

Cristóbal Osorio Vargas*

Abogado

Santiago, Chile

cosorio@zdcabogados.cl

Gerardo Ramírez González**

Abogado

Santiago, Chile

gerardo.ramirez.gonzalez@gmail.com

La comunicación y difusión de las políticas públicas de gobierno. Aspectos constitucionales, legales y presupuestarios^{***}

The communication and diffusion of the public policies of Government. Constitutional, legal and budgetary aspects

Resumen

El trabajo analiza el marco regulatorio de las comunicaciones oficiales de Gobierno, desde sus aspectos de legalidad del gasto, contenido y vías de difusión, y su relación con la libertad de expresión y el derecho a recibir información.

Palabras clave

Comunicación de gobierno - publicidad y difusión de políticas públicas - medios de comunicación - regulación pública.

Abstract

The paper analyzes the regulatory framework of the governmental official communications from the legal aspects of expenditure, content and channels, and its relation to freedom of speech and the right to receive information.

*Abogado, Magíster con mención en Derecho Público, de la Universidad de Chile.

**Abogado, Becario OEA curso de "Regulación de Telecomunicaciones y Medios Audiovisuales", UBP, Córdoba, Argentina

** Artículo recibido el 1 de enero de 2016 y aceptado para su publicación el 9 de septiembre de 2016.

Keywords

Government communication - advertising of public policies - media - public regulation.

I. Introducción

La comunicación de gobierno constituye un problema con diversas aristas, así, es posible reconocer en ella una dimensión sociológica, una comunicacional propiamente tal, y una dimensión jurídica. El presente trabajo aborda exclusivamente los aspectos jurídicos de la comunicación de gobierno, en particular el tratamiento de la difusión de las políticas públicas por parte de los órganos de la Administración del Estado.

Al respecto, la facultad que tienen los órganos de la Administración del Estado para difundir sus políticas públicas, planes, programas y proyectos de ley relacionados se encuentra reconocida en las leyes y en la jurisprudencia administrativa. Sin embargo, se trata de una materia que no ha sido estudiada en profundidad por la doctrina, por lo que sus principales problemas e interrogantes no han sido abordados teórica ni sistemáticamente. De esta manera, nos encontramos ante una materia de tratamiento difuso, cuyos límites no se encuentran claramente establecidos, ni sus conceptos fundamentales se encuentran definidos.

En este sentido, cabe destacar que existe una vasta jurisprudencia administrativa que ha intentado delimitar la actividad de comunicación del Estado, interpretando las normas que regulan el gasto público y otras que se refieren a las atribuciones de ciertos órganos de la Administración para realizar publicidad de sus propios planes y programas, mientras se encuentren en la esfera de sus competencias.

Con todo, el avance de las tecnologías y las comunicaciones, ha hecho surgir nuevos escenarios comunicativos donde el Estado actúa y se sitúa como un actor más de la sociedad, y en este contexto, surgen nuevas interrogantes respecto de la utilización de herramientas digitales por parte del Estado para entregar su mensaje a la ciudadanía. Sumado a lo anterior, en el último gobierno han surgido dudas sobre la legalidad y constitucionalidad sobre la difusión de algunas campañas comunicacionales, tales como: “la reforma tributaria”; “la reforma educacional”; la “Nueva Constitución”.

De esta manera, resulta preciso comenzar a definir conceptos y dilucidar temas que no han sido abordados directamente por la doctrina ni la jurisprudencia, como es la comunicación de gobierno, cuestión que analizaremos en los próximos apartados, en sus aspectos constitucionales, legales y presupuestarios.

II. La comunicación de gobierno

La comunicación de gobierno, a nuestro juicio, es una rama de la comunicación política, que analiza el conjunto de actos de publicidad, difusión e información gubernamental y electoral. De este modo, es posible distinguir en la comunicación de gobierno, por un lado, el conjunto de actos de difusión y publicidad realizados por el gobierno central o poder ejecutivo, con el objeto de informar a la población el conjunto de prestaciones o beneficios a que puede acceder, por ejemplo, en materias de salud, vivienda, transporte, entre otros; o la difusión referida al cumplimiento parcial o total de las materias que se incluyeron en un programa de gobierno, es decir, la comunicación gubernamental como un mecanismo de rendición de cuenta ciudadana, tal como “Las 50 medidas en los primeros 100 días de gobierno”; y, por otro lado, la comunicación de gobierno emanada en las campañas electorales. Sin embargo, para estos efectos, nos centraremos en los actos comunicativos del Gobierno señalados en primer término, en el ejercicio de sus atribuciones, la que, en su calidad de actuación administrativa, debe ceñirse a las leyes y normas que regulan su desarrollo.

Por otro lado, existe una discusión en la doctrina de la teoría de la comunicación respecto de la posible distinción en la comunicación del sector público entre aquella que es de tipo administrativa y la de tipo político¹². Sin embargo, compartimos el criterio de los autores que plantean que esta diferenciación es “*artificial e imposible de operacionalizar en la realidad*”³. Se trata de una distinción que solo puede realizarse en abstracto, ya que en la práctica no existe una diferencia tal que pueda fundamentar una distinción de ese tipo. Cuando un Ministro o Ministra de Estado da una declaración en la prensa, sobre un proyecto de ley que se ingresa al Congreso, expresando sus objetivos además de caracterizarlo, por ejemplo, está actuando dentro de la esfera de las atribuciones que la ley le ha otorgado en tanto Ministro o Ministra y, además, está entregando un mensaje a la ciudadanía cuyo contenido es eminentemente político.

Lo que sostenemos que ocurre, es que la comunicación de gobierno es siempre una comunicación política, pero con sus propias características, que la distinguen, por ejemplo, de la comunicación electoral o de campaña. La comunicación gubernamental se sujeta, por supuesto, a la forma establecida por las leyes, y sus diversas manifestaciones se enmarcan a su vez en normas que las regulan, sin embargo, esto no le quita su carácter político, como veremos en los párrafos siguientes.

No obstante lo señalado, si es posible distinguir una actuación propiamente “política” de aquella con fines administrativos. Lo anterior, acontece principalmente en los actos de

¹ ARANES, JOSÉ IGNACIO (1997): “La comunicación institucional de la administración pública: entre la lógica autista-instrumental y la democrática. Mediatika: cuadernos de medios de comunicación, 1997, págs. 51-98.

² Mientras ARANES señala que la orientación de la comunicación institucional se distingue por la intervención de dos lógicas: la político-gubernamental y la administrativa-de servicio, que se asocian al Gobierno y a la Administración Pública, respectivamente; autores como RIORDA se inclinan porque esta distinción no tiene aplicación en la realidad y que ambas lógicas se entrelazan en la comunicación de las instituciones públicas.

³ RIORDA, Mario (2008): “Gobierno bien, pero comunico mal: Análisis de las rutinas de la Comunicación Gubernamental”. En Revista del CLAD Reforma y Democracia. No. 40. Caracas. P. 7

comunicación de gobierno centrados en la coyuntura o contingencia social. Dicha labor en Chile, esta entregada al Ministro Secretario General de Gobierno, que es la autoridad político administrativa encargada de dar las vocerías de gobierno y señalar cuál es la opinión o posición de gobierno sobre las materias concretas que se dan en el día a día. En este sentido el artículo 1º de la Ley N° 19.032 señala: *“El Ministerio Secretaría General de Gobierno está encargado de actuar como órgano de comunicación del Gobierno, pudiendo para estos efectos llevar a cabo las relaciones de este con las organizaciones sociales, en su más amplia acepción; de ejercer la tuición del sistema de comunicaciones gubernamentales, y de servir de Secretaría del Consejo de Gabinete.”*

En este contexto es importante aclarar desde ya que el estudio de la comunicación es una cuestión interdisciplinaria⁴, por lo que plantear una aproximación desde el derecho resultará siempre un ejercicio parcial, no obstante, necesario. Teniendo esto en consideración, a continuación, abordaremos el problema de la comunicación de gobierno, en particular en el ordenamiento jurídico chileno.

1. Fundamentación y delimitación de las comunicaciones de gobierno

Resulta imprescindible, previo a abordar directamente la comunicación de gobierno, realizar ciertas reflexiones sobre las singularidades de este concepto. Ya que, así como la hemos diferenciado de la comunicación política de tipo electoral o de campaña, es preciso determinar sus propiedades, a fin de diferenciarla de cualquier otro tipo de comunicación.

La falta de tratamiento exhaustivo por la doctrina jurídica del concepto de comunicación de gobierno –pues su desarrollo ha sido principalmente por la jurisprudencia administrativa y de forma parcializada– hace necesario delimitar mediante la identificación de sus componentes fundamentales mediante las aproximaciones que ha tenido en otras disciplinas. Aun así, esta definición no tiene la expectativa de fijar conceptos propios de las teorías de la comunicación, pero para efectos de este trabajo es muy importante poder contar con un horizonte común sobre a qué nos referimos cuando analizamos las comunicaciones del gobierno.

Como primer elemento distintivo, podemos reconocer que la comunicación de gobierno se refiere tanto a la comunicación de los altos cargos del Poder Ejecutivo y sus instituciones, como también a otros niveles en la Administración del Estado, como el regional, provincial o comunal. En este sentido, existe comunicación de gobierno en aquella que realiza una Presidenta o un Presidente, Ministras o Ministros, así como los representantes

⁴ Concordamos con la idea de que la comunicación política puede ser abordada desde la ciencia política, la sociología política, las relaciones públicas, la lingüística, la semiótica, la antropología, el derecho, la historia, la psicología y la filosofía. MINUTELLA, Ileana (2010). La comunicación de gobierno. En: Reflexión Académica en Diseño & Comunicación. XVIII Jornadas de Reflexión Académica en Diseño y Comunicación 2010. Facultad de Diseño y Comunicación. Buenos Aires: Universidad de Palermo.

locales del Poder Ejecutivo en las regiones, provincias y/o comunas. En nuestro sistema administrativo, los Alcaldes realizan también comunicaciones de Gobierno, pero en forma independiente al Ejecutivo, y con efectos mayoritariamente centrados en la comuna que gobiernan. Para efectos de este trabajo, abordaremos principalmente la comunicación de gobierno en su nivel central, y solo en cuanto el análisis sea relevante o refiera a este nivel central, abordaremos de manera tangencial algunos problemas jurídicos relativos a la difusión de políticas públicas, planes y programas, que hayan surgido en los niveles locales.

En segundo lugar, en cuanto al objetivo de la comunicación de gobierno, podemos distinguir que no solo se trata de informar a la población sobre las políticas públicas. Dado el contexto y el desarrollo de las tecnologías que vivimos en nuestros días, la comunicación pública comienza mostrar elementos de horizontalidad frente a la participación ciudadana, generándose un modelo de retroalimentación entre los gobernantes y la sociedad⁵. En esto radica su evidente carácter político, ya que el desarrollo de una eficiente comunicación de gobierno busca difundir en la ciudadanía los logros de la gestión de ese gobierno, así como los consensos necesarios para la aplicación del programa político del candidato que salga electo. Este aspecto de la comunicación de gobierno, y sus implicancias jurídicas, no ha sido lo suficientemente abordado en Chile por la doctrina, desarrollándose principalmente a través de la casuística y la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República.

En tercer lugar, la comunicación de gobierno se realiza desde los órganos de la Administración del Estado, por funcionarios de estos órganos, quienes normalmente tienen a su cargo la gestión de la información de interés público. Sin embargo, como ya hemos mencionado, existe comunicación de gobierno tanto en el mensaje que entrega a la ciudadanía una Presidenta o un Presidente, así como en el que entrega una Ministra o Ministro, en una campaña de salud o medioambiental, etc. En el caso de Chile, veremos que la comunicación del Gobierno se ejerce mediante comunicados oficiales, emitidos por personas que ejercen cargos políticos de alto rango y autorizadas al efecto, como también mediante los distintos medios de comunicación social, en el ejercicio de publicitar las políticas públicas.

Se ha definido la comunicación gubernamental como un *“esfuerzo sistemático organizado y de largo alcance, de quienes asumen el gobierno de un conglomerado humano, que recurre a estrategias y símbolos para comunicar de manera eficiente políticas públicas, con el fin de conseguir comprensión, adhesión y apoyo por parte de los ciudadanos”*⁶.

Para fines de este trabajo, a fin de esbozar un concepto, entenderemos por comunicación de gobierno aquella que implica el desarrollo y actuación de un órgano de la Administración del Estado con función ejecutiva, que contiene un mensaje mediante el cual se

⁵ Interesante es lo ocurrido con la plataforma electrónica “Tu Constitución” que permitió al Ex. Presidente Ricardo Lagos Escobar, realizar una propuesta constitucional acogiendo y considerando lo señalado por las personas por internet.

⁶ CÁRENAS RUIZ, Juan David (2012): *Modelo para el estudio de la Comunicación Política Gubernamental de las entidades públicas*. VI XI Congreso Latinoamericano de Investigadores de la Comunicación, organizado por la Asociación Latinoamericana de Investigación de la Comunicación (ALAIIC). Montevideo, 2012.

publicitan y difunden las acciones, políticas públicas, planes y programas del gobierno, o aquella desarrollada por una autoridad del poder ejecutivo que pronuncia un discurso en representación del mismo Gobierno o de su autoridad máxima, y cuya destinataria es la sociedad o un segmento de ella.

Por tanto, podemos reconocer en nuestra definición de comunicación de gobierno, que esta tiene un eminente carácter político; que es una comunicación que se ejerce dentro de un marco de tiempo determinado y que se desenvuelve en un contexto de elevado escrutinio público⁷.

2. La Libertad de expresión, derecho a la información y acceso a la información pública

La Libertad de expresión es uno de los pilares de una sociedad democrática, porque los ciudadanos requieren de la correcta información en orden de ejercer el poder soberano de elegir a sus gobernantes y evaluar las políticas públicas que ellos promueven⁸. Así, la expresión es la exteriorización del pensamiento, el que no puede ser controlado. En efecto, la libertad de conciencia y el libre desarrollo del pensamiento se encuentran radicados en el fuero interno de las personas por lo que se entienden absolutamente protegidos e inviolables. En ese sentido, la libertad de conciencia no puede ser objeto de control, prohibición, sanción o restricción por el Derecho, en tanto permanezca en el fuero interno⁹.

