar las campañas publicitarias impulsadas por el Estado, las cuales nunca deberán ser de carácter “político”.

20. Estos marcos regulatorios, si bien perfectibles, establecen ciertos parámetros básicos que en muchas ocasiones tienden a impedir que la comunicación institucional del Estado sea utilizada con fines electorales o como un mecanismo de presión sobre medios de comunicación y periodistas. Un régimen legal adecuado en materia de distribución de la pauta estatal debe necesariamente disminuir la discrecionalidad de los funcionarios públicos para efectuar esa distribución, de forma tal que estos fondos públicos no sean utilizados de un modo que restrinja la libertad de expresión.

21. A excepción de Perú y Canadá, los países del hemisferio no tienen leyes específicas sobre este tema³⁰. Tal como señaló el Informe Anual 2003 de la Relatoría Especial, “la mayor parte de los países de la OEA carecen de una legislación específica sobre la cuestión de la publicidad oficial”³¹. En dicha oportunidad se concluyó que esa falta de normativa puede “crear riesgos de una facultad discrecional excesiva en los órganos que toman las decisiones, [lo] que pueda dar lugar a asignaciones discriminatorias de la publicidad oficial”³².

22. Si bien en algunas jurisdicciones se ha avanzado en el camino de la reforma legal, no se han registrado grandes avances al respecto. En Chile, por ejemplo, el proceso de reforma legal comenzó con un detallado estudio realizado por la Comisión Especial Investigadora sobre Avisaje del Estado que se hizo público en 2008. La Comisión Especial detectó que los presupuestos publicitarios eran distribuidos en forma discrecional, lo que era permitido por la falta de reglas claras que determinen criterios y mecanismos de distribución. La Comisión Especial recomendó la elaboración de un proyecto de ley “que regule la publicidad oficial de

³⁰ Ley 28.874 del Perú, sancionada el 14 de agosto de 2006. Disponible en: http://www.censuraindirecta.org/web_files/download/articulos/adjuntos/Ley-28874-de-Publicidad-Estatal-pdf-1586.pdf; Cabinet Office, Propriety Guidance, disponible en: http://tna.europarchive.org/20070807115016/http://www.cabinetoffice.gov.uk/government_communication/propriety/guidance.pdf

³¹ CIDH, *Informe Anual 2003*. OEA/ Ser. L/ V/ II.118. Doc. 70, 29 de diciembre de 2003. Volumen III: *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Capítulo V (*Violaciones Indirectas de la Libertad de Expresión: Asignación Discriminatoria de Publicidad Oficial*), párr. 56. Ver, en particular, párrs. 24 y ss., donde se explica que las pocas normas que regulan la materia en la mayoría de los países de la región son normas no destinadas específicamente a evitar que la distribución de publicidad oficial se convierta en un mecanismo de censura indirecta.

³² CIDH, *Informe Anual 2003*. OEA/ Ser. L/ V/ II.118. Doc. 70, 29 de diciembre de 2003. Volumen III: *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Capítulo V (*Violaciones Indirectas de la Libertad de Expresión: Asignación Discriminatoria de Publicidad Oficial*), párr. 56.

los órganos de la Administración del Estado, incluidas las empresas públicas y las Municipalidades”³³.

23. En Colombia hubo varias experiencias locales en la ciudad de Cartagena y en el departamento de Caldas. En Cartagena, por ejemplo, la municipalidad ha avanzado con la implementación de normas expedidas en 2008 que crearon un comité oficial y establecieron una serie de criterios para la contratación de la publicidad oficial³⁴. A nivel departamental, el 6 de abril de 2009 el gobierno de Caldas dictó el decreto 0020 por medio del cual se establecieron mecanismos para la contratación de espacios de publicidad a cargo de las entidades centralizadas y descentralizadas del nivel departamental, y se creó un comité asesor de publicidad³⁵.

24. Finalmente, en Uruguay se presentó un proyecto de ley que promueve una regulación de la distribución de pauta oficial³⁶ y a mediados de 2010 el gobierno de José Mujica retomó la iniciativa y propuso impulsar un proyecto elaborado por el Ministerio de Industria, Energía y Minería. Al momento de escribir este informe, dicho proyecto se encontraba en trámite.

25. La falta de marcos regulatorios adecuados permite que se produzcan los abusos en la distribución de la pauta oficial que han sido mencionados. En Honduras, por ejemplo, luego del golpe de Estado del 28 de junio de 2009, el gobierno *de facto* dejó de asignar publicidad oficial a medios que no simpatizaban con el golpe³⁷.

26. La ausencia de marcos regulatorios adecuados ha generado que la distribución arbitraria de publicidad oficial resulte cuestionada en varios países ante las autoridades judiciales. Como ya fue mencionado, uno de los principales antecedentes a nivel local es el caso *Editorial Río Negro S.A. c. Provincia de Neuquén*, decidido por la Corte Suprema de Justicia de Argentina en septiembre de 2007. Dicho caso trataba sobre una demanda iniciada por el diario *Río Negro* contra la Provincia de Neuquén, cuyo gobierno había suspendido la pauta oficial en dicho medio de comunicación como consecuencia de una denuncia de corrupción que había publicado el periódico. En dicha oportunidad, la Corte Suprema entendió que

³³ Congreso Nacional de Chile, Cámara de Diputados, Informe de la Comisión Especial Investigadora sobre Avisaje del Estado, 2007, pág. 134.

³⁴ CIDH, *Informe Anual 2009. Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo II (Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio)*, párr. 114.

³⁵ Ver Medios latinos, “*Gobernación colombiana reglamenta distribución equitativa de la publicidad oficial*”, 23 de abril de 2009, disponible en <http://www.medioslatinos.com/modules/news/article.php?storyid=2336>.

³⁶ CIDH, *Informe Anual 2009. OEA/Ser.L/V/II Doc.51, 30 de diciembre de 2009. Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo II (Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio)*, párr. 503.

³⁷ CIDH, *Informe Anual 2009. OEA/Ser.L/V/II Doc.51, 30 de diciembre de 2009. Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo II (Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio)*, párr. 346.

si el Estado decide distribuir publicidad oficial, debe hacerlo con base en dos criterios constitucionales:

“1) [N]o puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios [con base en] criterios discriminatorios; 2) no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión”³⁸.

