

# Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda

María Paz Ávila Ordoñez  
Ramiro Ávila Santamaría  
Gustavo Gómez Germano  
(*Editores*)



Organización  
de las Naciones Unidas  
para la Educación,  
la Ciencia y la Cultura

Oficina en Quito



Naciones Unidas  
**Derechos Humanos**

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS

Rosa M. González  
Consejera de Comunicación e Información para los Países Andinos  
Oficial a Cargo Oficina UNESCO-Quito  
Representación para Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela

**Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura**  
Veintimilla E9-53 entre Tamayo y Plaza  
Telf: (593) 2528911 [www.unesco.org/quito](http://www.unesco.org/quito)

Guillermo Fernández-Maldonado Castro  
Asesor en Derechos Humanos para el Sistema de la ONU en el Ecuador

**Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos**  
Av. Amazonas N. 2889 y la Granja  
Telf: (593-2) 2460 330 Fax: 2461 960 [www.ecuador.ohchr.org/](http://www.ecuador.ohchr.org/)

#### **Equipo de Apoyo**

Danilo Caicedo Tapia, María Belén Corredores Ledesma, Carlos Espinosa Gallegos-Anda,  
Tatiana Hidalgo Rueda, Angélica Porras Velasco, Yolanda Estefanía Pozo, Carolina Silva Portero.

**Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO**  
Andrea Apolo Montalvo, Laura Ciudad Rioja, Lucía García López.

**Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos**  
Esther Almeida, Christel Drapier.

**Corrector de Estilo:** Miguel Romero  
**Imprenta:** V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador, 2011  
1ra. edición: diciembre de 2011

# Contenido

<b>Presentación</b> .....	vii
<i>Rosa M. González,</i> Consejera de Comunicación e Información para los países Andinos Oficial a Cargo Oficina UNESCO-Quito Representación para Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela	

<b>Presentación</b> .....	ix
<i>Guillermo Fernández-Maldonado C.</i> Asesor en Derechos Humanos del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos	

<b>Prólogo</b> .....	xi
<i>María Paz Ávila Ordoñez, Ramiro Ávila Santamaría y Gustavo Gómez Germano</i>	

## I

### El derecho a la libertad de expresión: características, fundamentos y debates

<b>Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión</b> .....	3
<i>Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	
<b>Constitucionalismo y libertad de expresión</b> .....	31
<i>Roberto Gargarella</i>	
<b>Libertad de expresión y estructura social</b> .....	63
<i>Owen Fiss</i>	
<b>El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional</b> .....	87
<i>Miguel Carbonell</i>	
<b>Derechos a la comunicación y teorías de la democracia.</b>	
<b>Una aproximación al planteamiento constitucional ecuatoriano</b> .....	97
<i>Marco Navas Alvear</i>	
<b>Libertad de Expresión y Ley Penal</b> .....	117
<i>Alfredo Chirino Sánchez</i>	

II  
Nueva agenda de la libertad de expresión

Nueva agenda y reconceptualización de la libertad de expresión en las Américas .....	143
<i>Gustavo Gómez Germano</i>	
Censura indirecta, publicidad oficial y diversidad .....	161
<i>Roberto Saba</i>	
Diversidad, pluralismo y libertad de expresión .....	181
<i>Catalina Botero</i>	
Libertad de Expresión y Radiodifusión.....	193
<i>Catalina Botero</i>	
Libertad de expresión de los pueblos indígenas, minorías y grupos vulnerables .....	243
<i>Frank La Rue</i>	

III  
Jurisprudencia sobre libertad de expresión

“New york times vs. Sullivan” y la malicia real de la doctrina.....	255
<i>Eduardo Andrés Bertoni</i>	
Libertad de información, democracia y control judicial: la jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada .....	275
<i>Catalina Botero, Juan Fernando Jaramillo, Rodrigo Uprimny Yepes</i>	
Jurisprudencia interamericana sobre libertad de expresión: avances y desafíos .....	349
<i>Eduardo Andrés Bertoni</i>	
Sentencias de la Corte Interamericana sobre libertad de expresión.....	373
<i>Ramiro Ávila Santamaría, María Paz Ávila Ordóñez</i>	

IV  
Instrumentos y doctrina internacional

Declaración conjunta del décimo aniversario: diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década .....	409
Nota biográfica de autoras y autores .....	419

II

Nueva agenda de la  
libertad de expresión

---

# Censura indirecta, publicidad oficial y diversidad

Roberto Saba<sup>1</sup>

---

## Sumario

I. Diversidad de voces y democracia. II. Censura indirecta y “nuevas” modalidades de amenaza a la diversidad de voces. III. El uso de la publicidad oficial como mecanismo de censura indirecta. IV. Publicidad oficial: una breve descripción del caso argentino. V. La Corte Suprema argentina y el caso *Río Negro*. VI. La necesidad de reglas para evitar la arbitrariedad y asegurar la diversidad. VII. “No pago para que me peguen”. VIII. Bibliografía.

---

## I. Diversidad de voces y democracia

El 12 de diciembre de 2007 los Relatores Especiales para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas, la OEA, la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos y el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación Europea (OSCE) sobre Libertad de Medios, convocados acerca del Artículo 19, emitieron en Ámsterdam un comunicado conjunto en el que proclamaron la necesidad de promover la diversidad en materia de radiodifusión<sup>2</sup>. En este documento, los funcionarios enfatizaron que “la diversidad en los medios es de fundamental importancia para la libre circulación de información e ideas en la sociedad, de modo de dar voz a todas las personas y satisfacer las necesidades de información y otros intereses de todos, tal como lo establecen las garantías

1 Agradezco a Martha Farmelo, Eleonora Rabinovich y Ramiro Álvarez Ugarte, mis colegas del Equipo de Libertad de Expresión de la ADC, con quienes hemos desarrollado muchas de las ideas e información volcadas en este *paper*. Por supuesto, la responsabilidad de que este trabajo no sea mejor, es absolutamente mía. Este trabajo fue realizado por el Interamerican Dialogue (Washington DC) para el seminario sobre Libertad de Expresión llevado a cabo en enero de 2008 en la ciudad de Washington.