Sin embargo, una vez que dicho pensamiento sale del fuero interno debe ser protegido por el ordenamiento jurídico conceptualizada jurisprudencialmente como el derecho a no ser molestado por causa de sus opiniones, el de investigar y el de recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.¹⁰

En dicho contexto, la libertad de expresión no solo queda circunscrita al derecho a emitir opiniones sino también tiene un componente pasivo: el derecho a recibir información. Es justamente ese pilar en que basamos la idea de la transparencia en la gestión pública y el rol de los medios de comunicación dentro de una sociedad democrática, pues los ciudadanos solo pueden ejercer control sobre sus autoridades si tienen la información suficiente.

a. El derecho a recibir información

Si bien en la Constitución no se consagra expresamente como elemento del derecho a la información el derecho a recibirla, este ha sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como un derecho que se encuentra implícito en él. Así, este Tribunal ha dispuesto que: “(...) Si bien en la letra de la Ley Fundamental no aparece

⁷ CANEL, María José; SANDERS, Karen (2009). “Para estudiar la comunicación de los gobiernos. Un análisis del estado de la cuestión”. En: Comunicación y Sociedad, Vol. XXIII, Núm. 1, 2010. Pp. 12 a 14.

⁸ FISS, Owen (1999): La ironía de la libertad de expresión (Barcelona, Gedisa, primera edición). p. 71

⁹ VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005): *Derecho Constitucional*. Tomo I. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. Página 258.

¹⁰ Sentencia de Corte Suprema: Rol N° 8140-2009. 19 de enero de 2010. Recurso de Protección. Considerando 6°.

*consagrado expresamente el derecho a recibir las informaciones, éste forma parte natural y se encuentra implícito en la libertad de opinión y de informar, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales.*¹¹

En la parte final del artículo 1° de la Ley de Prensa está presente la otra cara de la libertad de información, el derecho de carácter social de toda la comunidad y persona a recibir información, consagrado como “*el derecho a ser informado sobre hechos de interés general*”¹². En un principio, el proyecto original contemplaba el “*derecho de las personas a estar debidamente informadas*”, lo cual fue estimado inconstitucional pues sugería la idea de que existe una “*obligación de informar*”.

Se ha señalado por la jurisprudencia que esta disposición recién citada debe entenderse en el sentido que la libertad de informar comprende intrínsecamente el derecho a recibir información, pero el derecho surgirá solo una vez que dicha información ha sido proporcionada por los medios¹³. No obstante, es importante recalcar que esto no significa que pueda obligarse a una persona o a un determinado medio de comunicación social a entregar determinadas informaciones, pues ello “*atentaría en contra de la libertad de informar, por consiguiente –según este predicamento– no puede concluirse que existe un derecho exigible compulsivamente, a estar ‘debidamente informados’ pues implicaría que sus titulares tendrían la facultad de exigir que un determinado medio de comunicación difunda lo que, en su concepto, representa lo ‘debido’, lo que conculca la libertad informativa*”¹⁴.

Sin embargo, y tras la modificación establecida mediante la Ley N° 20.750, que permite la Introducción de la Televisión Digital Terrestre, la Ley N° 18.838 que Crea el Consejo Nacional de Televisión considera, como un elemento requerido para el “*correcto funcionamiento*” de los servicios de televisión “*el permanente respeto, a través de su programación, de (...) el pluralismo*”, entendido este como “*el respeto a la diversidad social, cultural, étnica, política, religiosa, de género, de orientación sexual e identidad de género*”.

A mayor abundamiento, el mismo cuerpo normativo, en su artículo 14 establece que “*El Consejo deberá adoptar medidas y procedimientos a fin de asegurar que en los programas de noticias, de opinión y de debate político que se emitan por cualquier canal de televisión, se respete debidamente el principio del pluralismo*”.

De esta manera, y tratándose de los programas televisivos, se establece el deber de respetar el pluralismo, estableciéndose el deber del Órgano Regulador competente de asegurar

¹¹ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 226, del 30 de octubre de 1995.

¹² Ley N° 19.733, Sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo. “Artículo 1°.- La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, constituyen un derecho fundamental de todas las personas. Su ejercicio incluye no ser perseguido ni discriminado a causa de las propias opiniones, buscar y recibir informaciones, y difundirlas por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan, en conformidad a la ley. Asimismo, comprende el derecho de toda persona natural o jurídica de fundar, editar, establecer, operar y mantener medios de comunicación social, sin otras condiciones que las señaladas por la ley. Se reconoce a las personas el derecho a ser informadas sobre los hechos de interés general.”

¹³ Tribunal Constitucional. Rol N° 226 sentencia de 30 de octubre de 1995.

¹⁴ BANDA VERGARA, Alfonso (2002): *Algunas consideraciones sobre derecho a la información y la “ley de prensa”*. Rev. derecho (Valdivia), vol.13, p.133.

que dicho principio sea respetado efectivamente en la emisión de programas noticiosos, de opinión y de debate político.

Cabe al respecto preguntarse cuál es el contenido de dicho deber. En este sentido, y en concordancia con lo señalado anteriormente, creemos que el deber de pluralismo, y en particular del respeto a este principio en la emisión de programas noticiosos, de opinión y de debate político dice relación con un tratamiento ecuánime, respetuoso e imparcial de las distintas posiciones existentes sobre una materia determinada, de modo que el ejercicio de la libertad informativa, los canales de televisión ofrezcan al televidente un panorama amplio sobre el hecho informado, sobre el que se opina o sobre el que se debate. Cuestiones que aseguran el derecho a ser informado.

Paralelamente, en el Mensaje de la Ley N° 19.733, Sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, queda de manifiesto el reconocimiento al derecho de la ciudadanía de recibir información, en cuanto se estableció que: *“El derecho del pueblo gobernado a la información, sin la cual el ejercicio de sus competencias sería simplemente ilusorio, nos induce al reconocimiento sin reservas de la función pública, que cumple la prensa en el concierto democrático.”*¹⁵ En esta ley, si bien se entiende el derecho a recibir información referida al rol que ejerce la prensa en la sociedad, resulta interesante el reconocimiento que se efectúa a este elemento del derecho a la información como un derecho social, ya no de corte individual como se establece en la Constitución.

Además, en la historia de la tramitación legislativa de la ley recién citada, se realiza una diferenciación que esta tesis hace suya, en el sentido de establecer la obligación del Estado a entregar información como una obligación, ante el derecho de los ciudadanos a recibirla, a saber: *“El derecho a recibir información difiere según ante quien se ejerza. Si es ante el Estado o frente a los particulares. En la relación comunicacional particular-Estado, la contrapartida del derecho de aquél es la obligación de este último, configurándose así el principio de la publicidad de los actos del gobierno.”*¹⁶ Lo que nos interesa de esta aseveración, es que constituye el reconocimiento expreso de la acción comunicativa del gobierno ante la ciudadanía, de ahí que el Estado esté autorizado a informar sobre sus planes, acciones, programas, proyectos e iniciativas legislativas.

De este modo, es posible asegurar que en el ordenamiento jurídico chileno se encuentra consagrado el derecho a ser informado, y especial, en aquellas materias que vinculen al Estado con los particulares.

b. El Derecho a entregar información

Respecto de esta manifestación del derecho a la información, la doctrina se ha centrado en desarrollar una argumentación sobre los conflictos intersubjetivos respecto de la libertad de expresión -como opinión- en contraposición al derecho a la honra y la vida privada. No obstante esta es una de sus aplicaciones mayormente desarrolladas tanto por

¹⁵ Historia de la Ley N° 19.733, Sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. P. 48.

¹⁶ *Ibíd.* P. 50

la doctrina como por la jurisprudencia, el conflicto comúnmente ha sido radicado en un enfrentamiento entre particulares en tanto titulares de derechos¹⁷.

En Chile, al originarse la Ley de Prensa, se contempló expresamente esta faceta del derecho a la información, definiéndose por el legislador en el sentido de: “*El derecho a dar o transmitir información, contempla tanto el derecho de transmitir información u opinión propia como la de terceros, cualquiera que sea el procedimiento legal de su obtención*”¹⁸. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha entendido la libre elección por parte de los medios de comunicación social de la información a difundir como una manifestación del derecho a entregar o transmitir información. Este derecho, comprendido así, “*supone la libre elección— sin interferencias de nadie— de las noticias u opiniones que se difundan, en cuanto los titulares de los medios de comunicación consideran que son de importancia, trascendencia o relevancia, en concordancia con sus principios o línea editorial. Interferir en ello constituye una vulneración a la libertad y al pluralismo de medios que se persigue*”¹⁹.

c. Derecho al acceso a la información

Nos referiremos brevemente al acceso a la información como la otra cara de la libertad de expresión y como elemento fundante del derecho a ser informado, pese a que no corresponde al tema central de este trabajo, sin embargo resulta preciso señalar que sí corresponde a un elemento importante del derecho a la comunicación. En este sentido, podemos señalar que su importancia ha sido reconocida por nuestra Constitución Política, dado que ubica este derecho dentro de las Bases de la Institucionalidad, lo cual ha sido entendido por el Tribunal Constitucional como: “*Una directriz constitucional para todos los órganos de la Administración del Estado*”²⁰.

Con la reforma constitucional del año 2005, se consagró en el inciso 2° del artículo 8° de la Constitución Política de la República el principio de publicidad de los actos e información en poder del Estado, el cual establece que: “*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, solo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de estos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.*” Este principio se encuentra reconocido a su vez en el artículo 5° de la Ley N° 20.285, Sobre acceso a la información pública²¹ (Ley de Transparencia), en el siguiente tenor: “*Artículo 5°.- En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras*

¹⁷ A este respecto, véase: GARCIA, Gonzalo (2012): “Estudios Sobre Jurisdicción Constitucional, Pluralismo y Libertad de Expresión”. Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 49, Año 2012.

¹⁸ Historia de la Ley N° 19.733, Sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. P. 50

¹⁹ Tribunal Constitucional. Sentencia Tribunal Constitucional N° 226, considerando 35.

²⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 2246-12, del 31 de enero de 2013. P. 119.

²¹ Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública.

leyes de quórum calificado. Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.” El derecho de acceso a la información pública tiene un desarrollo normativo también en otros artículos de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, en particular, los artículos 10, 11 letra a), y 21²². Los principios rectores de la Ley de Transparencia, están en su artículo 11, y son: la relevancia; la libertad de información; la apertura o transparencia; la máxima divulgación; la divisibilidad; la facilitación; la no discriminación; la oportunidad; el control; la responsabilidad; y la gratuidad.

Así, el acceso a la información pública como concreción particular del derecho a la información no solo surge de las normas recién citadas, sino que debe entenderse como un instrumento indispensable para el régimen republicano de gobierno.²³ El Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad de información incorpora implícitamente el derecho de acceso a la información pública, en los siguientes términos: *“El derecho de acceso a la información deriva de la consagración de Chile como una República democrática. Además, la libertad de informar, incluye el derecho a recibir informaciones”*²⁴.

3. Fines de la comunicación de gobierno

Tal como ya hemos señalado, la comunicación de gobierno se encuentra inmersa en el contexto de una sociedad democrática dentro de la que debe cumplir una serie de roles. En ese sentido, el artículo 1° de la Constitución Política de la República es taxativo en señalar que el Estado está al servicio de la persona humana, creando las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la sociedad su mayor realización espiritual y material posible.

²² Ley N° 20.285, Sobre acceso a la información pública. “Artículo 10. Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley. El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales.”

“Artículo 11 letra a). Principio de relevancia, conforme al cual se presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento.”

“Artículo 21. Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son los siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente, (...)

b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptados”.

²³ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2000) “El acceso a la información como derecho”, Anuario de Derecho a la Información. P.4. <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/5/276.pdf>

²⁴ NAVARRO BELTRÁN, Enrique; CARMONA SANTANDER, Carlos. Sentencia del Tribunal Constitucional N° 226, En: Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011). Colección Conmemoración 40 años del Tribunal Constitucional 1971-2011. P. 173.

En efecto, es en cumplimiento de ese fundamental rol que el Estado tiene la misión de informar a la ciudadanía de sus planes, políticas y programas que se encuentre impulsando, con especial énfasis en los beneficios que sean otorgados a las personas, pues es la única manera que los ciudadanos que otorgan la legitimidad democrática a un gobierno puedan decidir y/o evaluar, con un real conocimiento de los hechos, sobre el éxito de una determinada administración. Asimismo, lo anterior tiene sustento en la necesidad de la ciudadanía de ejercer un estricto y transparente sistema de control de eficiencia en los gastos y en el ejercicio de la función pública. De este modo, es preciso detenernos en los fines que la comunicación de gobierno desarrolla.

a. La comunicación oficial como sustento democrático

La comunicación de gobierno, entendida como una manifestación de la libertad de expresión, por una parte, y como la concretización del derecho a ser informado, por la otra, permite que los ciudadanos ejerzan un control del poder, dado que genera el intercambio de información entre los representantes y los representados. De esta manera lo ha entendido el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que en el Marco Jurídico Interamericano de la Libertad de Expresión señala: *“En efecto, el ejercicio pleno del derecho a expresar las propias ideas y opiniones y a circular la información disponible y la posibilidad de deliberar de manera abierta y desinhibida sobre los asuntos que nos conciernen a todos, es condición indispensable para la consolidación, el funcionamiento y la preservación de los regímenes democráticos. La formación de una opinión pública informada y consciente de sus derechos, el control ciudadano sobre la gestión pública y la exigencia de responsabilidad de los funcionarios estatales, no sería posible si este derecho no fuera garantizado”*²⁵. En este sentido, se refuerza el rol de los órganos de la Administración del Estado de promover y entregar la información relativa a su quehacer, así como el gobierno debe mantener informada a la ciudadanía respecto de sus planes y programas. Como hemos sostenido, esto se enmarca en el derecho a la libertad de expresión *“como parte de un sistema que implica un concepto de ciudadanía y que se vincula con la calidad de nuestra democracia”*²⁶.

b. Transparencia y acceso a la información

La comunicación de gobierno, entendida en su rol democrático y promotor de cambio social, nos permite reflexionar desde uno de sus ejes fundamentales: el derecho a la información. Esto, dado que las personas adecuadamente informadas tienen los suficientes argumentos para opinar con sustento, y pueden de este modo participar en la definición e implementación de acciones de carácter público que afectan directamente su calidad de vida, además de controlar socialmente a las autoridades que las representan y debatir sobre problemas comunes de la ciudadanía. Para el logro de estos fines, la Comisión Interamericana ha sostenido que *“Los individuos tienen derecho a conocer toda la información sobre publicidad oficial que se encuentre en poder del Estado. Para ello, el Estado debe promover la transparencia de los datos relativos a la pauta estatal de dos maneras. En primer lugar,*

²⁵ Marco Jurídico Interamericano de la Libertad de Expresión. 2009, p. 3.

