

INFORME

**¿VULNERA LA LEY ORGÁNICA DE COMUNICACIÓN DE ECUADOR
LOS ESTÁNDARES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN?****Antonio Magdaleno Alegría**

Profesor Contratado Doctor. Universidad de Cantabria

RESUMEN

La Constitución de Montecristi de 2008 dedicó un buen número de preceptos a los denominados derechos de comunicación, entre otros motivos, con la finalidad de corregir la gran concentración en los medios de comunicación de Ecuador y fomentar la participación ciudadana. Unos años más tarde, en un clima de importantes discusiones y tensiones, la Asamblea nacional del Ecuador aprobó la Ley Orgánica de Comunicación, de 14 de junio de 2013, con el objeto de desarrollar los citados derechos de comunicación. Transcurridos dos años desde su entrada en vigor la polémica continúa, sobre todo como consecuencia del importante número de sanciones impuestas sobre los medios de comunicación privados. El presente estudio tiene por objeto analizar la compatibilidad de los aspectos más polémicos de la citada ley comunicación con los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión.

ABSTRACT

The 2008 Montecristi Constitution included several precepts to the so called communication rights aiming, among other aspects, to correct the high concentration of the Ecuadorian media while encouraging the civic participation. Some years later, in a climate of important debates and tensions, the National Assembly of Ecuador approved the Organic Law of Communication of the 14th of June 2013 with the final goal of developing the named communication rights. The controversy continues two years after its date of entry into force, mainly due to the important number of penalties imposed to the private media. This study aims to analyze the compatibility of the most controversial aspects of the Organic Law of Communication with the freedom of expression standards of the Inter-American Court of Human Rights.

I. INTRODUCCIÓN

En 2008 Ecuador aprobó una nueva Constitución que incluyó un número importante de instituciones novedosas, en gran medida inspiradas en el denominado neoconstitucionalismo latinoamericano. El texto constitucional contiene una amplísima tabla de derechos que comprende desde las libertades públicas clásicas hasta derechos de la naturaleza. La regulación constitucional de los derechos de comunicación es sumamente extensa, dispersa y, en muchos casos, confusa. Además del reconocimiento de las libertades de expresión e información (arts. 66.6 y 18 respectivamente), consideradas esenciales para el denominado buen vivir o *sumak kawsay*, se regula un buen número de garantías y de mandatos a los poderes públicos como, por ejemplo, fomentar la pluralidad y diversidad en la comunicación (art. 17), la prevalencia de contenidos con fines informativos, educativos y culturales en la programación de los medios de comunicación (art. 19), etc.

La amplitud y el detalle de la regulación constitucional sólo se pueden comprender si se atiende a la situación política y económica previa a la aprobación de la Constitución. Durante las décadas precedentes, los medios de comunicación habían pertenecido a reducidos grupos de personas con importantes intereses comerciales y políticos, singularmente a través de entidades bancarias. Los citados grupos tuvieron gran influencia a la hora de seleccionar los contenidos difundidos por los medios de comunicación y, por tanto, en la formación de la opinión pública. Por este motivo, entre otras regulaciones, la Constitución prohíbe la participación de entidades financieras en la propiedad de los medios de comunicación (art. 312 y disposición transitoria vigesimonovena), prescribe que el sistema de comunicación social tiene la función de asegurar el ejercicio de los derechos de comunicación, la información y la libertad de expresión, y fortalecer la participación ciudadana (art. 384) o el apartado cuarto de la disposición adicional primera de la Constitución establece que el legislativo debe aprobar una ley de comunicación en el plazo de 360 días tras su entrada en vigor.

Con bastante retraso, fundamentalmente como consecuencia de las importantes discusiones y tensiones acaecidas durante su tramitación, la Asamblea nacional del Ecuador aprobó la Ley Orgánica de Comunicación, de 14 de junio de 2013 (en adelante, LOC). La aludida norma tiene por objeto “desarrollar, proteger y regular, en el ámbito administrativo, el ejercicio de los derechos a la comunicación establecidos constitucionalmente” y, a tal efecto, considera contenido comunicacional “todo tipo de información u opinión que se produzca, reciba e intercambie a través de los medios de comunicación social”, exceptuándose las informaciones y opiniones personales emitidas a través de internet. La actividad de los medios de comunicación (públicos, privados y comunitarios) se califica como servicio público y, por ello, se le impone una serie de deberes como, por ejemplo: elaborar códigos deontológicos, informar sobre asuntos de relevancia pública, preservar los derechos de los menores, rectificar las noticias, etc. En caso de incumplimiento de los citados deberes, la norma contempla una serie de sanciones (amonestación escrita, disculpa pública, multa, etc). Asimismo la LOC contiene otras regulaciones como, por ejemplo, los derechos de los profesionales de la información (derecho a la reserva de la fuente, cláusula de conciencia, etc.); crea una institución de regulación y otra de supervisión con potestad sancionatoria; prevé un procedimiento para la distribución equitativa del espacio radioeléctrico, etc.

