

Bogotá D.C. (Colombia), 29 de abril de 2016

Ministro

Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Primera Sala

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ciudad de México, Estados Unidos Mexicanos

Asunto: Amicus curiae dentro del expediente **A.R. 1359/2015**

Respetado ministro de la Suprema Corte:

La Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP) es una organización de la sociedad civil colombiana, que tiene como misión la defensa y la promoción de la libertad de expresión y la libertad de información en Colombia. En el marco de estas funciones, nuestra fundación ha venido estudiando el impacto de la publicidad oficial frente a la garantía de la libertad de información y dentro de la actividad de los medios de comunicación y periodistas.

Nuestra intención con la presente intervención, es ofrecer una perspectiva comparada, tanto en lo normativo y lo factual, que pueda servir como referente para la toma de decisión que los convoca. Consideramos que nuestra experiencia haciéndole seguimiento a la relación entre publicidad oficial y libertad de información, puede aportar en la búsqueda de las respuestas que conduzcan a una libertad de información más sólida para nuestros países.

Para la FLIP, el hecho de que la Constitución mexicana contemple en su artículo 134 la obligación de regular la publicidad oficial, en cualquier tiempo y no solo en época electoral, es una oportunidad para el pueblo mexicano de contar con una libertad de expresión y de información más fuerte. Pero además se trata de un ejemplo constitucional para otros países de la región, como Colombia, que apunta a reforzar la garantía de los medios de comunicación para informar y de los ciudadanos para contar con una información más imparcial.

Nuestra intervención está dividida en tres partes. La primera hace una descripción de las tensiones que hoy existen entre publicidad oficial y libertad de información en Colombia, con la idea de mostrar el caso colombiano como un escenario en el que la no regulación de la asignación de publicidad genera un impacto negativo sobre la forma de informar. La segunda expone cuál es la interpretación que se ha hecho desde Colombia de los estándares interamericanos sobre publicidad oficial, en el marco de la libertad de expresión.

La última pretende compartir lo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha dicho sobre la figura de la omisión legislativa y del estado de cosas inconstitucional,

teniendo en cuenta que son conceptos centrales en la situación que hoy se discute en México sobre la regulación de la publicidad oficial.

1. DISTRIBUCIÓN DE LA PAUTA OFICIAL EN COLOMBIA Y SU IMPACTO EN LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

En la última década, las instituciones públicas colombianas han aumentado los recursos para publicidad oficial. En los últimos 10 años, el presupuesto del Estado para propaganda se incrementó en un 40%, llegando a superar los 3 billones de pesos colombianos, que hoy equivalen a 999 millones de dólares. Al respecto se debe mencionar que en Colombia no existe un límite para la inversión del presupuesto público en publicidad. La FLIP ha logrado constatar que existen instituciones colombianas que destinan más del 10% de sus recursos totales para publicidad.

Esta situación alrededor de la publicidad oficial puede describirse con varios factores que se describen a continuación. Es importante resaltar que algunos de ellos pueden tener coincidencias que actualmente se viven en el Estado mexicano. Por otra parte, es necesario advertir que estos factores que se describirán, y que explican la realidad de la publicidad oficial en Colombia, podrían encontrar solución si el Estado asume un compromiso de regular el fenómeno hasta el punto de definir criterios de objetividad y transparencia que protejan la libertad de información. Se trata, en últimas, de la oportunidad que hoy tiene el Estado mexicano en el marco del estudio del presente amparo.

1.1. Incumplimiento de normas de transparencia y de acceso a la información pública.

En Colombia existen normas que buscan la transparencia en la ejecución de los contratos del Estado: 1) la Ley de Acceso a la Información Pública; 2) el parágrafo 3 del artículo 10 del Estatuto Anticorrupción; 3) el Régimen General de Contratación. Todas estas normas que obligan a las instituciones a divulgar los negocios jurídicos que establecen con los medios de comunicación con fines de publicidad. Aun así, persisten dificultades en el cumplimiento de esta transparencia.

Existe un portal web donde se publican todos los contratos que celebra el Estado colombiano, incluyendo los que se refieren a publicidad oficial. Si bien el portal es una mecanismo efectivo para la transparencia de la gestión pública, aún resulta difícil evaluar la cantidad de recursos públicos que se destinan para cada medio de comunicación, a nivel nacional o regional, pues se tratan de negociaciones que no entran dentro de las categorías en los que agrupa el portal y por lo tanto se deben buscar en medio de contratos públicos de otra naturaleza. Adicionalmente el portal carece de actualización permanente y es complicado encontrar negociaciones con medios de comunicación al día.

En consecuencia, se termina encontrando que, en Colombia, la mejor forma para conocer la información de los contratos sobre publicidad oficial, sigue siendo la de dirigirse directamente a las entidades. Aun así, en un estudio reciente que adelantó la FLIP, se descubrió que en el 49% de los casos, las entidades obstaculizaron el flujo de información y el principio de transparencia.

El hecho de que no exista transparencia en la contratación de la publicidad oficial con los medios de comunicación, impacta negativamente la libertad de información y de expresión porque de un lado obstaculiza el control social que la sociedad puede hacerle al Estado en su relación con los medios de comunicación. Pero además no permite una deliberación pública adecuada e informada entre las audiencias y los medios de comunicación que consumen.