²⁶ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo (2011). “Propiedad de los medios y principios de intervención del Estado para garantizar la libertad de Expresión en Chile”. En: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte – Año 18 N° 2, p. 351.

*debe publicar periódicamente toda la información relevante sobre criterios de contratación, motivos de asignación, presupuestos, gastos y contratos publicitarios, incluyendo los montos en publicidad discriminados por medios, campañas publicitarias y organismos contratantes. En segundo lugar, debe garantizar, ante cada requerimiento por parte del público en general, el fácil acceso a la información*²⁷.

Asimismo, y como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, el derecho a la información forma parte integrante del principio de transparencia y publicidad de los órganos del Estado²⁸, por lo que se espera de este que promueva activamente el acceso a la información pública. En el mismo sentido se pronuncia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tanto establece que “[l]a actuación del Estado debe encontrarse regida por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública. El acceso a la información bajo el control del Estado, cuando esta sea de interés público, favorece la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer por ese medio.”²⁹.

Además, “[l]os gobiernos deben rendir cuentas al público sobre los gastos efectuados y el modo en que son empleados los recursos publicitarios. Para ello es necesario que se establezcan mecanismos de control externo: claros y públicos, que informen sobre la legalidad y la idoneidad de la pauta estatal³⁰, en particular cuando se trata del gasto fiscal y la inversión estatal, el cual, como analizamos anteriormente, constituye uno de los aspectos más controvertidos en materia de información accesible. Tal como veremos a continuación, ello se relaciona de manera directa con conceptos como la transparencia, la rendición de cuentas –o accountability– por parte de las autoridades y, finalmente, con la gobernabilidad democrática. Todos estos conceptos forman parte de una sucesión de responsabilidades y contribuyen a la apertura de la labor gubernamental hacia la ciudadanía.”³¹

c. Rendición de cuentas ante la ciudadanía

Entendemos que el rol que ejercen los ciudadanos en las democracias modernas trasciende el momento electoral del voto, mediante el cual estos determinan quiénes serán sus representantes en las instancias políticas deliberativas. Además, concordamos con la idea de que la ciudadanía debe hacer seguimiento y discutir permanentemente sobre los asuntos públicos. De esta manera, la conformación de una opinión pública que se encuentra atenta a los procesos políticos adquiere relevancia en la mantención de la democracia. En este sentido, la CIDH ha reconocido que “[e]l control democrático por parte de la sociedad, a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve

²⁷ CIDH, Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2012. P. 27.

²⁸ Tribunal Constitucional, Sentencia N° 634, considerando 9 y 10.

²⁹ Corte IDH, Caso CLAUDE REYES y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. Considerando 86, p. 46.

³⁰ CIDH (2012): *Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión*. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. P. 31.

³¹ Fortalecimiento del Ejercicio del Derecho al Acceso a la Información Pública en Chile. Gobierno de Chile y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20131105/asocfile/20131105164728/fortalecimiento_del_ejercicio_del_derecho_al_acceso_a_la_informacion_publica_en_chile_pnud.pdf.

*la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un mayor margen de tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas en el curso de los debates políticos o sobre cuestiones de interés público*³².

En este sentido, se ha señalado sobre la comunicación del gobierno y su relación con la ciudadanía que “[l]a comunicación de gobierno debe aspirar a cumplir el doble rol de brindar a los ciudadanos información sobre las políticas del gobierno y sus fundamentos, y dar a conocer las propias opiniones del gobierno sobre los asuntos controvertidos que surgen durante el transcurso del día. Esto no debe entenderse en modo alguno como un proceso unidireccional. Por el contrario, su obligación es establecer un *feed back* permanente con los ciudadanos, quienes deben tener acceso a la información pública y ante quienes el gobierno debe rendir cuentas de su gestión”³³. Justamente, la opinión recién transcrita ilustra un aspecto fundamental de la finalidad que cumple la comunicación de gobierno, esto es, permitir a la ciudadanía conocer y hacerse parte de las decisiones relevantes para la sociedad.

Lo anterior, no solo satisface el rol del Estado de comunicar sus políticas públicas y actuaciones, con el objeto de posicionarse en la sociedad. Esa óptica es anacrónica y equivocada en atención a los nuevos lineamientos estatales vinculados a la probidad, transparencia y participación ciudadana. En efecto, la difusión de políticas públicas, además de gozar de entidad y fundamentos propios, sirve a una variedad de otras importantes metas sociales.

Actualmente uno de los fundamentos de la comunicación y difusión de las políticas estatales es su rol institucional democrático que supone en un Estado de derecho la consagración de instrumentos de control con mecanismos idóneos de “frenos y contrapesos”³⁴ que proscriben la arbitrariedad de la función pública al concebir las potestades públicas como poderes jurídicos finalizados (poderes – deberes). De este modo, la comunicación y difusión permite a los ciudadanos el control de las actuaciones del Estado.

En razón de lo señalado, la comunicación efectiva y oportuna entre el gobierno y los ciudadanos importa un ejercicio de *accountability* respecto de las decisiones y políticas que pueden incidir en su vida. Se trata entonces, por un lado, de entregar a los gobernados el mensaje político del gobierno, difundiendo sus iniciativas, propuestas y programas; y por el otro, de dotar a la gestión pública de transparencia, cumpliendo con el deber de toda democracia de dar publicidad a los actos de gobierno. Lo anterior, asegura una participación ciudadana eficaz y consiente de las decisiones que se adoptan.

³² Corte IDH, Caso Ricardo CANESE vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004, serie C, núm. 111. Considerando 97, p. 63.

³³ MINUTELLA, Ileana (2010). “La comunicación de gobierno”. En: Reflexión Académica en Diseño & Comunicación. XVIII Jornadas de Reflexión Académica en Diseño y Comunicación 2010. Facultad de Diseño y Comunicación. Buenos Aires: Universidad de Palermo. Pp. 143.

³⁴ “La distribución ordenada del poder en distintos departamentos; la introducción de frenos y contrapesos legislativos; la institución de tribunales integrados por jueces que conservarán su cargo mientras observen buena conducta; la representación del pueblo en la legislatura por medio de diputados de su elección; todos estos son descubrimientos modernos que se han perfeccionado principalmente en los tiempos modernos [...]” HAMILTON, Alexander/ MADISON, James/ JAY John, *El Federalista*, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 32 y 33.

Por lo tanto, en nuestra opinión, el papel de los ciudadanos en una democracia va más allá del sufragio y el desentendimiento de los asuntos públicos hasta la próxima elección. Este papel supone un seguimiento permanente de las fases sucesivas en el proceso de decisión democrática que se desarrollan en el ámbito de la representación política³⁵. Este es el rol que Habermas reconoce de la opinión pública en las democracias modernas y que contribuye a formar y orientar el criterio de los representantes electos³⁶.

III. Las comunicaciones de gobierno

Como hemos observado, la regulación de la actividad comunicacional del gobierno no se encuentra establecida de manera exhaustiva, lo cual ha generado una serie de controversias de índole político, en particular en lo que se refiere, por un lado, al gasto público y la falta de límites expresos al mismo y, por otro, a la realización de campañas de cuestionado interés público, las cuales excederían la autorización normativa sugiriendo el eventual ejercicio de propaganda política por parte del gobierno con fondos públicos. Solo cabe mencionar la controversia que ha existido sobre los actos de comunicación de gobierno relativos a la reforma tributaria, educacional y constitucional del gobierno de la Presidenta Bachelet.

Dado que estas críticas no solo se circunscriben a un fenómeno nacional, es que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante su Relatoría Especial para Libertad de Expresión, ha presentado una serie de principios básicos para la regulación adecuada de la intervención del Estado en el contenido de los medios de comunicación, la publicidad oficial y las campañas comunicacionales de interés público.

Los principios rectores en materia de publicidad oficial o comunicación de gobierno, según la Comisión Interamericana, son: el establecimiento de leyes especiales, claras y precisas; respetar los objetivos legítimos de la publicidad oficial; establecer criterios no discrecionales de distribución de la pauta estatal; tener una planificación adecuada; asignación de recursos publicitarios a través de procedimientos abiertos, transparentes y no discriminatorios; respetar y promover el derecho a la transparencia y acceso a la información; aceptar el control externo de la asignación publicitaria, mantener y proteger el pluralismo informativo³⁷. A continuación, explicaremos brevemente cada uno de estos principios.

El primer principio dice relación con el establecimiento de leyes especiales, claras y precisas. A este respecto, la Comisión plantea que a fin de reducir la discrecionalidad y los posibles abusos en materia de publicidad oficial, la regulación expresa constituye un deber de los Estados para garantizar la libertad de expresión. En este sentido, la comisión

³⁵ CORDOVA VIANELLO, Lorenzo (2008). Libertad de expresión, propaganda política y contienda democrática. P.7

³⁶ HABERMAS, Jürgen (1981): *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*. Barcelona: G. Gili. P. 237-240.

³⁷ CIDH (2012) *Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión*. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, p. 18-19.

recomienda que estos marcos normativos contemplen términos claramente definidos, a fin de evitar arbitrariedades en su interpretación³⁸. Asimismo, esta regulación debiera contemplar todas las etapas vinculadas a la producción, contratación distribución y control del avisaje del sector público, así como el avisaje del sector privado financiado por fondos públicos. Además, debieran incorporar los principios de interés público, transparencia, rendición de cuentas o *accountability*, no discriminación, eficiencia y buen uso de los fondos públicos³⁹.

El segundo principio establece que la publicidad oficial debe cumplir con objetivos legítimos, a saber, debe utilizarse para informar y comunicarse con la población, a través de los medios de comunicación social *“sobre los servicios que prestan y las políticas públicas que impulsan, con la finalidad de cumplir sus cometidos y garantizar el derecho a la información y el ejercicio de los derechos de los beneficiarios de las mismas o de la comunidad”*. Asimismo, la Comisión ha puesto especial reparo en que se debe tratar de información de interés público que tenga por objeto satisfacer los fines legítimos del Estado y no debe utilizarse con fines discriminatorios, para violar los derechos humanos de los ciudadanos, o con fines electorales o partidarios, en el sentido de *“ser propaganda encubierta de quienes controlan el gobierno o de sus intereses, ni debe ser utilizada para la estigmatización de sectores opositores o críticos del gobierno”*⁴⁰.

En tercer lugar, la Comisión se refiere a los criterios de distribución de la pauta estatal en materia de publicidad oficial, los cuales deben establecerse mediante procedimientos que tiendan a disminuir la discrecionalidad en la asignación de fondos públicos. En este sentido, pone particular acento en que los recursos no sean utilizados por el Estado para *“castigar o premiar”* las líneas editoriales de los medios de comunicación, resguardando de esta manera la existencia de un pluralismo real que pueda dar cuenta de las diversas opiniones políticas de una nación. Así, recomienda que *“[l]as campañas deben decidirse sobre la base de criterios de asignación claros, públicos y que hayan sido establecidos con anterioridad a la decisión publicitaria. Al momento de adjudicar la pauta, el Estado debería fundar por escrito y claramente cuáles fueron los parámetros utilizados, y la manera en que fueron aplicados”*⁴¹.

En cuarto lugar, una regulación pertinente debiese exigir que los organismos de la Administración del Estado realicen una planificación de publicidad y avisaje oficial, esto, porque a juicio de la Comisión, la falta de planificación favorecería la mala utilización de los recursos destinados a la publicidad, ya que aumenta la discrecionalidad de los funcionarios que deben asignar esos recursos⁴².

Quinto, y respecto de los mecanismos de contratación y asignación de recursos, se señala que estos deben realizarse mediante procedimientos abiertos, transparentes y no

³⁸ La comisión sugiere definir a la publicidad oficial como “toda comunicación, anuncio o espacio solventado con fondos públicos, en cualquier medio de comunicación y en cualquier soporte. *Ibid.* P. 19.

³⁹ CIDH (2012) Op. Cit.p. 20.

⁴⁰ *Ibid.* Ídem.

⁴¹ *Ibid.* P. 23.

⁴² *Ibid.* P. 25.

discriminatorios. En el caso de Chile, esto podría, por ejemplo, ajustarse a las normas de la contratación pública, la cual corresponde actualmente a la forma más transparente y fiscalizable en que el Estado asigna recursos públicos a privados. Lo importante para la Comisión, es que los sistemas de contratación directa o cerrada constituyan una excepción, a fin de procurar la objetividad en la selección y la publicidad de las decisiones.

Luego, en sexto lugar, la Comisión manifiesta que la transparencia y el acceso a la información sobre la publicidad oficial que se encuentre en poder del Estado es un derecho de los individuos. En este sentido, señala que *“debe ser públicos todos los datos que respondan al cuánto, al qué, al cómo y al por qué se realizó cualquier aviso o campaña estatal”*⁴³, también debiesen ser públicos los presupuestos destinados a publicidad oficial y esta información debiese ser puesta a disposición de la ciudadanía de forma proactiva y periódica.

El séptimo principio se refiere al control externo de la asignación publicitaria, mediante la rendición de cuentas por parte de los gobiernos al público sobre los gastos efectuados en publicidad oficial y el modo en que estos son empleados. Los mecanismos de control externo deben ser garantizados para resguardar la transparencia, siendo independientes del gobierno de turno y de los poderes económicos y sociales. La Comisión recomienda particularmente la utilización de internet para poner a disposición de toda la ciudadanía estos mecanismos, así también la incorporación por parte de los gobiernos de evaluaciones periódicas que digan relación con la necesidad, oportunidad e impacto de las campañas publicitarias⁴⁴.

En octavo y último lugar, encontramos el principio de pluralismo informativo y publicidad oficial. Este principio tiene como premisa el que los Estados no debiesen sostener económicamente a los medios de comunicación mediante la publicidad oficial. Esto, como vemos, no ha sido bien visto por la Comisión Interamericana y ha causado más de un pronunciamiento y recomendación al respecto. Recurrentemente los parámetros que ha establecido la Corte para evitar que las inversiones de fondos públicos en los medios de comunicación se transformen en un financiamiento, han apuntado al resguardo de procedimientos que garanticen ser justos, abiertos, públicos y utilizar criterios claros, transparentes y neutros en la asignación de los recursos. No obstante, lo anterior, resulta imperioso resguardar el pluralismo, en tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado constantemente sobre cómo la ausencia de pluralidad de fuentes de información y medios de comunicación podría representar uno de los obstáculos más poderosos al ejercicio de la libertad de expresión⁴⁵.

⁴³ Ibid. P. 30.