II. LA LEY ORGÁNICA DE COMUNICACIÓN: UNA LEY POLÉMICA

A pesar de su importante respaldo parlamentario y el reciente aval de la Corte Constitucional de Ecuador, la LOC no ha cesado de generar controversia.

Los defensores de la LOC entienden que supone un gran avance en el pluralismo de los medios de comunicación, especialmente respecto al oligopolio mediático precedente. Consideran que significa una auténtica democratización del ejercicio de las libertades de expresión e información, pues, entre otras cuestiones: prohíbe la concentración de medios de comunicación; fomenta mediante la concesión de ayudas económicas y ventajas fiscales la creación de medios de comunicación comunitarios, que son aquellos cuya propiedad, administración y dirección corresponden a colectivos u organizaciones sociales sin ánimo de lucro, a comunas o comunidades, pueblos y nacionalidades (art. 85 LOC); permite el acceso en igualdad de condiciones al espacio radioeléctrico, así como la repartición equitativa de frecuencias (33% reservadas a los medios públicos, 33% para los medios de comunicación privados y 34% para los medios de comunicación comunitarios); o garantiza el derecho a la información de los ciudadanos al objeto de fortalecer la participación ciudadana.

En sentido contrario, se han manifestado, con distintos matices, la mayoría de los medios de comunicación privados del país, las organizaciones y asociaciones de periodistas nacionales e internacionales o la Relatoría especial para la libertad de expresión de la Comisión interamericana para los Derechos Humanos. Los detractores de la LOC tildan la norma de “ley mordaza”, pues con el pretexto de desarrollar los derechos de comunicación contiene regulaciones que posibilitan influir sobre los medios de comunicación privados. Consideran que las instituciones de regulación y supervisión carecen de independencia del Gobierno. Denuncian que las sanciones impuestas por la Superintendencia de la Información y de la Comunicación (en adelante, Supercom) generan un importante efecto de desaliento o *chilling effect* en la actividad de los medios de comunicación y periodistas, especialmente en la difusión de ideas e informaciones críticas al Gobierno. Denuncian el uso abusivo de las denominadas cadenas presidenciales, que obligan a los todos los medios de comunicación audiovisuales a “encadenarse” a la señal oficial para difundir los mensajes de interés general que disponga el Presidente de la República y/o entidad de la Función ejecutiva que reciba esta competencia (art. 74 LOC).

Transcurridos dos años desde la entrada en vigor de la LOC, diversos medios de comunicación y organizaciones de periodistas cifran en casi 200 las sanciones impuestas a los medios de comunicación, casi todas aplicadas sobre medios privados, a pesar de la existencia de un importante sector público. Las sanciones impuestas han sido por diversos motivos: linchamiento mediático, censura por omisión, negativa a realizar rectificaciones, incumplimiento de normas deontológicas, prohibición de difusión de contenidos discriminatorios, etc.

III. LOS PARÁMETROS DE CONTROL DE LA LOC

La polémica regulación de los medios de comunicación en Ecuador es susceptible de ser analizada atendiendo a diversos enfoques (político, sociológico, económico, etc). El presente estudio se realizará desde una perspectiva jurídica. En concreto, se analizará la adecuación de la LOC al texto fundamental ecuatoriano y a los estándares internacionales sobre la libertad de expresión, en especial, la Convención americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH). Concretamente, el art. 13 CADH reconoce la libertad de expresión en los siguientes términos: “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras,

ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. Por extensión, también se acudirá a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana) y a la Declaración de principios sobre libertad de expresión elaborada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (si bien este último documento no es vinculante para los Estados, se considera que tiene un importante valor interpretativo). El recurso a los textos internacionales resulta obligado, pues el art. 11 de la Constitución ecuatoriana afirma que: “los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”. Y, en concreto, para el tema estudiado, el art. 384.2 del citado texto normativo mantiene que: “el Estado formulará la política pública de comunicación, con respeto irrestricto de la libertad de expresión y de los derechos de la comunicación consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos”.