27. El Tribunal, citando el Informe Anual 2003 de esta oficina, consideró que “el Estado no puede asignar los recursos por publicidad de manera arbitraria, con base en criterios irrazonables³⁹” y estimó que esa distribución arbitraria “configura un supuesto de presión que lejos de preservar la integridad del debate público lo puso en riesgo, afectando injustificadamente, de un modo indirecto, la libertad de prensa y el legítimo interés que el diario ‘Río Negro’ y sus lectores tienen en el comportamiento de los funcionarios políticos de dicha provincia en el ejercicio de sus funciones”⁴⁰.

28. El criterio expresado por la Corte Suprema de Argentina en el caso *Río Negro* fue replicado por la Sala IV de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal de Argentina, que resolvió un reclamo de Editorial Perfil en contra del Estado Nacional por haber sido excluida del reparto de pauta oficial como consecuencia de su postura crítica. En esa oportunidad, los jueces de la Sala IV sostuvieron que “[e]l gobierno debe evitar las acciones que intencional o exclusivamente estén orientadas a limitar el ejercicio de la libertad de prensa y también aquellas que llegan indirectamente a ese resultado. Es decir, basta con que la acción gubernamental tenga ese objetivo para que se configure un supuesto de afectación de dicha libertad. Es por ello, que no resulta necesario la asfixia económica o quiebre del diario [...]”⁴¹. Estos casos fueron precedidos por detallados estudios que documentaron, a través de pedidos de acceso a la información pública, los mecanismos de distribución de la publicidad oficial⁴². Este tipo de investigaciones son de vital importancia para identificar las deficiencias de la regulación o las

³⁸ Corte Suprema de Justicia de Argentina, *caso Río Negro*, decisión del 5 de septiembre de 2007, considerando 11.e.

³⁹ Corte Suprema de Justicia de Argentina, *caso Río Negro*, decisión del 5 de septiembre de 2007, considerando 4.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia de Argentina, *caso Río Negro*, decisión del 5 de septiembre de 2007, considerando 9.

⁴¹ Sala IV de la Cámara de lo Contencioso Administrativo Federal. 10 de febrero de 2009. Causa No. 18.639/2006: *Editorial Perfil S.A. y otro contra EN – Jefatura Gabinete de Ministros – SMC sobre amparo ley 16-986*, considerando 11; Asociación por los Derechos Civiles. 11 de febrero de 2009. *Caso Perfil: un fallo en contra de la censura indirecta*. Disponible en: http://www.adc.org.ar/sw_contenido.php?id=513; Comité para la Protección de los Periodistas. 19 de febrero de 2009. *Argentine court orders official ads into critical publications*. Disponible en: <http://cpj.org/2009/02/argentine-court-orders-official-ads-into-critical.php>; Sociedad Interamericana de Prensa. 12 de febrero de 2009. *Satisface a la SIP fallo en Argentina sobre publicidad oficial*. Disponible en: http://www.sipiapa.org/v4/index.php?page=cont_comunicados&seccion=detalles&id=4136&idioma=sp

⁴² Ver *Una Censura Sutil. Abuso de la publicidad oficial y otras restricciones a la libertad de expresión en Argentina*. Asociación por los Derechos Civiles / Open Society Justice Initiative. Buenos Aires: Porter y Cía., 2005 y *El Precio del Silencio. Abuso de publicidad y otras formas de censura indirecta en América Latina*. Asociación por los Derechos Civiles / Open Society Justice Initiative. Buenos Aires: Porter y Cía., Colección Reformas Legales, 2008.

asignaciones arbitrarias de los Estados tendientes a influir, de manera indirecta, en el contenido de los medios.

29. Es posible encontrar otros antecedentes jurisprudenciales en países como Estados Unidos. En el caso *El Día Vs. Rossello*, la Corte Federal de Apelaciones del Primer Circuito entendió que el retiro de publicidad oficial por parte de la administración del gobernador de Puerto Rico, Pedro Rossello al diario *El Día*, como consecuencia de críticas que el periódico había hecho al gobernador, constituía una clara violación del derecho a la libertad de expresión garantizado por la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos⁴³. En ese sentido, la Corte de Apelaciones entendió que “usar fondos del gobierno para castigar el discurso político de miembros de la prensa y buscar coaccionar [a los medios de comunicación para que emitan] expresiones favorables al gobierno es contrario a la Primera Enmienda”⁴⁴. Además, la Corte entendió que “el derecho claramente establecido prohíbe al gobierno condicionar la revocación de beneficios [en este caso, la publicidad del Estado] sobre una base que infringe intereses constitucionalmente protegidos”⁴⁵.

30. Así también, en la India, en el caso *Ushodaya Publications Private Ltd. Vs. Government of Andhra Pradesh and Others*, la Alta Corte del Estado de Andhra Pradesh entendió que, si bien no es obligatorio para el Estado otorgar publicidad oficial, si el Estado decide hacerlo no puede distribuir ese presupuesto en forma discriminatoria. En efecto, la Corte entendió que una disposición legal que establece la absoluta discrecionalidad en la distribución de la pauta sobre un solo funcionario público “viola el Artículo 14” de la Constitución, que garantiza el derecho a la igualdad⁴⁶. La Corte recordó que la Suprema Corte de la India entendió que la garantía de la libertad de expresión se vería afectada “mediante la imposición directa de una restricción o mediante la imposición de una restricción sobre un aspecto fundamental de esa libertad”⁴⁷.

31. Si bien una justicia imparcial e independiente es fundamental para prevenir abusos, y los casos concretos de discriminación en los que la distribución de los presupuestos publicitarios se hace con el objeto de castigar expresiones críticas pueden encontrar reparación en los tribunales, la respuesta estructural a este tipo de amenazas a la libertad de expresión debe provenir de marcos legales adecuados. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en el caso *Río Negro*, resolvió que la provincia de Neuquén debía presentar a la Corte un marco

⁴³ Corte de Apelaciones del Primer Circuito, Puerto Rico, caso *El Día vs. Rossello*, decisión del 25 de enero de 1999, 165 F.3d 106.

⁴⁴ Corte de Apelaciones del Primer Circuito, Puerto Rico, caso *El Día vs. Rossello*, decisión del 25 de enero de 1999, 165 F.3d 106, pág. 109.

⁴⁵ Corte de Apelaciones del Primer Circuito, Puerto Rico, caso *El Día vs. Rossello*, decisión del 25 de enero de 1999, 165 F.3d 106, pág. 110.

⁴⁶ Alta Corte de Andhra Pradesh, caso de *Ushodaya Publications Private Ltd. Vs. Government of Andhra Pradesh and Others*, decidido el 10 de octubre de 1980, párr. 19.

