

# **MEMORIAL DE AMICUS CURIAE**

**Presentado por:**

FUNDAR, Centro de Análisis e Investigación

## ***LA OMISIÓN LEGISLATIVA EN PUBLICIDAD OFICIAL***

**Amparo en Revisión 1359/2015**

**Quejosa:** Campaña Global por la Libertad de Expresión A 19 A.C

**Ministro ponente:** Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

**Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**

**Fundar, Centro de Análisis e Investigación A.C.**, presenta escrito de *Amicus Curiae* sobre las violaciones que genera a la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información la omisión legislativa de reglamentar la actividad de comunicación social.

### **Interés en el *Amicus***

**Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A.C.**, en adelante Fundar, es una institución de la sociedad civil mexicana que desde hace más de quince años se constituyó de forma plural, independiente, sin afiliación partidista y horizontal que busca avanzar hacia la democracia sustantiva.

Fundar se dedica a la incidencia y monitoreo de políticas e instituciones públicas por medio de la investigación aplicada, la reflexión crítica y propositiva, la experimentación y la vinculación con actores civiles, sociales y gubernamentales. La proyección internacional de la Institución le da un importante reconocimiento en los campos de análisis presupuestal, transparencia, rendición de cuentas, derechos humanos y seguridad ciudadana, siendo un referente en estas materias entre las organizaciones sociales de América Latina y del denominado sur global.

Para Fundar la regulación de la Publicidad Oficial no sólo es una materia pendiente del Congreso, también del Gobierno Federal, pues a tres años de que el presidente Enrique Peña Nieto se comprometiera públicamente a crear una instancia reguladora para la publicidad oficial aún no hay avances en la materia.

Cada año Fundar, junto con Artículo 19, ha realizado un estudio respecto al ejercicio y la transparencia del gasto en publicidad oficial, a nivel federal y local; de ello se han logrado identificar los impactos negativos que la falta de regulación en la materia conllevan para el ejercicio efectivo de los recursos públicos, y el ejercicio de otros derechos, como el acceso a la información y la libertad de expresión.

Se han generado importantes evidencias que demuestran el uso discrecional y desproporcionado de los recursos públicos en publicidad oficial, cuyo detalle específico como el monto, razón, y destino son difíciles de conocer dada la falta de transparencia y la garantía del derecho a la

información, que se agudizan con la falta de voluntad política para llevar a cabo transformaciones reales en el tema.

Para Fundar es preocupante que pese a los avances normativos en materia de transparencia, subsista la ausencia de rendición de cuentas en el manejo de Publicidad Oficial, que en gran medida se debe a la ausencia de su regulación, y que se agudiza con la omisión legislativa que hoy se discute.

Consideramos que la falta de lineamientos que regulen y establezcan límites en la materia sigue siendo el medio principal para la censura sutil en los medios de comunicación, y es un campo fértil que permite la discrecionalidad en el uso de recursos públicos relacionados con comunicación social.

Por ello, en el siguiente escrito pretendemos compartir las evidencias que hemos generado respecto al uso excesivo y desproporcionado de los recursos públicos, así como las afectaciones que conllevan a otros derechos. En este documento primero enfatizaremos el porqué del incumplimiento a la obligación de regular el gasto en publicidad oficial, que deriva de la reforma político-electoral de febrero de 2014, la cual no es exclusiva de la materia electoral; una vez sentado ello, señalaremos las afectaciones que esta omisión legislativa genera en la libertad de expresión, y consecuentemente, la posibilidad que la Suprema Corte de Justicia de la Nación conozca y se pronuncie respecto de ella.

#### **I. La omisión de regular la publicidad oficial no es exclusivo de la materia electoral**

La regulación de la Publicidad Oficial es una materia pendiente del Ejecutivo que el Presidente Enrique Peña Nieto no ha cumplido desde el compromiso que asumió al inicio de su administración; pero es específico, es una materia pendiente del Legislativo porque existe una disposición Constitucional y una reforma a ésta que lo constriñe a emitir legislación secundaria para controlar el ejercicio de la comunión social de conformidad con los principios establecidos en el artículo 134 la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en adelante CPEUM.

#### ***CPEUM***

*Artículo 134. Los recursos económicos de que dispongan la Federación, los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, se*

*administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados [...]*

*La propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, que difundan como tales, los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público.*

En relación con la publicidad oficial, la CPEUM establece por un lado, la obligación de administrar los recursos públicos con eficiencia, eficiencia y transparencia con el fin de éstos satisfagan los objetivos a los cuales se destinan, los cuales no sólo se ejercen por los partidos políticos, también para cualquier poder o entidad pública que realice la actividad de comunicación social.

También establece, en el párrafo octavo, la forma como debe de ejercer la comunicación social para evitar el uso personalizado y discrecional de la publicidad oficial, de tal forma que se garantice la libertad de expresión.

La obligación expresa para el Legislativo de reglamentar el ejercicio de la Publicidad Oficial, conforme a los principios establecidos en el artículo 134 Constitucional, se formalizó con la reforma a diversas disposiciones de la CPEUM del 10 de febrero de 2014, en un transitorio:

TERCERO transitorio de la reforma del 10 de febrero de 2014 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

*“El Congreso de la Unión deberá 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, la que establecerá las normas a que deberán sujetarse los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y de cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, y que garantizará que el gasto en comunicación social cumpla con los criterios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, así como que respete los topes presupuestales, límites y condiciones de ejercicio que establezcan los presupuestos de egresos respectivos”.*

Si bien la obligación de reglamentar el artículo 134 Constitucional en comunicación social deriva de una reforma de carácter político-electoral, el ejercicio de la publicidad oficial no es una actividad exclusiva de los partidos políticos o instituciones electorales y el incumplimiento del legislador al transitorio en referencia de la reforma constitucional, afecta y transgrede la eficacia y ejercicio de i) de los recursos económicos de la federación y las entidades federativas, y ii) la garantía de otros derechos que derivan de la actividad de la publicidad oficial, como la libertad de expresión y el acceso a la información.