IV. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO PIEDRA ANGULAR DE LA EXISTENCIA DE LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Entre el elenco de libertades reconocidas en las declaraciones liberales de derechos se encuentra la libertad de discurso o prensa. En el caso español, denominada libertad de imprenta, debido a que la imprenta era el medio más utilizado para la difusión de ideas, se concibió como una libertad esencialmente frente al Estado, contra la institución de la censura previa que tenía la potestad de examinar y, en su caso, aprobar las obras escritas antes de su difusión. Mediante el reconocimiento de la libertad de imprenta se pasó de un régimen de control previo a otro de responsabilidad posterior y exclusivamente por los motivos previamente especificados en la ley, idea que queda reflejada en los textos constitucionales y en los tratados internacionales vigentes. Sintéticamente, la necesidad de reconocer la libertad de imprenta se fundamentó en el hecho de constituir un método válido para alcanzar la verdad, ser un cauce pacífico para dirimir las divergencias inherentes a las sociedades plurales y por ser un instrumento que permite ilustrar a la población en general.

La libertad de prensa desempeñará un papel esencial en la posterior y paulatina democratización de los Estados. Así, en cuanto al sistema representativo, la prensa posibilita conocer las ideas y conductas de los candidatos y, de esta manera, facilita a los ciudadanos elegirlos con fundamento. Asimismo, la prensa, al difundir públicamente hechos y opiniones sobre asuntos de interés general, especialmente los relacionados con el ejercicio del poder político, permite la formación de la opinión pública. Como se desprende de lo dicho, la necesidad de proteger la libre difusión de ideas e informaciones no sólo reside en preservar el libre desarrollo de la personalidad del sujeto emisor, sino también en garantizar su función social, esto es, el hecho de constituir un instrumento que posibilita el funcionamiento del sistema democrático. Para poder formarse sus propias opiniones y posicionarse políticamente a través del sufragio, los ciudadanos deben tener la posibilidad de escuchar las ideas de otros ciudadanos y tener la oportunidad de conocer los asuntos que afectan a la vida en comunidad. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el art. 13 del CADH ampara ambas dimensiones: “la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno” (entre otros, caso Kimel Vs. Argentina, de 2 de mayo de 2008).

La importancia de las libertades de expresión e información en los sistemas democráticos, esto es, su función o dimensión social, ha tenido como consecuencia que los tribunales de diversos Estados las consideren preponderantes en los conflictos con otros derechos fundamentales (por ejemplo, frente al derecho al honor o a la intimidad) o frente a determinados bienes constitucionalmente protegidos como, por ejemplo, la seguridad del Estado. En este sentido, la Corte Interamericana ha sostenido recurrentemente que la libertad de expresión es una “piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática” y que “sin una efectiva garantía de la libertad de expresión se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios” (caso Perozo y otros Vs. Venezuela, de 28 de enero de 2009, párr. 116). Como correlato de este postulado, mantiene que “las expresiones concernientes al ejercicio de funciones de las instituciones del Estado gozan de una mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático en la sociedad” (caso Usón Ramírez Vs. Venezuela, de 20 de noviembre de 2009, párr. 83) o que “en casos de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes” (caso Gomes Lund Vs. Brasil, de 24 de noviembre de 2010, párr. 202).

Ahora bien, conviene aclarar que la afirmación de que la libertad de expresión en sentido amplio es preponderante sólo y en la medida de que desempeñe su función social, esto es, su papel en el funcionamiento del sistema democrático. Por lo tanto, el órgano judicial que resuelve el conflicto debe realizar una ponderación entre los derechos en conflicto atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Sólo resultarán legítimas las injerencias en otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos que guarden congruencia y en la medida de lo estrictamente necesario para permitir la formación de la opinión pública (a modo de ejemplo, véase caso Kimel Vs. Argentina, de 2 de mayo de 2008, párrs. 87 y ss).