1.2. Vacío de criterios técnicos y específicos para la selección de contratistas

Los estándares internacionales de libertad de expresión, que se han desarrollado al interior de diversos organismos internacionales, han establecido que los Estados deben tener en cuenta un criterio específico al momento de la asignación de publicidad oficial entre los anunciantes privados. Primero, se debe establecer cuál es el universo de medios elegibles para la contratación de publicidad. Esto requiere hacer mediciones que deben incluir datos no solo de los medios sino de sus audiencias, alcances e impacto, así sean nacionales, regionales, comunitarios o locales.

En la investigación que viene adelantando la FLIP, para el caso colombiano, encontró que el 60% de entidades no tienen criterios claros para justificar las razones por las que contratan con unos anunciantes y no con otros. La mitad de esa suma explican sus contrataciones con distintas figuras del régimen de contratación de Colombia y la otra mitad ni siquiera expresa algún tipo de criterio. Por otra parte, de las entidades que dicen tener criterios en la asignación, solo el 40% tienen en cuenta el objetivo de la campaña y los impactos que esperan.

De esta forma se puede concluir que el hecho de que la publicidad no sea mayoritariamente asignada teniendo en cuenta estudios técnicos sobre el objetivo, las audiencias y los impactos, hace que no se pueda conocer si el mensaje de publicidad oficial llega de manera correcta al público deseado. Por otra parte, la no existencia de criterios claros indica que las entidades oficiales apuntan a asignar los recursos de publicidad de manera arbitraria, según el interés de los funcionarios de turno.

1.3. El modelo de regulación de espacios radiales y la censura a través de la publicidad oficial.

En la mayoría de las ciudades colombianas, la forma usual de acceso a las frecuencias para los periodistas es por medio del arrendamiento de espacios o subarriendo de frecuencias. En este modelo, el periodista, en virtud de un contrato de arrendamiento o de concesión, hace

un pago mensual a la emisora para hacer uso de un espacio dentro de la frecuencia. En este esquema, los periodistas no son contratados por la emisora para desarrollar un programa, sino que arriendan el espacio para producir sus propios contenidos, siendo la única condición el pago oportuno del cánón de arrendamiento al gerente de la emisora, la cual, de cara al Estado, es la verdadera concesionaria de la frecuencia.

Ahora bien, este modelo genera una relación entre los periodistas que arriendan espacios en las emisoras y la publicidad oficial. Aquellos acuden a las oficinas de prensa de las alcaldías y gobernaciones en busca de contratos publicitarios, aunque al mismo tiempo estas mismas oficinas sean las fuentes periodísticas principales en su oficio de informar. Se construye entonces una doble relación que tiene como consecuencia, en no pocas ocasiones, el condicionamiento de la información que se emite con los contratos de publicidad oficial que se asignan.

Frente al régimen general de contratación de Colombia, los contratos de publicidad oficial, en su mayoría, son de mínima cuantía y su asignación se hace de forma directa, de tal manera que su adjudicación resulta discrecional de los gobernantes, sin necesidad de acudir a concursos o licitaciones. Esto ha generado una relación de premio y castigo hacia los comunicadores, quienes se ven condicionados a manejar la información de manera favorable al gobernante a cambio de un contrato de publicidad.

1.4. La publicidad oficial se usa como un subsidio informal, discrecional y subjetivo para medios de comunicación.

La documentación que ha realizado la FLIP, durante varios años, revela que la publicidad oficial es una de las fuentes más importantes de financiación de los medios de comunicación regionales. En departamentos como Putumayo, Chocó, Guaviare, Arauca, o aquellos que hacen parte de la región amazónica del sur, y en cientos de municipios de todo el país, los recursos que las instituciones públicas entregan a los medios bajo el concepto de publicidad oficial representan más del 70% de los ingresos de las empresas de comunicación. En otras palabras, los recursos de publicidad oficial terminan funcionando como una forma de subsidio para los medios.

Si la publicidad oficial sirve, en la práctica, como un mecanismo de subsidio, se crea una situación doblemente perniciosa. Como se ha podido constatar en el factor enumerado anteriormente, de un lado el periodista o medio utiliza la información favorablemente al ente de gobierno que publicita, pero además, del otro, se hace uso de fondos públicos para promover intereses partidarios o personales de los gobernantes. Es necesario que, al igual que la asignación de publicidad oficial, las subvenciones que ofrezca el Estado sean explícitas, transparentes y equitativas, con reglas claras de antemano y que estén establecidos los mecanismos de adjudicación y control.

1.5. La contratación directa es la modalidad generalizada para la asignación de publicidad oficial.

La contratación directa es una práctica generalizada que deja de lado las reglas de selección objetiva, predeterminada y transparente, fomentando la discrecionalidad a la hora de escoger el contratista, en este caso el medio que emite la publicidad oficial.

La FLIP pudo establecer que las entidades regionales de Colombia, en un porcentaje superior al 80%, optan por la contratación directa en la asignación de publicidad oficial. A esta conclusión llegó también el informe de la Contraloría General de la República de Colombia acerca de la Contratación en Publicidad para 2012 (enero-diciembre) y 2013 (enero-marzo). Este informe señaló que 7 de cada 10 contratos de publicidad se adjudicaron de manera directa.