Es por ello que consideramos que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), tiene facultades para conocer del caso, analizar el contenido de la norma y del acto que se reclama porque existen afectaciones a las garantías que se consagran en la CPEUM que no son exclusivamente de naturaleza electoral.

La SCJN determinó al resolver el amparo en revisión **1043/2007<sup>1</sup>**, respecto a la procedencia del amparo, que un amparo no puede ser improcedente por el solo hecho de que la norma reclamada esté contenida en un ordenamiento cuya denominación sea electoral, o porque el acto o resolución provenga de una autoridad formalmente electoral, sino que **es el contenido material de la norma, acto o resolución lo que determinará, en su caso, la improcedencia del juicio de garantías.**

Conforme a lo anterior, el juzgador no puede per se determinar la improcedencia de un asunto, por el solo hecho de que el acto o la norma que se reclama tenga la denominación de electoral, sin analizar si existen violaciones a garantías constitucionales.

Vale la pena destacar que la Segunda Sala del Alto Tribunal reconoció la procedencia del juicio de amparo en contra del artículo 272 del Código Electoral del Distrito Federal, vigente hasta el diecinueve de octubre de dos mil cinco, porque el contenido material del agravio no era de carácter electoral. Aun cuando se trataba de un ordenamiento con denominación electoral su contenido material era de naturaleza era laboral debido a que establecía un procedimiento para resolver las diferencias suscitadas entre el Instituto Electoral de la entidad y su personal. Lo que dio lugar al siguiente criterio jurisprudencial:

---

<sup>1</sup> Resuelto por el tribunal Pleno el 11 de mayo de 2008.

*"CÓDIGO ELECTORAL DEL DISTRITO FEDERAL. EL ARTÍCULO 272, VIGENTE HASTA EL 19 DE OCTUBRE DE 2005, ES DE NATURALEZA LABORAL, AUNQUE FORMA PARTE DE AQUÉL. Si bien es cierto que el precepto citado forma parte del Código Electoral del Distrito Federal, también lo es que desde el punto de vista material no puede considerarse de naturaleza electoral, ya que no regula aspectos vinculados con los procesos electorales, pues al establecer el procedimiento especial para que el Tribunal Electoral del Distrito Federal resuelva las diferencias o conflictos suscitados entre el Instituto Electoral relativo y sus servidores, cuando éstos son sancionados o afectados en sus derechos laborales, dicha disposición es de naturaleza laboral."*

*[Tesis: 2a. /J. 181/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIII, Febrero de 2006, Página: 658]*

Atendiendo el criterio jurisprudencial de la SCJN, el hecho de que el artículo tercero transitorio haya sido aprobado en el contexto de la Reforma Político-Electoral no significa que pueda ser considerado como una norma electoral *per se*, sino que debe analizarse si su objeto guarda relación exclusivamente con el desarrollo de procesos electorales o el ejercicio de derechos políticos para determinar la improcedencia.

En consecuencia, la disposición transitoria no puede considerarse como una norma electoral ya que pretende regular una norma constitucional que es igualmente ajena a la naturaleza electoral. El ejercicio de la comunicación social al que se refiere el artículo 134 constitucional tiene por objeto impedir que el Estado, como ente encargado de garantizar la libertad de expresión mediante la difusión de información imparcial, veraz y oportuna, incurra en abusos de poder que se traduzcan en la tergiversación del debate público e impliquen el uso discrecional de recursos públicos para favorecer los intereses personales de quienes integran la administración pública.

En este sentido, vale la pena recordar cuál fue la intención del Constituyente al integrar en el artículo 134 de la Constitución las restricciones y prohibiciones a la difusión de propaganda gubernamental<sup>2</sup>:

---

<sup>2</sup> Exposición de motivos del Decreto que reforma los artículos 6, 41, 85, 99, 108, 116 y 122, adiciona el artículo 134 y deroga un párrafo al artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos proyecto

“... Las garantías individuales que nuestra Constitución reconoce y consagra son para las personas, no para las autoridades; éstas no pueden invocar como justificación o defensa de sus actos tales principios. **La libertad de expresión es una garantía individual ante el Estado; los poderes públicos no están protegidos por la constitución; son las personas, los ciudadanos, a los que la Constitución protege frente a eventuales abusos de poder público.**

Es por ello que proponemos llevar al texto de nuestra carta magna las normas que impidan el uso del poder público a favor o en contra de cualquier partido político o candidato a cargo de elección popular, y **también el uso del mismo poder para promover ambiciones personales de índole política.**

...

En suma, esta iniciativa postula tres propósitos:

...

Por otra parte, **el segundo párrafo tiene como propósito poner fin a la indebida práctica de que servidores públicos utilicen la propaganda oficial, cualquiera que sea el medio para su difusión, pagada con recursos públicos o utilizando los tiempos de que el Estado dispone en radio y televisión, para la promoción personal. Para ello, se establece que esa propaganda no podrá incluir nombres, imágenes voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público.**

[Énfasis añadido]

La exposición de motivos del Constituyente deja en claro en este párrafo del artículo 134 constitucional que los fines constitucionales que se persiguen con la reforma son otros, ajenos a la materia electoral, como garantizar la libertad de expresión de las personas impidiendo que el poder público sea utilizado para promover ambiciones personales de índole política, así como poner fin a la indebida práctica de los servidores públicos de utilizar la propaganda gubernamental, pagada con recursos públicos, para la promoción personal.