V. LA LEY ORGÁNICA DE COMUNICACIÓN COMO INTENTO DE GARANTIZAR LA EFECTIVA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

La ley de comunicación de Ecuador se sitúa en el contexto de las reformas políticas desarrolladas por varios movimientos políticos autodenominados progresistas en diferentes países latinoamericanos como, por ejemplo, la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual de Argentina, aprobada en 2009. Al menos en teoría, la LOC nació con la explícita intención de garantizar el pleno y efectivo ejercicio de las libertades de expresión e información por parte de todos los ciudadanos directamente o a través de los grupos sociales en los que se integran, así como garantizar el derecho a recibir información de relevancia pública al objeto de asegurar la participación de los ciudadanos en el sistema democrático. En concreto, trata de superar la comprensión liberal de las libertades de expresión y de información, pues considera que genera disfuncionalidades en el sistema democrático. La teoría liberal de los derechos fundamentales supone la protección de una esfera de actuación de los ciudadanos sobre la que el Estado, en principio, no puede intervenir. Por ello, las garantías de las libertades de expresión y de información se centran en el Estado, al que se le prohíbe controlar la libre difusión de ideas e informaciones a través de la censura previa o el secuestro administrativo. Los ciudadanos deben procurarse por sí mismos los medios materiales que posibilitan el ejercicio de los derechos de comunicación pública. Ahora bien, en los Estados democráticos, donde conviven millones de ciudadanos, resulta necesario para llegar a la audiencia, al resto de ciudadanos, medios de comunicación de masas. Sin embargo, los aludidos medios sólo pueden ser costeados por concretos ciudadanos,

grupos sociales o económicos. En consecuencia, un reducido grupo de la población tiene la posibilidad de determinar qué ideas, opiniones y noticias son difundidas. En el contexto ecuatoriano, las políticas de los gobiernos precedentes favorecieron que determinadas personas o grupos afines controlaran la mayoría de los medios de comunicación del país. En consecuencia, apenas había pluralidad y diversidad en los medios de comunicación. La concentración en la propiedad de los medios de comunicación impide que todos los ciudadanos tengan las mismas oportunidades reales de acceder al libre mercado de las ideas y, por tanto, muchas ideas, opiniones o hechos pueden quedar fuera del conocimiento de la opinión pública. En definitiva, no se produce un debate lo suficientemente libre y vigoroso para el correcto funcionamiento del sistema democrático, se resiente el autogobierno de los ciudadanos.

La visión liberal debe ser superada, el Estado no tiene que ser considerado como enemigo de la libertad de expresión, más bien al contrario, debe desempeñar un papel activo favoreciendo el ejercicio efectivo de las libertades de comunicación pública. Debe garantizar una igualdad real de oportunidades en el acceso libre mercado de las ideas, los ciudadanos individualmente o través de las colectividades en que se integran deben tener la posibilidad de participar en el debate público, de contribuir a la formación de la opinión pública. El fomento público del ejercicio efectivo de las libertades de expresión e información supone una mejora del sistema democrático y de la calidad de las decisiones colectivas. En este sentido, los ordenamientos jurídicos de diferentes Estados han introducido diversas medidas, entre las que se destacarán las siguientes: normas para evitar la concentración de medios de comunicación; garantizar el derecho de acceso a los medios de comunicación públicos de los grupos sociales y políticos más significativos, regular el derecho de rectificación o de réplica, etc. En el caso que ocupa, la LOC establece medidas que tratan de evitar las posiciones de prevalencia de los sectores sociales que poseen mayores recursos, como la prohibición de que el sector financiero posea la propiedad de los medios de comunicación; desarrolla medidas para evitar concentraciones en la propiedad de los medios de comunicación; reserva un tercio en la concesión de radiofrecuencias a los medios de comunicación comunitarios con la finalidad de garantizar el acceso en condiciones de igualdad al espacio radioeléctrico, etc.

VI. ¿FOMENTAR LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA O INFLUIR EN LOS CONTENIDOS DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN? ANÁLISIS DE LAS REGULACIONES MÁS POLÉMICAS

La LOC contiene una serie de regulaciones que hacen dudar de la sinceridad de su voluntad de democratizar el ejercicio de las libertades de expresión e información y, por ende, fortalecer la participación ciudadana, pues contemplan instituciones que son susceptibles de ser utilizadas para influir en los contenidos comunicativos de los medios de comunicación privados. A continuación se analizarán los aludidos contenidos de acuerdo a los parámetros explicitados precedentemente.

VI.1. ¿Todos los medios de comunicación desarrollan un servicio público?