⁴⁴ Ibid. P. 32

⁴⁵ Véase los siguientes casos ante la Corte IDH: La Colegiación Obligatoria de Periodistas; Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Caso Ivcher Bronstein; Caso KIMEL Vs. Argentina.

1. Asesorías creativas v/s Avisaje

Una materia fundamental que debemos atender antes de entrar de lleno en la regulación de las comunicaciones de gobierno en nuestro país dice relación con entender cómo funciona el mundo de la publicidad y, por tal, la forma en que el Estado ejerce su facultad/obligación de informar y difundir las políticas públicas que resuelva implementar.

Más adelante veremos que la Dirección de Compras y Contratación Pública mantiene dos herramientas jurídicas de contratación distintas, Convenio Marco para las Asesorías Creativas, por un lado, y Convenio Marco para el Avisaje Estatal, por el otro. De esta manera, es fundamental distinguir entre dichos servicios para comprender en panorama general de las comunicaciones gubernamentales, las que pueden tener las más variadas formas y soportes.

a. Asesorías creativas y campañas comunicacionales.

Las asesorías creativas corresponden al trabajo de diseño comunicacional o racional creativo, que desarrolla una idea central sobre el tema o punto que se pretende difundir. Por racional creativo entendemos la idea o racionalización de los conceptos o sensaciones que se requiere llevar al receptor de la publicidad. Constituye una hipótesis, un supuesto, una conjetura sobre cómo llevar determinado mensaje al público que ha sido delineado como objetivo. Este es el rubro de las agencias de publicidad, tanto en materia de desarrollo de las ideas creativas que sustentan una campaña como la producción de las piezas (spots, folletos, insertos, frases radiales, etc.), los planes de medios y las demás acciones que conforman la estrategia de difusión de las ideas creativas de la misma.

En ese sentido, los servicios públicos contratan a través de la modalidad que legalmente corresponda, una “asesoría creativa” estableciendo el producto que necesitan. Esta idea de producto se le conoce como *brief*o portafolio y en este se incluye los antecedentes y datos disponibles que deberán ser considerados por los oferentes al momento de idear la campaña que propondrán. Allí se establece los presupuestos centrales de lo que se necesita informar, señalando los recursos con que se cuenta para ello. Dentro de los productos que se pueden incluir en el producto requerido puede considerarse, entre otras cosas:

- Desarrollo de la idea creativa
- Maquetación, producción y postproducción de piezas audiovisuales
- Diseño e implementación de plan de medios (que puede incluir la compra de espacios en televisión, radio, vía pública, medios escritos, etc.)
- Asesoría en materias digitales y redes sociales.

Estos servicios pueden ser contratados en conjunto o solo algunos de ellos pues, por ejemplo, una entidad puede preferir contratar solo la planificación de medios pues ya cuenta con un spot o pieza audiovisual realizada por el propio servicio, o bien, puede requerir solo de la producción de un video pues emitirá la campaña a través de las campañas de interés público contempladas en el artículo 12, letra m), de la Ley N° 18.838, que crea

el Consejo Nacional de Televisión; que permite la emisión gratuita de campañas por televisión abierta, cumpliendo las condiciones que allí se establecen.

b. Avisaje en medios.

Por otra parte, el avisaje en medios escritos, ya sea en papel o digital, diarios o periódicos, corresponde a la compra de un espacio en un soporte escrito, para la difusión de un determinado mensaje. Considera el avisaje en general, las publicaciones, insertos y *banners* en medios de comunicación social⁴⁶.

En esta línea, es fundamental el concepto que otorga el artículo 2º de la Ley N° 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo. Dicha disposición establece que son medios de comunicación social *aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualesquiera sea el soporte o instrumento utilizado*.

Así las cosas, son medios de comunicación social los diarios, revistas, portales digitales, canales de televisión, radios, entre otros. Dichos medios solo podrán iniciar sus actividades una vez que hayan cumplido con las formalidades que la propia Ley N° 19.733 establece, como el haber informado a la Gobernación Provincial o Intendencia Regional y la inscripción en el Registro que para estos efectos lleva la Biblioteca Nacional.

Los límites del concepto de avisaje son ciertamente difusos. Como veremos más adelante, mientras el Convenio Marco de Avisaje se circunscribe a los soportes escritos, ya sea en papel o digitales, ciertamente la difusión realizada por medio de un *spot* por televisión o de una frase radial, también constituye el acto de avisaje aunque para ello debamos recurrir a otras herramientas jurídicas. En tal sentido, es perfectamente posible incluir el avisaje o la publicación de insertos dentro de los productos requeridos considerados en un plan de medios general, en el contexto de una campaña comunicacional. Es decir, el Convenio Marco de Avisaje se utiliza propiamente para contratar con un diario o revista un determinado inserto, pero es posible que esa misma publicación se contrate en un producto más amplio, en conjunto con espacio televisivo, frases de radio, etc., como acontece en contrataciones completas de asesoría creativa y planes de medio, en conjunto, como por ejemplo, en la campaña sobre la Modificación de la Ley de Control de Armas y Explosivos, licitada y adjudicada en 2014 por el Ministerio Secretaría General de Gobierno⁴⁷.

⁴⁶ Lo anterior se desprende de la configuración del producto requerido realizada por la Resolución N° 43, de 11 de abril de 2014, de la Dirección de Compras y Contratación Pública, que Aprueba Bases tipo de licitación para Convenio Marco de Avisaje y suscripción de Medios de Comunicación Social escritos y online. Página 8.

⁴⁷ Las bases de la campaña en comento contemplan tanto el desarrollo creativo como la ejecución del plan de medios, en soporte escrito, online y audiovisual, como queda de manifiesto en la Resolución N° 272/1766, de 19 de noviembre de 2014, del Ministerio Secretaría General de Gobierno, que autoriza el llamado a licitación pública de dicha campaña comunicacional.

IV. Regulación de las comunicaciones de gobierno en el ordenamiento jurídico chileno

Luego de analizar la comunicación del gobierno en general, sus características y roles. Ahora es preciso revisar la regulación que el ordenamiento jurídico le impone para la utilización de recursos públicos en la difusión de iniciativas, programas o beneficios. De esta manera, nos centraremos en cada uno de los requisitos que tanto la ley como la interpretación de la Contraloría General de la República reconocen.

1. Facultades propias del organismo

Con respecto a la procedencia del uso de recursos para actividades de publicidad y difusión, el Órgano Contralor ha sido muy claro al disponer que estos deben ser necesarios e imprescindibles para la función del organismo público. En este tenor ha señalado: “Así, si bien Ley N° 18.575 confiere a los ministerios atribuciones para proponer y evaluar las políticas y planes, estos solo pueden incurrir en gastos de publicidad y difusión, si estos son ‘necesarios’ para el cumplimiento de esa función. Por tanto, el Ministerio de Salud podrá incurrir en gastos de publicidad y difusión de sus funciones, si tales desembolsos se enmarcan en los límites que para tal fin establece la ley de presupuestos. Asimismo, los conceptos de ‘necesarios e imprescindibles’ son sinónimos, lo que refuerza el carácter limitante que el legislador atribuye a los desembolsos estudiados”⁴⁸.

Como veremos más adelante en detalle, ello también fue recogido por la Contraloría General de la República al dictaminar, a propósito de la publicación “Chile Contigo” del Ministerio Secretaría General de Gobierno, que el gasto en publicidad procedía. Sin embargo, para ello, debió adoptar un paso intermedio en su razonamiento pues, para determinar si los gastos son necesarios o imprescindibles para el cumplimiento de las funciones legales de un determinado ministerio, es preciso establecer, previamente, las funciones de dicha cartera ministerial: “Precisado lo anterior, y, tal como se señaló precedentemente, en cuanto a las situaciones en que proceden los gastos en publicidad y difusión, es necesario aclarar el sentido de las atribuciones del Ministerio Secretaría General de Gobierno, a fin de resolver si los gastos en estos rubros son necesarios para cumplir las funciones propias del mismo”⁴⁹.

Previo al examen de legalidad del gasto fiscal en publicidad o difusión, el preciso determinar las funciones propias del Órgano Público que incurrió en dicho expendio para efectuar el respectivo contraste. Este es el ejercicio que la Contra-

⁴⁸ Contraloría General de la República. Dictamen N° 25406, de 2003.

⁴⁹ Contraloría General de la República. Dictamen N° 1149, de 2009.

loría hizo en el caso que desembocó en el dictamen N° 13.915/2013, al señalar que conforme a la documentación que tuvo a la vista, aparecía que las campañas efectuadas por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo; el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y la Subsecretaría de Previsión Social, que tuvieron por objeto, respectivamente, divulgar los planes de construcción de viviendas e investigar la opinión de los usuarios; difundir el programa “Denuncia Seguro”, y comunicar la eliminación de la cotización del 7% de salud a los pensionados, se ajustan a la finalidad prevista en el mencionado inciso primero del artículo 3° de la ley N° 19.896, pues se enmarcaban dentro del ámbito de las funciones que corresponde desempeñar a dichas reparticiones públicas y tenían por objeto informar a la población acerca de las prestaciones a las que pueden acceder⁵⁰.

Mismo razonamiento es el consignado en la jurisprudencia administrativa a propósito de la campaña “Que no te ganen los prejuicios” de la Defensoría Penal Pública, declarando que no se ajusta a las normas vigentes pues escapa a las funciones y atribuciones de dicha entidad, que corresponden a proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta. Así, la Defensoría Penal Pública incurrió en un gasto no justificado al pretender comunicar públicamente la “opinión particular” de esta institución sobre una indicación parlamentaria a un proyecto de ley en tramitación, por medio de una campaña publicitaria⁵¹.

De este modo, las autoridades públicas solo podrán difundir aquellas materias que estén vinculadas a sus fines y sean indispensables y necesarios para la consecución de estos.

2. Limitaciones Presupuestarias

En cuanto a la regulación presupuestaria de los gastos en publicidad de las entidades públicas, las distintas leyes de presupuesto establecen montos determinados para dicho concepto, dentro del ítem y subtítulo específico aplicable. Asimismo, en el caso concreto de la publicidad, se ha transformado en una constante que la ley de presupuestos contemple una norma que establece el porcentaje mínimo de inversión en medios con clara identificación local, como se verá a continuación.

a. Disponibilidad en la partida del presupuesto de la entidad contratante

El principio de legalidad del gasto, que se desprende de los artículos 6°, 7° y 100 de la Constitución Política de la República, artículo 2° de la ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, artículo 56 de la ley N° 10.336 y en el decreto ley N° 1.263, de 1975, así como en las leyes anuales de presupuesto; dispone que los gastos que se autoricen con

⁵⁰ Contraloría General de la República. Dictamen N° 13.915, de 2013.

⁵¹ Contraloría General de la República. Dictamen N° 78.789, de 2015.

cargo a fondos públicos solo pueden emplearse para los objetivos y situaciones expresamente contemplados en el ordenamiento jurídico⁵².

Coherente con lo anterior, las entidades estatales solo pueden incurrir en los gastos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones y que su propia partida de presupuestos le autoricen con cargo al Subtítulo 22, ítem 07, de publicidad y difusión, que acorde a las Instrucciones para la Ejecución de la Ley de Presupuestos, corresponden a:

Asignación	Servicio	Concepto
001	Servicios de Publicidad	Son los gastos por concepto de publicidad, difusión o relaciones públicas en general, tales como avisos, promoción en periódicos, radios, televisión, cines, teatros, revistas, contratos con agencias publicitarias, servicios de exposiciones y, en general, todo gasto similar que se destine a estos objetivos, sujeto a la normativa del artículo 3° de la ley N° 19.896.
002	Servicios de Impresión	Comprende gastos por concepto de servicios de impresión de afiches, folletos, revistas y otros elementos que se destinen para estos fines, reproducción de memorias, instrucciones, manuales y otros similares
003	Servicios de Encuadernación y Empaste	Comprende gastos por concepto de servicios de encuadernación y empaste de documentos, informes, libros y similares.
999	Otros	Son gastos por concepto de servicios de publicidad y difusión no contemplados en las asignaciones anteriores.

b. Porcentaje mínimo de inversión en medios con clara identificación local o regional

Desde 2007 en adelante, las sucesivas leyes de presupuestos para el sector público han incluido un artículo referente al uso de los recursos establecidos para la difusión y publicidad de políticas públicas y a la obligación de destinar un porcentaje mínimo a medios con clara identificación local o regional. En ese contexto, el artículo 22° de la Ley N° 20.141 (Presupuestos para el año 2007) señalaba que “[e]l 30% de los recursos destinados a avisaje y publicaciones de las reparticiones públicas se podrán realizar en medios de comunicación con

⁵² Contraloría General de la República. Dictamen N° 84.158, de 2015.

clara identificación local. Los mismos se distribuirán territorialmente de manera equitativa”, estableciendo así una norma permisiva o facultativa al utilizar el vocablo “podrán”. Para el presupuesto de 2008, la Ley N° 20.232, ya impuso una obligación a los servicios e instituciones públicas pues, en su artículo 21, dispuso que “[a]l menos hasta el 20% de los recursos destinados a avisaje y publicaciones de las reparticiones públicas se realizará en medios de comunicación con clara identificación local. Los mismos se distribuirán territorialmente de manera equitativa”. En la misma línea, la ley obliga a la Dirección de Presupuestos a informar trimestralmente a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos sobre esta obligación.

La norma incluida se ha mantenido con ligeras modificaciones, pero manteniendo el porcentaje mínimo. En la actualidad, la Ley N° 20.882, vigente para el año 2016, en su artículo 19 dispone que “[l]os órganos y servicios públicos, cuando realicen avisaje y publicaciones en medios de comunicación social, deberán efectuarlos, al menos en el 25%, en medios de comunicación con clara identificación local. Los mismos se distribuirán territorialmente de manera equitativa. Los órganos y servicios a que se refiere este artículo deberán dar cumplimiento a lo establecido, por medio de sus respectivos sitios web”⁵³. El porcentaje establecido representa un alza sustantiva en relación al 20% que contemplaba el artículo 20 de la Ley N° 20.798. Además, se añadió un inciso segundo que corrige un problema de larga data sobre el reporte o control del cumplimiento del referido porcentaje. Así, se establece que todos los órganos y servicios públicos deberán remitir, a más tardar en marzo de 2016, su planificación anual de avisaje y publicaciones al Ministerio Secretaría General de Gobierno, el que monitoreará el cumplimiento de la obligación.

c. Ley 19.886, sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

Mediante el Instructivo Presidencial contenido en el Decreto Supremo N° 1312, de 1999, se estableció un sistema de Información de Compras y Contratación Pública, que luego adquirió rango legal con la tramitación y promulgación de la Ley N° 19.886, vigente desde 2003. Dicha norma establece las reglas que deben seguir los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones⁵⁴. De este modo, es una verdadera ley de bases de la contratación pública, rigiendo en general a todos los servicios e instituciones públicas.