2 Artículo publicado en Internet: <http://sites.google.com/site/robertopablosaba/>

internacionales del derecho a la libertad de expresión”. Asimismo, este acuerdo también resalta “la importancia de la diversidad para la democracia, la cohesión social y la amplia participación en los procesos de toma de decisiones”. El documento señala que “la diversidad tiene una naturaleza compleja, que incluye diversidad del outlet (tipos de medios) y de la fuente (propiedad de los medios), así como diversidad de contenido (*media output*) Finalmente, afirma que “la indebida concentración de la propiedad de los medios, directa o indirecta, y el control del gobierno sobre los medios, constituyen una amenaza a la diversidad de los medios, y otros riesgos, tales como la concentración del poder político en las manos de los propietarios y las elites gobernantes”.

Estas afirmaciones, con la legitimidad que adquieren al ser pronunciadas, de común acuerdo, por cuatro funcionarios cuyos mandatos especiales se centran en la protección de la libertad de expresión de las regiones del mundo y los estados representados en sus organizaciones, se alinean con la idea de que la libertad de expresión, además de ser un derecho individual, es una de las precondiciones fundamentales para el buen funcionamiento del sistema democrático. La democracia constitucional se apoya sobre la fuerte idea de autogobierno ciudadano que reconoce en el pueblo el derecho colectivo a decidir libremente su destino, para lo cual debe tomar decisiones fundamentales. Con el fin de escoger las mejores opciones disponibles, el pueblo debe poder acceder a la mayor cantidad posible de información. La protección de la libertad de expresión tiene por objeto, además de preservar el derecho individual del que se expresa, blindar el derecho de todas las demás personas a conocer la mayor cantidad y diversidad de expresiones posibles con el fin de ejercer su derecho individual a desarrollar su plan de vida en forma autónoma y su derecho colectivo a autogobernarse<sup>3</sup>. Esta relación entre libertad de expresión, derecho a la información, diversidad y democracia, se encuentra explícitamente reconocida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13, al sostener que el derecho a la libertad de expresión “comprende” el derecho a la información<sup>4</sup>. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a esta relación cuando sostuvo en su Opinión Consultiva OC-5 que el derecho a la libertad de expresión es un derecho que contiene una “dimensión social”. De este modo la Corte afirma que:

- 3 Sobre un desarrollo esta teoría de la libertad de expresión como precondition de la democracia y las implicancias regulatorias y en materia de asignación de recursos públicos, véase Fiss, Owen, *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, Cambridge, 1996 (existe traducción al español: Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, 1999).
- 4 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 13, Libertad de Pensamiento y de Expresión: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...”. Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se pone así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión.

En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno<sup>5</sup>.

En resumen, la censura, en cualquiera de sus formas es, además de un modo de violar el derecho a la libertad de expresión del que se manifiesta, un ataque al derecho a la información de aquellos que no podremos conocer esa expresión, un modo de socavar la diversidad informativa y, por este motivo, una amenaza al buen funcionamiento de la democracia

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

32. En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista, implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

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

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



y al ejercicio de los más básicos derechos políticos, también reconocidos en la Convención Americana<sup>6</sup>.

## II. Censura indirecta y “nuevas” modalidades de amenaza a la diversidad de voces

Afortunadamente, el trabajo que en las Américas se ha realizado en pos de la protección frente al estado de la libertad de expresión de todas las personas y, en particular, de los periodistas, ha dado sus frutos. Si bien la situación dista de ser ideal, en muchos países han decrecido sustancialmente las amenazas directas y la censura a aquellos que ejercen su libertad de expresarse. Sin embargo, nuevas amenazas originadas desde los gobiernos, más sutiles, indirectas, pero altamente eficaces se han perfeccionado y desarrollado en la región.

El Estado permanentemente toma decisiones y realiza acciones que impactan positiva o negativamente sobre la libertad de expresión. La aspiración de un Estado neutro, ausente y, supuestamente por ello, respetuoso de la libertad de expresión, se funda en la mítica idea de que todos podrían ejercer su derecho a expresarse si no mediaran obstáculos originados desde el Estado. Esta visión de la libertad de expresión como libertad negativa, en términos de Isaiah Berlin<sup>7</sup>, ya no resulta conceptualmente aceptable. Ningún derecho, ni siquiera los civiles y políticos, puede ejercerse sin algún tipo de acción estatal<sup>8</sup>. La noción de la libertad de expresión como precondition de la democracia y de la posibilidad de expandir la diversidad de voces, requiere de acciones estatales que aseguren esa diversidad o, al menos, que no la impidan. El Estado tiene dos roles por medio de los cuales puede potenciar o debilitar la diversidad de voces y, por tanto, afectar negativamente el libre ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información. Me refiero, por un lado, a su función regulatoria, y, por otro, a su facultad de asignar recursos. La primera función es la que, por ejemplo, el Estado desarrolla cuando establece condiciones para la compra de medios de comunicación, o cuando legisla acerca del modo en que el derecho a la libertad de expresión puede ser ejercido, estableciendo límites con miras a proteger a los menores de edad o la privacidad de las

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

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

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

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

personas. El segundo caso, el de la facultad de asignar y distribuir recursos, es sobre el que deseo llamar la atención en este trabajo.