Esto va en contravía con el principio de que la elección de uno u otro medio, como cualquier oferente de contratación, debe estar asentada en el principio fundamental de la selección objetiva. Se desincentiva a la entidad o al gobernante a que opte por el ofrecimiento más favorable a los fines publicitarios que busca y que evita acudir a factores de afecto, de interés particular y, en general, de cualquier otra clase de motivación subjetiva.

El marco normativo colombiano no establece parámetros obligatorios propios de este tipo de contratación y deja el campo libre para la discrecionalidad del funcionario en la distribución de pauta publicitaria. Tal margen puede configurar un tipo de abuso específico, mediante el cual la asignación de publicidad oficial beneficia principalmente a los medios cuyos contenidos favorecen al gobierno.

1.7. Alteración de los objetos contractuales en los contratos de publicidad oficial.

Según la investigación realizada por la FLIP en 2015, hay 13 entidades colombianas, del orden nacional, regional y local, que evidencian algún tipo de incertidumbre en sus objetos de contractuales de publicidad y campañas. Para ser más concreto, de algunos de esos objetos se infiere que la entidad contratante solicita que contenidos de propaganda institucional sea presentada como información, y no como publicidad.

Lo anterior indica que el vacío normativo frente la publicidad oficial permite la existencia de objetos contractuales difusos o indefinidos en los que el gobierno puede pagar para que su propaganda se confunda con los contenidos informativos, hasta el punto de hacer emitir lo propagandístico como información. Una situación que va en contra de la libertad de información de las audiencias que ven menoscabado su derecho de recibir información veraz e imparcial.

Ocho entidades de los distintos niveles territoriales no proporcionaron información alguna sobre sus objetos de contratación. La FLIP ha constatado que tanto en la redacción de pliegos de licitaciones públicas como en los términos de referencia para contratar los objetos de los

contratos no responden a las necesidades de la contratación de este tipo de servicios publicitarios.

1.8. Carencia de controles propios para determinar si la publicidad oficial afecta la libertad de expresión y de información.

En Colombia, la normatividad de contratación estatal exige que los contratos del Estado tengan una supervisión o interventoría, según corresponda. Sin embargo, no existe ninguna disposición específica que estipule que los contratos de publicidad oficial deban tener interventoría, por el conocimiento técnico que estos requieren, por lo que se entiende que el control también queda a discreción de la entidad estatal contratante.

Además, los encargados de hacer vigilancia de los contratos no están capacitados sobre los estándares internacionales de libertad de expresión que deben tener este tipo de contratos y por lo tanto no pueden identificar cuando estos se desvían de sus objetivos. A esto se suman las dificultades en el control de la ciudadanía y la ausencia de precedentes en la actuación de organismos de control externo, como la Contraloría o la Procuraduría, para velar por estas conductas que atentan de manera indirecta contra la libertad de expresión y de información.

1.9. La publicidad oficial se contrata con pocos medios y no se promueve la pluralidad.

Desde el año 2013 al 30 de junio de 2015, seis ministerios del Gobierno colombiano destinaron entre el 57% y el 97% de su presupuesto para publicidad o campaña a un medio de comunicación o a una agencia de comunicación en particular. A esto se le suma que doce medios nacionales, de televisión, radio e impresos, recibieron 66.229'557.110 de pesos colombianos (aproximadamente 22'500.000 dólares), lo que equivale al 2% de los más de 3 billones de pesos colombianos (cerca de 1.020 millones de dólares) que se destinaron para publicidad oficial en el periodo investigado. En el informe de la Contraloría General de la República de Colombia, que ya fue mencionado atrás, se muestra que los primeros 40 contratistas de publicidad concentran el 66%.

Por otro lado, las agencias de publicidad y otras entidades que actúan como intermediarios, se han consolidado dentro de los negocios de la publicidad oficial y manejan presupuestos multimillonarios. En el periodo investigado, solo entre 13 empresas recibieron más de 700 mil millones de pesos colombianos (aproximadamente 237 millones de dólares).

Esto permite identificar que los recursos de la publicidad se concentran en un número reducido de medios de comunicación. De esta forma, mientras de un lado se quiebra la independencia de los medios que están recibiendo asignaciones millonarias, porque tienden a usar los recursos públicos de publicidad oficial como la fuente principal y casi única de sustento, por el otro lado se está obstaculizando la subsistencia y el reconocimiento de los demás medios que no reciben estos recursos, muchos de los cuales suelen ser independientes

y críticos frente al gobierno de turno, o al menos ofrecen visiones alternativas del poder público que enriquecen a la opinión pública.

1.10. Autocensura como efecto de la falta de transparencia y de control en la asignación de la publicidad oficial.

Las prácticas identificadas en la distribución de publicidad oficial en Colombia, y las presiones financieras de funcionarios públicos contra los medios de comunicación –en especial, los regionales–, generan efectos inhibitorios en la producción y difusión de información. Dentro de ese grupo de efectos, la autocensura reviste especial importancia.