En este sentido, a través de la citada norma, se creó la Dirección de Compras y Contratación Pública (CHILECOMPRA) y se establecieron los procedimientos obligatorios a los que deben ceñirse el sector público cuando requiera efectuar contrataciones de suministro, adquisición de bienes o servicios.

⁵³ Ley N° 20.882. Artículo 19.

⁵⁴ Ley N° 19.886. Artículo 1°.

Dentro de aquel contexto, el Decreto N° 250, de 2004⁵⁵, del Ministerio de Hacienda -conocido como el Reglamento de la Ley N° 19.886- especifica las disposiciones generales que establece el citado cuerpo legal. De esta manera, el Reglamento establece un orden de prelación obligatorio para la contratación pública en cuyo primer nivel aparece el Convenio Marco. Es decir, acorde a lo dispuesto por los artículos 8° y siguientes del Reglamento, si procede la contratación por vía de Convenio Marco, es esa la modalidad a la que se encuentra obligado el servicio o institución requirente. El artículo 8° es claro cuando señala que “[l]as Entidades celebrarán directamente sus Contratos de Suministro o Servicio por medio de los Convenios Marco, licitados y adjudicados por la Dirección de Compras, sin importar el monto de las contrataciones, los que serán publicados a través de un Catálogo de Convenios Marco en el Sistema de Información o en otros medios que determine la Dirección”. Lo anterior se encuentra plenamente reforzado por el artículo 9° cuando dispone que “[c]uando no proceda la contratación a través de Convenio Marco, por regla general las Entidades celebrarán sus contratos de suministro y/o servicios a través de una Licitación Pública (...)”. Es decir, la regla general de la contratación pública, la Licitación Pública, queda relegada al segundo lugar de prelación tras el Convenio Marco. Ello no constituye realmente una excepción a la ley, pues el propio Convenio Marco corresponde a una Licitación Pública General sobre un determinado rubro, que efectúa la Dirección de Chilecompra, con el objeto de simplificar las labores del aparato público.

Según dispone la propia página web mercadopublico.cl, los convenios marco son una modalidad de licitación en la que se establecen precios y condiciones de compra para bienes y servicios, durante un período definido⁵⁶. Estos se disponen en un Catálogo Electrónico de Productos y Servicios para que los organismos públicos accedan a ellos directamente, pudiendo emitir una orden de compra directamente a los proveedores pre-licitados, acortando los procesos de compra. Cada entidad pública está obligada a consultar el catálogo electrónico (tienda ChileCompra Express) antes de llamar a licitación pública, privada o realizar una contratación directa.⁵⁷ Se encuentran definidos en el artículo 2° N° 14, del Reglamento de la Ley de Compras.

De esta forma, tanto para la contratación de servicios de asesorías comunicacionales y creativas para el diseño de campañas como para el avisaje estatal, existen sendos Convenios Marcos licitados por la Dirección de Chilecompra, quedando obligados los organismos públicos a recurrir a ellos y a los oferentes que a estos se encuentran adscritos.

i. Convenio Marco de campañas comunicacionales

En su segunda versión, que tendrá una vigencia hasta 2021, la Dirección de Compras y Contratación Pública licitó el Convenio Marco para la contratación de los servicios

⁵⁵ Recientemente modificado por el Decreto N° 1.410, de 12 de mayo de 2015.

⁵⁶ <https://www.mercadopublico.cl/Home/Contenidos/QueEsCM>

⁵⁷ <https://www.mercadopublico.cl/portal/MP2/secciones/como-vender/licitaciones-convenio-marco.html>

de difusión de políticas públicas e información relevante, reconociendo que los ministerios, intendencias, gobernaciones y los órganos y servicios públicos que integran la Administración del Estado pueden incurrir en gastos por conceptos de publicidad y difusión que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones y que tengan por objeto informar a los usuarios sobre la forma de acceder a los servicios que otorgan⁵⁸.

Como novedad, la estructura del Convenio Marco divide los servicios posibles de prestar en 5 distintas categorías, lo que ha permitido un mayor número de prestadores adjudicados que pueden participar en una o más categorías de la herramienta. Las categorías son las siguientes:

Categoría	Tipo de servicio
Asesorías Creativas de Alto Impacto	Son aquellos servicios comunicacionales que consideren una pauta nacional de televisión abierta, implicando la producción y post producción de un comercial para televisión abierta; o, impliquen la realización de campañas en la vía pública en la Región Metropolitana y/o en tres regiones del país; o consideren una campaña en la vía pública con un alcance de más de 800.000 personas; o comprenda una campaña publicitaria, a través de la televisión y/o radio, por un plazo igual o mayor a dos semanas.
Asesorías Creativas de Bajo Impacto	Son todos aquellos servicios de difusión y publicidad que no se encuentren definidos de los definidos como de alto impacto, ni en otras categorías.
Asesorías Comunicacionales	Incluye los servicios de estrategias comunicacionales asociadas a una campaña en particular en los ámbitos de redacción, plan de medios, conceptos, desarrollo de maquetas y piezas, etc.
Asesorías en Medios Tradicionales	Incluye los servicios de administración de medios de comunicación (radio, TV, prensa, medios locales, nacionales y/o regionales, etc.) y planificación de medios (negociación, compra y control de espacios publicitarios).
Asesorías en Medios Digitales	Incluye los servicios de desarrollo, planificación, ejecución y seguimiento de campañas en medios digitales y en las redes sociales, junto a la evaluación de las respectivas campañas digitales.

El Convenio Marco fue adjudicado a 158 empresas en las distintas categorías -14 de ellas en la categoría de alto impacto en donde se adjudican los proyectos de mayor envergadura y 71 en la categoría de asesorías de bajo impacto-. Lo anterior representa

⁵⁸ Resolución N° 90, de 2014, de 20 de noviembre de 2014, de la Dirección de Compras y Contratación Pública, que Aprueba Bases de Tipo Licitación Pública para Convenio Marco de Campañas Comunicacionales.

un notable avance en materia de inclusión y apertura del mercado de las comunicaciones gubernamentales en relación al Convenio Marco adjudicado en 2010, al que se presentaron 14 oferentes y solo 5 fueron adjudicados, repartiéndose entre estas las asesorías creativas de la totalidad de las campañas de gobierno, hasta mediados de 2014.

ii. Convenio Marco de avisaje en medios

En la línea de la distinción anterior entre asesorías creativas y el avisaje estatal, este último también cuenta con un Convenio Marco licitado por la Dirección de Compras y Contratación, cuya vigencia se extiende hasta el mes de diciembre de 2020, que permite a los organismos públicos contratar los servicios de avisaje e insertos tanto en periódicos impresos de circulación nacional y/o regional, revistas en papel, periódicos impresos gratuitos, diarios online nacionales y regionales, periódicos y revistas online. Asimismo, el Convenio Marco considera el servicio de suscripción a estos medios escritos por parte de los entes estatales⁵⁹.

Tal como señalan las Bases del llamado a licitación, en el convenio se establecen 2 categorías y 15 productos distintos. En materia de avisaje en medios escritos impresos, como se aprecia en la siguiente tabla, el pliego de condiciones dividió los servicios dependiendo del tipo de soporte y/o territorio de circulación del medio, para fines de la venta del producto⁶⁰:

Categoría	Tipo de producto
Avisaje en medios de comunicación social	Avisaje en diarios impresos nacionales
	Avisaje en diarios impresos regionales
	Avisaje en periódicos impresos
	Avisaje en revistas impresas
	Avisaje en diarios impresos gratuitos
	Avisaje en diarios online nacionales
	Avisaje en diarios online regionales
	Avisaje en periódicos online
	Avisaje en revistas online
Suscripción en medios de comunicación social	Suscripción en diarios impresos nacionales
	Suscripción en diarios impresos regionales
	Suscripción en periódicos impresos
	Suscripción en diarios online nacionales
	Suscripción en diarios online regionales
	Suscripción en periódicos online

⁵⁹ https://www.mercadopublico.cl/portal/mp2/descargables/guias_cm/CM%20Avisaje.pdf

⁶⁰ Resolución N° 43, 11 de abril de 2014, de la Dirección de Compras y Contratación Pública, que aprueba bases tipo de licitación pública para Convenio Marco Avisaje y Suscripción en Medios de Comunicación Social escritos y online.

Es a través de esta herramienta que los servicios e instituciones públicas deben contratar los servicios de avisaje e insertos, a menos que logren fundamentar una contratación con algún medio que no haya sido adjudicado en el Convenio Marco, argumentando que este otorga condiciones más ventajosas para el servicio. De lo contrario, como ya se expresó anteriormente, la contratación por esta vía es el primer escalón en el orden de prelación establecido por la ley.

Con todo, esta licitación ha sido severamente criticada pues no cuenta con una gran gama de oferentes, principalmente en las categorías de avisaje impreso de alcance nacional, en donde solo se cuenta con 7 oferentes y, como se tratará más adelante en relación a la concentración del avisaje, 6 de ellos pertenecen a los dos grandes conglomerados periodísticos con presencia en Chile –El Mercurio y COPESA- y el séptimo es el Diario Financiero, que pertenece a otro importante holding empresarial como el Grupo Claro. En cuanto a los periódicos regionales que pueden prestar el servicio de avisaje el panorama es similar, pues de los 40 proveedores, cerca de la mitad pertenecen, directa o indirectamente, a alguno de los mencionados conglomerados.

d. Artículo 3º de la Ley N° 19.896

La Ley N° 19.896 modifica el Decreto Ley N° 1.263, de 1975, de Administración Financiera del Estado, incorporando normas que se venían incluyendo año a año en las respectivas leyes de presupuesto del sector público, en relación al uso de recursos para la publicidad y difusión de las políticas del Estado. Así las cosas, se incluyó en una normativa permanente la regulación transitoria sobre la materia, complementando su regulación financiera. Lo anterior formó parte de un acuerdo político transversal cuyo objetivo fue cristalizar una agenda para la modernización del Estado, transparencia y promoción del crecimiento en el ejercicio de la función pública.

Su establecimiento tuvo dos consecuencias jurídicas de suma importancia. Como primera cosa, dio continuidad a normativas legales transitorias consagradas en las sucesivas leyes de presupuesto para el sector público, que tenían por objeto regular o limitar la publicidad y difusión de políticas públicas⁶¹. Luego, en segundo lugar, se añadió la regulación de una materia que, hasta ese momento, quedaba en un campo difuso, esto es: la comunicación de información sobre los proyectos de ley.

A este respecto, la disposición señala: “Los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los órganos y servicios públicos que integran la Administración

⁶¹ Desde 1992 y hasta la promulgación de la Ley N° 19.896, los límites a los gastos en publicidad y difusión para los organismos públicos estuvieron radicados sucesivamente en la ley de presupuestos para el sector público. A mayor abundamiento, ver: art. 20 de la Ley N° 19.103 (1992), art. 23 de la Ley N° 19.182 (1993), art. 21 de la Ley N° 19.259 (1994), art. 20 de la Ley N° 19.356 (1995), art. 20 de la Ley N° 19.430 (1996), art. 20 de la Ley N° 19.486 (1997), art. 20 de la Ley N° 19.540 (1998), art. 20 de la Ley N° 19.540 (1999), art. 19 de la Ley N° 19.651 (2000), art. 16 de la Ley N° 19.702 (2001), art. 16 de la Ley N° 19.774 (2002) y art. 16 de la Ley N° 19.842 (2003).

del Estado, no podrán incurrir en otros gastos por concepto de publicidad y difusión que los necesarios para el cumplimiento de sus funciones y en aquellos que tengan por objeto informar a los usuarios sobre la forma de acceder a las prestaciones que otorgan”. El inciso segundo continúa: “[c]uando no existan todavía prestaciones concretas que corresponda otorgar, el Poder Ejecutivo, a través de sus organismos dependientes o relacionados con él por intermedio de alguna de las Secretarías de Estado, solo podrá informar sobre el contenido de los programas y acciones que resuelva propiciar, utilizando medios idóneos a tal efecto. En el caso de las iniciativas de ley, deberá señalar su sujeción a la aprobación legislativa correspondiente”.

Entonces, el objetivo de la norma es autorizar, de manera restrictiva, los gastos que puedan realizar los órganos de la Administración del Estado en materia de publicidad y difusión, para lo cual se deben cumplir con los siguientes requisitos:

i. Sujetos obligados

El inciso primero regula especialmente a Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y, en general, a los órganos de la Administración del Estado. Mediante esta última expresión, definida en el artículo 1° inciso segundo de la LOCBGAE, se remite a los ministerios, intendencias, gobernaciones y los órganos y servicios creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, los gobiernos regionales, las municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

A su vez, el inciso segundo, habla de “Poder Ejecutivo”, lo cual ha sido entendido como una expresión sinónima a “Administración del Estado”, y mediante la expresión “órganos dependientes o relacionados” se hace referencia a los servicios públicos centralizados y descentralizados. Por lo que ambos incisos se aplican a todos los órganos de la Administración del Estado.

ii. Objeto o fin de la norma

La norma del artículo 3°, vino a identificar y establecer restricciones para el ejercicio de publicidad y difusión de las políticas públicas. En primer término, como toda actuación pública vinculada a gastos públicos deberá cumplir con el principio de legalidad del gasto público, dando estricto cumplimiento a las leyes presupuestas y financieras del Estado.

En segundo término, las condiciones y requisitos que impone el artículo 3° de la Ley N° 19.896, a la difusión y publicidad, dependiendo si se trata de informaciones de prestaciones vigentes que se otorguen o si se refiere a eventuales prestaciones, vinculadas a programas y acciones que resuelva propiciar, que en el caso de ser proyectos de ley, se debe indicar que requiere previa aprobación legislativa.

iii. Sobre los destinatarios de la publicidad y difusión

El artículo 3º también indica que los destinatarios de las comunicaciones son los potenciales beneficiarios de las prestaciones de las que se informa. Por otra parte, para el caso de medidas futuras o cuando aún no existan prestaciones concretas que otorgar, del inciso segundo del artículo 3º se entiende, al no hacer distinción alguna, que esta información se dirige a la ciudadanía en general, pues todas las personas tienen el derecho de conocer la marcha del gobierno, las decisiones que ha adoptado, y así también, las acciones que pretende llevar a cabo, de las iniciativas legales. Dicha circunstancia es propia de una sociedad democrática en que el Gobierno tiene canales de comunicación, sujeto a las regulaciones de la ley, para llegar con su mensaje a la población en su conjunto.