⁴⁷ Alta Corte de Andhra Pradesh, caso de *Ushodaya Publications Private Ltd. Vs. Government of Andhra Pradesh and Others*, decidido el 10 de octubre de 1980, párr. 8.

jurídico adecuado que regule la distribución de la pauta oficial. No basta con que los jueces reparen el daño producido, sino que es necesario exigir a las administraciones que incurren en este tipo de prácticas discriminatorias que se sometan a reglas claras de modo tal que las violaciones no vuelvan a repetirse. El mantenimiento de competencia por parte de los jueces que intervienen en estos casos, para promover y controlar la sanción de un marco jurídico adecuado, puede ser una herramienta fundamental para avanzar hacia la reforma legal en esta problemática de un modo efectivo⁴⁸. No obstante, responde de mejor manera a la problemática planteada, la elaboración, desde el poder legislativo, de un marco regulatorio adecuado.

32. Tal como se explicó anteriormente, el uso indebido por parte del Estado de facultades ordinarias con el propósito de restringir derechos fundamentales se facilita en la medida en que exista una excesiva discrecionalidad en manos de los funcionarios públicos. Si dichas facultades están debidamente regladas, se ejercen en forma transparente y están sometidas a controles adecuados, las posibilidades de constituirse en mecanismos de restricción indirecta se ven seriamente disminuidas. A continuación, la Relatoría Especial presenta una serie de principios básicos que debería seguir una regulación adecuada en la materia. Estos principios, basados en estándares interamericanos y en experiencias comparadas, fijan criterios mínimos cuya implementación permitiría desactivar uno de los principales mecanismos a través de los cuales se canaliza la intervención del Estado en el contenido de los medios de comunicación.

B. Principios rectores en materia de publicidad oficial

33. Para reducir las asignaciones discriminatorias o arbitrarias de los recursos públicos se precisan marcos legales claros y transparentes que impidan la arbitrariedad en las decisiones. Al respecto, la Relatoría señaló que “la insuficiente precisión de las leyes y las facultades inaceptablemente discrecionales constituyen violaciones a la libertad de expresión. [Cuando] las leyes vinculadas a la asignación de publicidad oficial no son claras o dejan las decisiones a la discreción de funcionarios públicos (...) existe un marco legal contrario a la libertad de expresión”⁴⁹. Los principios que se explican a continuación son desarrollo de esta doctrina.

1. Establecimiento de leyes especiales, claras y precisas

34. Los Estados deben adoptar reglas legales específicas sobre publicidad oficial en cada uno de sus 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.

⁴⁸ Es lo que hizo, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el mencionado caso *Editorial Río Negro S.A. c. Provincia de Neuquén*.

⁴⁹ CIDH, *Informe Anual 2003*. Volumen III: *Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión*. Capítulo V. Párr. 23.

35. El Art. 2 de la Convención Americana establece en cabeza de los Estados parte el deber genérico de adecuar sus disposiciones de derecho interno, y adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. El Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de 2003 advirtió que “es necesaria una mayor voluntad política por parte de los Estados miembros para llevar adelante reformas en sus legislaciones que garanticen a las sociedades un amplio ejercicio de la libertad de expresión e información⁵⁰”. En el mismo informe, y en relación a la publicidad oficial, la Relatoría Especial señaló: “La multitud de casos denunciados prueban el carácter generalizado de las presuntas violaciones indirectas a la libertad de expresión. Estas posibles violaciones indirectas son promovidas por la falta de disposiciones legales que ofrezcan recursos adecuados frente a la asignación discriminatoria de publicidad oficial, pues este vacío legal da lugar a un poder discrecional excesivo por parte de las autoridades que adoptan las decisiones en la materia”⁵¹.

36. Los Estados tienen, en consecuencia, el deber de adoptar lineamientos legales claros y concretos como parte integral de su deber de garantizar el ejercicio de la libertad de expresión. En materia de publicidad oficial, esto se traduce en 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 del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Las buenas prácticas, los mecanismos informales, las regulaciones defectuosas o dispersas, y –en general- la aplicación de reglas generales de contratación a los efectos de reducir la discrecionalidad y los abusos en materia de pauta estatal no son suficientes para evitar violaciones a la libertad de expresión.

37. Esos marcos legales deben definir a la publicidad oficial de manera sencilla y abarcadora, por ejemplo, estableciendo que es publicidad estatal toda comunicación, anuncio, o espacio solventado con fondos públicos, en cualquier medio de comunicación y en cualquier soporte.

38. Las diferentes etapas vinculadas a la producción, contratación, distribución y control del avisaje del sector público y privado costeados con fondos públicos, deben encontrarse comprendidas en esta regulación.

39. Las reglas legales específicas de publicidad oficial deben incorporar los principios de interés público, transparencia, rendición de cuentas (*accountability*), no discriminación, eficiencia y buen uso de los fondos públicos.

40. El marco legal debe incluir una descripción exhaustiva de su ámbito de aplicación, que debería incorporar a los órganos públicos de todos los niveles del Estado, incluyendo a los pertenecientes al Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, a

⁵⁰ CIDH, Informe Anual 2003. Volumen III: *Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión*. Capítulo II, párr. 18.

⁵¹ CIDH, *Informe Anual 2003*. Volumen III: *Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión*. Capítulo V, párr. 86.

los órganos creados por las constituciones o por otras leyes, así como a organismos descentralizados, entes autárquicos, sociedades comerciales con capitales estatales, y cualquier otra persona jurídica que publicite con dineros provenientes del erario público, como las empresas estatales.

41. La regulación debe incluir, asimismo, sanciones apropiadas para la violación de sus disposiciones.

2. Objetivos legítimos de la publicidad oficial

42. Los Estados deben utilizar la pauta o publicidad oficial para comunicarse con la población e informar a través de los medios de comunicación social sobre los servicios que prestan y las políticas públicas que impulsan, con la finalidad de cumplir sus cometidos y garantizar el derecho a la información y el ejercicio de los derechos de los beneficiarios de las mismas o de la comunidad. Se debe tratar de información de interés público que tenga por objeto satisfacer los fines legítimos del Estado y no debe utilizarse con fines discriminatorios, para violar los derechos humanos de los ciudadanos, o con fines electorales o partidarios.