Dentro de su estudio, la FLIP hizo una serie de entrevistas. Un periodista de la ciudad de Cartagena, al norte de Colombia, habló de la autocensura como efecto de la falta de transparencia en la asignación de pauta oficial:

Lo que sí ha sucedido muchas veces es la autocensura. Las entidades que pautan son muy pocas, y las que hay, están muy competidas [por periodistas que solicitan publicidad oficial]. Entonces, el periodista que aspire a decir que las entidades están haciendo algo mal, se abstiene de sacar la información. Dicen: “Vamos a darle suave, no les vamos a dar con toda, porque estoy entre la espada y la pared”.

Esta negociación directa entre el periodista y la entidad gubernamental, la cual es al tiempo la fuente de información y la contratante de publicidad oficial, genera un compromiso entre ambos que determina la forma de presentación o de ocultamiento de información.

Por otra parte, las prácticas discrecionales y discriminatorias de publicidad oficial dan paso a otra manifestación de los efectos inhibitorios al informar: el ‘acompañamiento’ informativo al funcionario o a la entidad. Quiere decir que casi como un privilegiado ‘servicio al cliente’, los periodistas acompañan a las fuentes de información oficiales, por ejemplo, en la inauguración de obras públicas y en el anuncio de planes de gobierno, y así dejan de lado las noticias que desfavorables y críticas.

Al respecto, un periodista del departamento del Cauca, en el suroccidente de Colombia, manifestó:

Es una manera de asegurar la pauta, el estar entrevistando al funcionario, pasando noticias sobre él. Hay funcionarios a quienes les gusta, les gusta que los estén nombrando y a raíz de eso dan la pauta [publicidad oficial].

Otro periodista del Cauca resume el acompañamiento y la autocensura como efectos del manejo publicitario que hacen las administraciones regionales.

Al estar uno adscrito a esa entidad obviamente hay cosas que no va a poder decir (...) desde ese punto de vista hay autocensura. Uno no puede negar que hay ocasiones en que uno tiene que quedarse sencillamente callado, porque eso puede causar problemas. Sin embargo, a la censura y la autocensura, yo le agregaría algo más: la conveniencia propia. Uno no va a sacar información en contra de quien le

da la pauta, nadie va a atentar contra quien le da; uno no va a morder la mano que le está dando de comer.

El efecto inhibitorio que genera esta práctica, tanto de autocensura como de acompañamiento a la institución pública, se debe como punto de partida a la noción y al uso equivocado que se hace de la publicidad oficial. Además, el hecho de que se vea como un determinante en la subsistencia del periodista y del medio, la distribución de publicidad oficial, por una parte, se percibe como un problema laboral, mientras que por otro genera una concurrencia de periodistas en las prácticas nocivas que se justifican en muchos casos por estar asegurando su sostenimiento económico.

2. LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS DE PUBLICIDAD OFICIAL Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA REGULACIÓN LEGAL.

2.1. La publicidad oficial y la censura indirecta: La pregunta por los cambios legislativos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha explicado que los mecanismos indirectos de restricción a la libertad de expresión se ocultan detrás de acciones aparentemente legítimas. Sin embargo, son adelantadas con el propósito de condicionar el ejercicio de la libertad de los individuos de expresarse¹. La distribución arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial es sólo una de las formas que puede adquirir la censura indirecta: la asignación de otros recursos o beneficios, tales como cuotas en el acceso a papel periódico, permisos de acceso al mismo, radiofrecuencias, acceso a servicios públicos esenciales, etcétera, son también expresiones de esta forma sutil de censura.

Aunque sea sutil la práctica no es menos grave, por el contrario se hace más insidiosa debido a que muchas veces no es fácil determinar con exactitud la frontera entre el ejercicio legítimo de una facultad estatal y la restricción ilegítima de un derecho². La CIDH ha ofrecido dos criterios para determinar cuándo la asignación de publicidad oficial afecta la libertad de expresión y de información. Por un lado, la actividad estatal debe estar motivada por la posición editorial del sujeto afectado. Por el otro, el ejercicio de esa facultad debe tener por objeto condicionar el ejercicio de la libertad de expresión del sujeto afectado³.

El problema del abuso de la publicidad estatal es difícil de detectar y no es fácil de resolver. En el derecho comparado se han seguido dos estrategias diferentes para afrontarlo:

1. Se ha optado por establecer regulaciones tendientes a modificar las prácticas discrecionales sobre las que los abusos se sostienen.

¹ CIDH. *Principios sobre regulación de la publicidad oficial en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2010. párr.2

² *Ibidem*. párr. 11.

³ *Ibidem*.

2. Se ha optado por modificar las prácticas internas de la administración a través de la planificación adecuada, de la expresión pública de razones y del establecimiento de sistemas de control.

Ambas estrategias están vinculadas entre sí: muchas veces los cambios de prácticas se impulsan a través de mecanismos legislativos o regulatorios, aunque la efectividad de los mismos es una pregunta empírica a responder caso a caso.

