

INFORME DE CAINFO ANTE LA COMISIÓN DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y MINERÍA DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD OFICIAL

Montevideo, Junio 16 de 2021

En primer lugar queremos agradecer a la comisión por invitarnos a dar nuestra opinión sobre este proyecto de ley que, como ustedes saben, venimos impulsando desde hace varios años.

Desde aquel momento iniciamos una serie de contactos a nivel político y de la sociedad civil, convencidos de la necesidad de una legislación que estableciera reglas claras y transparentes para el otorgamiento de la publicidad oficial, su control por parte de organismos especializados, la rendición de cuentas de los ordenadores de los gastos y el conocimiento de toda esta información por parte de la población.

Por esta razón es que nos gustaría realizar una serie de comentarios sobre este tema en base a los estándares internacionales de libertad de expresión, un derecho que ha estado en la agenda pública en los últimos días y que se ve afectado cuando se hace un manejo inadecuado de la publicidad oficial.

Quizás haya algunos conceptos que ya hemos manejado anteriormente, incluso en alguna comparecencia parlamentaria como esta, pero de todas formas nos parece importante reafirmar su vigencia, ya que son compromisos a los que el país adhirió a través de diversos mecanismos, y son discusiones que ya tienen cierto grado de avance.

En una sociedad democrática los ciudadanos tienen derecho a saber, esto es, a conocer las actividades oficiales, las políticas de gobierno y los servicios que presta el Estado. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (RELE) ha sostenido que “el uso de los medios de comunicación para transmitir información es una herramienta importante y útil para los Estados”.

Sin embargo, cuando la publicidad oficial es mal utilizada por el Estado en general, o por sus funcionarios en particular, afecta la libertad de expresión y el sistema de medios.

La asignación arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial puede constituirse en un mecanismo de censura indirecta cuando la distribución de la pauta es realizada con fines discriminatorios “de acuerdo a la posición editorial del medio incluido o excluido en el reparto, y con el objetivo de condicionar su posición editorial o línea informativa”.

Esta conducta se encuentra expresamente prohibida por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) en el marco de la Convención Americana, en su artículo 13.

Con el propósito de avanzar en la protección del derecho a la libertad de expresión y de orientar a los Estados en la aplicación de la Convención Americana, la Relatoría para la Libertad de Expresión ha establecido una serie de Principios sobre Publicidad Oficial y Libertad de Expresión que fueron aprobados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 2011 y que complementan y desarrollan el Principio 13¹ de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión del año 2000, también aprobada por la Comisión.

Como se ve, hace muchos años que la región estableció estándares claros en esta materia, sin que Uruguay haya armonizado su legislación en todo este tiempo.

De acuerdo a estos Principios², los pilares de una política pública para regular la publicidad oficial deben estar establecidos legalmente de manera específica y tienen que apuntar a definir con claridad la finalidad y los objetivos de la misma, limitar la discrecionalidad del Estado para asignar este recurso, establecer criterios de transparencia, y la previsión de mecanismos de control.

¹ Principio 13: ... “la utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar, o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atentan contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley”.

² Principios sobre regulación de la publicidad oficial en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, disponible en: <http://bit.ly/CIDHPpriosPO>

De acuerdo a estos estándares internacionales el manejo de la publicidad oficial en el marco de una sociedad democrática deberá tener las siguientes características:

1. Una regulación legal específica: Esto implica que los Estados deben adoptar legislación específica sobre publicidad oficial en cada uno de sus niveles de gobierno. De lo contrario, la carencia de un marco legal específico y adecuado para la definición de los objetivos, la asignación, contratación y control de la pauta estatal permite una utilización arbitraria de estos recursos en detrimento de la libertad de expresión.