---

de decreto que reforma los artículos 6, 41, 85, 99, 108, 116 y 122, adiciona el artículo 134 y deroga un párrafo al artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Así mismo establece para los servidores públicos, la obligación de utilizar la propaganda gubernamental únicamente conforme a ciertos fines, y prohibición de promocionarse de manera personalizada.

La norma constitucional es contundente: la propaganda **debe tener** carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social, y **en ningún caso** incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público.

Tomando en cuenta lo anterior, el artículo tercero transitorio tampoco puede ser considerado una norma electoral, ya que, en concordancia con el artículo 134 constitucional, la disposición transitoria se dirige a todos los entes estatales y su objeto no guarda relación alguna con un proceso electoral, la búsqueda por el acceso al poder o el ejercicio de derechos políticos-electorales. Por el contrario, tal y como se desprende de su redacción, el artículo tercero transitorio pretende garantizar que el gasto en comunicación social cumpla con los criterios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, así como que respete los topes presupuestarios, límites y condiciones de ejercicio que establezcan el Presupuesto de Egresos de la Federación los presupuestos de egresos.

La omisión del legislativo de reglamentar la publicidad oficial de conformidad con el artículo 134 constitucional, no se trata únicamente de un reclamo de naturaleza electoral, ya que la norma que debe ser regulada contiene obligaciones y límites para todos los entes estatales que realizan la actividad de publicidad oficial, sin reparar en situaciones o actores electorales; además de salvaguardar la libertad de expresión y el derecho a la información de la ciudadanía.

En resumen, la omisión al cumplimiento de reglamentar el artículo 134, de conformidad con el tercero transitorio de la reforma del 10 de febrero de 2014, en materia de comunicación social, puede ser sometida vía amparo al control constitucional debido a que la omisión genera violaciones a los derechos humanos y garantías reconocidas y otorgadas para su protección por esta Constitución; como se explica a continuación.

## **II. La omisión legislativa en el caso de la Publicidad Oficial**



El artículo 49 de la CPEUM deposita la facultad de producción normativa en el Poder Legislativo, de conformidad con el principio de control y equilibrio de poderes. Sin embargo, la decisión del legislador de hacer uso de su competencia legislativa no puede ser completamente potestativa porque el ordenamiento constitucional requiere de la implementación y modificación de preceptos fundamentales que lo doten eficacia y vigencia.

Nuestro máximo tribunal ha confirmado la necesidad de la activada legislativa de producción normativa con el fin de garantizar la vigencia y protección de los derechos humanos y dotar de contenido y eficacia a un derecho fundamental.

*OMISIÓN LEGISLATIVA. SU CONCEPTO. **Una de las funciones primordiales en que se desarrolla la actividad del Estado es la legislativa**, generando normas que permitan la convivencia armónica de los gobernados, la realización y optimización de las políticas públicas del Estado, además **de garantizar la vigencia y protección de los derechos fundamentales de las personas**. En este contexto, la Norma Fundamental se concibe como un eje y marco de referencia sobre el cual debe desenvolverse el órgano estatal, constituyendo en sí misma un límite y un paradigma de actuación de la autoridad, cuando sea conminada para ello por el Constituyente. Estos mandatos de acciones positivas adquieren especial significado, sobre todo cuando el efecto es **dotar de contenido y eficacia a un derecho fundamental**, el cual contempla una serie de postulados que representan aspiraciones programáticas, pero también de posiciones y status de los titulares de esos derechos, deviniendo ineludible y necesario el desarrollo de tareas por el legislador ordinario con el propósito de hacer efectivos los derechos previstos en la Ley Fundamental como un sistema de posiciones jurídicas que incluye derechos, libertades y competencias.*

*[Tesis: I.4o.A.21 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo II, Libro 1, Diciembre de 2013, Página: 1200]*

Énfasis añadido

En este sentido, la reforma constitucional de febrero de 2014 generó una obligación explícita de hacer y vigencia determinada para el Poder Legislativo de reglamentar el ejercicio de la publicidad oficial con el fin de producir un marco que garantice de manera eficaz, eficiente y transparente el gasto en comunicación social - acorde con los principios de la administración de recursos económicos- y el ejercicio mismo de la publicidad oficial de conformidad con el artículo 134 constitucional.

**TERCERO TRANSITORIO.**- *El Congreso de la Unión deberá 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, la que establecerá las normas a que deberán sujetarse los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y de cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, y que **garantizará que el gasto en comunicación social cumpla con los criterios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez**, así como que respete los topes presupuestales, límites y condiciones de ejercicio que establezcan los presupuestos de egresos respectivos.*

[Énfasis añadido]

La ausencia de un marco jurídico que controle la actividad de la Publicidad Oficial, coloca al Poder Legislativo frente a una **omisión legislativa** i) por el incumplimiento a una obligación de un mandato constitucional, en el marco de dicha reforma y ii) por el incumplimiento de la obligación de producir una ley reglamentaria que garantice la aplicación efectiva del artículo 134 constitucional en materia de comunicación social.

Efectivamente, el silencio del legislador frente una exigencia concreta de activar su función de creación normativa, impide la operatividad de determinadas cláusulas constitucionales porque limita el contenido normativo y provoca situaciones contrarias a la Constitución. Como ha manifestado nuestro máximo tribunal, **la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivo, de aquellas normas de obligatorio y concreto desarrollo, impide la eficaz aplicación y efectividad del texto constitucional**<sup>3</sup> .