43. En una sociedad democrática los ciudadanos tienen derecho a saber, esto es, a conocer las actividades oficiales, las políticas de gobierno y los servicios que presta el Estado. La Relatoría para la Libertad de Expresión ha sostenido que “el uso de los medios de comunicación para transmitir información es una herramienta importante y útil para los Estados”⁵². Tal como lo sostuvo la Relatoría Especial en su Informe Anual 2009, el Estado debe proveer información por lo menos en cuanto a:

“(a) [L]a estructura, funciones y presupuesto de operación e inversión del Estado; (b) la información que se requiere para el ejercicio de otros derechos—por ejemplo, la que atañe a la satisfacción de los derechos sociales como los derechos a la pensión, a la salud o a la educación—; (c) la oferta de servicios, beneficios, subsidios o contratos de cualquier tipo; y (d) el procedimiento para interponer quejas o consultas, si existiere. Dicha información debe ser completa, comprensible, con un lenguaje accesible y encontrarse actualizada. Asimismo, dado que sectores importantes de la población no tienen acceso a las nuevas tecnologías y, sin embargo, muchos de sus derechos pueden depender de que conozcan la información sobre cómo hacerlos efectivos, el Estado debe encontrar formas eficaces para realizar la obligación de transparencia activa en tales circunstancias”⁵³.

⁵² CIDH, *Informe Anual 2003. Volumen III: Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión. Capítulo V*, párr. 3.

⁵³ CIDH, *Informe Anual 2009. Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo IV (El Derecho de Acceso a la Información)*, párrs. 32 y ss.

44. La publicidad oficial debe, en consecuencia, tener un propósito de utilidad pública y el gobierno debe usar los medios, soportes y formatos que mejor garanticen el acceso y la difusión de la información, de acuerdo al propósito y características de cada campaña.

45. La información que transmitan los avisos oficiales debe ser clara y no puede ser engañosa, esto es, no debe inducir a error a sus destinatarios ni ser utilizada para fines distintos de la comunicación legítima y no discriminatoria con el público. Tampoco deben inducir a confusión con los símbolos, ideas o imágenes empleadas por cualquier partido político u organización social, y deberían identificarse como publicidad oficial, con mención expresa del organismo promotor de la misma. La publicidad estatal no puede ser propaganda encubierta de quienes controlan el gobierno o de sus intereses, ni debe ser utilizada para la estigmatización de sectores opositores o críticos del gobierno⁵⁴.

3. Criterios de distribución de la pauta estatal

46. Los Estados deben establecer, para la contratación y distribución de la publicidad oficial, procedimientos que reduzcan la discrecionalidad y eviten sospechas de favoritismos políticos en el reparto. Los recursos publicitarios deben asignarse según criterios preestablecidos, claros, transparentes y objetivos. La pauta estatal nunca debe ser asignada por los Estados para premiar o castigar los contenidos editoriales e informativos de los medios. Dicho uso debe encontrarse explícitamente sancionado. La responsabilidad por las decisiones sobre contratación y distribución de la pauta publicitaria no debería recaer únicamente en manos de funcionarios de origen político, sino que deberían participar asimismo funcionarios de carrera técnicos especializados en la materia.

47. Los recursos publicitarios nunca deben ser distribuidos discriminando, positiva o negativamente, de acuerdo a la línea editorial de los medios de comunicación. Como sostiene la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, en su principio 13, “la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial (...) 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, atentan contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley”.

48. Del mismo modo, el Relator Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa sobre la Libertad de los Medios de comunicación y el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la OEA señalaron, en una declaración

⁵⁴ Existen estudios que muestran que en época de elecciones aumenta la utilización propagandística de la pauta estatal así como su distribución discriminatoria hacia medios afines para hacerlos más vigorosos. Durante dichos procesos es necesario que la legislación específica sobre la materia establezca mecanismos que impidan que las campañas que deben servir al interés comunitario sean utilizadas como herramientas de captación del sufragio, ya que la utilización de recursos públicos con ese fin vulneraría el principio de equidad e igualdad de condiciones que deben regir una contienda electoral. Para lograr ese fin sería posible establecer normas que regulen la suspensión de la publicidad por un tiempo razonable durante las campañas políticas y los comicios, salvo en casos en los que exista un deber legal de informar o una emergencia sobre la cual es necesario comunicar cierto mensaje.

conjunta, que “los gobiernos y los órganos públicos nunca deben abusar de su custodia de las finanzas públicas para tratar de influir en el contenido de la información de los medios de prensa; el anuncio de publicidad debe basarse en razones de mercado”⁵⁵.

49. Si bien no existe un derecho intrínseco a recibir recursos publicitarios por parte de los medios de comunicación, la Relatoría para la Libertad de Expresión sostuvo que “cuando el Estado asigna esos recursos en forma discriminatoria se viola el derecho fundamental a la libre expresión”⁵⁶.

50. Es discriminatoria y constituye un supuesto de censura indirecta la adjudicación que toma en cuenta las opiniones vertidas por los medios de comunicación u otras razones injustificadas desde el punto de vista de los objetivos del aviso oficial en cuestión, como la afinidad personal o política. En otras palabras, como sostuvo la Relatoría para la Libertad de Expresión, una decisión no discriminatoria es aquella que se basa “en criterios ‘sustancialmente relacionados’ con el propósito descrito [de la publicidad a contratar] y que [sean] neutros en relación con los puntos de vista del medio”⁵⁷.

51. Las campañas deben decidirse sobre la base de criterios de asignación claros, públicos y que hayan sido establecidos con anterioridad a la decisión publicitaria. Al momento de adjudicar la pauta, el Estado debería fundar por escrito y claramente cuáles fueron los parámetros utilizados, y la manera en que fueron aplicados.

52. Los criterios de adjudicación deberían incluir y evaluar distintos factores, tales como el perfil del público al que va destinada la campaña, los precios, la circulación o audiencia del medio respectivo. En cualquier caso, los criterios deberían encontrarse claramente expuestos en la norma, junto con un mecanismo de ponderación que precise el modo en que serán sopesadas las distintas variables de asignación, y reduzca de esta manera la discrecionalidad del funcionario u organismo interviniente.

53. Como criterio preponderante los Estados deberían considerar a la audiencia o público objetivo de la campaña publicitaria de que se trate. La pauta estatal forma parte de las libertades informativas de la población, que tiene derecho a ser informada adecuadamente de las actividades y servicios del Estado. Por ello, la

⁵⁵ Declaración conjunta de los mecanismos internacionales para promover la libertad de expresión, diciembre de 2002. Véase, Anexo al Informe de la Oficina del Relator Especial para la Libertad de Expresión 2001, OEA/Ser.L/V/II.114, Doc. 5, 16 de abril de 2002.