Las reglas legales específicas de publicidad oficial deben incorporar los principios de interés público, transparencia, rendición de cuentas (accountability), no discriminación, eficiencia y buen uso de los fondos públicos. El marco legal también debe incluir una descripción exhaustiva de su ámbito de aplicación, que debe incorporar a los órganos públicos, sean o no estatales, que publiciten con fondos públicos.

Sobre este punto, queremos señalar la inconveniencia de establecer normativa aislada y sin un criterio claro, como ocurre actualmente con el artículo Artículo 774³ del Presupuesto Nacional, que establece que, abro comillas, “deberá destinarse al menos un 20% (veinte por ciento) del monto total de la publicidad oficial de alcance nacional a medios de comunicación, programas o producciones informativas o periodísticas comerciales o comunitarios, con realización y producción propias y radicados en localidades del interior”. Más

³ **Artículo 774**

Sin perjuicio del porcentaje a contratar con medios públicos dispuesto por el artículo 17 de la Ley N° 17.904, de 7 de octubre de 2005, en los casos que corresponda, deberá destinarse al menos un 20% (veinte por ciento) del monto total de la publicidad oficial de alcance nacional a medios de comunicación, programas o producciones informativas o periodísticas comerciales o comunitarios, con realización y producción propias y radicados en localidades del interior, que tengan como área de servicio o distribución principal el lugar de su radicación u otras localidades del interior del país.

En el caso de los entes autónomos y servicios descentralizados integrantes del dominio industrial, comercial y financiero del Estado, destinados a servicios que se encuentren de hecho o de derecho en regímenes de libre competencia, el monto mínimo que deberán destinar a medios radicados en el interior del país será del 10% (diez por ciento) del monto total de publicidad.

De los montos anteriores deberá destinarse al menos un 0.5% (cero con cinco por ciento) por cada departamento del interior del país.

En el caso de medios de comunicación cuyos estudios principales y plantas de emisión estén ubicados en localidades del interior pero que tengan cobertura parcial en el departamento de Montevideo, será de aplicación el presente artículo si sus contenidos están dirigidos clara y principalmente a los residentes en la localidad de origen.

Todos los organismos obligados deberán publicar un informe detallado sobre el cumplimiento de los referidos porcentajes.

adelante veremos por qué este artículo no cumple con los estándares interamericanos en esta materia.

2. Definición clara de objetivos de la publicidad oficial: Los Estados deben utilizar la pauta o publicidad oficial para comunicarse con la población e informar a través de los medios de comunicación social sobre los servicios que prestan y las políticas públicas que impulsan, con la finalidad de cumplir sus cometidos y garantizar el derecho a la información y el ejercicio de los derechos de la población.

Debe tratarse 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. Asimismo, no puede ser propaganda encubierta de quienes controlan el gobierno o de sus intereses, ni debe ser utilizada para la estigmatización de sectores opositores o críticos del gobierno.

Nos parece entonces que estos aspectos están contemplados en el texto que está a consideración del cuerpo, especialmente en sus artículos 3° y 4° que establecen los objetivos y las prohibiciones de la publicidad oficial del Estado uruguayo.

3. Planificación adecuada. La norma regulatoria debe exigir que las distintas dependencias del Estado realicen una adecuada planificación de su pauta publicitaria. La decisión de otorgar fondos públicos para publicidad oficial debe adoptarse de modo transparente, justificado y que permita el control público.

La pauta debe estar justificada en la existencia de campañas y avisos publicitarios que respondan a necesidades concretas y reales de comunicación. La falta de planificación favorece la utilización abusiva de la publicidad oficial al aumentar la discrecionalidad en manos de los funcionarios que tienen el poder de distribuirla.

Sobre este punto queremos señalar nuestra postura respecto a la necesidad de establecer también criterios transparentes y objetivos de contratación de agencias de publicidad, centrales de medios, asesorías en comunicación, productoras de contenidos y todas aquellas empresas o servicios vinculados a la actividad publicitaria y que por el momento no son contempladas en el proyecto.