Incluso algunos académicos<sup>4</sup> señalan que se puede generar un estado de inconstitucionalidad a partir de una omisión legislativa porque se deja sin efectividad al texto constitucional y le resta fuerza normativa al hacer imposible su observancia debido a la inexistencia material, generada por la omisión legislativa. En ese sentido, para nuestro máximo tribunal, una omisión legislativa

---

<sup>3</sup> OMISIÓN LEGISLATIVA. Su concepto. *Tesis: I.4o.A.21 K (10a.)*, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo II, Libro 1, Diciembre de 2013, Página: 1200.*

<sup>4</sup> Santos Flores, Israel, "Omisión Legislativa. Consideraciones generales". *La omisión legislativa en materia tributaria. El caso de México*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

(absoluta) de ejercicio obligatorio –como es el caso en comentario- *impiden que las disposiciones de la carta magna sean realmente eficaces*<sup>5</sup>.

Así mismo, la SCJN también estableció un criterio para que el juzgador que conozca de una omisión pueda acreditar la condición de inconstitucionalidad mediante los siguientes elementos; i) que exista un mandato normativo expreso (de la Constitución, de un tratado internacional o de una ley), en la que un derecho fundamental requiera de complementación "operativa"; ii) se configure la omisión del cumplimiento de tal obligación por parte del legislador o y, iii) la omisión produzca la violación de un derecho o garantía.<sup>6</sup>

La omisión legislativa en Publicidad Oficial cumple con los anteriores requisitos porque se trata de una omisión absoluta del ejercicio obligatorio de reglamentar la comunicación social - que deriva del tercero transitorio de la reforma constitucional-; que conlleva una obligación **de naturaleza vinculante, y no potestativa, de legislar**, y genera la vulneración del artículo que debe de reglamentarse, el 134, y de otros derechos y garantías consagrados en la CPEUM.

No obstante, el hecho de reglamentar una disposición constitucional tampoco es garantía de que no se vulnere o limite el derecho que protege esa norma, la omisión legislativa en comunicación social, sí limita la plena efectividad del texto constitucional que incluso genera un estado de inconstitucionalidad porque afecta la realización de otros derechos consagrados en la carta magna, que en el caso específico son la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información.

La exigencia de regular en materia de comunicación social no deriva únicamente de la reforma constitucional de 2014. Desde la reforma a la Constitución de noviembre 2007 se mandató al Poder Legislativo realizar adecuaciones en las leyes federales para reglamentar el artículo 134 constitucional sobre la Publicidad Oficial, las cuales no se han realizado hasta la fecha.

---

<sup>5</sup> PREDIAL MUNICIPAL. LA OMISIÓN LEGISLATIVA ABSOLUTA...Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXIII, febrero de 2016, tesis P./J.12/2006, p. 1532

<sup>6</sup> INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA. ELEMENTOS QUE DEBEN ACREDITARSE PARA SU CONFIGURACIÓN. [Tesis: I.4o.A.24 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo II, Libro 1, Diciembre de 2013, Página: 1133]

En consecuencia, tal incumplimiento ha permitido la discrecionalidad en la asignación y ejecución de los recursos públicos en la materia, y ha permitido la vulneración de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información, como a continuación se describe.

### **III. Las afectaciones que la falta de regulación en Publicidad Oficial genera en el ejercicio de otros derechos**

En un Estado democrático, las autoridades gubernamentales tienen la obligación de informar a los ciudadanos sobre la toma de decisiones que positiva o negativamente les afectan y rendir cuentas de sus funciones.

En este sentido, la Publicidad Oficial es una herramienta que debe funcionar como un canal de comunicación entre gobierno y sociedad para informar sobre el ejercicio de esas funciones y consecuentemente permita a los ciudadanos ejercer otros derechos. Es por ello que el uso de la misma de ninguna manera puede implicar un uso personalizado de los medios ni un medio para restringir el libre flujo de ideas.

La ausencia normativa en la materia incentiva a prácticas arbitrarias en la distribución de pautas gubernamentales para comunicación social, como la discrecionalidad con la que el Gobierno asigna recursos públicos a los medios de comunicación para publicidad oficial, lo cual le permite ejercer un control sobre el contenido que dichos medios brindan a la sociedad, generando censura indirecta.

Al no estar regulada la Publicidad Oficial, fácilmente permea de manera negativa las líneas editoriales de los medios de comunicación, así como la información que es de relevancia social. Y lo más importante, se trastoca la libertad de expresión y se debilita el aparato democrático.

Además, es importante señalar que la información sobre la asignación de dichos recursos públicos prácticamente se desconoce. Fundar han rastreado el gasto en publicidad oficial, a nivel federal y local, desde hace 10 años que le han permitido percatarse y evidenciar las resistencias a la rendición de cuentas de los montos ejercidos en publicidad oficial; así como de su uso discrecional con fines de promoción y auto propaganda, que se intensifican con la falta de regulación en la materia.

En lo que va de la administración del presidente Enrique Peña Nieto, el gobierno federal ha gastado más de 20 mil millones de pesos en publicidad oficial<sup>7</sup> -recursos indispensables para tratar temas de mayor importancia como lo es salud y educación en el país; este año se prevé recortar el monto equivalente en publicidad para dichos temas-. Este gasto desmedido es uno de los efectos de la ausencia de un marco legal que regule la asignación de recursos públicos en la contratación de la publicidad oficial, lo que, ineludiblemente, se ha vuelto una mala y permanente práctica en todos los niveles de gobierno, que se asocian a la falta de rendición de cuentas con poca transparencia.