La estrategia de regulación legal es la que en esencia se discute en el contexto mexicano, debido a la delegación constitucional que se hace al legislador para expedir una ley de regulación de la publicidad oficial para los Estados Unidos Mexicanos. La FLIP considera que en Colombia y en los países americanos esta vía de regulación está justificada por los estándares de la CIDH en materia de restricción a los derechos humanos. Si las restricciones a los derechos humanos sólo pueden establecerse por medio de leyes en sentido formal y material, tiene sentido pensar que la regulación de la publicidad estatal, en tanto mecanismo probado de censura indirecta, debe expresarse por ese camino. Es la opción que siguieron países como Perú y España.

Aunque se haya podido comprobar que no puede ser una vía única, sino que debe acompañarse con medidas sublegales en el ámbito mismo de la administración pública de los distintos niveles, una legislación sobre publicidad oficial sí puede establecer los lineamientos principales para la transparencia y la objetividad en la asignación de los recursos. Se tratan de leyes que al interior de nuestros países podrían tratar distintos ejes temáticos que podrían aportar en la resolución de las necesidades en materia de libertad de expresión.

La CIDH ha establecido que los estados están obligados a establecer "reglas legales específicas sobre publicidad oficial en cada uno de sus niveles de gobierno"⁴. La ausencia de esas regulaciones facilita el uso arbitrario de esos fondos en detrimento de la libertad de expresión. El objetivo principal de esta clase de regulaciones es disminuir la discrecionalidad que permite que la publicidad oficial sea utilizada como una zanahoria o un garrote, para premiar o castigar a medios de comunicación y periodistas de acuerdo a su línea editorial⁵.

Los estándares de la CIDH fijan los principales aspectos que deben cubrir estas reglamentaciones⁶:

- Definir de manera amplia a la publicidad oficial.
- Distinguir y regular las distintas etapas de producción, contratación, distribución y control del avisaje del sector público.
- Establecer como principios al interés público, transparencia, rendición de cuentas (accountability), no discriminación, eficiencia y buen uso de los fondos públicos.

⁴ *Ibidem.* párr. 34.

⁵ *Ibidem.* párr. 36.

⁶ *Ibidem.* párrs. 37 a 41.

- Tener un ámbito de aplicación amplio que incluya a todas las ramas del estado y a los órganos descentralizados.

Revisando el derecho comparado, sobre todo el caso canadiense y australiano, es posible advertir que no todas las regulaciones deben ser establecidas por vía legal. Por ejemplo, tanto Canadá como Australia funcionan sobre la base de guías de acción y políticas públicas que cumplen la función de limitar la discrecionalidad de los funcionarios públicos. Sin embargo, para la FLIP resulta bastante oportuno que la Constitución mexicana contemple la obligación expedir una ley sobre publicidad oficial, pues en ella se pueden incorporar la mayoría de los elementos que señalan la CIDH como necesarios, al menos en un plano de principios y referentes administrativos para el gobierno mexicano, tanto en el nivel federal como en el estatal.

2. Ejes temáticos de una regulación de la publicidad oficial.

Según los mismos estándares de la CIDH, la regulación legislativa sobre publicidad oficial podría tratar los siguientes ejes que se requieren en una publicidad oficial que respete la libertad de expresión y de información:

1. **Transparencia y acceso a la información:** La Comisión Interamericana ha señalado que los individuos "tienen derecho a conocer toda la información sobre publicidad oficial que se encuentre en poder del Estado"⁷. Para la Comisión, ello significa que el Estado debe publicar de manera proactiva toda la información relativa a los criterios de contratación, motivos de asignación, presupuestos, gastos y contratos, incluyendo los montos discriminados por medios, campañas publicitarias, y organismos contratantes y, además, debe responder adecuadamente todos los pedidos de acceso a la información que reciba⁸.
2. **Pluralismo informativo:** Para la CIDH resulta claro que la publicidad oficial debe tener por objeto principal 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 comunidad⁹. Esa definición toma en serio los deberes de información del Estado. Partiendo de esa base, resulta claro que la adjudicación de publicidad estatal debe evaluar "como criterio preponderante (...) a la audiencia o público objetivo de la campaña publicitaria de que se trate"¹⁰. En este sentido, el público no es el mismo si lo que se quiere es difundir un programa de vacunación gratuito o bien un programa de becas universitarias. La efectividad del mensaje y su llegada a la población relevante debe ser un criterio fundamental a la hora de distribuir estos presupuestos.

⁷ *Ibidem.* párr. 65.

⁸ *Ibidem.*

⁹ *Ibidem.* párr. 42.

¹⁰ *Ibidem.* párr. 53.

Sin embargo, los Estados no pueden discriminar con base en el tipo de medios de que se trate. Por ello, si la adjudicación requiere mediciones para poder determinar los mejores mecanismos de alcanzar al público objetivo, es imprescindible que los estados no discriminen a medios comunitarios u otros que deben ser incluidos en el mapa de medios en condiciones de igualdad con otros actores de mayor peso económico¹¹. En este sentido, la inclusión de los medios "pequeños, comunitarios y locales" puede entenderse como una medida positiva que hace a las obligaciones en materia de pluralismo y diversidad que pesan sobre los estados.