El art. 71 LOC califica como servicio público la actividad de todos los medios de comunicación independientemente del tipo (prensa escrita, radio, televisión, etc.) o de su titularidad (pública, privada o comunitaria). A partir de esta categorización, la LOC impone una serie de deberes a los medios de comunicación. Se trata de una regulación que supone una intervención sospechosa de ser un intento de interferir en la actuación de los medios de comunicación privados, por varios motivos:

a) Trata de manera igual, lo que en realidad es diferente, pues impone a todos los medios de comunicación los mismos deberes. No se tiene en cuenta, entre otros

elementos, la clase de medio de comunicación (prensa escrita, radio, etc.), titularidad, tamaño o su carácter generalista o especialización temática. Por tanto, merece reproches desde la perspectiva del principio de igualdad.

b) La calificación como servicio público de la actividad de los medios de comunicación supone una concepción de las libertades de expresión e información exclusivamente desde la perspectiva de la función que desarrollan en el sistema democrático. Del contenido de la norma parece inferirse el derecho a recibir información de interés público como un derecho de prestación, que todos y cada uno de los medios de comunicación deben satisfacer. Sin embargo, esta lectura ignora la dimensión individual las citadas libertades públicas, el hecho de que también posibilitan el libre desarrollo de la personalidad. Los sujetos y medios de comunicación deben poder decidir qué ideas, sentimientos, opiniones e informaciones desean difundir públicamente, independientemente de su trascendencia para el sistema democrático. Ambas dimensiones, individual e institucional, deben ser protegidas simultáneamente. De hecho, cada una adquiere sentido y plenitud en función de la otra. Como afirma la Corte Interamericana, “ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas plenamente en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención” (entre otros, caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, de 2 de julio de 2004).

c) Si se analiza la categorización de la actividad de todos los medios de comunicación como un servicio público desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, aplicado expresamente por la Corte Interamericana en diversos pronunciamientos (a modo de ejemplo, caso Usón Ramírez Vs. Venezuela, de 20 de noviembre de 2009, párr. 72), singularmente desde el punto de vista del subprincipio de necesidad, parece claro que se puede conseguir el resultado pretendido mediante medidas menos interventoras o restrictivas, en este caso, de la libertad individual. En concreto, cabe pensar que unos medios de comunicación públicos auténticamente independientes o la existencia de un nutrido grupo de medios de comunicación comunitarios puede tener dos importantes efectos: de un lado, posibilitar que los ciudadanos o grupos sociales en los que se insertan dispongan de tiempos de antena o espacios donde puedan manifestar sus ideas, opiniones e informaciones ante la opinión pública. De otro lado, singularmente en relación a los medios de comunicación públicos, asegurar que se informe sobre los asuntos de interés general y, por ende, evitar lagunas informativas sobre asuntos públicos como consecuencia de la omisión informativa de los medios de comunicación privados.

VI.2. Una regulación de la censura previa discutible y la imposición encubierta de derecho de prestación.

El art. 18 LOC prohíbe la censura previa, entendiendo como tal dos conductas distintas: de un lado, cuando “una autoridad, funcionario público, accionista, socio, anunciante o cualquier otra persona en el ejercicio de sus funciones o en su calidad revise, apruebe o desapruebe los contenidos previos a su difusión a través de cualquier medio de comunicación a fin de obtener de forma ilegítima un beneficio propio, favorecer a una tercera persona y/o perjudicar a un tercero”. De otro lado, cuando los medios de comunicación omitan de manera deliberada y recurrente la difusión de hechos de interés público. Vía reglamentaria (art. 11 Reglamento general a la LOC, de 27 de enero de 2014) se añade que se tratará de censura previa “cuando dicho ocultamiento se hace con el fin de obtener de forma ilegítima un beneficio propio, favorecer a una tercera persona y/o perjudicar a un tercero”. Ahora bien, la Supercom ha omitido este segundo requisito a la hora de sancionar en aplicación de este concepto a un medio de comunicación escrito por no informar sobre una rendición de cuentas (Resolución No. 020-2015-DNJR-D-INPS).

Como se observa, la LOC regula dos tipos de censura: de un lado, una genérica que puede ser realizada tanto por una autoridad pública como por un socio, accionista o anunciante de un medio de comunicación. De otro lado, una censura que podría entenderse como equiparada, que se produce cuando un medio de comunicación omite informar sobre un hecho considerado de interés general. A continuación se analizarán por separado:

a) La regulación de la censura previa genérica en la LOC supone una separación del concepto de censura que aparece recogido tanto en las declaraciones liberales de derechos como en las constituciones democráticas y declaraciones internacionales de derechos contemporáneas (a modo de ejemplo, véase caso Palamara Iribarne vs. Chile, de 22 de diciembre de 2005, párr. 68). Además de los poderes públicos, incluye como sujetos censores a los accionistas, socios o anunciantes de los *mass media*. El concepto de censura previa genérico viola la dimensión subjetiva de la libertad de expresión en sentido amplio, pues los propietarios de los medios de comunicación, como titulares de las libertades de expresión e información, tienen la facultad de decidir qué ideas, opiniones o informaciones van a difundir públicamente. En otras palabras, tienen la facultad de establecer la tendencia de su propio medio. Además, la decisión de un medio de aprobar, desaprobar o revisar los contenidos del medio, en muchas ocasiones se realiza con la finalidad de evitar responsabilidades posteriores como consecuencia de que la noticia no se encuentre suficientemente contrastada o que se utilicen expresiones claramente injuriosas.