Los avances, a nivel federal, para el establecimiento de criterios en el tema de la regulación de la publicidad oficial han sido insuficientes. Ninguna de las iniciativas de proyectos propuestos por legisladores de diversos partidos políticos, ni los compromisos presidenciales, que desde 2007 se han estipulado, han sido llevados a cabo por el legislativo. Sobre este último punto, las reformas constitucionales de 2007 y la político-electoral de 2014, han pasado de largo sin lograr cambios positivos en la materia; lo mismo sucedió con la promesa de Enrique Peña Nieto en 2012, de crear una instancia ciudadana que supervise la contratación de medios de comunicación con fines publicitarios, en todos los niveles de gobierno, con la finalidad de garantizar la transparencia, el respeto a la libertad periodística y el acceso ciudadano a la información<sup>8</sup>.

### ***III.1 La publicidad oficial y su relación con la libertad de expresión***

La publicidad oficial debe ser entendida como un canal de comunicación entre el Estado y los ciudadanos. Esta publicidad precisa ser clara, objetiva, fácil de entender, útil y relevante para toda la población; no debe promover, explícita o implícitamente, los intereses de ningún partido político, ni los del mismo gobierno. Sin embargo, esto no sucede así, ya que la distribución discrecional de

---

<sup>7</sup> Datos del Sistema de Comunicación Social (ComSoc), de la Secretaría de la Función Pública). Disponible en: <http://www.gob.mx/sfp/documentos/gastos-de-comunicacion-social>

<sup>8</sup> Artículo de Enrique Peña Nieto en el diario Reforma, “El comienzo del cambio”, publicado el 16 de julio de 2012, [http://busquedas.gruporeforma.com/reforma/Libre/VisorNota.aspx?id=1364383|ArticulosGC\\_Reforma&md5=8fcf539cd14b703e4d86385a8b76ec59](http://busquedas.gruporeforma.com/reforma/Libre/VisorNota.aspx?id=1364383|ArticulosGC_Reforma&md5=8fcf539cd14b703e4d86385a8b76ec59)

los recursos –sin criterios claros, equitativos y transparentes-, a los medios de comunicación tiende a afectar negativamente la libertad de expresión.

Allende del contexto de violencia por el que atraviesa el país -el cual no ayuda en la labor periodística-, la ausencia de normas específicas para regular la publicidad oficial, no permite que los medios de comunicación cuenten con la libertad necesaria para informar; están aprisionados por prácticas oficialistas y clientelares como es la publicidad oficial, lo que produce, al mismo tiempo, censura indirecta o mecanismos indirectos de restricción de la libertad de expresión. Esta censura, favorece o castiga a los medios según sus líneas editoriales; incluso, la información que transmiten, así como las opiniones que estos construyen y difunden, moldean y tergiversan la realidad.

La omisión del legislativo de establecer reglas claras para la asignación y la ejecución de la publicidad oficial, no sólo genera un impacto negativo sobre los procedimientos de informar, sino que también fomenta prácticas, ligadas a la corrupción, como son los vínculos financieros discrecionales entre los medios y los gobiernos, que sienta las bases de una relación fundamentada en intereses económicos y políticos, que menoscaba la pluralidad informativa, el derecho a saber y la democracia en el país.

### ***III. II Impactos negativos en la libertad de expresión, derivados por la falta de la regulación de la publicidad oficial***

La asignación arbitraria de la publicidad oficial, continúa siendo una práctica extendida en todos los niveles de gobierno que induce a generar impactos negativos en la libertad de expresión.

Desde el trabajo de Fundar, Centro de Análisis e Investigación, en materia de publicidad oficial, hemos constatado que la ausencia de regulación en el uso de la publicidad oficial, facilita la aplicación de mecanismos arbitrarios en la distribución de los recursos, generando opacidad; que el marco legal existente no es utilizado cabalmente; que los avances en torno a la transparencia y la rendición de cuentas son endebles; y que la concentración del mercado limita la promoción de la pluralidad en los medios de comunicación.

#### **a) Limitaciones al ejercicio de acceso a la información, la transparencia y la rendición de cuentas**

Es poca la información que existe sobre el gasto en publicidad oficial, y son pocos los avances en torno al ejercicio de la transparencia y rendición de cuentas, que no permiten conocer el destino de los recursos asignados al tema. Si bien, en los últimos años ha habido progresos respecto a la difusión de información relativa a la publicidad, persiste la opacidad en torno al gasto, la cual se acentúa a nivel estatal, en donde el proceso es difícil e implica mucho tiempo.

Por un lado, a nivel federal, fue en 2012 en el contexto de la Alianza para el Gobierno Abierto y como parte del Primer Plan de Acción en México, que el gobierno se comprometió a publicar los gastos mensuales de la administración pública federal, la cual se concentró en el Sistema de Comunicación Social (ComSoc), que es parte de la Secretaría de la Función Pública<sup>9</sup>. Este sistema reproduce la información que las dependencias y entidades registran dentro de los diez días naturales siguientes a la terminación de cada mes, la que es validada por el Órgano Fiscalizador correspondiente y desglosada por el concepto presupuestario 3600 “Servicios de Comunicación Social y Publicidad”, y la partida presupuestaria 33605 “Información en medios masivos derivada de la operación de las dependencias y entidades”. Sin embargo, este avance no es suficiente, ya que la información no es oportuna y su actualización adolece de retrasos.

Por el otro lado, a nivel estatal, existe escasa información sobre el gasto en publicidad oficial. Mediante el persistente ejercicio del derecho de acceso a la información, desde 2010, Fundar y Artículo 19 hemos elaborado un índice de acceso al gasto en publicidad oficial en las entidades federativas que ha permitido mejorar el conocimiento de las prácticas en transparencia y rendición de cuentas, tales como: la negativa de acceso, la confusión en las respuestas entregadas, la ausencia de registros fidedignos o la dispersión del gasto. Lo más preocupante es que, las autoridades en la mayoría de las entidades federativas, no logran cumplir a cabalidad los principios de acceso a la información, la máxima publicidad, así como acortar los tiempos de entrega en la información, lo cual es contrario a lo establecido en el artículo 134 Constitucional sobre la administración – transparente- de recursos públicos.