Deben incluirse en este grupo también a aquellas empresas de opinión pública que realizarán las mediciones de tiraje, audiencia o cobertura de los medios.

En este sentido es fundamental también que se divulguen los detalles de las encuestas o estudios de mercado, explicando cuál fue su metodología, el universo que abarca, las fechas de realización, las preguntas realizadas y todos aquellos elementos que permitan evaluar su pertinencia y confiabilidad.

A todas ellas debe alcanzar también la obligación de transparencia activa que abarca a los medios de comunicación. Esto podría cumplirse incluyendo a estas empresas entre las obligadas por el artículo 14°, que refiere a los Requisitos (literales A y C), y a los artículos 6° y 7°, sobre Transparencia activa y de Mercado.

4. Fijación de criterios para la distribución no discrecional. Los Estados deben establecer, para la contratación y distribución de la publicidad oficial, procedimientos que reduzcan la discrecionalidad y eviten sospechas de favoritismos políticos en el reparto.

Los recursos publicitarios deben asignarse según criterios preestablecidos, claros, transparentes y objetivos. La pauta estatal nunca debe ser asignada por los Estados para premiar o castigar los contenidos editoriales e informativos de los medios. Dicho uso debe encontrarse explícitamente sancionado. La responsabilidad por las decisiones sobre contratación y distribución de la pauta publicitaria no debe recaer únicamente en manos de funcionarios de origen político, sino que deben participar funcionarios de carrera, técnicos y especializados en la materia.

Ninguno de estos aspectos señalados en este punto está contemplado en el artículo presupuestal que mencionamos anteriormente, como tampoco los que señalaremos a continuación, especialmente los que implican control y rendición de cuentas.

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

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

Este aspecto está contemplado en el artículo 9° del proyecto, que refiere expresamente a cuáles serán los criterios a utilizar por el Estado para contratar la publicidad.

La experiencia internacional también recomienda que las mediciones incluyan datos de medios pequeños, comunitarios y locales, para que su utilización como herramienta de adjudicación no se convierta en una barrera indirecta al ejercicio de la libertad de expresión al marginarlos del otorgamiento de publicidad oficial. Esto funcionará, además, como una forma de estímulo a la aparición de medios locales, generando una mayor pluralidad de voces a nivel del territorio y combatiendo lo que se conoce en otras zonas del continente como “desiertos informativos” o “zonas silenciadas”, regiones en las que las comunidades no tienen medios donde se sientan identificadas y puedan hacer llegar sus demandas y compartir información que los afecta de manera directa.

Desde este punto de vista, no resulta aceptable que en la distribución de la pauta publicitaria se discrimine a los medios de comunicación por el modelo bajo el cual operan. Esto quiere decir que la exclusión de los medios de difusión comunitarios o alternativos del reparto del presupuesto publicitario por el mero hecho de funcionar bajo criterios no comerciales resultaría una discriminación inaceptable bajo los parámetros de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esos medios deben ser incluidos en condiciones de igualdad en los procesos de selección y criterios de asignación en consideración de su cobertura o audiencia.

En este sentido vemos favorablemente el establecimiento de un porcentaje mínimo del 30% de la pauta para medios del interior del país, como se incluye en el artículo 11° del proyecto. Es oportuno recordar que según datos de la Organización de la Prensa del Interior de 2017, solo un 3% de la Publicidad Oficial estaba pautada en medios fuera de Montevideo. No se justifica la persistencia de tal discriminación teniendo en cuenta el enorme alcance que tienen los medios en sus respectivas localidades y departamentos, pero también es necesario establecer criterios objetivos para la asignación de ese porcentaje entre la amplia cantidad de medios que se deben incluir.

Con el mismo objetivo, y cuidando las autonomías establecidas legalmente para los gobiernos departamentales, sería deseable que en estos niveles de gobierno se priorizara la publicación de publicidad oficial en los medios de su propio departamento, evitando la pauta en medios de alcance nacional que no siempre tienen un alcance en el territorio al que apunta la publicidad mencionada.