El Estado maneja una considerable cantidad de recursos económicos o recursos equivalentes o equiparables a recursos económicos destinados a favorecer o a impedir la expresión de voces. El Estado administra y decide sobre la distribución, por ejemplo, de fondos para investigaciones científicas, de las paredes de sus museos públicos para la exhibición de obras de arte, de becas de estudio sobre las más variadas temáticas, de subsidios para la realización de obras cinematográficas y de distintos tipos de publicaciones, de licencias de radio y televisión, etc. Todos estos recursos son limitados y el Estado debe tomar decisiones difíciles acerca del modo en que serán distribuidos, a quién concedérselos y a quién negárselos. Para llevar a cabo esa distribución, el Estado debe recurrir a algún criterio que debe ser respetuoso de las normas establecidas en la constitución nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, el Estado no puede distribuir esos recursos sobre la base de prejuicios, persecuciones o enemistad política o de otro tipo. El Estado debe poder justificar constitucionalmente sus decisiones respecto de la distribución de esos recursos. Los principios en los que se fundan la declaración conjunta de los Relatores Especiales referida anteriormente, la propia Convención Americana de Derechos Humanos, y la Opinión Consultiva OC-5 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos proveen la justificación necesaria y legítima para guiar esas decisiones difíciles. Según esos principios, dado que la libertad de expresión es una precondition del buen funcionamiento del sistema democrático, necesitado de la mayor cantidad posible de diversidad de información e ideas, el Estado debe distribuir aquellos recursos escasos de modo tal que expanda esa diversidad de voces o, al menos, no la debilite. Nadie tiene un derecho sin límites a acceder a esos recursos — que además son limitados— pero todos tienen derecho a que ellos no les sean vedados como consecuencia del contenido de la expresión que desean realizar o que han emitido. Desde esta perspectiva, privar a una persona del acceso a uno de estos recursos como consecuencia del contenido de la expresión, por ejemplo, por ser crítica del gobierno, atenta contra la libertad de expresión de tres maneras: en primer lugar, viola el derecho a expresarse del que se manifiesta, dado que no accede a esos recursos sobre la base de un criterio injustificado y como consecuencia de haber sido discriminado por el contenido de sus ideas; en segundo lugar, la medida que deniega el acceso a esos recursos sobre la base del contenido de la expresión (por ejemplo, una expresión crítica del gobierno) produce un efecto silenciador (*chilling o silencing effect*<sup>9</sup>) sobre todas aquellas personas que teniendo una opinión similar no quieren exponerse a medidas persecutorias por parte del Estado y por ese motivo optan por la autocensura y el silenciamiento de sus ideas; y, en tercer lugar, afecta negativamente el derecho a la información del resto de las personas que se verán privadas de conocer la más amplia diversidad de ideas, datos y perspectivas por el silencio de aquellos que no han podido acceder a los recursos necesarios o que han callado para no perderlos.

9 Fiss, Owen, *op. cit.*

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

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

La identificación de esta modalidad de censura por “vías o medios indirectos” se produce, entonces, según la Convención, cuando las facultades regulatorias del estado, o aquellas asociadas a la distribución de recursos limitados, se ejercen de modo tal que “restringen” la libertad de expresión “indirectamente”, como opuesto a los tradicionales medios directos de censura (la prohibición de un autor, el cierre de un diario, el secuestro de libros de los comercios, etc.). El recurso por parte del Estado a cualquier “medio encaminado a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones” es, para la Convención, un modo de violar el derecho a la libertad de expresión de aquellos que no pueden expresarse (porque no acceden a esos recursos o porque callan para no perderlos o no perder la posibilidad de acceder a ellos), y el derecho a la información de aquellos que nos vemos privados de conocer aquello sobre lo cual se hubieran expresado.

A diferencia de la concepción tradicional de la censura (directa) ejercida por el Estado, la concepción de la libertad de expresión como precondition de la democracia y la consiguiente obligación estatal de asegurar la diversidad de perspectivas, información y opinión, no requiere del Estado un “no hacer” (no prohibir, no censurar), sino que le exige de políticas públicas acordes con esa obligación (en este sentido, este derecho clásicamente civil tiene características usualmente asociadas exclusivamente con los derechos sociales<sup>10</sup>). Esas políticas, que muchas veces están asociadas a la distribución de recursos escasos, necesitan apoyarse sobre una serie de estándares que impidan la distribución de esos recursos de un modo discriminatorio y contrario a la libertad de expresión y a la libertad de información. El Estado, en estos casos, tiene una obligación de “hacer” (distribuir dinero en forma de subsidios, por ejemplo) que debe estar sujeta a reglas que tiendan a asegurar el respeto de los derechos a la libertad de expresión, la igualdad ante la ley y a no ser discriminado.

10 Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *op. cit.*

### III. El uso de la publicidad oficial como mecanismo de censura indirecta

Los gobiernos de las democracias constitucionales tienen la obligación de dar cuenta de sus actos. Por otro lado, muchas políticas públicas están basadas hoy día en la distribución de información. La comunicación masiva del cronograma de vencimientos de un impuesto; la generación de conciencia colectiva acerca del uso de preservativos para una política eficaz de lucha contra el virus del VIH-SIDA; la diseminación de información básica para tratar el agua como forma de prevención de una epidemia de dengue; la difusión de la implementación de un programa de distribución de anticonceptivos, son algunos ejemplos de políticas públicas desarrolladas por el Estado que requieren de una comunicación directa y masiva con la población. El Estado generalmente cuenta con un medio oficial en el que se publican las normas que se emiten y sancionan, las licitaciones y todo tipo de información formal, pero este medio no es el apropiado para llevar adelante campañas de comunicación masiva, su formato es habitualmente muy básico y su circulación relativamente restringida a aquellos que lo buscan por necesidad profesional. A fin de desarrollar sus campañas informativas el Estado necesita de espacio en los medios de comunicación. Si se descarta la sesión gratuita de espacio, sobre todo en los medios gráficos, la única forma mediante la cual el Estado puede contar con ese espacio es por medio de su compra. Si bien no es una práctica habitual en todos los países, en muchos Estados de América Latina el Estado nacional y, en los países federales, los estados provinciales, asignan importantes sumas de dinero para la compra de espacio en los medios de comunicación privados y públicos. Los volúmenes de recursos dedicados a la compra de esa pauta publicitaria pueden incluso no ser considerables comparados con el PBI de un Estado particular, pero lo que importa es si esos fondos son relevantes comparados con los fondos disponibles en el sector privado para la compra de pauta publicitaria. Si la dimensión relativa de los montos dedicados para publicidad oficial desde el Estado son considerablemente mayores que los dedicados a la compra de publicidad por empresas privadas, entonces los medios que los reciben pueden desarrollar algún grado de dependencia importante de esos recursos estatales. En 2005, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y el *Open Society-Justice Initiative* (OSI-JI) produjeron un informe sobre la distribución de la publicidad oficial en Argentina que analizó la situación a escala nacional y en cuatro provincias del país. El caso más paradigmático lo ofreció la provincia de Tierra del Fuego, la más austral del país, con alrededor de 123.000 habitantes y muy escasa actividad económica privada (casi el 80% del ingreso generado proviene de los gobiernos provincial y municipales). Según el informe de la ADC y OSI-JI, la mayoría de los medios de comunicación de esta provincia sobreviven gracias a los fondos que reciben por publicidad que publican los diferentes niveles de gobierno. Aproximadamente el 75% de sus ingresos provienen de la publicidad oficial, sobre todo provincial<sup>11</sup>. Dada esta proporción de publi-