Paradójicamente, el hecho de que la LOC exija una determina motivación para catalogar como censura previa puede dificultar su aplicación. Así, en el caso de que un poder público “revise, apruebe o desaprobe” los contenidos de un medio de comunicación, pero no se logre demostrar que lo realizó con el fin de obtener de forma ilegítima un “beneficio propio, favorecer a una tercera persona y/o perjudicar a un tercero”, impedirá que se considere su acción como censura previa. Se viola la prohibición de censura cuando una autoridad pública revise, apruebe o desaprobe los contenidos de un medio de comunicación independientemente del motivo, pues se defrauda el derecho de los ciudadanos a recibir información sin interferencias.

b) En relación con la censura previa asimilada, esto es, la censura previa por omisión, también se pueden plantear numerosos reparos:

En primer lugar, supone una clara vulneración de la dimensión subjetiva de la libertad de información, pues no permite a los medios de comunicación establecer su propia dirección editorial y, en consecuencia, seleccionar sus contenidos informativos. Los medios de comunicación tienen la libertad de adoptar su propia línea editorial como, por ejemplo religiosa, sindical, etc., y en consecuencia, informar única y exclusivamente sobre esas cuestiones. En cierta medida, el tenor literal de la LOC concibe a los medios de comunicación exclusivamente como generalistas.

En segundo lugar, se plantea el problema de determinar qué es de interés público y lo quién decide. Se trata de un concepto de muy difícil concreción como lo demuestra el gran número de resoluciones judiciales y trabajos doctrinales. Desde luego, ni la LOC ni su reglamento de desarrollo han ayudado a concretarlo, pues el primero identifica relevancia pública con asuntos de interés público, y el segundo con aquellas cuestiones que afectan positiva o negativamente a los derechos de los ciudadanos, el orden constituido o las relaciones internacionales. El intento del reglamento de regular el concepto de interés público sin bien es plausible, resulta manifiestamente insuficiente. Circunstancia que potencialmente permite un grado de subjetividad importante a la Supercom a la hora de analizar el caso concreto denunciado.

En tercer lugar, se puede objetar a la censura por omisión que, *de facto*, supone la imposición de un deber para todos y cada uno de los medios de comunicación, que consiste en informar sobre todos los asuntos considerados de interés público. Y, para hacerlo, impone una suerte de derecho de prestación cuyos beneficiarios genéricos son los ciudadanos. La Corte Constitucional mantiene que todos los medios de comunicación tienen el deber jurídico de informar sobre asuntos de interés general, si bien omite especificar su fundamento constitucional o legal de esta afirmación (Sentencia núm. 003-14-SIN-CC, de 14 de septiembre de 2014, págs. 97 y ss). Una cosa es reconocer que los medios de comunicación tienen el derecho a difundir informaciones de interés general y que los ciudadanos las pueden recibir sin interferencias externas, bien sea de los poderes públicos o de terceros; y otra cosa bien distinta es establecer que todos y cada uno de los medios de comunicación (independientemente del tipo, tamaño, línea editorial, etc.) tienen el deber de informar sobre todos y cada uno de los asuntos considerados de interés público. Además se trata de la imposición de un deber que supone un límite absolutamente desproporcionado pues, entre otros motivos, las omisiones de los medios de comunicación privados podrían ser colmadas mediante la acción de unos medios de comunicación públicos auténticamente independientes.

Finalmente, la obligación de tener que seleccionar determinados contenidos informativos por parte de los medios de comunicación supone una restricción de la dimensión subjetiva de la libertad de información contraria al CADH, en el sentido de que se trata de una restricción que no está fundamentada en uno de los motivos establecidos expresamente en el artículo 13.2 de la citada declaración, esto es, “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás (...) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

VI.3. El linchamiento mediático: una institución más disuasoria de la actividad periodística que garantista de los derechos fundamentales de los aludidos por las informaciones.