En el atendido sentido, es evidente que la Ley N° 19.896 reconoce expresamente la atribución de los órganos de la Administración del Estado de difundir información respecto de proyectos de ley, su contenido y los beneficios que con su aprobación se reflejarán en la vida de cada uno de los ciudadanos.

iv. Sobre la necesidad del gasto

Tal como ya se expresó, la necesidad del gasto para el cumplimiento de los fines del servicio constituye el más importante requisito de fondo que establece el artículo 3º de la Ley N° 19.896. Ello, ha sido plenamente refrendado por la jurisprudencia de la Contraloría General de la República que ha señalado, en reiteradas ocasiones, que el objetivo de la norma aludida es restringir los gastos de publicidad y difusión a aquellos que sean necesarios e imprescindibles para el desarrollo de la función pública, la que, por regla general, puede llevarse a cabo sin necesidad de incurrir en ellos⁶².

3. Limitaciones al contenido

Con respecto a qué información es necesario entregar para el órgano o servicio público, se ha establecido que corresponde a una potestad discrecional de la autoridad dicha calificación⁶³. Así, la Contraloría General ha establecido: *“Sobre este particular debe señalarse, desde luego, y en relación con lo informado por la Subsecretaría de Salud, que si bien naturalmente corresponde a la autoridad calificar cuándo es necesario e imprescindible*

⁶² Se han pronunciado en este sentido, los dictámenes N° 25.406-2003, N° 1.149-2009, N° 14.914-2010, N° 28.397-2012, N° 72.116-2012, N° 9.377-2013, N° 13.915-2013, N° 18.909-2013, N° 34.298-2013 y N° 73.256-2013.

⁶³ Sobre la discrecionalidad destacan diversos textos que no son objeto del presente análisis: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, (1992), *Curso de derecho administrativo*, Civitas, 5ª edición, Madrid; DESDENTADO, Eva (1999), *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*. ARANZADI, Pamplona. SAAVEDRA FERNÁNDEZ, Rubén, (2011), *Discrecionalidad Administrativa*, Legal Publishing, Santiago, PIERRY ARRAU, Pedro, (1984), *El control de la Discrecionalidad de la discrecionalidad Administrativa*. en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. N° 8, año 1984, Valparaíso. CORDERO, Luis, (2015) *Lecciones de Derecho Administrativo*, THOMSON REUTERS, Santiago.

*destinar recursos a publicidad y difusión de los hechos y acciones del servicio pertinente, esta atribución debe ser ejercida respetando rigurosamente el ordenamiento jurídico*⁶⁴.

En tal tenor, corresponde a una facultad discrecional el determinar los beneficios que reporta al Servicio u Órgano, el informar sobre determinada materia. Todo ello, obviamente, con la natural sujeción al ordenamiento jurídico correspondiente a la función pública.

Si bien, conforme al artículo 8° de la Constitución Política de la República y al principio de publicidad que ahí se reconoce, los actos de los órganos de la Administración del Estado son públicos y, como hemos visto, existe un deber del Estado de comunicar dichos actos por las vías que le franquea la ley. Asimismo, el gasto que se dispense en tal publicidad también se encuentra limitado por el ordenamiento jurídico. En efecto, se establecen tres límites al gasto en publicidad y difusión según el destino del gasto a realizarse.

El inciso primero dispone que los órganos de la Administración del Estado solo pueden gastar en publicidad y difusión lo “necesario para el cumplimiento de sus funciones”.

Luego, el mismo inciso dispone que pueden, además, realizarse los “gastos que tengan por objeto informar a los usuarios sobre la forma de acceder a las prestaciones que otorgan los mismos órganos”.

Finalmente, el inciso segundo dispone que cuando no existan todavía prestaciones concretas que corresponda otorgar solo podrá informarse sobre el contenido de los programas y acciones que resuelva propiciar, utilizando medios idóneos. Cuando aquello sobre lo que informa signifique iniciativas legales siempre deberá señalarse que sus medidas se encuentran sujetas a la aprobación legislativa correspondiente.

De esta forma, si el contenido de la difusión se encuentra enmarcado en las facultades del órgano que la genera, la determinación de la información misma que se pretende difundir es materia del órgano experto en la materia. Por ejemplo, es el Ministerio de Salud el llamado a reconocer las necesidades en materia sanitaria.

Ello, como veremos más adelante, ha sido reconocido por la Contraloría en su dictamen sobre la campaña “Educación Pública. Un derecho, un orgullo” y la publicación del cómic “Sofía aprende con todos”.

Por otro lado, es preciso agregar que el contenido del mensaje –lo que se comunica– siempre debe verificar el cumplimiento de las obligaciones generales para la función pública como es el *realizar las labores con esmero, cortesía, dedicación y eficiencia, contribuyendo a materializar los objetivos de la institución. Es por ello que el lenguaje utilizado debe ser respetuoso y encontrarse acorde a dichos valores, tal como señaló*

⁶⁴ Ídem.

*el Órgano Contralor a propósito de la video de difusión de la Reforma Tributaria publicado en abril de 2014*⁶⁵.

4. Determinación del soporte

El artículo 3º de la Ley 19.896 no regula una forma específica de publicidad y difusión, por lo que deja en libertad de apreciación al órgano de la Administración del Estado respectivo en cuanto a la forma específica de cómo llevar a cabo esta. Solo se ha limitado a declarar que se debe tratar de “medios idóneos”.

Por lo tanto, determinar qué medio es idóneo para la difusión es una decisión discrecional del órgano competente, quien puede optar por los más diversos soportes que cumplan efectivamente con la finalidad impuesta por la norma.

Es decir, si bien impone requisitos para que proceda el gasto fiscal, no impone procedimientos o distinciones sobre la forma de expresar el contenido de la difusión, pues entiende que exigirlo cercenaría una discrecionalidad de la administración activa, entendida como la: *“inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular”*⁶⁶.

Dicha potestad no es extra legal, sino por el contrario, es “una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la Ley que ha configurado la potestad y que se le ha atribuido a la administración justamente con ese carácter”. En dicho sentido, las definiciones expuestas y la abundante doctrina y jurisprudencia dejan claramente demostrado que la potestad discrecional otorga varias alternativas de decisión, igualmente válidas. Tal como lo señalan los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: “[...] el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho [...]”⁶⁷.

De esta manera, el artículo 3º de la Ley N° 19.896, salvo las menciones ya indicadas, deja a la apreciación del órgano respectivo la determinación de la forma de expresar el contenido o mensaje concreto de la publicidad y difusión que se lleve a cabo, lo que se deberá establecer según la política pública que se pretenda propiciar o ejecutar. Para ello será necesario emplear métodos y darle un contenido que facilite el acceso, particularmente, de los grupos sociales más vulnerables, de modo didáctico, claro y ameno, para que dicho mensaje sea recibido por la mayor cantidad de ciudadanos.

⁶⁵ Contraloría General de la República. Dictamen N° 28.236, de 2015.

⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2011): *Curso de Derecho Administrativo I*. Editorial Civitas S.A. P. 452.

⁶⁷ *ibíd.* P. 456.

Como señalamos, la norma no regula una forma específica de publicidad y difusión, por lo que deja en libertad de apreciación al órgano de la Administración del Estado respectivo en cuanto a la forma específica de cómo llevar a cabo esta. Solo se ha limitado a declarar que se debe tratar de “medios idóneos”.

Por lo tanto, determinar qué medio es idóneo para la difusión es una decisión discrecional del órgano competente, quien puede optar por los más diversos soportes que cumplan efectivamente con la finalidad impuesta por la norma. En tal sentido, el medio idóneo al que se refiere la ley es aquel adecuado o conveniente para que el mensaje llegue a la mayor cantidad de personas, como puede ser un spot publicitario en televisión, un inserto en diario nacional o local, avisos radiales, avisos en medios digitales. Todo dependerá del contenido y alcance que se pretenda dar a la publicidad o comunicación gubernamental.

V. La publicidad oficial en la Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la República

Con el correr de los años y con la aparición de nuevas tecnologías de la información y de difusión, la jurisprudencia administrativa ha ido delineando las limitaciones a la que debe someterse la facultad de publicitar y difundir que ostentan los Órganos de la Administración del Estado.

1. Primeros dictámenes

La primera intervención contemporánea de la Contraloría General de la República se remonta al dictamen N° 17.404, de 1988. En este sentido, el Órgano Superior de Control señala que el presupuesto permite *financiar gastos como, avisos, promoción en periódicos, radios, televisión, cines, teatros, revistas, etc., como también, contratos con agencias de publicidad, pagos de servicios de impresión, reproducción, encuadernación y otros necesarios para confección de afiches, folletos y revistas, servicios de exposición y, en general, otros similares destinados a estos objetivos*. Sin embargo, ya en ese entonces y en aplicación de las normas generales de control presupuestario, se dispone que “*no pueden invertirse en otra publicidad que la estrictamente necesaria para informar a los usuarios sobre la forma de acceder a las prestaciones de los servicios públicos*”.

A mayor abundamiento, reconoce que los gastos en publicidad y difusión deben ceñirse, en primer término, a la disponibilidad presupuestaria. Luego, deben atenderse las normativas estatutarias propias de cada institución y verificar que el gasto en que se incurre se encuentre acorde a esta. Finalmente, declara con nitidez que *los organismos públicos no pueden incurrir, con cargos a sus presupuestos, en gastos relacionados con propaganda político-partidista exhibida en prensa, radio, televisión, cines, revistas u otros medios de difusión*

*como tampoco procede la confección de afiches, lienzos o panfletos que llamen a la ciudadanía a votar por una tendencia determinada, además de que tales conductas comprometerían la responsabilidad de los funcionarios pertinentes*⁶⁸.

Similar posición se manifiesta en los dictámenes N° 27.265 y N° 33.637, ambos de 1996, sobre que los gastos en publicidad y difusión deben ser los necesarios para el cumplimiento de las funciones de organismo.

2. El Plan AUGE

Luego, en 2002, se realizó una nueva solicitud de dictamen al ente contralor, esta vez a propósito de la campaña de difusión del Plan AUGE. En dicha ocasión, la Contraloría concluyó que los gastos efectuados por el Ministerio de Salud en materias de publicidad no se encontraban ajustados a la normativa vigente, pues no se acreditó que estos fueran necesarios para el cumplimiento de las funciones que desarrolla el organismo⁶⁹. En relación con ello, el dictamen es enfático en disponer que el ordenamiento jurídico no avala los convenios de publicidad y difusión de actividades o programas que los servicios públicos “desean llevar a cabo” en el futuro, puesto que el citado plan aun requería ser aprobado mediante diversas normas jurídicas de rango legal, lo cual importa, de igual forma, reconocer que este no se encontraba aún definido, por cuanto no se ha dictado el ordenamiento legal que permitirá su implementación. Como corolario, la Contraloría reconoce la potestad de cada órgano público de calificar la necesidad y el momento en que se debe difundir determinado contenido. Con todo, igualmente el Ente Superior de Control mantiene su potestad para pronunciarse acerca de la procedencia jurídica del gasto en que se ha incurrido y, consecuentemente, investigar aquellos casos en que se transgrede la normativa legal.

Dicho dictamen fue reconsiderado a través del N° 25.406, de 2003, que nuevamente reiteró su posición señalando que al respecto, esta Contraloría General cumple con señalar que la ley de presupuestos, *restringe los gastos en publicidad y difusión que pueden hacer los Ministerios, entre otros organismos públicos, por cuanto solo los faculta para incurrir en dos tipos de egresos por estos conceptos, que son, por una parte, los necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y por la otra, los que tengan por objeto informar a los usuarios sobre la forma de acceder a las prestaciones que otorgan*⁷⁰. En adición a ello, la Contraloría interpretó que el hecho que se encontrara en tramitación en el Congreso Nacional un proyecto de ley que permitiría al Poder Ejecutivo informar sobre prestaciones concretas que correspondía otorgar, pero que no existan todavía, en las condiciones que dicho precepto regula, evidencia que la normativa vigente al momento de incurrirse en los gastos objetados no permitía realizar esos desembolsos para informar sobre el contenido de los

⁶⁸ Contraloría General de la República. Dictamen N° 17.404, de 1988.

⁶⁹ Contraloría General de la República. Dictamen N° 47.311, de 2002.

⁷⁰ Contraloría General de la República. Dictamen N° 25.406, de 2003.

programas y acciones que resuelva propiciar, pues de otro modo, si el legislador hubiera estimado que el referido artículo 16 de la Ley de Presupuestos autorizaba la publicidad y difusión del contenido de programas que aún no estaban implementados, no habría considerado la posibilidad de otorgar la autorización adicional que se contiene en el proyecto de que se trata.

De esta forma, se establece que solo podrían encontrarse justificados, dentro del contexto del referido plan, tal como se indicó en el mencionado Dictamen N° 47.311, los gastos en publicidad en que ha incurrido ese Ministerio respecto de los aludidos spots y avisos, en la medida que se compruebe que han tenido directa relación con la difusión de las Campañas Sanitarias y Auxilios Extraordinarios.

3. Chile Contigo, propaganda municipal y Aniversario ministerial.

En gran parte debido a lo dictaminado por la Contraloría en relación al Plan AUGE y enmarcado en un acuerdo político transversal, se presentó a tramitación un proyecto de ley con la finalidad de modificar el Decreto Ley N° 1.263, de 1975, de Administración Financiera del Estado.

Dentro del referido escenario, se incluyó una nueva regulación para la publicidad o difusión realizada por órganos públicos que quedó consignada en el artículo 3°. A su través se cumplió el objetivo de dar continuidad a las limitaciones a la publicidad y difusión de políticas públicas que, durante los años anteriores, tuvo el carácter de transitoria, en reiteradas leyes de presupuesto de la Nación. Pero, quizás más importante aún, se reguló una materia que, hasta ese momento quedaba en un campo difuso, esto es: la comunicación de información sobre los proyectos de ley.

Para ello, el Mensaje Presidencial señala que se viene en aclarar el contenido natural y obvio del precepto, que hasta ese momento formaba parte de las distintas Leyes de Presupuesto, disponiendo expresamente la posibilidad de informar sobre los proyectos que el Ejecutivo ha decidido propiciar, indicando su contenido y acciones y utilizando medios idóneos para el efecto. En caso de tratarse de iniciativas de ley debe señalarse que la información difundida se encuentra sujeta a aprobación legal previa.