11 Asociación por los Derechos Civiles y Open Society-Justice Initiative, *Una censura sutil. Abuso de pu-*

cidad oficial en relación con la publicidad privada, es claro que la supervivencia de los medios provinciales está altamente supeditada a la continuidad de ese flujo de fondos. En provincias con mayor actividad privada, como es el caso Córdoba, por ejemplo, la dependencia es menor en términos globales, aunque puede ser mayor o menor en el caso de cada medio en particular. A escala nacional, por ejemplo los dos diarios nacionales de mayor circulación, *Clarín* y *La Nación*, reciben una cantidad de publicidad oficial que no es determinante para la continuidad financiera de esos medios. Según el informe mencionado, en ninguno de los dos casos el monto recibido supera el 5% de los ingresos del medio<sup>12</sup>. Sin embargo, este no es necesariamente el caso de medios más pequeños que reproducen la situación de vulnerabilidad descrita para el caso de Tierra del Fuego.

El problema de la dependencia económica de algunos medios de la compra de publicidad por parte del Estado, se agudiza cuando se encuentra combinado con una absoluta ausencia de regulaciones que limiten la discrecionalidad del funcionario con la facultad de decidir quiénes reciben la pauta oficial. En el caso argentino, no existe en ninguna provincia ni en el gobierno nacional regulación alguna que opere como límite a la libertad de decisión del Secretario de Medios nacional o provincial, usualmente a cargo de tomar aquella decisión. La vulnerabilidad de un medio que depende de la publicidad oficial para continuar su trabajo conduce a una situación de debilidad frente al funcionario público que tiene el poder, prácticamente, de estrangular su economía, dando lugar a un muy probable efecto de silenciamiento y autocensura de ese mismo medio que teme perder la pauta oficial y de todos aquellos que se encuentran en la misma situación de dependencia y vulnerabilidad. Dado que es muy difícil, si no imposible, modificar la ecuación de publicidad pública y privada de los medios en contextos de escaso desarrollo del sector privado, problema que se acentúa a nivel local, sólo una regulación apropiada que limite la discrecionalidad del funcionario encargado de comprar la pauta publicitaria puede atemperar los niveles de vulnerabilidad y amenaza a la libertad de expresión descriptos. En este sentido Eduardo Bertoni, ex relator para la Libertad de Expresión de la OEA, ha afirmado que “la posibilidad de decidir discrecionalmente, sin reglas claras, cómo y a quién se le otorga publicidad oficial abre la puerta a la arbitrariedad. La posible violación indirecta de la libertad de expresión surge porque las decisiones arbitrarias conllevan el riesgo de ser usadas como presión hacia los medios de comunicación críticos de la gestión de gobierno”<sup>13</sup>. En un sentido similar se pronunció cuando se desempeñaba como Relator Especial para la Libertad de Expresión en su Informe Anual de 2003:

---

*blicidad oficial y otras restricciones a la libertad de expresión en Argentina*, Open Society Institute, New York, 2005, p. 27. Versión en inglés, *Buying the news. A report on financial and indirect censorship in Argentina*, Open Society Institute, New York, 2005.

12 *Idem*, p. 68.

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

Es imperativo que exista un marco jurídico que establezca directrices claras para la distribución de la publicidad oficial a fin de que se siga una administración justa de los fondos destinados a la publicidad. A fin de garantizar la libertad de expresión en el futuro, los Estados deben dejar de lado las leyes insuficientemente precisas y evitar el otorgamiento de facultades discrecionales inaceptables a sus funcionarios. El establecimiento de un mecanismo de supervisión de las decisiones sería fundamental para dar legitimidad a las asignaciones discrecionales que realizan los funcionarios<sup>14</sup>.

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

Principio13: La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión<sup>15</sup>.

#### **IV. Publicidad oficial: una breve descripción del caso argentino**

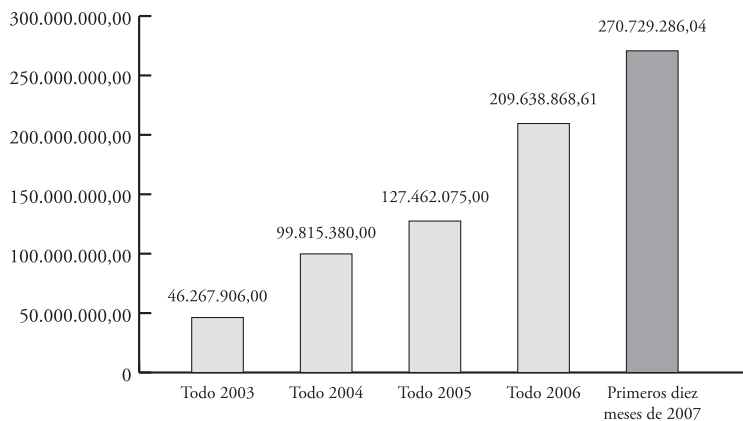
La relación entre la asignación de publicidad oficial y su posible uso como mecanismo para manipular y controlar el contenido de aquello que se expresa en los medios de comunicación, a nivel nacional, no atrajo la atención de la opinión pública en Argentina hasta que se tomó conocimiento del aumento paulatino de los fondos que el Poder Ejecutivo destinaba año tras año desde 2003 a este rubro. El incremento de ese monto sumado a la sospecha de que algunos de esos recursos encontraban como destino las empresas de personas cercanas al

14 Informe de la Relatoría del año 2003, Capítulo 5, párrafo 88.

15 Declaración de principios sobre libertad de expresión, aprobada durante el 108° período ordinario de sesiones de la CIDH, octubre de 2000.

Presidente de la Nación contribuyó a que los propios medios y organizaciones no gubernamentales empezaran a poner en evidencia la situación<sup>16</sup>.

#### Evolución del gasto en publicidad oficial 2003 / 2007



Fuente: ADC en base a planillas de inversión publicitaria proporcionadas por la Secretaría de Medios de la Nación. Los datos referentes a 2003 y 2004 corresponden a Poder Ciudadano.