3. Mecanismos de contratación: La CIDH sostiene que los estados deben asignar los recursos publicitarios a través de "procedimientos abiertos, transparentes y no discriminatorios, atendiendo a las características de cada jurisdicción"¹². Deben ser "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"¹³. En particular, la CIDH ha sostenido que se debe respetar el principio de concurrencia propio de las contrataciones públicas: sólo excepcionalmente, en casos de emergencia y extrema urgencia, se puede recurrir a sistemas directos o cerrados¹⁴. "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 deberán ser aprobadas, en última instancia, por funcionarios públicos con entrenamiento técnico cuya conducta y decisiones sean pasibles de control administrativo y judicial"¹⁵.
4. Criterios de distribución: La publicidad del Estado debe distribuirse de acuerdo a criterios transparentes y públicos y el proceso de distribución debe estar documentado de tal forma que se conozcan las razones de las decisiones adoptadas¹⁶. Como se ha dicho, el criterio preponderante para la distribución es el del perfil del público a quien se quiere llegar con el mensaje de interés público que el estado desea o debe difundir. "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 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

¹¹ *Ibíd.* párr. 54.

¹² *Ibíd.* párr. 9.

¹³ *Ibíd.* párr. 60.

¹⁴ *Ibíd.* párr. 59 y 62.

¹⁵ *Ibíd.* párr. 63.

¹⁶ *Ibíd.* párr. 51.

público objetivo se establece el universo de medios elegibles; luego, deberán 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"¹⁷.

5. **Objetivos legítimos y planificación:** Como se describió antes la publicidad oficial debe procurar que las autoridades informen 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 los demás derechos de sus ciudadanos beneficiarios. Si ello es así, es necesario que una actividad tan relevante para el Estado y tan vinculada a la garantía de los derechos ciudadanos sea objeto de una adecuada planificación. Para la Comisión, la obligación de planificación es un mecanismo para evitar la discrecionalidad, ya que la ausencia de la misma "favorece la utilización abusiva de la publicidad oficial al aumentar la discrecionalidad en manos de los funcionarios que tienen el poder de distribuirla"¹⁸. Al respecto, la FLIP quiere destacar que, a diferencia de la colombiana, la Constitución mexicana sí establece, en su artículo 134, que en "ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público", algo que de alguna forma sirve para delimitar la regulación de objetivos de la propaganda oficial.
6. **Control externo de asignación:** la CIDH ha sostenido que los estados deben establecer mecanismos de control externo. "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 deberán 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"¹⁹.

3. LA OMISIÓN LEGISLATIVA Y EL ESTADO DE COSAS DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO APORTES A LA DISCUSIÓN CONSTITUCIONAL MEXICANA.

Para la FLIP, el examen de constitucionalidad desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia ha construido conceptos que pueden aportar a la discusión que hoy enfrenta la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Al respecto hay que aclarar que el máximo tribunal colombiano no ha tenido la oportunidad de referirse al caso particular de la publicidad oficial, como noción general, aunque sí ha expedido alguna jurisprudencia sobre temas tangenciales como la transparencia y el acceso a la información pública, sobre el régimen de propaganda en televisión y sobre las modalidades de contratación.

¹⁷ *Ibidem*. párr. 53.

¹⁸ *Ibidem*. párr. 57.

¹⁹ *Ibidem*. párr. 72.

La falta de un estudio concreto de la publicidad oficial en Colombia puede deberse a que, a diferencia de México, Colombia no cuenta con una norma constitucional explícita que exija regulación y límites a la publicidad oficial. Sin embargo, por otra parte la Corte Constitucional de Colombia sí ha tenido la oportunidad de analizar situaciones similares a lo que se vive en materia de publicidad del Estado en México, en lo referido a mandatos constitucionales de expedición de leyes y a situaciones generalizadas de violación masiva de derechos fundamentales. Estas dos figuras son la omisión legislativa y el estado cosas de inconstitucionalidad.

3.1. La omisión legislativa en el examen de constitucionalidad colombiano.

Se trata de una figura que se ha estudiado por vía de las decisiones de acciones de inconstitucionalidad. Según la sentencia C-534 de 1996, la Corte Constitucional de Colombia entendió que la omisión legislativa era la abstención del legislador de realizar lo previsto en la Constitución Política. Según este alto tribunal, se presenta en los siguientes casos:

(...) cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución; cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros; cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto; cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella.

En pocas palabras, en esa omisión se identifica “el no hacer del legislador” y por lo tanto es posible identificar un quebrantamiento de la Constitución por esa conducta pasiva del poder público que tiene la exclusividad de expedir leyes. Entonces se puede hablar de una “inconstitucionalidad por omisión”. Según la Corte Constitucional de Colombia, ésta puede darse por dos vías, una por omisión absoluta y otra por omisión relativa.

3.1.1. Omisión legislativa absoluta.

Se refiere a los casos en donde falta una norma legal que regule un precepto establecido en la Constitución. Es decir que el legislador no crea ningún precepto a pesar de que exista una obligación constitucional que lo compele. En pocas palabras puede decirse que surge cuando hay una ausencia total de norma legal.

Con respecto este tipo de omisión, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que no es procedente hacer un estudio de constitucionalidad a partir de una demanda por omisión legislativa absoluta. La sentencia C-543 de 1996 hizo referencia a que la omisión legislativa no estaba consagrada en la Constitución de Colombia y por lo tanto no se podía hacer un control por esta vía. Se partía de la premisa de que las acciones de inconstitucionalidad buscan controlar el texto, y por lo tanto, frente a un vacío legal, no puede realizarse control de inconstitucionalidad en el entendido de que no hay un texto para examinar.