---

<sup>9</sup> <http://www.gob.mx/sfp/documentos/gastos-de-comunicacion-social>

Pese a la consolidación de los avances normativos en materia de transparencia<sup>10</sup> sobre el ejercicio de recursos públicos involucrados en la publicidad oficial, de poco servirán si no existe un componente normativo que controle o limite su uso.

### **c) Gastos excesivos y sin reglas claras que condiciona la pluralidad de los medios**

Los gastos desmedidos en publicidad oficial, se han vuelto una predominante en toda la administración pública, debido a la falta de información sobre el destino de los recursos, pero también por la ausencia de normas regulatorias en la materia. Los principios constitucionales que enmarcan el uso de recursos públicos en publicidad oficial, no se cumplen conforme a lo establecido; prácticamente carecen de eficacia.

En el *Índice de acceso al gasto en publicidad oficial en las entidades federativas*<sup>11</sup> se evidenció que en 2013, el gobierno federal y 27 estados gastaron más de 13 mil 640 millones de pesos (mdp) en la difusión de sus políticas, programas y servicios, aunado a la promoción de los logros e imágenes de los mismos gobernantes. Mientras que a nivel federal, y conforme a las cifras disponibles en el ComSoc, indica que el gobierno de Enrique Peña Nieto ha gastado más de 20 mil mdp en la primera mitad de su administración, duplicando la cifra erogada en el último año de gobierno del ex presidente Felipe Calderón Hinojosa, la cual ascendió a 10 mil 127 mdp.

También se destaca que, en el primer año de gobierno de Peña Nieto, la administración federal ejerció 7 mil 883 mdp en publicidad oficial durante 2013. Y en 2014, ejerció la cantidad de 7 mil 240

---

<sup>10</sup> Con la publicación de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en mayo de 2015, se fortalece la obligaciones transparencia de “los montos destinados a gastos relativos a comunicación social y publicidad oficial desglosada por tipo de medio, proveedores, número de contrato y concepto o campaña” para todos los órganos de gobierno a nivel federal, estatal y municipal. Artículo 70, fracción XXIII de dicho ordenamiento.

<sup>11</sup> Para más información, visitar [www.publicidadoficial.com.mx](http://www.publicidadoficial.com.mx), y para consultar la última edición del índice, visitar: <http://publicidadoficial.com.mx/pdf/LibertadDigital.pdf>



mdp. Finalmente, cifras preliminares<sup>12</sup> indican que para el año fiscal 2015, el gasto excedió en más de 1 mil 394 mdp el presupuesto original aprobado ejerciendo la cantidad de 6 mil 717 mdp.

La ausencia de la regulación en el uso de recursos en publicidad oficial limita la promoción de la pluralidad en medios de comunicación. Contrario a los principios internacionales que regulan la publicidad oficial<sup>13</sup>, que establece que los Estados deben de adoptar medidas para generar mercados abiertos, plurales, diversos y no concentrados, la publicidad oficial en México acentúa la concentración y limita la pluralidad. La mitad del gasto se distribuye en radio y televisión, a pesar de que el gobierno dispone de espacios gratuitos y tiempos oficiales para transmitir sus contenidos.

Durante 2015, el 40.49% del gasto se destinó a televisión (equivalente a 2 mil 638 mdp); el 19.26% en medios radiales (un mil 254 mdp); 15.86% en medios impresos (un mil 033 mdp); poco más de 6% en internet (408 mdp); 1.78% en cine (115 mdp); y el 16.35% (un mil 065mdp) restante se erogó en otro tipo de proveedores. De este análisis de datos, se destaca que el gasto se concentró en un grupo acotado de proveedores. De 1521 proveedores que obtuvieron contratos en 2015, tan sólo diez acumularon el 48.46% del gasto total anual. Dentro de este grupo, dos proveedores de televisión concentraron el 32.16% de todo el dinero ejercido: Grupo Televisa y TV Azteca.

#### **d) Sobreejercicios presupuestarios derivados de la ausencia de mecanismos legales de contratación, planificación, control y fiscalización**

La publicidad oficial tiene como utilidad informar a los ciudadanos sobre sus derechos y deberes, así como los servicios que presta el gobierno y las políticas públicas que impulsa, sin embargo, ocurre lo contrario. Esta se emplea como propaganda encubierta para promocionar los logros e imagen de los gobernantes, ya que no se cuenta con criterios técnicos para la contratación.

---

<sup>12</sup> Las cifras definitivas aún no se encuentran disponible en el ComSoc. Cabe mencionar que las cifras definitivas tienden a ser superadas significativamente de las preliminares.

<sup>13</sup> De conformidad con los *Principios sobre la regulación de la publicidad oficial y la libertad de expresión* de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponibles en:

<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/PUBLICIDAD%20OFICIAL%202012%2005%2007.pdf>

En tanto no existan reglas claras a las que se sujeten las autoridades, la publicidad oficial seguirá siendo una herramienta potencial para afectar clara y directamente los derechos humanos a la libertad de expresión, libre circulación de ideas y acceso a la información, y perjudicar la construcción y consolidación de una sociedad, crítica y plural.

Lo anterior se evidencia gracias a los datos que desde el trabajo de Fundar se ha realizado. Por ejemplo, se detectó una constante en los sobreejercicios presupuestarios, tanto a nivel federal como estatal: en 2013, la administración federal gastó 78% más de los recursos originalmente aprobados para publicidad, excediendo más de 2 mil 333mdp. En 2014, se sobreejercieron un mil 878 mdp, y más de un mil 394 mdp para 2015, según cifras preliminares del ComSoc.