⁵⁶ CIDH, *Informe Anual 2003*. Volumen III: *Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión*. Capítulo V, párr. 12.

⁵⁷ CIDH, *Informe Anual 2003*. Volumen III: *Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión*. Capítulo V, párr. 11. En sentido concordante conf. CSJN (República Argentina) “*Caso Río Negro*”. Sentencia del 5 de septiembre de 2007, donde se lee: “Existe un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos. La primera opción para un Estado es dar o no publicidad, y esa decisión permanece dentro del ámbito de la discrecionalidad estatal. Si decide darla, debe hacerlo cumpliendo dos criterios constitucionales: 1) no puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios en base a criterios discriminatorios; 2) no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión.”

publicidad oficial debe orientarse a la efectividad del mensaje, esto es, a que la pauta sea recibida por el público al que se desea impactar con la campaña. A través del público objetivo se establece el universo de medios elegibles; luego, deberían ser consideradas las mediciones de circulación o audiencia –las que deben ser amplias y comprensivas- y el precio, que nunca deberá ser superior al que abona un anunciante privado, entre otras variables a considerar.

54. En la medida en que los criterios de adjudicación precisen de mediciones, el marco jurídico deberá garantizar que se trata de mediciones comprensivas, que abarcan a los distintos tipos de medios y que se realizan con criterios objetivos y confiables. Para ello, las mismas podrían ser realizadas por instituciones imparciales que gocen de credibilidad. Las mediciones deberían incluir datos de medios pequeños, comunitarios y locales, para que su utilización como herramienta de adjudicación no se convierta en una barrera indirecta al ejercicio de la libertad de expresión al marginarlos del otorgamiento de publicidad oficial. Desde este punto de vista, no resulta aceptable que en la distribución de la pauta publicitaria se discrimine a los medios de comunicación por el modelo bajo el cual operan. En este sentido, la exclusión de los medios de difusión comunitarios o alternativos del reparto del presupuesto publicitario por el mero hecho de funcionar bajo criterios no comerciales resulta una discriminación inaceptable bajo los parámetros de la Convención Americana. Esos medios deberían ser incluidos en condiciones de igualdad en los procesos de selección y criterios de asignación en consideración de su cobertura o audiencia.

55. Finalmente, el manejo de los fondos de la publicidad no deben quedar al arbitrio de funcionarios designados políticamente que dependen directa y únicamente de los poderes ejecutivos de turno. Ello promueve una excesiva discrecionalidad y facilita el favoritismo en la asignación de estos fondos. Por eso, además de criterios y procedimientos preestablecidos, es necesario que especialistas técnicos compartan la responsabilidad por el manejo y la asignación de pauta. Si bien es razonable que los funcionarios de origen político participen de las definiciones generales sobre las campañas, ya que se trata de políticas públicas, deberían dejar el diseño y el manejo de las cuestiones técnicas (planificación, plan de medios, colocación en los medios, entre otras cuestiones) a técnicos especializados en dicha tarea.

4. Planificación adecuada

56. La norma regulatoria debe exigir que las distintas dependencias del Estado realicen una adecuada planificación del avisaje estatal. La decisión de otorgar fondos públicos para publicidad oficial debe adoptarse de modo transparente, justificado y que permita el control público. La pauta debe estar justificada en la existencia de campañas y avisos publicitarios que respondan a necesidades concretas y reales de comunicación.

57. La falta de planificación favorece la utilización abusiva de la publicidad oficial al aumentar la discrecionalidad en manos de los funcionarios que tienen el poder de distribuirla.

58. Los Estados deberían hacer uso de los recursos destinados a pauta estatal a través de campañas publicitarias concretas y necesarias, de acuerdo al principio de utilidad pública de la publicidad oficial. Por esa razón, dichas campañas deberían estar estipuladas dentro de una planificación adecuada.

5. Mecanismos de contratación

59. Los Estados deben asignar los recursos publicitarios a través de procedimientos abiertos, transparentes y no discriminatorios, atendiendo a las características de cada jurisdicción. Sólo excepcionalmente, y en casos de emergencia o imprevistos plenamente justificados, los Estados pueden recurrir a sistemas de contratación cerrados o directos.

60. Los Estados deben contratar espacios en los medios de comunicación a través de procedimientos preestablecidos que impidan decisiones arbitrarias. Todas las etapas implicadas en el circuito de contratación deben ser públicas, de manera que se permita el control procedimental por parte de los oferentes, la comunidad, los órganos de control y la propia Administración Pública. La transparencia en estos procesos de contratación es fundamental para que los mismos puedan ser cuestionados cuando se detectan irregularidades, para lo cual la ley que los regule debería prever recursos administrativos y judiciales, idóneos y efectivos.

61. En el diseño de los procedimientos se debería atender a las características geográficas y de mercado de cada jurisdicción. Los Estados deberían buscar dar cumplimiento al principio de concurrencia propio de las contrataciones públicas, salvando las situaciones de excepción que taxativamente se encuentren enumeradas en la ley.

62. Los mecanismos de contratación deben ser lo suficientemente flexibles como para responder a las distintas situaciones que requieran de una reacción rápida en términos de comunicación por parte de los Estados. La contratación directa de proveedores únicos sólo debería ser utilizada en casos de emergencia y extrema urgencia, supuestos que deberían encontrarse delimitados en la norma de aplicación para evitar su utilización abusiva. En estos casos deben extremarse los requisitos de transparencia.

63. Los Estados deben seguir reglas de selección objetivas, predeterminadas y transparentes en la elección de agencias de publicidad u otros subcontratistas involucrados en el proceso de producción o distribución de la pauta oficial. De igual manera, los Estados deben garantizar que los agentes intermediarios cumplan con los principios y criterios establecidos en la ley para la contratación de pauta publicitaria. Todas las contrataciones deberían ser aprobadas, en última instancia, por funcionarios públicos con entrenamiento técnico cuya conducta y decisiones sean pasibles de control administrativo y judicial.

64. Los Estados pueden establecer sistemas de información o registros de proveedores, en los que se inscribirán los medios de comunicación, los programas y los agentes intermediarios. Toda la información asentada en estas bases debería ser considerada pública. La inscripción en los registros debería hacerse con la exclusiva finalidad de facilitar la transparencia y objetividad de la contratación. Los requisitos de registro deben ser los estrictamente necesarios para llevar a cabo exitosamente un proceso de selección objetiva. De ninguna manera son admisibles los requisitos desproporcionados o discriminatorios.