En 2003 el Poder Ejecutivo Nacional gastó poco más de 46 millones de pesos; en 2004 invirtió casi 100 millones, más del doble del año anterior. Mientras tanto, en 2005 el gasto fue de 127 millones de pesos mientras que en 2006 superó a los 209 millones. En todos estos casos los presupuestos aprobados por el Congreso Nacional para el rubro fueron superados por la ejecución final. En los primeros diez meses del año 2007, el Poder Ejecutivo Nacional invirtió 270.729.286 millones de pesos en concepto de publicidad oficial, cifra 61 millones superior al total gastado durante 2006 y excedida en un 33% del presupuesto aprobado para este año, que fue de 202.792.000 de pesos.

Es preciso insistir sobre el hecho de que el aumento del monto total asignado a la publicidad oficial no es necesariamente algo reprochable, dado que una mayor actividad de gobierno, el lanzamiento de campañas específicas o el impacto de la inflación pueden pro-

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

vocar ese aumento. Por ejemplo, en los tres meses previos a las elecciones presidenciales del 28 de octubre de 2007, el Poder Ejecutivo Nacional lanzó varias campañas que requirieron de una fuerte inversión publicitaria. La campaña “Visitas Presidenciales”, tal como figura en los registros oficiales suministrados a pedido de la ADC, fue una de las que más fondos públicos demandó. Involucró en agosto de 2007 un total de 1.962.336 pesos. En septiembre la cifra ascendió a 2.930.383 pesos y en octubre a 2.272.635 pesos. En ese trimestre inmediatamente previo a las elecciones de octubre, la campaña “Visitas” requirió 7.165.355 pesos. Esta campaña fue superada sólo por la campaña “Trabajo Registrado”, del Ministerio de Trabajo y la campaña “Padrones Electorales”, que demandó la suma de 11.238.041 pesos y que se podría explicar por las necesidades informativas del Gobierno ante las elecciones de octubre de 2007<sup>17</sup>.

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

Según los datos hallados por el informe de ADC y OSI-JI del 2005, el problema de la amenaza a la libertad de expresión como producto de la distribución discrecional de la publicidad oficial se da mayormente en las provincias con economías privadas menos desarrolladas. El problema, a nivel nacional, al menos con los medios de mayor circulación e impacto, no parece ser del mismo grado de gravedad. Sin embargo, los volúmenes en cuestión combinados con la falta de transparencia acerca de las reglas que rigen la facultad del gobierno nacional para decidir la pauta publicitaria oficial, de forma equivalente a lo que se percibe en el resto del país a nivel provincial, crea el marco necesario para que aumente la discrecionalidad y la arbitrariedad de aquellos que toman esas decisiones. En este sentido, el propio Secretario de Medios del Gobierno de Néstor Kirchner, a cargo de la asignación de la pauta publicitaria, ha afirmado que “en la comunicación oficial repartimos con ciertos criterios propios, y eso tiene que ver con decisiones políticas, con criterios que tienen una lógica en la pauta publicitaria”<sup>18</sup>. El funcionario se preguntó frente a la periodista que lo entrevistó: “¿por qué no le damos a algún medio? Estamos hablando de un sólo caso, que es la Editorial Perfil. A la revista *Noticias* y al semanario *Perfil*, que Jorge Fontevecchia llama diario, no le damos publicidad oficial porque pertenece a un tipo de periodismo amarillo, sensacionalista con rasgos de extorsión. Es un medio que ha cometido errores periodísticos que no ha reconocido. Como cuando confundió al hijo del Presidente con el yerno del empresario Raúl Moneta. Igual-

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

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



mente, hay muchas revistas a las que no les damos publicidad y tratamos de llevar más a los medios chicos y del interior. Lo más probable es que cometamos algún error y lo iremos corrigiendo”<sup>19</sup>. Estas declaraciones oficiales del funcionario responsable del área en cuestión ponen en evidencia dos cuestiones. Por un lado, que no existen en el país a nivel nacional — y tampoco a nivel provincial— reglas claras y transparentes acerca de cuáles son los criterios que deben regir las decisiones del gobierno nacional en materia de distribución de pauta oficial. Los estándares de “criterios propios” o el elusivo criterio relacionado con “decisiones políticas” no parecen acercarse a la exigencia del Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión expresadas en el ya mencionado Informe Anual de 2003:

Es imperativo que exista un marco jurídico que establezca directrices claras para la distribución de la publicidad oficial a fin de que se siga una administración justa de los fondos destinados a la publicidad. A fin de garantizar la libertad de expresión en el futuro, los Estados deben dejar de lado las leyes insuficientemente precisas y evitar el otorgamiento de facultades discrecionales inaceptables a sus funcionarios. El establecimiento de un mecanismo de supervisión de las decisiones sería fundamental para dar legitimidad a las asignaciones discrecionales que realizan los funcionarios<sup>20</sup>.

Por otro lado, la referencia a lo que parece ser un criterio más objetivo, la mención de la opción por medios pequeños y del interior, además de no corresponderse con la realidad<sup>21</sup>, parece confundir la publicidad oficial con un subsidio. Según el Relator Especial de la OEA para la libertad de expresión:

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

19 *Ibidem*.

20 Informe de la Relatoría del año 2003, Capítulo 5, párrafo 88.

21 Según el Pre-Informe de la ADC emitido el 20 de diciembre de 2007, en los primeros diez meses del 2007 la inversión publicitaria directa en el rubro de diarios, revistas, radios y canales de TV tendió a concentrarse en medios de la Ciudad de Buenos Aires —incluyendo los de distribución nacional— y el porcentaje que se dirigió a medios del interior fue relativamente bajo. De los 270.729.286 de pesos totales, el Poder Ejecutivo Nacional invirtió 150.288.181 de pesos distribuidos en 455 proveedores “directos”. El 88,4 por ciento de ellos pertenece a medios que se editan o producen en la Ciudad de Buenos Aires, lo que incluye a varios medios de distribución nacional (y a los estatales, Radio Nacional y Canal 7).

sido estatal en el marco de una política comunicacional, que podría ser válida y aun necesaria. Los recursos del Estado que se utilizan para el pago de la publicidad oficial tienen un objetivo distinto a los objetivos que se pueden plantear para una determinada política de comunicación social. La posibilidad de decidir discrecionalmente, sin reglas claras, cómo y a quién se le otorga publicidad oficial abre la puerta a la arbitrariedad. La posible violación indirecta a la libertad de expresión surge porque las decisiones arbitrarias conllevan el riesgo de ser usadas como presión hacia los medios de comunicación críticos a la gestión de gobierno<sup>22</sup>.