De igual forma, desde las entidades federativas, en 2013, más de la mitad de las entidades gastaron más recursos de los originalmente presupuestados: de las 27 entidades que reportaron un gasto ejercido de 5 mil 369 mdp, se puede afirmar que sólo el 68% de este gasto estaba cubierto en el presupuesto y el 32% restante, equivale a sobreejercicios. Esta tendencia demuestra la falta de planeación, de control y fiscalización de los recursos, así como la falta de voluntad política por parte de los legisladores a vigilar la ejecución presupuestaria.

### ***III.III Lo que debe de ser: estándares interamericanos sobre publicidad oficial***

La obligación de regular la publicidad oficial que la reforma político- electoral de 2014 impuso al Congreso mexicano, debe de realizarse con base en los *Principios sobre la regulación de la publicidad oficial y la libertad de expresión* de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>14</sup>, que favorecen el desarrollo criterios no discriminatorios y equitativos para evaluar y fiscalizar la asignación de la publicidad oficial. Esta ley debe de contemplar como mínimo:

- Desarrollar criterios no discriminatorios y equitativos para su asignación;
- Restringir el uso de la publicidad oficial a un uso informativo para el público;

---

<sup>14</sup> Ídem

- Implementar una supervisión adecuada de la publicidad oficial; y
- Fomentar mecanismos de promoción de la pluralidad informativa.

Así mismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha determinado principios rectores para reducir las asignaciones discriminatorias de los recursos públicos de la publicidad oficial:

1. Establecimiento de leyes especiales, claras y precisas.
2. Objetivos legítimos de la publicidad oficial.
3. Criterios de distribución de la pauta estatal.
4. Planificación adecuada.
5. Mecanismos de contratación.
6. Transparencia y acceso a la información.
7. Control externo de la asignación publicitaria
8. Pluralismo informativo y publicidad oficial.

Existen ejemplos de buenas prácticas a nivel mundial, de países como Canadá, España y Perú que han implementado leyes en materia de regularizar la publicidad oficial, en los que el impacto ha sido positivo, ya que se han podido regular los contenidos de los mensajes difundidos a través de campañas de publicidad y comunicación.

Indudablemente, la ejecución de estos principios, permite dar solución a las problemáticas que afectan la libertad de expresión, como son los vacíos en transparencia y rendición de cuentas, la opacidad y los excesos en el gasto público, la ausencia de pluralidad informativa, y las discrepancias en la contratación y distribución de la publicidad para beneficiar o castigar a los medios de comunicación, sobre todo independientes. Además, se requiere que el marco normativo también contemple un adecuado control judicial sobre los recursos públicos utilizados.

#### **IV. Control jurisdiccional de la omisión legislativa en materia de Publicidad Oficial**

Efectivamente, el incumplimiento del legislador a la obligación expresa en el tercero transitorio de la reforma político-electoral a la CPEUM del 10 de febrero de 2014, configura una omisión legislativa

absoluta que impide la efectiva aplicación del artículo 134 constitucional, y que genera violaciones a la libertad de expresión y al derecho de acceso a la información.

Frente a dicha omisión legislativa total que genera violaciones a otros derechos humanos -como reconoce Cesar Astudillo<sup>15</sup>-, puede proceder la vía jurisdiccional; cuando la acción legislativa es necesaria para la actuación de una norma constitucional. Así, la SCJN puede conocer de aquellos casos en los que la actividad o inactividad del legislador resulta constitucionalmente relevante, mediante un proceso en el que determine la constitucionalidad de la conducta omisa del legislador.

Nuestro máximo tribunal ya ha desarrollado algunos criterios sobre la omisión legislativa pero vale la pena destacar los criterios que emitió en la resolución de la controversia constitucional **14/2005**<sup>16</sup>. En dicho asunto, la SCJN determinó la inconstitucionalidad de una omisión legislativa al reconocer que, la omisión total del legislador de un mandato constitucional expreso e impuesto por el órgano reformador, quebranta la Constitución al impedir que *la norma fundamental pueda tener plena eficacia*, las cuales si no son acatadas dentro del marco temporal establecido, originan una situación jurídica contraria a la Constitución.<sup>17</sup>

En la experiencia de colombiana, la Corte Constitucional ha desarrollado el concepto de omisión legislativa a través de la figura de “**estado de cosas inconstitucional**”, que deriva del “no hacer del legislador” y que genera; en algunos casos, reiteradas violaciones a derechos humanos y un quebrantamiento de la Constitución por la falta de regulación.<sup>18</sup> Frente esta situación de violaciones por la omisión, la Corte Colombiana ha empleado a la figura para instar a las autoridades competentes a adoptar las medidas necesarias para superar tal estado contrario a la Constitución y los principios consagrados en ella.

---

<sup>15</sup> Astudillo, César. “La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México”. *En busca de las normas ausentes, 2a.ed. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007.

<sup>16</sup> Fallo dictado el 03 de octubre de 2005.

<sup>17</sup> Resolución de controversia constitucional 14/2005.

<sup>18</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-173/10. 10 de marzo de 2010.

Tampoco la teoría de invasión de competencias de poder – a la que adujo el juez de primera instancia- puede ser una limitante para que la SCJN conozca de la omisión legislativa. Por el contrario, el amparo en el caso específico es el medio para activar la acción judicial para proteger los derechos violados frente al incumplimiento del legislador.

El poder judicial, como garante del orden constitucional, no suple la función legislativa, sino que protege los derechos que se transgreden con la omisión y la eficacia constitucional, por lo que puede conminar al legislador a realizar su tarea.