El art. 26 LOC sanciona el linchamiento mediático, definido como “la difusión de información que, de manera directa o a través de terceros, sea producida de forma concertada y publicada reiterativamente a través de uno o más medios de comunicación con el propósito de desprestigiar a una persona natural o jurídica o reducir su credibilidad pública”. Probablemente la justificación de la regulación del linchamiento mediático reside en el duro enfrentamiento político y dialéctico entre el Presidente Correa y la prensa proclive a la oposición, que anteriormente detentaba el poder.

El precepto reproducido parece referirse a la libertad de información, esto es, en principio se circunscribe a la difusión de hechos que por naturaleza son susceptibles de contrastación empírica. Son varias las objeciones que se pueden plantear sobre el citado artículo, entre las que se destacarán las dos siguientes:

De un lado, el precepto que sanciona el linchamiento mediático resulta excesivamente abierto y, por tanto, no se adecúa demasiado a las exigencias de seguridad jurídica que prescribe la Corte Interamericana para las normas que restringen las libertades de expresión e información (a modo de ejemplo, en materia penal, véase caso Usón Ramírez Vs. Venezuela, de 20 de noviembre de 2009, párr. 55).

De otro lado, el precepto no exige que la información difundida sea mendaz, esto es, que las noticias no haya sido verificadas, contrastadas, precisas y contextualizadas, tal y como prescribe el art. 22 LOC. Bastará con que el sujeto aludido acredite que las informaciones afecten a su consideración social, además de la concertación y el propósito de desprestigiar. Este precepto podría utilizarse contra el periodismo de investigación. Así, por ejemplo, cabe pensar que un consorcio de periodistas de

manera concertada y siendo conscientes de que las informaciones pueden desprestigiar a una persona o grupo difunden informaciones sobre una trama corrupta en materia de obras públicas que afecta a varios cargos y funcionarios públicos. El caso descrito potencialmente podría ser sancionado como linchamiento mediático e impediría a la prensa realizar su labor de perro guardián respecto a la actuación de los poderes públicos. En definitiva, parece que la regulación del linchamiento mediático pretende más ser un elemento de desaliento en la actividad de los medios de comunicación que una norma para la protección de la honra. Sobre todo teniendo en cuenta que ya existen otros preceptos en la propia norma, además de civiles y penales, que tienen como finalidad proteger la honra de las personas.

VI.4. Unas autoridades de regulación y supervisión con escasas garantías de independencia.

La LOC regula dos instituciones, que son: de un lado, el Consejo de Regulación y de Desarrollo de la información (en adelante, Cordicom) que regula, entre otras cuestiones, la clasificación de contenidos y franjas horarias, los mecanismos para garantizar la pluralidad en la programación de los medios de comunicación, con orientación hacia programas educativos y culturales, etc. Y, de otro lado, la Supercom que se define como un “organismo técnico de vigilancia, auditoría, intervención y control, con capacidad sancionatoria” sobre los medios de comunicación.

En Derecho comparado existen instituciones similares, si bien su actuación se circunscribe a la radio y la televisión, y suelen concentrarse en un único órgano colegiado las labores de regulación y de supervisión. Entre otras, los aludidos organismos suelen desarrollar las siguientes funciones: controlar el respeto a los derechos fundamentales en la actividad de los medios de comunicación, proteger los derechos de los menores, conceder las licencias de emisión, evitar la concentración de medios de comunicación, etc.

Dada la capacidad de sanción de la Supercom y el elevado número de sanciones impuestas en sus dos años de funcionamiento, sólo se aludirá a este órgano. Concretamente la Supercom tiene las siguientes funciones: a) fiscalizar, supervisar y ordenar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias sobre los derechos de comunicación; b) atender, investigar y resolver las denuncias formulados por personas físicas o jurídicas en materia de derechos de comunicación; c) requerir a los ciudadanos, instituciones y actores relacionados con la comunicación, la información sobre sí mismos que fuere necesaria para el cumplimiento de sus atribuciones, etc.

La configuración legal y actuación de esta institución merece distintas críticas, entre las que se destacarán las siguientes:

En primer lugar, el mecanismo de designación de la Supercom no asegura su independencia del poder político. Según el art. 55 LOC será nombrado por el Consejo de participación ciudadana y control social entre una terna que remitirá el presidente de la República. Para garantizar su independencia del ejecutivo la designación del Supercom debería descansar en una mayoría parlamentaria muy cualificada que asegurara un consenso importante entre la pluralidad de sensibilidades del país. Asimismo se considera recomendable que las labores de regulación y supervisión se concentren en un único órgano de carácter colegiado, de esta manera se podría garantizar la representación de las minorías o de determinados sectores involucrados en el sistema de comunicación. Además resulta aconsejable que la norma incluya concretos requisitos de mérito y capacidad para formar parte del órgano de regulación y supervisión.