Finalmente, es preciso destacar que la Editorial Perfil, en virtud de la práctica gubernamental tendiente a no comprar espacios de publicidad en los medios del grupo, como el *Diario Perfil* y la *Revista Noticias*, ha iniciado una acción judicial contra el Estado nacional por discriminación y censura indirecta, actualmente en trámite. En esa misma causa, la ADC presentó un *amicus curiae* en el que sostiene, coincidentemente con la demandante, que la regulación de la publicidad oficial actualmente vigente resulta contraria al derecho a la libre expresión (artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y al principio de legalidad (artículos 14, 19 y 28 de la Constitución Nacional y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). De acuerdo con el principio de legalidad establecido en la Constitución argentina, toda regulación estatal que afecte directamente los derechos de las personas tiene que haber sido adoptada por el Poder Legislativo. Como se sostiene en el *amicus*: “este principio es particularmente importante en el ámbito de la libertad de expresión, porque asegura que su ejercicio no será afectado por decisiones discrecionales, arbitrarias y unilaterales del poder ejecutivo”. La ADC sostuvo allí que entre las restricciones ilegítimas que pueden afectar gravemente la libertad de expresión está la manipulación arbitraria y discrecional de la asignación o retiro de la publicidad oficial por parte del gobierno, con el objeto de “premiar” o “castigar” a los medios de prensa. En esa presentación, la ADC señaló que es decisivo que en ese ámbito toda regulación sobre publicidad oficial, además de estar contenida en una ley sancionada por el Poder Legislativo, establezca en forma precisa y detallada los criterios y mecanismos de distribución de la publicidad oficial y un sistema eficaz de control de la asignación de los fondos públicos<sup>23</sup>.

## V. La Corte Suprema argentina y el caso Río Negro

Hay razones para anticipar una posible decisión favorable a la Editorial Perfil en el caso interpuesto por discriminación y censura indirecta contra el Estado Nacional desde que la

22 Bertoni, Eduardo, *op. cit.*, p. 6.

23 Ver en Internet el *amicus brief* presentado por la ADC: <http://www.adc.org.ar/home.php?i=DOCUMENTO=581&i=TIPODOCUMENTO=1&i=CAMPOACCION=2>.

Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió el 5 de septiembre de 2007 un caso de características similares a favor del Diario Río Negro en una demanda por censura indirecta y discriminación contra el gobierno de la Provincia de Neuquén<sup>24</sup>.

El 12 de junio de 1997, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió el caso *Emisiones Platenses*<sup>25</sup>. En esta causa, la empresa periodística promovió una acción de amparo contra el intendente de la ciudad de La Plata para que “se dispusiera judicialmente la adquisición de espacios de publicidad oficial en el diario de su propiedad ‘Hoy en la Noticia’, en condiciones razonablemente equitativas y similares a las previstas respecto del periódico ‘El Día’ de dicha ciudad por el decreto municipal 578”. La empresa Emisiones Platenses S.A. adujo que estaba siendo discriminada en la distribución de la pauta por existir “un trato diferente que se centra en un aspecto principal: dado que el diario ‘El Día’ recibe para publicar información pública por un precio en dinero y el periódico de la apelante no se encuentra favorecido por esa utilidad, sostiene que el derecho a la información no se agota en la posibilidad de acceder a las fuentes ya que también contempla el derecho a informar y a ser informado, derechos que se ven afectados por la forma en la que el demandado distribuye la publicidad oficial, actitud que produce una discriminación en perjuicio de sus lectores que deben recurrir al otro diario platense para tener un debido conocimiento de los actos gubernamentales en el ámbito local”<sup>26</sup>. La Corte Suprema decidió la cuestión a favor del gobierno municipal sobre la base de dos premisas. Por un lado, sostuvo que no existe un derecho a recibir publicidad oficial como precondition para el ejercicio de la libertad de expresión. Por otro, el tribunal abonó el terreno que conduciría al caso Río Negro cuando sostuvo en *Emisiones Platenses* que:

la transformación producida de los medios de comunicación masiva [...] no ha generado una obligación positiva en cabeza de la comuna para apoyar a un periódico a fin de mantener la igualdad en el grado de competición en el marco de los recursos financieros con otro que disputa a los mismos consumidores el mercado periodístico, *a menos que se demuestre —lo que no ha ocurrido en el caso— que la decisión respecto a la forma de distribución de la publicidad gubernamental encubra una maniobra para destruir o restringir el derecho de imprenta de la recurrente*<sup>27</sup>.

En el caso *Río Negro* el diario alegó que como consecuencia de una nota crítica del gobierno provincial, en la que se lo involucraba en un posible caso de corrupción, el estado local había dejado de comprar el espacio publicitario que venía adquiriendo a modo de san-

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

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

26 *Ibidem*.

27 *Ibidem*, Considerando 24.

ción por la expresión emitida. En este caso, la Corte entendió que la persecución en virtud del contenido de la expresión publicada estaba demostrada y condenó al estado provincial por censura indirecta ordenándole establecer una regulación apropiada que limite la discrecionalidad del gobierno al tomar las decisiones conducentes a asignar la publicidad oficial. En este sentido la Corte sostuvo en el caso *Río Negro* que:

no existe un derecho subjetivo por parte de los medios a obtener publicidad oficial. Sin embargo, el Estado no puede asignar los recursos por publicidad de manera arbitraria, en base a criterios irrazonables. Así, los criterios no serían ilegítimos cuando “la necesidad de selección se relaciona con la necesidad de que los funcionarios del Estado establezcan una diferenciación entre una serie de medios de comunicación dentro de una categoría”. “Para adoptar esas decisiones de acuerdo con los principios de la libertad de expresión, las mismas deben estar basadas en criterios ‘sustancialmente relacionados’ con el propósito descrito y que debe ser neutro en relación con los puntos de vista del medio” (Punto 11 del Informe Anual 2003 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). Por lo demás, no sólo debe evitar el gobierno acciones intencional o exclusivamente orientadas a limitar el ejercicio de la libertad de prensa, sino también aquellas que llegan a idéntico resultado de manera indirecta [...] Por lo tanto, la distribución de publicidad estatal puede ser utilizada como un fuerte disuasivo de la libertad de expresión, obstruyendo este derecho de manera indirecta<sup>28</sup>.