Más adelante, la sentencia C-173 del 2010 confirmó que la omisión absoluta no podía ser objeto de control.

el juicio de constitucionalidad esencialmente consiste en la comparación entre dos textos normativos, uno de rango legal y otro constitucional, de manera que la inexistencia del primero lógicamente impide adelantar tal proceso comparativo propio del control abstracto de constitucionalidad de las leyes.

En la sentencia C-337 del 2011 se reiteró la postura y se afirmó que el estudio de constitucionalidad de la omisión legislativa solo procede cuando es relativa o parcial, pero que en ningún caso procede sobre la omisión absoluta. Se asumió que ésta no es procedente en el entendido que el legislador, en primer lugar, no tiene un plazo para legislar sobre determinados temas y, en segundo, posee una facultad de autonomía e independencia que se puede vulnerar cuando se está frente al control por medio de la inconstitucionalidad de la omisión absoluta.

En una primera impresión, se podría pensar que en el caso de la ausencia de ley de regulación de publicidad oficial en el Estado mexicano configura una omisión legislativa absoluta que, por lo tanto, no puede ser atendida en un estudio constitucional. Sin embargo, a la FLIP sí considera que es oportuno revisar la fuerza vinculante del mandato constitucional del artículo 134 de la Constitución mexicana, no con el fin de que la Suprema Corte se tome los atributos de generar disposiciones normativas sobre el tema, pero sí al menos con la generación de una orden o exhortación al legislativo para que genere las condiciones para la discusión y aprobación de la regulación que trata la norma principal de México.

A su vez, podría ser relevante resaltar la importancia del “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia política-electoral”. Su artículo 3 transitorio indica una obligación perentoria y condicionada en el tiempo que la Suprema Corte podría hacer valer en el marco del estudio de este amparo.²⁰

3.1.2. Omisión legislativa relativa.

Se refiere al caso en el que el legislador ha promulgado una ley cuyo efecto es insuficiente según los preceptos constitucionales, bien por falta de desarrollo, o bien porque hay carencias en su ámbito de aplicación. La sentencia C-351 de 2013 estableció tres casos en los que puede ocurrir este tipo de omisión:

²⁰ Lo anterior se refuerza en tanto la omisión legislativa absoluta se configura respecto a una competencia de ejercicio obligatorio, es decir, el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho al momento. Esta obligación ha sido mandatada en dos ocasiones diversas, violándose continuamente los plazos ordenados. La última ocasión se dio en el contexto de la aprobación de la reforma político electoral de 2014. El artículo tercero transitorio de la misma obligó al Congreso de la Unión a expedir durante el segundo periodo de sesiones ordinarias del segundo año de ejercicio de la LXII Legislatura, la ley que reglamente el párrafo octavo del artículo 134 de esta Constitución. Este periodo feneció el 30 de abril de 2014.

(i) cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; (ii) cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y (iii) cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución.

La sentencia C-337 de 2011 ya había hablado de algunos requisitos para que se reconociera la omisión relativa dentro del análisis de constitucionalidad colombiano. Advirtió que se necesita primero que exista una norma sobre la cual se haga la reclamación de inconstitucionalidad por omisión, es decir una ley que se predica incompleta o con carencias en su ámbito de aplicación. Segundo, se requiere que esa norma separe de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en su texto, o que la norma omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos constitucionales. Tercero, que la exclusión de los casos carezca de un principio de razón suficiente. Cuarto, que exista una desigualdad entre los casos excluidos y los que sí tienen una protección por las consecuencias de la norma. Por último, que la omisión sea por razón de un incumplimiento impuesto por el legislador.

Estos requisitos fueron recogidos más adelante por la misma sentencia C-351 de 2013, la cual, además de plantear los casos en los que podía ocurrir la omisión relativa, estableció los requisitos para identificarla.

(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.

Ahora bien, según el precedente constitucional colombiano, en este caso no existe ley concreta sobre la cual hacer el análisis de omisión relativa. Pues es justamente eso lo que se alega dentro del amparo. Sin embargo, siguiendo el mandato constitucional insatisfecho legislativamente, el 134 de la Constitución mexicana, la FLIP considera que sería oportuno analizar leyes que tratan temas relacionados con el fin de que ellas logren el alcance necesario para suplir el vacío legislativo en materia de publicidad oficial. Sería deseable revisar si las normas de transparencia, de acceso de a la información pública, de contratación estatal, y de asignación de frecuencias u otras, pueden ser reforzadas con el fin de lograr el manejo de la publicidad oficial que la Constitución de México exige.

3.2. Estado de cosas inconstitucional

Desde el año 2004, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana viene construyendo una figura de análisis constitucional a partir de la cual, un estudio de casos

concretos de violaciones de derechos, puede llevar al tribunal constitucional a generar exhortaciones a entidades del Estado con el fin de que desarrollen actividades de carácter general para dar cumplimiento con la Constitución. En otras palabras se trata de una fórmula para urgir a otras ramas del poder para que respondan ante un incumplimiento de derechos que se ha demandado a través de la acción de tutela (la acción similar a la acción de amparo que contemple el ordenamiento mexicano).