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

Los Estados deben garantizar que los agentes intermediarios cumplan con los principios y criterios establecidos en la ley para la contratación de pauta publicitaria. Todas las contrataciones deben ser aprobadas, en última instancia, por funcionarios públicos con entrenamiento técnico cuya conducta y decisiones sean pasibles de control administrativo y judicial.

En este punto insistimos en que todas las contrataciones que realice el Estado para el cumplimiento adecuado de esta norma deben someterse a los mismos criterios de transparencia.

6. Transparencia y acceso a la información. La población tiene derecho a conocer toda la información sobre publicidad oficial que se encuentre en poder del Estado. Para ello, el Estado debe promover la transparencia de los datos relativos a pauta estatal de dos maneras.

En primer lugar, debe publicar periódicamente toda la información relevante sobre criterios de contratación, motivos de asignación, presupuestos, gastos y contratos publicitarios, incluyendo los montos de publicidad discriminados por medios, campañas publicitarias y organismos contratantes.

Este aspecto está adecuadamente abordado en los artículos 6° y 7° que ya mencionamos.

En segundo lugar, la norma debe garantizar, ante cada requerimiento por parte del público en general, el fácil acceso a la información.

Es bueno recordar, y celebrar, que Uruguay ya tiene una ley de acceso a la información pública desde 2008 que, sin embargo, y como hemos señalado en múltiples ocasiones en los últimos siete años desde nuestros informes sobre amenazas a la libertad de expresión, muchas veces no se cumple.

7. Control externo de la asignación publicitaria. Los Estados deben establecer mecanismos de control externo por un órgano autónomo que permitan un monitoreo exhaustivo de la asignación de publicidad oficial. Dichos

controles deben incluir auditorías periódicas sobre los gastos y prácticas del gobierno en materia de contratación de pauta, así como informes especiales sobre las prácticas del Estado en la materia que tengan un adecuado control legislativo o parlamentario.

En este punto se plantea una situación que será necesario resolver, ya que hay muchos cometidos vinculados al control de la asignación publicitaria (especialmente para medios del interior) que se asignan al Consejo de Comunicación Audiovisual, un organismo que nunca se constituyó desde la vigencia de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual y que, a juzgar por la agenda parlamentaria, dejará de existir legalmente si se aprueba un proyecto de ley que ingresó a esta misma comisión.

Imaginamos que este será un aspecto que dará para la discusión de las señoras y señores legisladores, pero como primera opinión sobre el punto nos parece que lo mejor sería asignar esa responsabilidad a la Agencia Reguladora de Compras Estatales, que ya tiene una experiencia en la materia de contrataciones públicas.

Como es evidente, esta Agencia no cuenta con la autonomía deseable y recomendada a nivel internacional para este tipo de entes de control, pero obviamente ese es un problema que excede la discusión de este proyecto.

De todos modos, es bueno recordar que desde CAinfo hemos insistido en la necesidad de que este tipo organismos, como también la Unidad de Acceso a la Información Pública, cuenten con autonomía administrativa y presupuestal que les permita cumplir con independencia sus cometidos de contralor, así como la posibilidad de imponer sanciones, y emitir resoluciones vinculantes y de cumplimiento obligatorio.

Un último punto sobre este asunto, tiene que ver con la aplicación de sanciones adecuadas para los casos de incumplimiento de la ley, así como también recursos apropiados que permitan identificar y controvertir asignaciones ilegales de publicidad oficial. Todos los “intermediarios que formen parte de la cadena de asignación de la publicidad oficial” deben estar obligados a los deberes de transparencia y ser sujetos de este tipo de sanciones en caso de desvío de la ley.

Hasta aquí nuestra exposición.

Muchas gracias nuevamente por retomar la discusión de este tema tan importante para la libertad de expresión en el país.