En síntesis, por primera vez en América Latina una Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal facultado para velar por la constitucionalidad de las decisiones de gobierno, se ha pronunciado sobre la invalidez de la distribución de la publicidad oficial cuando ella atenta sobre el ejercicio de la libertad de expresión. La censura indirecta prohibida por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos adquirió así un reconocimiento explícito por los jueces de Supremo Tribunal de la Nación.

## VI. La necesidad de reglas para evitar la arbitrariedad y asegurar la diversidad

En línea con las recomendaciones del Relator Especial de la OEA, la Corte Suprema de Justicia de la Nación condenó a la Provincia del Neuquén a que “las futuras publicaciones sean adjudicadas con un criterio compatible con las razones expuestas. No obstante, las modalidades de ejecución deberán diferir necesariamente de las usuales. En tales condiciones, responderá que la Provincia del Neuquén presente en el término de 30 días un esquema

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

—con el grado de elasticidad que la cuestión requiere— de distribución de publicación de publicidad, respetuoso de los términos y principios que informa la presente decisión”. Esta novedosa sentencia y su *remedy* —no es habitual que el tribunal exija a un estado una obligación “de hacer” de este tipo— vuelve a poner el énfasis sobre la necesidad de regulación para limitar la discrecionalidad del gobierno en la distribución de publicidad oficial y así evitar posibles actos de censura indirecta. Si bien no hay una receta mágica en materia regulatoria en este sentido, existe suficiente derecho comparado y modelos en funcionamiento en diferentes países que permiten establecer algunos parámetros gruesos que fueron desarrollados por la ADC y que a continuación resumiremos<sup>29</sup>:

- *Necesidad de una regulación clara*: la regulación que establece las pautas y criterios que debe seguir el gobierno para distribuir la publicidad oficial debe ser clara y específica, debe alcanzar al ámbito nacional y local y debe regular la producción, distribución y el control de la publicidad que compra el gobierno.
- *Necesidad de determinar el objetivo de la publicidad oficial*: se debe establecer con claridad aquello que será entendido como publicidad oficial, la cual se identifica en el derecho comparado con el canal de comunicación que debe existir entre el gobierno y la población. Como tal, la publicidad oficial debe ser clara, objetiva, fácil de entender, necesaria, útil y relevante para el público. No debe promover —explícita o implícitamente— los intereses de ningún partido político ni del gobierno.
- *La distribución de la pauta no debe ser discrecional*: debe establecerse un mecanismo para la contratación y distribución de la publicidad oficial que tenga por objeto reducir la discrecionalidad, evitar la sospecha de favoritismos políticos e impedir actos de corrupción. La asignación debe responder a criterios claros y transparentes. La pauta, como principio general, debe estar justificada en la existencia de campañas publicitarias que respondan a necesidades concretas y reales de comunicación. La publicidad oficial no debe ser utilizada para premiar a medios afines al gobierno o castigar a los críticos.
- *Descentralización de la facultad de distribuir la pauta oficial*: la responsabilidad por el manejo de la publicidad oficial debería descentralizarse para que no esté sólo en manos de funcionarios nombrados políticamente, como los secretarios de medios, sino de organismos o funcionarios técnicos.
- *Transparencia y acceso a la información pública como forma de control*: todos los ciudadanos tienen derecho a conocer los gastos efectuados en publicidad oficial.

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

Deben establecerse mecanismos que promueven la transparencia en el otorgamiento de estos fondos y que garanticen el fácil acceso a esta información por parte del público en general.

- *Necesidad de un control externo adecuado sobre el gasto en publicidad oficial:* los gobiernos deben rendir cuentas al público sobre los gastos efectuados y el modo en que son empleados los recursos de publicidad oficial. Para eso es necesario que se establezcan claros mecanismos de control externo.

## VII. “No pago para que me peguen”

La situación descrita no es exclusiva de Argentina. El uso de la publicidad oficial como premio o castigo a quienes ejercen su libertad de expresión con opiniones o información amigable o crítica del gobierno es una práctica lamentablemente extendida a lo largo de la geografía y de la historia reciente. En la primera mitad de la década de 1970, el presidente de México, José López Portillo y Pacheco, definió su relación con los medios y en referencia a la publicidad oficial con una frase que es aún hoy recordada por sus connacionales: “No pago para que me peguen”. Comprar publicidad, para el mandatario, implicaba comprar la anuencia de los medios y el silencio de la crítica. Hace sólo unos meses, la *Revista Proceso*, de México D.F., acusó al actual presidente Felipe Calderón de continuar con la práctica que dice también desarrollaba Vicente Fox y que emulaba la de López Portillo<sup>30</sup>. En Uruguay, la Presidencia de la Nación impulsó un proceso de investigación sobre el uso de la publicidad oficial en el pasado, fundamentalmente a partir de la preocupación por posibles casos de corrupción cometidos por funcionarios del gobierno saliente<sup>31</sup>, pero también por sus implicancias para el ejercicio de la libertad de expresión. Esta investigación condujo a una regulación más específica en la contratación de publicidad oficial<sup>32</sup>. En Chile, en octubre de 2007, el Parlamento aprobó el Informe de la Comisión Especial Investigadora sobre Avisaje del Estado<sup>33</sup> en el cual se analizaron las prácticas del Estado en materia de distribución de la publicidad oficial con miras a establecer una regulación que impida abusos en el ejercicio

30 Para un análisis del gasto en publicidad oficial en México y sus implicancias para el ejercicio de la libertad de expresión en ese país, véase Carrasco Araizaga, Jorge, “Castigo publicitario”, en *Revista Proceso*, 30 de septiembre de 2007.

31 “Comisión Investigadora destapó graves irregularidades en la gestión de ANTEL durante la presidencia de Batlle”, AM Libre, 29 de noviembre de 2006. Véase en Internet: <http://www.infoycom.org.uy/?q=node/711>. “El FA fijará por ley los criterios para asignar publicidad oficial”, El Observador, 18 de abril de 2007 - Pablo Tosquellas. “La publicidad oficial según la APU: Mayor equidad, poca transparencia”, *Brecha*, 01 de junio de 2007.

32 “Normas para la publicidad estatal”, *El País*, 25 de setiembre de 2007.