Lo relevante de esta figura, que podría analizar la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, es que se trata de una revisión constitucional que se inicia por una vía distinta a la acción de constitucionalidad: la acción de tutela, que se trata del recurso hermano de la acción de amparo que contempla el ordenamiento mexicano. En consecuencia, se trata de una figura que ha construido la corte colombiana que contempla la posibilidad de que demandas particulares de derechos constitucionales lleven a efectos generales para la sociedad, como exhortaciones y órdenes para las entidades del Estado. Se trata de una vía que flexibiliza la teoría de la relatividad de las decisiones de tutela (o amparo).

La sentencia T-025 de 2004, pretendió resolver el caso de las violaciones masivas que sufrían las víctimas de desplazamiento forzado en Colombia. Allí se establecieron los parámetros para identificar un estado de cosas inconstitucional.

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial

Analizando varias sentencias colombianas acerca del estado de cosas inconstitucional, podría definirse tal instrumento como aquellas situaciones causadas por el Estado o por la estructura de un organismo en donde se evidencia de manera reiterada, masiva y prolongada la violación de derechos fundamentales de muchas personas, a falta de regulación, ya sea, por la misma actuación del Estado o por la falta de control de la organización de sus entidades.

En la sentencia T-068 del 2010 se explica el estado de cosas inconstitucional como una situación compleja que comprende un conjunto de circunstancias que la constituyen, la complican y la agravan. Se está frente a un estado de cosas inconstitucional, cuando se presenta una repetida violación de los derechos fundamentales de muchas personas, cuando la causa de esa vulneración no es necesariamente imputable únicamente a una autoridad

demandada sino que reposa en factores estructurales, así lo declaro la sentencia T-025 del 2004.

Como consecuencia del estado de cosas inconstitucional, la Corte ha llegado a exhortar a que: (i) se diseñen y pongan en marcha las políticas, planes y programas que garanticen de manera adecuada los derechos fundamentales cuyo goce efectivo depende de la superación del estado de cosas inconstitucional; (ii) se apropien los recursos necesarios para garantizar la efectividad de tales derechos; (iii) se modifiquen las prácticas, las fallas de organización y de procedimiento que resultan violatorias de la Constitución; (iv) se reforme el marco jurídico cuyas falencias han contribuido al estado de cosas inconstitucional; y (v) se realicen los trámites administrativos, presupuestales y de contratación que sean indispensables para superar la vulneración de los derechos.

En el 2013, la Corte Constitucional de Colombia tuvo la oportunidad de reafirmar los factores de existencia respecto de la situación de las personas privadas de la libertad que se encontraban reclusas en las prisiones colombianas.

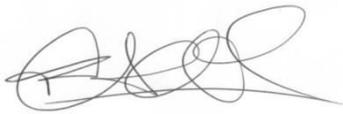
(i) los derechos constitucionales de las personas privadas de la libertad son violados de manera masiva y generalizada; (ii) las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos de las personas privadas de la libertad han sido incumplidas de forma prolongada; (iii) el Sistema penitenciario y carcelario ha institucionalizado prácticas inconstitucionales; (iv) las autoridades encargadas no han adoptado las medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar efectivamente la vulneración de los derechos; (v) las soluciones a los problemas constatados en el Sistema penitenciario y carcelario, comprometen la intervención de varias entidades, requiere un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; y, por último, (vi) si todas las personas privadas de la libertad acudieran a la acción de tutela, se produciría una congestión judicial mayor de la que ya existe actualmente.

En este caso podría considerarse que la no regulación de la publicidad oficial, según el artículo 134 de la Constitución mexicana, está generando no solo un desconocimiento de una norma constitucional, sino que además está afectando gravemente el derecho a la libertad de expresión y de información de los mexicanos. En la medida en que la no regulación de la publicidad oficial, que garantice transparencia y objetividad en la asignación, genera una vulneración grave de la libertad de expresión y de información, tal y como lo señala la CIDH. En este sentido, el amparo que se estudia dentro de este proceso podría estar representando una violación masiva tanto del derecho de informar de los medios y periodistas de la federación de estados mexicanos como del derecho de ser informado del resto de ciudadanos que tiene derecho a recibir información imparcial.

Si se revisa lo anterior, y si se sigue el precedente que hemos queremos ofrecer como propuesta de interpretación, nada impediría que este amparo termine en un efecto general por virtud del cual se exhorte al legislador a generar el proceso de discusión y aprobación de la ley que habla el artículo 134. Pensando que sería una vía efectiva para salir de la situación de vulneración general de la libertad de expresión y de información.

La FLIP espera que estos aportes, que comparten la experiencia colombiana y elementos de derecho constitucional comparado, puedan servir para la que la Suprema Corte de Justicia encuentre la decisión que más convenga al pueblo mexicano. Nuestro interés es que tanto México como Colombia consoliden una libertad de expresión fuerte y transparente, por el bien de todos los ciudadanos que aspiran a vivir en democracias más sólidas.

Atentamente,



Pedro Vaca Villarreal

Director Ejecutivo

Fundación para la Libertad de Prensa - FLIP

Bogotá D.C., Colombia.