Así, en otro criterio la SCJN señaló que los efectos que genera una omisión legislativa -como las lesiones a otros derechos fundamentales- presuponen obligaciones a conminar a que se logre la efectividad de los derechos, ya sea mediante la acción la legislativa y la jurisdiccional.

*OMISIÓN LEGISLATIVA. NOTAS DISTINTIVAS. [...] la omisión legislativa no se reduce a un simple no hacer, sino que presupone una exigencia constitucional de acción y una inacción cualificada. Lo anterior responde a que, **para hacer efectivos los derechos fundamentales, existen dos principios a colmar, el primero llamado de legalidad que, en tratándose de ciertos derechos fundamentales, especialmente los sociales, exige que ciertas prestaciones sean impuestas como obligaciones a los poderes públicos y no abandonadas al arbitrio administrativo, por lo que legislativamente es necesario se colmen sus presupuestos vinculantes e identifiquen con claridad los órganos y procedimientos; y, el segundo, es el jurisdiccional, imponiendo que las lesiones a los derechos fundamentales deben ser justiciables y reparadas, especialmente cuando se incide en el núcleo esencial de los derechos, o se desatiende el mínimo vital que debe ser protegido y garantizado. En suma, es necesario que para obtener la efectividad de los derechos fundamentales se disponga de acciones judiciales conducentes a que sean aplicables y exigibles jurídicamente, lo que requiere de una normativa jurídica adecuada.***

*[Tesis: I.4o.A.22 K (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo II, Libro 1, Diciembre de 2013, Página: 1199]*

En este sentido, corresponde al Poder Judicial aplicar el control de constitucionalidad y al Poder Legislativo respetar la eficacia constitucional y garantía de derechos humanos de conformidad con el artículo 1 Constitucional.

*DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE RESPETARLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone como **obligaciones generales de las autoridades del Estado Mexicano** las consistentes en: i) Respetar; ii) Proteger; iii) Garantizar; y, iv) Promover los derechos humanos, de conformidad con los principios rectores de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. De ahí que para determinar si una conducta específica de la autoridad importa violación a derechos fundamentales, debe evaluarse si se apega o no a la obligación de respetarlos, y ésta puede caracterizarse como el deber de la autoridad que le impide interferir con el ejercicio de los derechos o ponerlos en peligro, ya sea por acción u omisión; es decir, **la autoridad, en todos sus niveles (federal, estatal o municipal) y en cualquiera de sus funciones (ejecutiva, legislativa o judicial), debe mantener el goce del derecho y, por ende, su cumplimiento es inmediatamente exigible** puesto que, aun cuando está primeramente dirigida a los órganos del Estado, también incluye la conducta de los particulares, que igualmente se encuentran obligados a no interferir con el ejercicio de los derechos; por tanto, esta obligación alcanza la manera en que las autoridades entienden las restricciones a los derechos, tanto en su formación (a cargo del Poder Legislativo) como en su aplicación (Poder Ejecutivo) e interpretación (Poder Judicial).*

*[Tesis: XXVII.3o.1 CS (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo III, Libro 11, Octubre de 2014, Página: 2840]*

En la resolución de controversia 05/2005, la SCJN también estableció que los órganos legislativos al transgredir la eficacia constitucional con una omisión legislativa absoluta y de competencia obligatoria, **no tienen opción de decidir si hacen o no lo mandado**, y de sus análisis conminó al órgano legislador para que a la brevedad de cumplimiento al mandato constitucional de legislar.

Consideramos por tanto que corresponde a esta H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, conocer el fondo del asunto y determinar la inconstitucionalidad que genera la omisión legislativa de

reglamentar el artículo 134 Constitucional en materia de publicidad oficial, la cual, como ya se ha demostrado, permite violaciones continuas a otros derechos humanos, como la libertad de expresión y al derecho de acceso a la información, así como la discrecionalidad del usos de recursos públicos.

Pedimos, en consecuencia, que *conmine al Poder Legislativo a* generar las condiciones necesarias para la discusión y aprobación de una ley que regule y limite el ejercicio y el gasto en comunicación social, de conformidad con la reforma de febrero de 2014.

## **V. Conclusión**

1. La publicidad oficial como una herramienta de comunicación entre el gobierno y la sociedad para informarles sobre el ejercicio de sus funciones, rendir cuentas y permitirles ejercer otros derechos, debe contar con un marco jurídico que la regule y limite el uso discrecionalidad de recursos públicos involucrados y la arbitrariedad del uso personalizado de los medios afines al gobierno, lo cual genera censura indirecta y transgrede la libertad de expresión y el acceso a la información.
2. La obligación de reglamentar la publicidad oficial -que deriva del tercero transitorio de la reforma constitucional del 10 de febrero de 2014- no es materia de naturaleza exclusivamente político-electoral, debido a que la actividad de publicidad oficial no sólo compete a los partidos políticos, también la realizan entidades de la administración pública y de los tres órdenes de gobierno. Las afectaciones que se generan por la omisión legislativa en publicidad oficial también transgrede otras garantías y derechos Constitucionales, como la eficacia del ejercicio de recursos económicos y la garantía de los derechos que derivan de la actividad de la publicidad oficial, como la libertad de expresión y el acceso a la información.
3. La ausencia del Poder Legislativo de reglamentar la publicidad oficial se trata de una omisión legislativa absoluta que deriva de un mandato constitucional expreso, del órgano reformador, que está quebrantado la plena eficacia del distintos derechos consagrados en

la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que no está dentro de la potestad el órgano legislativo decidir si legisla o no en la materia.

4. El Poder Judicial, como garante del orden constitucional, puede conminar al Poder Legislativo a realizar su tarea con el fin de proteger los derechos que se transgreden con la omisión y la eficacia constitucional.