33 Internet: [http://www.alterinfos.org/IMG/pdf/Informe\\_de\\_la\\_Comision\\_especial\\_investigadora\\_sobre\\_avisaje\\_del\\_estado.pdf](http://www.alterinfos.org/IMG/pdf/Informe_de_la_Comision_especial_investigadora_sobre_avisaje_del_estado.pdf).

de esa facultad. En agosto de 2006 Perú sancionó una ley que regula la distribución de la publicidad estatal, estableciendo criterios de transparencia y racionalidad para su contratación del estado nacional. La norma, la ley 28.874, señala que la autorización de la publicidad estatal está supeditada a la existencia de un plan de estrategia publicitaria y a la justificación que deberá hacer el gobierno de las campañas institucionales, así como también de la selección que se haga de los medios de difusión. La norma establece que las entidades y dependencias no podrán gastar dineros públicos en beneficio de un candidato postulado a un cargo electivo o de un partido político. La ley agrega que se deberán publicar los contratos de publicidad en el portal de la dependencia gubernamental respectiva y que se deberán presentar dentro de los diez días siguientes al vencimiento de cada trimestre, los programas o campañas de publicidad llevadas a cabo en el período anterior<sup>34</sup>.

En el resto del mundo el tema no ha pasado desapercibido. Rumania debió someterse a los lineamientos regulatorios de la Unión Europea en la materia para ser incorporado como miembro<sup>35</sup>. Canadá contempla precisas reglas que limitan la discreción estatal en su *Government Advertising Act* de 2004. España regula la contratación de publicidad oficial en su ley 29 del 2005. En la India la justicia decidió en el caso *Ushodaya Publications*, que el Estado viola la constitución si retira la publicidad oficial como represalia por expresiones críticas del gobierno<sup>36</sup>. Un tribunal de apelaciones de los Estados Unidos estableció que “utilizar fondos de gobierno para castigar el discurso político de los miembros de la prensa y forzar comentarios favorables al gobierno” implica una violación de la Primera Enmienda de la Constitución de ese país<sup>37</sup>.

Evidentemente, el uso de la publicidad oficial como herramienta para el castigo o el premio al ejercicio de la libertad de expresión, no es un problema marginal ni exclusivo de un país. Es un ejemplo más de los nuevos y sutiles mecanismos de censura que el derecho internacional de los derechos humanos rechaza tanto como los viejos y directos métodos de silenciamiento. Nadie tiene derecho a recibir publicidad oficial. Los recursos que los Estados destinan a ella no son un subsidio y persiguen fines específicos que para lograrse deben ser distribuidos de acuerdo con ciertos criterios específicos y conocidos por todos. Sin embargo, en virtud de la protección que recibe la libertad de expresión, nadie puede dejar de recibir fondos en concepto de publicidad oficial como consecuencia del contenido de su expresión. Cada vez que un gobierno “sanciona” a un medio con el retiro de la publicidad oficial como consecuencia de su rechazo a lo que ese medio expuso, no sólo está tratando de disciplinar y silenciar a ese medio, sino a todos los demás que se encuentran en similar situación de dependencia de esos recursos públicos que, por temor a perderlos, también silenciarán sus voces. Estos múltiples efectos de silenciamiento afectan negativamente el derecho de cada

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

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

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

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

persona a recibir información y el de la ciudadanía en su conjunto a exponerse a la mayor diversidad posible de ideas, datos y perspectivas para poder autogobernarse. La censura en general socava la calidad de la democracia. La censura directa y violenta del Estado, la de la prohibición, el secuestro de libros, la intimidación física y el asesinato es un flagelo contra el cual hemos avanzado bastante en muchos países de América Latina. La censura indirecta es un medio más sutil pero no menos pernicioso que puede alcanzar efectos similares sobre la diversidad de voces y demanda nuestra atención en los tiempos que corren.

## VIII. Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Christian Courtis, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales”, en Abregú, Martín y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editorial del Puerto, 1998.
- Asociación por los Derechos Civiles y Open Society-Justice Initiative, *Una censura sutil. Abuso de publicidad oficial y otras restricciones a la libertad de expresión en Argentina*, Open Society Institute, New York, 2005. Versión en inglés, *Buying the news. A report on financial and indirect censorship in Argentina*, Open Society Institute, New York, 2005.
- Asociación por los Derechos Civiles, “La Publicidad Oficial del Poder Ejecutivo Nacional durante 2007”, Análisis Preliminar, diciembre de 2007, en <http://www.adc.org.ar/recursos/720/ADC%20Pre%20Informe%20Publicidad%20Oficial%20del%20PEN%20en%202007.pdf>.
- Asociación por los Derechos Civiles, *Principios Básicos para la Regulación de la Publicidad Oficial*, Buenos Aires, octubre 2006, Internet: <http://www.adc.org.ar/home.php?iDOCUMENTO=604&iTIPODOCUMENTO=1&iCAMPOACCION=>.
- Berlin, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Universidad, Madrid, 1988.
- Bertoni, Eduardo, Prólogo a Asociación por los Derechos Civiles y Open Society-Justice Initiative, *Una Censura Sutil. Abuso de publicidad oficial y otras restricciones a la libertad de expresión en Argentina*, Open Society Institute, New York, 2005.
- Carrasco Araizaga, Jorge, “Castigo publicitario”, en *Revista Proceso*, 30 de septiembre de 2007.
- CIDH, Declaración de principios sobre libertad de expresión, octubre de 2000.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5, del 13 de noviembre de 1985, sobre colegiación obligatoria de periodistas, Considerandos 30, 32 a 34.
- Diario *El País*, “Normas para la publicidad estatal”, 25 de setiembre de 2007.



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

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

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

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

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

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

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

Internet: [http://www.alterinfos.org/IMG/pdf/Informe\\_de\\_la\\_Comision\\_especial\\_investigadora\\_sobre\\_avisaje\\_del\\_estado.pdf](http://www.alterinfos.org/IMG/pdf/Informe_de_la_Comision_especial_investigadora_sobre_avisaje_del_estado.pdf).

Internet: <http://www.article19.org/pdfs/ligo-documents/mandatesbroadcasting.pdf>.

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

O'Donnell, María, *Propaganda K. Una maquinaria de promoción con el dinero del Estado*, Planeta, Buenos Aires, 2007.