Ya con la citada disposición en vigor, nuevamente fue requerida la contraloría por un grupo de parlamentarios opositores al gobierno, en razón de la publicación y circulación del boletín informativo o suplemento "Chile Contigo". A propósito de ello, el Ente de Control reiteró el requisito de necesidad del gasto efectuado en difusión.

Así, expuso sobre la necesidad de la *presencia de elementos objetivos para distinguir cuándo realmente se presenta publicidad que escapa de los márgenes autorizados por la ley, al señalar que: en cuanto a la frase, 'Chile está Mejor', motivo de la consulta, este organismo de control considera que dicho enunciado se encuentra inserto en un contexto general de una campaña*

*de publicidad exclusiva de prevención de salud que no distorsiona el contenido y el propósito del mensaje. Además, no se observan elementos objetivos que puedan inducir a relacionar tal difusión con una campaña de orden propagandístico*⁷¹.

De esta manera se ha entendido que la publicidad que escapa a los márgenes que ampara la ley requiere la presencia de elementos objetivos que denoten un carácter sistemático y no la mera difusión de información, incluso cuando es presentada realizando las bondades de lo que se está haciendo, sin llegar a distorsionar el mensaje que se brinda. En contrapartida, no está comprendido en este concepto la inclusión de apreciaciones que deformen la información entregada, así como la difusión y publicidad de actividades que escapen al ámbito de las funciones de un determinado organismo.

Lo anterior vino a reforzar lo dispuesto por la misma Entidad Fiscalizadora, en 2006, a propósito de una actividad del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, señalando que *la difusión de sus labores en el marco del aniversario institucional forma parte de la actividad normal del Ministerio, por responder a una necesidad de exteriorización de su presencia ante la comunidad, de modo que se inserta en el cumplimiento de sus funciones*⁷².

Por otra parte, en 2011, la Contraloría se refirió a la necesidad de encontrarse dentro de las funciones del órgano a propósito del actuar de la Municipalidad de Huechuraba y su alcaldesa. En su dictamen N° 13.898-2011, dispuso que *en lo que atañe al contenido de los avisos publicitarios implementados por la Municipalidad de Huechuraba, se debe informar que aquellos en los que se difunden actividades de índole cultural, han podido financiarse con recursos municipales, por cuanto su propósito se enmarca en las funciones que el ordenamiento jurídico le encomienda a los municipio. Por el contrario, ha resultado improcedente que los elementos a través de los cuales se efectúan saludos y reconocimientos dirigidos por la alcaldesa a diversos estamentos de la comunidad -tales como, día del padre, día del niño, día de la madre-, atendido su carácter personal, hayan sido financiados con cargo al presupuesto municipal*⁷³.

4. Elecciones primarias

En 2013 se suscitó una nueva controversia a propósito de la campaña de difusión de las elecciones primarias. En ese sentido, el entonces pre candidato Tomás Jocelyn-Holt Letelier reclamó la ilegalidad de la campaña de difusión por considerarla inductiva a confusión y constituir una práctica discriminatoria al favorecer a candidatos que van a primarias por sobre quienes no hacen uso de ella, como es su caso, en la próxima elección presidencial. A lo anterior se sumó el también pre candidato Marco Enriquez-Ominami Gumucio, quien sostuvo que el mensaje publicitario contiene un grado de intervención política inaceptable en favor de los candidatos que sí utilizarán el mecanismo de primarias.

⁷¹ Contraloría General de la República. Dictamen N° 1.149, de 2009.

⁷² Contraloría General de la República. Dictamen N° 7.470, de 2006.

⁷³ Contraloría General de la República. Dictamen N° 13.898, de 2011.

A este respecto, la Contraloría General de la República reconoció el rol que debe desempeñar el Ministerio Secretaría General de Gobierno, en su calidad de órganos de comunicación del Gobierno, recordando que *la historia fidedigna del establecimiento de la ley N° 19.032 consta que la función de ser 'encargado de actuar como órgano de comunicación del Gobierno', si bien no estuvo incluida en el proyecto original enviado por el Ejecutivo al Congreso, cobró relevancia durante su tramitación. Es así como el Ministro Secretario General de la Presidencia, durante la discusión general en el Senado señaló que la filosofía seguida durante la tramitación fue 'convertir a esta Secretaría en un Ministerio cuyo papel básico es el de las comunicaciones del Gobierno con la sociedad', tanto por la vía de los medios de comunicación -por consiguiente, se establece allí cierta atribución del Ministerio para el conjunto de las comunicaciones gubernamentales⁷⁴.*

Sobre lo mismo, la celebración de elecciones primarias, sus requisitos y modalidades se encuentran reconocidas en la Ley N° 20.640, y en lo que respecta al contenido de los mensajes publicitarios cuestionados, cumple con hacer presente que ellos se encuentran insertos en una campaña de publicidad destinada a dar a conocer a la comunidad la realización de las primeras elecciones primarias en Chile, sin que se advierta que ellos hayan importado una transgresión a los principios de apoliticidad, probidad administrativa y legalidad que deben observar las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado, ni que constituyan una discriminación arbitraria en el contexto preciso del objeto final de ese gasto, esto es, financiar una campaña publicitaria para dar a conocer las elecciones primarias reguladas en la citada ley.

5. Chile avanza con todos

En enero de 2015, la Contraloría General de la República publicó su informe final de auditoría a propósito de la fiscalización realizada a los gastos en publicidad durante el período comprendido entre los años 2011 y 2013, en el Ministerio Secretaría General de Gobierno. Dicho Informe, el N° 40/14, arrojó ciertas irregularidades administrativas en concepto de encargo y pago de servicios ligados a la difusión gubernamental⁷⁵.

Sin embargo, para efectos de este trabajo, la Entidad de Fiscalización detectó la existencia de serie de publicaciones realizadas a finales del período presidencial tituladas “Bitácora Bicentenario, Chile 200 años”, “Celebraciones del Bicentenario”, “100 Obras 200 Años, Legados Bicentenario. + Obras + Patrimonio + Cultura. 2010-2014”, “Primera Dama al Servicio de los Chilenos, Colección Memoria Presidencial”, y la colección “Chile Avanza con Todos”.

Dichos libros versan sobre distintas materias relacionadas con el Gobierno, en particular, la serie “Chile Avanza con Todos, 2010-2014”, que contiene los logros alcanzados por la

⁷⁴ Contraloría General de la República. Dictamen N° 40.853, de 2013.

⁷⁵ El Informe se encuentra disponible en: http://www.contraloria.cl/SicaProd/SICAv3-BIFAPortalCGR/faces/detalleInforme?docIdcm=fb3b31188636a0ecfbd01c5915e9bd6b&_adf.ctrl-state=10mla5fxo_3

administración presidencial tanto en las distintas regiones del país como a nivel nacional. Según reportan los medios de comunicación, el pre informe del Ente Superior de Control consideró que la colección, que en total constaba de 415 páginas, incluía 468 fotografías -131 de las cuales correspondían al ex presidente-. Similar reparo formuló sobre el título “Primera dama al servicio de los chilenos” que muestra 422 imágenes, siendo 2018 de la Sra. Cecilia Morel⁷⁶.

Con todo, el Órgano Superior de Control estimó en su informe final que los libros versan sobre los compromisos presidenciales y su grado de concreción durante el período presidencial en distintas áreas de interés público como salud, educación, vivienda y trabajo.

En tal contexto, la Contraloría estimó que las normas vigentes señalan que no podrán efectuarse campañas publicitarias que tengan por objeto único enumerar los logros de una autoridad específica o del Gobierno en general, con excepción de las cuentas públicas que los organismos realicen⁷⁷.

Sin perjuicio de ello, consideró que el Ministerio Secretaría General de Gobierno –entidad que desarrolló y financió la gran mayoría de los textos-, en atención a sus competencias establecidas en la Ley N° 19.032, tiene la atribución legal de realizar publicaciones dirigidas a determinados segmentos de la población que contengan información acerca de las eventuales reformas implementadas y de las prestaciones otorgadas o programas ejecutados por los distintos Servicios Públicos. De esta manera, recordó que la historia fidedigna reconoce que esta Secretaría de Estado tiene como su papel básico el de las comunicaciones del Gobierno con la sociedad. En razón de lo señalado, el informe concluye que la actividad de difusión practicada por la referida Cartera Pública se enmarca dentro de sus funciones, levantándose la observación formulada⁷⁸.

6. Reforma Tributaria, Sofía aprende con todos y campaña de la Defensoría Penal Pública

En la misma línea de los citados dictámenes e informes, en 2015, la Contraloría General de la República estimó que el video de difusión del proyecto de ley de Reforma Tributaria, publicado en el sitio web gob.cl y reformatributaria.gob.cl se enmarca dentro de las potestades y atribuciones del Ministerio Secretaría General de Gobierno. No obstante ello, el dictamen N° 28.236 falló en distinguir entre las campañas que irrogan gastos en el presupuesto y aquellas que se realizan por los recursos humanos regulares del Servicio Público y que se disponibilizan a la sociedad a través de medios gratuitos en internet. Es por ello que manifiesta que el video –recordado por la utilización de un lenguaje

⁷⁶ Diario La Segunda Online. 3 de septiembre de 2014. Disponible en: <http://www.lasegunda.com/Noticias/Politica/2014/09/960222/contraloria-cuestiona-gastos-en-publicidad-de-la-secom-en-gobierno-de-pinera>

⁷⁷ Contraloría General de la República. Informe N° 40/14, 21 de enero de 2015, página 12.

⁷⁸ Ídem. Página 14-15.

impactante, mas no grosero- se encuentra igualmente regido por las normas financieras y del gasto público, pese a que no se existen antecedentes que indiquen gasto alguno.

Finalmente, y a propósito del lenguaje contenido en el video, la Entidad Fiscalizadora dispuso que tanto los medios como el contenido de la difusión es cuestión de mérito, ello no obsta a que la Contraloría pueda considerar que, por el bien del mensaje y del debate público, sea pertinente el uso de otras expresiones menos incisivas, instando al Ministerio a usar recursos lingüísticos moderados, en atención a que con otras palabras, igualmente, la información puede ser entregada y comprendida en un lenguaje cotidiano. Lo expresado, pues el artículo 61 del Estatuto Administrativo dispone, en su letra c), que serán obligaciones de cada funcionario, realizar sus labores con esmero, cortesía, dedicación y eficiencia, contribuyendo a materializar los objetivos de la institución⁷⁹.

También durante 2014, parlamentarios de oposición interpusieron un requerimiento en contra de la campaña “Educación Pública. Un derecho, un orgullo” y contra la circulación del cómic “Sofía aprende con todos”; realizadas en conjunto entre el Ministerio de Educación y el Ministerio Secretaría General de Gobierno. Sobre ello, el Órgano Superior de Control consideró que el actuar de ambas secretarías de Estado se encontró ajustado a Derecho en el dictamen N° 74.359, de 2015.

En cuanto al Ministerio de Educación, quien costeo la realización del spot de la campaña de educación pública, actuó dentro de la esfera de sus atribuciones porque el contenido de la difusión atañe directamente a la prestación social que en materia de educación otorga el Estado, y también las acciones en referencia se ajustan al inciso primero del artículo 3° de la ley N° 19.896, por ser necesarias en el contexto de dicha finalidad y a su inciso segundo, en cuanto la publicidad reparada se encuentra en el marco de un programa tendiente a fortalecer la educación pública que el gobierno pretende patrocinar. Por su parte, la participación del Ministerio Secretaría General de Gobierno -a través del señalado plan de medios y el cómic impugnado- se ha enmarcado en el ámbito de las atribuciones que le asisten en su calidad de órgano de informaciones del Gobierno y de comunicación de este último con la comunidad, realizando acciones de difusión relacionadas con las funciones que el ordenamiento jurídico ha asignado al Ministerio de Educación y que, además, están vinculadas a determinados aspectos de las iniciativas que el Poder Ejecutivo se ha propuesto implementar y que estaban incluidas en el proyecto de ley⁸⁰.

Sin embargo, es el razonamiento sobre los medios y soportes utilizados que resalta en lo dispuesto por el Dictamen N° 74.359. Así, se refiere a que el artículo 53 del Estatuto Administrativo precisa que el interés general exige el empleo de “medios idóneos” de diagnóstico, decisión y control, para concretar dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz, lo que se expresa, entre otros aspectos, en el “recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones” y en “la rectitud de ejecución de sus normas, planes, programas y acciones”⁸¹.

⁷⁹ Contraloría General de la República. Dictamen N° 28.236, de 2015.

⁸⁰ Contraloría General de la República. Dictamen N° 74.359, de 2015.

⁸¹ Ídem.

Es por ello que analiza cada uno de los medios utilizados concluyendo que tanto el spot como el cómic se han ajustado a la normativa pues no se aparta de la idea central de que la educación pública puede ser de buena calidad, para todos los que la necesiten, y gratuita; utilizando un lenguaje expresivo prudente, de manera que este constituye, en su totalidad, un medio idóneo, y adecuado al recto y correcto ejercicio de las potestades públicas que posee ese órgano estatal, toda vez que por sus características no distorsiona la comprensión de la debida finalidad de esta acción publicitaria.

Como último ejemplo, es dable citar el caso de la campaña “Que no te ganen los prejuicios”, promovida por la Defensoría Penal Pública durante 2015, que tenía por objeto manifestar la posición de dicha institución sobre los proyectos de ley de seguridad pública en tramitación, en su calidad de actor relevante en la nueva justicia penal.

Así las cosas, luego de analizar que los artículos 1º y 2º de la ley N° 19.718, orgánica de la Defensoría Penal Pública, establecen que se trata de un servicio público, cuya ‘finalidad’ consiste en proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de las correspondientes Cortes, en su caso, y que carezcan de abogado.

En esa línea, la Contraloría dispuso que las Entidades Públicas están facultadas para realizar egresos por concepto de publicidad y difusión, cuando estos tengan por finalidad servir para el desempeño de sus funciones legales o para dar a conocer a los usuarios sobre la forma de acceder a las prestaciones que confieren y, en caso de que estas no existan, para informar acerca de los programas y acciones que se pretendan ‘propiciar’, lo que incluye las iniciativas de ley, debiendo indicar la sujeción a su aprobación legislativa, supuestos que no concurren en el asunto en análisis. Lo anterior no se verifica en el caso concreto, de modo que se incurre en un vicio de ilegalidad del gasto pues la difusión solo tuvo por finalidad objetar y emitir la opinión particular de la Defensoría sobre una indicación parlamentaria a un proyecto de ley en tramitación⁸².