6. Transparencia y acceso a la información

65. Los individuos tienen derecho a conocer toda la información sobre publicidad oficial que se encuentre en poder del Estado. Para ello, el Estado debe promover la transparencia de los datos relativos a pauta estatal de dos maneras. En primer lugar, debe publicar periódicamente toda la información relevante sobre criterios de contratación, motivos de asignación, presupuestos, gastos y contratos publicitarios, incluyendo los montos de publicidad discriminados por medios, campañas publicitarias y organismos contratantes. En segundo lugar, debe garantizar, ante cada requerimiento por parte del público en general, el fácil acceso a la información.

66. Toda la información sobre publicidad oficial que se encuentre en poder del Estado es información pública. Por ende, el Estado posee una obligación positiva de brindar los datos sobre pauta estatal que estén en sus manos y, correlativamente, el acceso a esa información debe ser considerado un derecho fundamental de los individuos que los Estados tienen la obligación de garantizar. El Estado tiene la obligación de suministrar al público la máxima cantidad de información en esta materia de forma oficiosa⁵⁸, como así también el deber de proveer a las personas una vía administrativa de acceso a la información pública⁵⁹.

⁵⁸ Conf. *Declaración Conjunta de los Relatores Especiales sobre Libertad de Expresión de la ONU, la OEA y la OSCE*. 2004 (“(...) las autoridades públicas deberán tener la obligación de publicar de forma dinámica, incluso en la ausencia de una solicitud, toda una gama de información de interés públicos (...) [así como] se establecerán sistemas para aumentar, con el tiempo, la cantidad de información sujeta a dicha rutina de divulgación); Comité Jurídico Interamericano. Resolución 147 del 73º Período Ordinario de Sesiones: Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información. 7 de agosto de 2008, punto resolutivo 4º (“los órganos públicos deben difundir información sobre sus funciones y actividades –incluyendo su política, oportunidades de consultas, actividades que afectan al público, presupuestos, subsidios, beneficios y contratos- de forma rutinaria y proactiva, aún en la ausencia de una petición específica, y de manera que asegure que la información sea accesible y comprensible”).

⁵⁹ Ver CIDH, *Informe Anual 2009*. Volumen II: *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Capítulo IV (*El Derecho de Acceso a la Información*), párr. 26 (“La adecuada satisfacción del derecho de acceso a la información supone la necesidad de incorporar en el ordenamiento jurídico un recurso efectivo e idóneo que pueda ser utilizado por todas las personas para solicitar la información requerida. Para garantizar la verdadera universalidad del derecho de acceso, este recurso debe reunir algunas características: (a) debe ser un recurso sencillo, de fácil acceso para todas las personas, que sólo exija el cumplimiento de requisitos básicos tales como: la identificación razonable de la información solicitada y los datos requeridos para que la administración pueda entregarle la información al interesado; (b) debe ser gratuito o de bajo costo, de tal forma que no desaliente las solicitudes de información; (c) debe establecer plazos cortos pero razonables para que las autoridades suministren la información requerida; (d) debe permitir que las solicitudes se hagan de forma oral en los casos en que no pueda realizarse por escrito, por ejemplo, por no conocer la lengua, por no saber escribir o en situaciones de extrema urgencia; (e) debe establecer la obligación de la administración de asesorar al solicitante sobre la manera de formular la solicitud, incluyendo la asesoría sobre la autoridad facultada por la ley para responder, incluso hasta el punto de que la propia autoridad haga la correspondiente remisión informando del trámite a la persona interesada; y

Además, deben proveerse recursos administrativos y judiciales sencillos, efectivos, expeditos y no onerosos que permitan controvertir la decisión de cualquier autoridad que impida el acceso a la información en estos casos⁶⁰.

67. Tal como dijo la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión con anterioridad, “los Estados deben tener en cuenta que la transparencia es un elemento imperiosamente necesario. Deben divulgarse públicamente los criterios que utilicen quienes toman las decisiones a nivel de gobierno para distribuir la publicidad del Estado. La asignación real de publicidad y la suma total del gasto en esta esfera deben ser también objeto de divulgación pública, para garantizar la justicia y el respeto a la libertad de expresión”⁶¹.

68. Para efectos de hacer efectivo el derecho de acceso a la información en poder del Estado, por Estado debe considerarse a todo el sector público. En este sentido, “el derecho de acceso a la información se extiende a todos los órganos públicos en todos los niveles de gobierno, incluyendo a los pertenecientes al poder ejecutivo, al legislativo y al poder judicial, a los órganos creados por las constituciones o por otras leyes, órganos de propiedad o controlados por el gobierno, y organizaciones que operan con fondos públicos o que desarrollan funciones públicas”⁶². Como sostuvo la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en su Informe Anual 2009, “el derecho de acceso a la información genera obligaciones para todas las autoridades públicas de todas las ramas del poder y de los órganos autónomos, de todos los niveles de gobierno. Este derecho también vincula a quienes cumplen funciones públicas, presten servicios públicos o ejecuten, en nombre del Estado, recursos públicos. Respecto de estos últimos, el derecho de acceso obliga a suministrar información exclusivamente respecto al manejo de los recursos públicos, la satisfacción de los servicios a su cargo y el cumplimiento de las funciones públicas mencionadas”⁶³.

69. Las entidades privadas deben tener en cuenta que al participar de la contratación de publicidad oficial, cierta información estrictamente relacionada con el proceso de contratación que, de otra manera podría ser considerada privada, adquiere carácter público. Toda la información relativa a la cuestión de la publicidad oficial debe ser pública.

(f) debe establecer la obligación de que la respuesta negativa sea motivada y la posibilidad de que ésta pueda ser impugnada ante un órgano superior o autónomo y posteriormente cuestionada en la vía judicial.”).

⁶⁰ Ver CIDH. *Informe Anual 2009*. Volumen II: *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Capítulo IV (*El Derecho de Acceso a la Información*), párr. 29 (“Dicho recurso debe: (a) resolver el fondo de la controversia para determinar si se produjo una vulneración del derecho de acceso, y (b) en caso de encontrar tal vulneración, ordenar al órgano correspondiente la entrega de la información. En estos casos, los recursos deben ser sencillos y rápidos, pues la celeridad en la entrega de la información suele ser indispensable para el logro de las funciones que este derecho tiene aparejadas.”). Ver además Corte IDH. *Caso de Claude Reyes y otros*. Sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151., párr. 137.

⁶¹ CIDH, *Informe Anual 2003*. Volumen III: *Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión*. Capítulo V, párr. 89.

⁶² Comité Jurídico Interamericano. Resolución 147 del 73º Período Ordinario de Sesiones: Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información. 7 de agosto de 2008. Punto resolutivo 2.

⁶³ CIDH. *Informe Anual 2009*. Volumen II: *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Capítulo IV (*El Derecho de Acceso a la Información*), párr. 19.

70. Entre los tipos de información sobre los cuales recae el derecho de acceso a la información pública sobre publicidad oficial debería incluirse, en una enumeración meramente enunciativa, “la información que está bajo custodia, administración o tenencia del Estado; la información que el Estado produce o está obligado a producir; la información que está bajo poder de quienes administran los servicios y los fondos públicos, (...); y la información que el Estado capta, y la que está obligado a recolectar en cumplimiento de sus funciones”⁶⁴. Los datos a ser considerados relevantes son “toda información significativa, cuya definición debe ser amplia, incluyendo toda la que es controlada y archivada en cualquier formato o medio”⁶⁵.

71. Deben ser públicos todos los datos que respondan al cuánto, al qué, al cómo y al por qué se realizó cualquier aviso o campaña estatal. Así, deberían transparentarse los presupuestos aprobados para publicidad, que deberían publicarse de manera oficiosa o proactiva; el gasto en publicidad, que debe estar sujeto a informes detallados y periódicos, en los que se consignen los gastos discriminados por organismos, por campañas, por rubros y por medios; los planes estratégicos de las campañas publicitarias que deben fundarse en objetivos y necesidades reales de comunicación. También debe transparentarse los procesos de contratación, y el público poder acceder fácilmente a datos precisos sobre los mismos: objetivos, precio, duración, oferta de medios y medios pautados, agencias de publicidad involucradas, datos de circulación o audiencia, resultados en los casos en los que se haga una evaluación posterior, etcétera⁶⁶. Especialmente, deberían darse a conocer los criterios de selección que el Estado o el agente intermediario utilizó en la elección del medio para cada publicidad oficial. Los datos deberían estar presentados de modo tal que la información pueda adquirirse de forma completa, accesible y oportuna, y su búsqueda resulte fácil.

7. Control externo de la asignación publicitaria

72. Los Estados deben establecer mecanismos de control externo por un órgano autónomo que permitan un monitoreo exhaustivo de la asignación de publicidad oficial. Dichos controles deberían incluir auditorías periódicas sobre los gastos y prácticas del gobierno en materia de contratación de pauta, así como informes especiales sobre las prácticas del Estado en la materia que tengan un adecuado control legislativo o parlamentario. Los Estados deben establecer sanciones adecuadas para los casos de incumplimiento de la ley, así como también

⁶⁴ CIDH. *Informe Anual 2009*. Volumen II: *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Capítulo IV (*El Derecho de Acceso a la Información*), párr. 21.

⁶⁵ CIDH. *Informe Anual 2009*. Volumen II: *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Capítulo IV (*El Derecho de Acceso a la Información*), párr. 22; Comité Jurídico Interamericano. Resolución 147 del 73º Período Ordinario de Sesiones: *Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información*. 7 de agosto de 2008. Punto resolutivo 2.

⁶⁶ Por ejemplo, en Canadá, esta información se incluye en el “Informe Anual”, un exhaustivo documento que contiene detalles sobre gastos por organismos, gastos por tipo de medio, proveedores contratados y datos puntuales sobre cada campaña importante, entre otros. En España, la ley 29/2005 exige la elaboración de un informe anual en el que se incluyen las campañas, su importe, los adjudicatarios de los contratos celebrados y los planes de medios correspondientes.

recursos apropiados que permitan identificar y controvertir asignaciones ilegales de publicidad oficial.

73. Los gobiernos deben rendir cuentas al público sobre los gastos efectuados y el modo en que son empleados los recursos publicitarios. Para ello es necesario que se establezcan mecanismos de control externo: claros y públicos, que informen sobre la legalidad y la idoneidad de la pauta estatal. Los controles deberían incluir auditorías periódicas, en principio: anuales, llevadas adelante por organismos o dependencias administrativas que tengan garantías institucionales, orgánicas y funcionales, para actuar de manera independiente del gobierno de turno y de los poderes económicos o sociales⁶⁷. Para garantizar la mayor transparencia sobre este tipo de controles, los informes de los organismos de control deberían ser, asimismo, públicos y encontrarse disponibles para toda la ciudadanía a través de Internet.

74. Los Estados poseen un deber general de auditoría. En el caso de los fondos públicos destinados a publicidad, se deberían realizar ciertos controles específicos. Fundamentalmente, dado que la pauta estatal puede ser utilizada como un instrumento para manipular a los medios de comunicación, los Estados deberían controlar la aplicación adecuada de los criterios de adjudicación en el momento de la distribución. Asimismo, los gobiernos deberían demostrar el cumplimiento de las distintas obligaciones previstas en la ley, así como evaluar periódicamente la necesidad, oportunidad e impacto de las campañas publicitarias, y corregir las prácticas de conformidad con esa evaluación⁶⁸.

75. Los Estados deben establecer consecuencias negativas ciertas para el incumplimiento de las obligaciones previstas en una norma que regule la publicidad oficial. En primer lugar, deberían promover activamente la adecuación de sus prácticas a las recomendaciones que realicen las auditorías. En segundo término, el incumplimiento legal debe ser sancionado de manera proporcional y adecuada a la falta cometida⁶⁹.

76. Los Estados deben multiplicar las instancias de control de la pauta estatal. En este sentido, los defensores de intereses colectivos deberían estar

⁶⁷ La independencia de los órganos encargados de realizar los controles es fundamental para que los mismos puedan cumplir su cometido libres de presiones de todo tipo. Los mecanismos para garantizar esa independencia son múltiples y variados, pero puede mencionarse, a modo de ejemplo, a los términos preestablecidos de mandato; la estabilidad en los cargos salvo supuestos de grave inconducta; la idoneidad técnica; nombramientos que requieran la aprobación previa de un órgano colegiado con representación plural; remuneraciones adecuadas y transparencia en su accionar, entre otros.

⁶⁸ Algunas legislaciones comparadas, como la de Canadá, adoptan la exigencia de efectuar evaluaciones técnicas posteriores para medir el resultado cuando se trata de campañas grandes (que superan cierto monto). En ese país, todas las instituciones deben incluir dichas investigaciones posteriores en el proyecto de cada campaña como una parte integral de él, para asegurar que haya suficientes fondos para financiarlas. Conf. *Legislación comparada sobre regulación de publicidad oficial*. ADC. Agosto 2008, p. 14. Disponible en http://www.censuraindirecta.org.ar/sw_seccion.php?id=26 [Consulta: Enero 2010].