VI. Campañas de interés público

La más reciente y novedosa herramienta jurídica de comunicación con la que cuenta la Administración para dar a conocer sus planes y políticas corresponde a las campañas de interés público.

Fueron estatuidas por la letra g) del número 8 del artículo 1º de la Ley N° 20.750, que Permite la Introducción de la Televisión Digital Terrestre; que introdujo una nueva letra m) en el artículo 12 de la Ley N° 18.838, del Consejo Nacional de Televisión. De esta manera, se agregó una nueva atribución a la referida institución autónoma constitucional: la de dictar normas generales y obligatorias para los concesionarios y los permisionarios

⁸² Contraloría General de la República. Dictamen N° 78.789, de 2015.

de servicios limitados de televisión, relativas a la obligación de transmitir campañas de utilidad o interés público.

Es la propia Ley N° 18.838, en el inciso segundo de la letra m) del artículo 12, la que se encarga de definir las campañas como aquellas transmisiones diseñadas por el Ministerio Secretaría General de Gobierno, que se han de emitir con el objeto de *proteger a la población y difundir el respeto y promoción de los derechos de las personas*. Las campañas de interés público podrán tener carácter nacional o regional y deberán ser transmitidas con subtítulo y lenguaje de señas de acuerdo a lo establecido en el artículo 25 de la ley N° 20.422.

Coherente con lo señalado, la norma continúa estableciendo las características que deben verificarse para que sean consideradas de interés público y la manera de aprobación.

1. Características

Como ya se ha adelantado, las campañas de interés público corresponden a aquellas que tienen por objeto la protección de las personas y la difusión del respeto y promoción de los derechos de ellas, que deberán ser transmitidas por los concesionarios y permisionarios de televisión de forma gratuita en los horarios y con las limitaciones establecidas en la ley.

Es bueno acotar aquí que por concesionarios se entiende a los canales de televisión abierta de libre recepción, que ejercen su actividad previa concesión del Consejo Nacional de Televisión o CNTV de una banda en el espectro radioeléctrico para la transmisión televisiva. Por su parte, permisionarios son las empresas de televisión pagada -cable, satélite-, quienes pueden ejercer su actividad previo permiso otorgado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, siendo regulada su programación por el CNTV.

De esta manera, las campañas de interés público permiten a la Administración llegar directamente a la ciudadanía a través de la televisión, para la difusión de mensajes de utilidad pública, los que deben ser transmitidos obligatoriamente y sin costo por los canales de televisión. Esta obligación permite al Estado contar con una plataforma de comunicación directa, cercana y persuasiva, para difundir mensajes relevantes en circunstancias determinadas, tales como: campañas de invierno, campañas de prevención del SIDA, campañas de protección en contra de la conducción en estado de ebriedad y comunicaciones en casos de emergencia.

La ley establece que el Ministerio Secretaría General de Gobierno, atendidas sus competencias legales, es el órgano experto en cuanto a determinar cuáles serán las campañas.

La duración de las campañas ha sido establecida por la ley y fue materia de ardua discusión parlamentaria. En un primer momento se pretendió establecer un minutaje total máximo de 105 minutos al año. Sin embargo se optó por una regulación más específica pero a la vez más confusa. En este sentido se establecen tres reglas de duración paralelas:

- Las campañas no podrán durar más de 5 semanas al año (aunque se pueden extender con acuerdo de 7 de los consejeros y pagando el precio de mercado por las emisiones)
- No podrán durar más de sesenta segundos por emisión.
- No se podrán extender por más de 21 minutos por semana.

Así las cosas, no ha quedado claro y será materia de la práctica administrativa la forma de computar los minutos pues cuando se refiere a “las campañas no podrán durar más de 5 semanas” no queda claro si se trata de la totalidad de las campañas o cada una de ellas. Con todo, lo más lógico indica que se corresponde a todas las campañas sumadas, pues eso se encuentra en armonía con la historia de la ley.

Por último, las piezas audiovisuales que se emitan en virtud de la presente herramienta jurídica deberán siempre contar con subtítulo y lenguaje de señas de acuerdo a lo establecido en el artículo 25 de la ley N° 20.422, que Establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad.

2. Normas generales establecidas por el Consejo Nacional de Televisión

En cumplimiento a lo dispuesto por la letra m) del artículo 12 de la Ley N° 18.838, el día miércoles 2 de septiembre de 2014 se publicaron en el Diario Oficial las “Normas Generales para la Transmisión de Campañas de Utilidad o Interés Público”. La normativa recoge los requisitos legales para la procedencia de las campañas y reglamenta el procedimiento administrativo para la su solicitud y aprobación.

El requerimiento formalmente es realizado por el Ministerio Secretaría General de Gobierno al Consejo Nacional de Televisión, por la oficina de partes, consignando en la comunicación la estructura, diseño y contenidos fundamentales de cada campaña. Para ello, deberá acompañar todos los antecedentes que justifiquen la petición y el carácter de interés público de la difusión. Así las cosas, el CNTV dispone que, como mínimo, deban adjuntarse:

- La descripción general del proyecto. Por ello entendemos que se debe presentar la campaña al CNTV y la necesidad de difundirla a la población. Es decir, se trata de la justificación del carácter de interés público de la campaña.
- El guion, que corresponde al libreto literario de la pieza audiovisual que contiene los diálogos que la componen.
- La Escaleta o *story board*, que corresponde a la lista de escenas que componen la historia presentadas de forma gráfica, ya sea con dibujos o imágenes.
- La maqueta o piloto, que comprende la pieza simplificada que permita entender el contenido de la campaña, en conjunto con la escaleta.

El Consejo cuenta con un plazo de quince días corridos para pronunciarse sobre la procedencia de la campaña, con el voto conforme de al menos siete de sus integrantes. Una vez aprobada, se enviará la resolución respectiva al ministerio para que este elabore el producto final que será transmitido por los concesionarios y permisionarios, lo que deberá contar con la certificación de exactitud del propio CNTV. Sin perjuicio de ello, en la práctica, el CNTV recibe la solicitud con la copia de la pieza audiovisual terminada y el Consejo de pronuncia derechamente en el fondo.

Una vez aprobada la solicitud y certificada la exactitud del producto, el CNTV remite a los concesionarios y permisionarios de televisión junto a una copia de la resolución y las instrucciones para su transmisión. Los concesionarios y permisionarios podrán, dentro de las 48 horas siguientes a su recepción, formular los reparos técnicos para cumplir el mandato.

Las campañas se deberán en horario de alta audiencia, el que se encuentra definido por el CNTV a propósito de la transmisión de contenidos culturales como la franja horaria que va desde las 18:30 a las 00:00 hrs, de lunes a domingo. Asimismo, no podrán ser modificadas o alteradas por los concesionarios o permisionarios.

Finalmente, se establece el procedimiento para los casos de emergencia, desastre o conmoción pública que permite que las campañas atinentes a la circunstancia que motiva la solicitud sean sometidas a aprobación de forma simplificada, en un plazo no superior a 12 horas, pronunciándose directamente sobre las piezas audiovisuales definitivas.

VII. Conclusiones

Del análisis de lo expuesto en las páginas precedentes, podemos concluir, en primer término, que la comunicación de gobierno es una especie de comunicación política, la cual ha tenido un tratamiento difuso en la doctrina nacional: este tratamiento difuso se debe, principalmente, a la diferencias de enfoques bajo los cuales se ha analizado tradicionalmente este tipo de comunicación: desde el problema de la publicidad oficial, por un lado, y desde la transparencia y el acceso a la información, por el otro.

En lo que respecta al derecho a la comunicación, tenemos que este es un derecho humano ampliamente reconocido por los organismos internacionales de derechos humanos, del cual forma parte el derecho a la información y sus correspondientes manifestaciones.

Respecto a la comunicación de gobierno, el esfuerzo de este trabajo se ha centrado en definir dicho concepto, analizar sus límites, determinar teóricamente sus manifestaciones y características, e identificar sus principales problemas. Para esto, se utilizaron los elementos ofrecidos por la doctrina nacional e internacional y la jurisprudencia nacional, tanto judicial como administrativa y la internacional de Derechos Humanos.

Así, podemos concluir que la comunicación de gobierno es aquella que implica el desarrollo y actuación de un órgano de la Administración del Estado con función ejecutiva,

que contiene un mensaje mediante el cual se publicitan y difunden las acciones, políticas públicas, planes y programas del gobierno, o aquella desarrollada por una autoridad del poder ejecutivo que pronuncia un discurso en representación del mismo gobierno o de su autoridad máxima, y cuya destinataria es la sociedad o un segmento de ella.

La comunicación de Gobierno cumple un relevante rol en el ejercicio de la democracia en Chile, en cuanto informa a la ciudadanía de las políticas públicas, la involucra y entrega un punto de vista diferente al de los medios de comunicación no oficiales. Promoviendo de esta manera el debate público y el empoderamiento ciudadano a partir del conocimiento e información.

En este rol democrático, la comunicación de gobierno sirve como un medio de rendición de cuentas o *accountability* en cuanto cumple el doble rol de brindar a los ciudadanos información sobre las políticas del gobierno y sus fundamentos, y dar a conocer las propias opiniones del gobierno sobre los asuntos públicos. Así, las personas, mediante el acceso a esta información, ejercen un control ciudadano a los gobiernos y a las actuaciones del Estado.

En el caso particular de nuestro país, la comunicación de gobierno, en tanto vocería, se ejerce por el Ministerio Secretaría General de Gobierno, cuyo rol ha sido reconocido ampliamente por la jurisprudencia administrativa y por la propia historia de la ley N° 19.032, que lo reorganiza.

Hemos visto, además, que la comunicación de gobierno se encuentra limitada solo en tanto se refiera a la ejecución de campañas públicas, publicidad oficial y difusión de políticas públicas, planes y programas, porque involucra un gasto público, y en este sentido, debe ceñirse estrictamente a lo señalado en la ley 19.896. Al contrario, la comunicación efectuada mediante la vocería de Gobierno no tiene más límites que los propios de un acto de gobierno.

En consecuencia, se vuelve necesario establecer un mecanismo regulatorio que contemple el desarrollo de estas comunicaciones por medios tecnológicos distintos a los tradicionales, de manera tal que la comunicación de gobierno, actividad del todo necesaria, sea ejecutada a través de las vías comunicacionales más idóneas y de mayor accesibilidad por parte de la ciudadanía. Así, se perfeccionará la llegada del mensaje gubernamental a los ciudadanos, mejorándose de esta manera el funcionamiento de nuestra democracia y el acceso de las personas a las prestaciones y beneficios que el aparato estatal les confiere.

Finalmente, se requiere una mayor transparencia sobre las materias que se comunican, los gastos que se incurren y las empresas o personas contratadas para determinar la verdadera necesidad de estos actos de gobierno. Asimismo, es necesario avanzar en una mayor regionalización de esta actividad que impida un excesivo centralismo, que solo ahonde en la concentración de la propiedad de los medios de comunicación.

VIII. Referencias bibliográficas

- RIORDA, Mario (2008): "Gobierno bien, pero comunico mal: Análisis de las rutinas de la Comunicación Gubernamental". En Revista del CLAD Reforma y Democracia. No. 40. Caracas.
- FISS, Owen (1999): *La ironía de la libertad de expresión* (Barcelona, Gedisa, primera edición).
- MINUTELLA, Ileana (2010). "La comunicación de gobierno". En: Reflexión Académica en Diseño & Comunicación. XVIII Jornadas de Reflexión Académica en Diseño y Comunicación 2010. Facultad de Diseño y Comunicación. Buenos Aires: Universidad de Palermo.
- CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo (2008). *Libertad de expresión, propaganda política y contienda democrática*.
- CÁRENAS RUIZ, Juan David (2012): *Modelo para el estudio de la Comunicación Política Gubernamental de las entidades públicas*. VI XI Congreso Latinoamericano de Investigadores de la Comunicación, organizado por la Asociación Latinoamericana de Investigación de la Comunicación (ALAIIC). Montevideo.
- CANEL, María José; SANDERS, Karen (2009). "Para estudiar la comunicación de los gobiernos. Un análisis del estado de la cuestión". En: Comunicación y Sociedad, Vol. XXIII, Núm. 1, 2010.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005): *Derecho Constitucional*. Tomo I. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
- BANDA VERGARA, Alfonso (2002): *Algunas consideraciones sobre derecho a la información y la "ley de prensa"*. Rev. Derecho (Valdivia), vol.13.
- GARCIA, Gonzalo (2012): "Estudios Sobre Jurisdicción Constitucional, Pluralismo y Libertad de Expresión". Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 49.
- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2000) "El acceso a la información como derecho", Anuario de Derecho a la Información.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique; CARMONA SANTANDER, Carlos. Sentencia del Tribunal Constitucional N° 226, En: Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011). Colección Conmemoración 40 años del Tribunal Constitucional 1971-2011.
- RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo (2011). "Propiedad de los medios y principios de intervención del Estado para garantizar la libertad de Expresión en Chile". En: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte – Año 18 N° 2.
- CIDH, Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2012.
- HABERMAS, Jürgen (1981): *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*. Barcelona: G. Gili.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2011): *Curso de Derecho Administrativo I*. Editorial Civitas S.A.

- DESDENTADO, Eva (1999), *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*. Aranzadi, Pamplona.
- SAAVEDRA FERNÁNDEZ, Rubén, (2011), *Discrecionalidad Administrativa*, Legal Publishing, Santiago.
- PIERRY ARRAU, Pedro, (1984), *El control de la Discrecionalidad de la discrecionalidad Administrativa*. en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. N° 8, año 1984, Valparaíso.
- CORDERO, LUIS, (2015) *Lecciones de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, Santiago-

IX. Jurisprudencia

Tribunales Internacionales:

- Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.
- Corte IDH, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004, serie C, núm. 111.

Tribunales Nacionales:

- Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 226, del 30 de octubre de 1995
- Tribunal Constitucional. Rol N° 226 sentencia de 30 de octubre de 1995.
- Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 2246-12, del 31 de enero de 2013.
- Tribunal Constitucional, Sentencia N° 634, considerando 9 y 10.
- Corte Suprema: Rol N° 8140-2009. 19 de enero de 2010. Recurso de Protección.

Jurisprudencia administrativa

- Contraloría General de la República. Dictamen N° 17.404, de 1988.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 47.311, de 2002.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 25.406, de 2003.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 7.470, de 2006.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 1149, de 2009.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 13.898, de 2011.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 40.853, de 2013.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 28.236, de 2015.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 74.359, de 2015.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 78.789, de 2015.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 84.158, de 2015.
- Contraloría General de la República. Informe N° 40/14, 21 de enero de 2015.