⁶⁹ En Australia, por ejemplo, el ordenamiento legal considera que un funcionario o Ministro usó de manera inapropiada el dinero público al utilizarlo o permitir que se hayan utilizado fondos del erario público mediante publicidades que contradicen el interés comunitario que debe primar en las comunicaciones oficiales, y precisa una pena de prisión con un máximo preestablecido de siete años (*Government Advertising Bill 2005, prohibiting use of taxpayers' money on party political advertising*, A. 14)

facultados para impugnar asignaciones inadecuadas, así como también los particulares deberían poder cuestionar, mediante procedimientos adecuados, aquellas campañas que consideren ilegítimas.

8. Pluralismo informativo y publicidad oficial

77. Los Estados deberían establecer políticas y destinar recursos para promover la diversidad y el pluralismo de medios a través de mecanismos de ayudas indirectas o subsidios explícitos y neutros, diferenciados de los gastos de publicidad oficial. La pauta estatal no debe ser considerada como un mecanismo de sostenimiento de los medios de comunicación.

78. La libertad de expresión, además de proteger el derecho individual del emisor, garantiza el derecho de todas las demás personas a acceder a la mayor cantidad y diversidad de informaciones e ideas, como requisito del debate robusto que exige el sistema democrático para su buen funcionamiento. La Corte Interamericana específicamente remarcó esta doble dimensión, individual y social, de la libertad de expresión⁷⁰, y tanto esa Corte como la Comisión Interamericana han sostenido que la ausencia de pluralidad de fuentes de información y medios de comunicación representa un serio obstáculo para el efectivo ejercicio de este derecho⁷¹.

⁷⁰ “En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios [...] 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”. Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva (OC5/85) del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 30-33.

⁷¹ Según la Corte IDH, “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 (...)”. (Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 34). Por su parte, la Comisión IDH tiene dicho que “la libre circulación de ideas y noticias no es concebible sino dentro de una pluralidad de fuentes de información” (CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Caso Ivcher Bronstein*. 31 de marzo de 1999, p. 28). Sobre este punto también se ha pronunciado la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH estableciendo que: “la libertad de expresión implica además que los ciudadanos tengan la posibilidad de acceder a diversas fuentes de información, incluyendo opiniones e ideas, así como a una variedad de expresiones artísticas y culturales (...)” (CIDH, *Informe Anual 2004*. OEA/Ser.L/V/II.122. Doc.5, 23 de febrero de 2005. Volumen III: *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Capítulo V, “*Violaciones indirectas a la libertad de expresión*”, párr. 18 y 20). El Principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión elaborada por la Relatoría y aprobada por la Comisión IDH en el año 2000 tiene particular relevancia ya que señala que: “Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho de la libertad de información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos”. La Relatoría ha dicho que el principio 12 “fundamenta su lógica en el entendimiento que si los monopolios y oligopolios existen en los medios de comunicación social, sólo un pequeño número de individuos o sectores sociales podría ejercer control sobre las informaciones que se brindan a la sociedad. De esta forma los individuos podrían verse privados de recibir información proveniente de otras fuentes” y que “en este sentido, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA considera que esta provisión no limita en manera alguna la obligación del Estado de garantizar a través de la legislación la pluralidad en la propiedad de los medios” (CIDH, *Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2004*, Capítulo V, párr. 93 y 94). En la misma línea se inscribe la “Declaración Conjunta Sobre Diversidad en la Radiodifusión”, emitida en diciembre de 2007 por el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y de

79. Bajo los parámetros de la Convención Americana, y tal como lo han dicho en numerosas oportunidades los órganos del sistema, los Estados tienen el deber de impulsar el pluralismo informativo. Para ello, deben adoptar medidas para que los mercados en los que operan los medios de comunicación sean abiertos, plurales, diversos y no concentrados⁷².

80. Sea que se utilicen franquicias tributarias, sistemas de fondos, ayudas o subsidios concursables, o cualquier otro mecanismo para el fomento del pluralismo informativo, siempre los procedimientos de asignación deberán ser justos, abiertos, públicos y utilizar criterios claros, transparentes y neutros en relación a la línea editorial o al enroque político de los contenidos, de manera que evite cualquier clase de arbitrariedad. Los Estados no deben utilizar nunca la publicidad oficial como un subsidio, ya que tienen objetivos distintos.

81. En ese sentido, si los Estados decidiesen establecer un mecanismo de subsidios para promover el pluralismo y la diversidad en el ámbito de la comunicación pública, dichos subsidios deberían ser otorgados de un modo transparente y no discriminatorio, con base en criterios objetivos relacionados con la necesidad de promover una mayor diversidad de voces a través de la inclusión en el ámbito comunicacional de voces minoritarias y excluidas de grupos desaventajados. Los subsidios o ayudas de cualquier tipo pueden convertirse también en un mecanismo indispensable de presión o de afectación de la línea editorial o del enfoque o cubrimiento noticioso de un medio de comunicación. Por esta razón deben estar sometidos a los principios acá establecidos, que resultan compatibles con su naturaleza.

82. En particular, (i) deben estar regulados a través de una reglamentación especial, clara y precisas; (ii) obedecer a objetivos legítimos públicos y transparentes; (iii) contar con criterios de distribución objetivos y no discriminatorios; (iv) obedecer a una cuidadosa planificación; (v) contar con procedimientos de asignación claros, abiertos, transparentes y no discriminatorios; (vi) contar con mecanismos externos e independientes de auditoría y control. De esta manera, se asegura que mediante la figura de subsidio no se influya o condicione el contenido de los medios menos robustos económicamente que requieren por ello de medidas de diferenciación positiva para poder funcionar y de mayores y mejores garantías para asegurar la independencia y fortaleza respecto del poder político.

Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación Europeas (OSCE) sobre Libertad de los Medios de Comunicación, y la Relatora Especial de la CADHP (Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos) sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información, que destaca “la importancia fundamental de la diversidad en los medios comunicación para el libre intercambio de información e ideas en la sociedad, en términos de dar voz y satisfacer tanto las necesidades de información como otros intereses de todos y todas”.

⁷² Conf. Corte I.D.H. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia del 2 de mayo de 2008. Serie C No 177 párr. 57. “Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo.”