En segundo lugar, el estudio de las sanciones impuestas sobre varios medios de comunicación plantea algunas objeciones, entre las que se destacarán las siguientes:

a) Las resoluciones por la que se imponen sanciones a los medios de comunicación no utilizan los criterios o estándares de la Corte Interamericana en materia de libertad de expresión. Se trata de un recurso obligado, pues el art. 11 de la Constitución determina que “los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”. La Supercom es un órgano administrativo, y en su condición de poder público, queda vinculado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En concreto, la Supercom no aplica la doctrina de la posición preponderante de las libertades de expresión e información derivada del papel que desempeñan en el funcionamiento del sistema democrático.

b) Tampoco acude al método de ponderación casuística para resolver los conflictos entre las libertades de expresión e información y los preceptos de la LOC que protegen otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos. En la mayoría de los casos se limita a subsumir la conducta comunicativa en la norma en el supuesto de hecho de la sanción sin analizar si se ha ejercido legítimamente un derecho fundamental.

c) A diferencia de órganos similares en Derecho comparado, la Supercom carece de competencias para garantizar el pluralismo, la independencia y la imparcialidad de los medios de comunicación públicos. La norma contiene amplias regulaciones sobre la actividad de los medios de comunicación privados, pero apenas hace referencia a la función de servicio público que deben desarrollar los medios de comunicación públicos y, en consecuencia, resulta más sencillo ponerlos al servicio de los intereses políticos del gobierno de turno. Máxime cuando el órgano de supervisión carece de atribuciones para controlar su cumplimiento efectivo.

VII. CONCLUSIONES

Transcurridos dos años desde la entrada en vigor de la LOC se debe realizar una valoración global negativa sobre la misma. La norma aparentemente se enfrenta un problema real, la precedente concentración de la propiedad de los medios de comunicación de Ecuador en manos de la élite comercial y política del país. Pero tras su análisis detenido surgen varias críticas que hacen dudar de la sinceridad de las intenciones declaradas y de su compatibilidad con los estándares interamericanos en materia de libertad de expresión, por varios motivos:

En primer lugar, si bien la norma tiene el objetivo declarado de asegurar el pluralismo y el efectivo ejercicio de los derechos, lo cierto es que tras el estudio de su contenido se llega a la conclusión de que los medios utilizados no son adecuados para alcanzar tal fin pues, como se ha aludido, existen medidas alternativas menos restrictivas para los derechos fundamentales susceptibles de asegurar con la misma eficacia el fin buscado, tal y como exige el principio de proporcionalidad utilizado constantemente por la Corte Interamericana.

Además de las regulaciones, llama la atención las omisiones. Si el objetivo es fomentar el pluralismo de ideas e informaciones al objeto de garantizar la formación de la opinión pública, no resulta lógico que apenas se regule la función de servicio público que deben desarrollar los medios de comunicación públicos. Sobre todo teniendo en cuenta la existencia de un importante sector de medios de comunicación bajo el control del Estado como consecuencia de la estatalización de varios medios por distintos

motivos. Si se desea que los medios públicos no sean un instrumento al servicio del gobierno de turno y, por tanto, contribuyan a la formación de una opinión pública libre y plural, se considera interesante que se regulen, entre otras, las siguientes cuestiones: a) establecer que la misión de los medios públicos consiste, entre otras cuestiones, en contribuir a la formación de una opinión pública plural, dar a conocer la pluralidad nacional y cultural, atender en su programación a las minorías, etc. b) Desarrollar un derecho a tiempos de antena para los grupos sociales y políticos más significativos durante la programación de los medios públicos. En los citados espacios serán los propios grupos los encargados de elegir los contenidos de acuerdo a su orientación. c) Normar o establecer los criterios para la concreción de un listado de hechos de interés público con el objeto de constituir un criterio objetivo para medir la labor de los medios de comunicación públicos y asegurar su difusión pública ante un intento de ser silenciados por los medios de comunicación privados. d) Asegurar la composición plural de los consejos de redacción de los medios públicos, así como reglar los mecanismos para exigir el cumplimiento de su función de servicio público como, por ejemplo, atribuyendo su fiscalización a un consejo audiovisual plural elegido de acuerdo los criterios explicitados precedentemente.

En segundo lugar, varias regulaciones de la LOC como, por ejemplo, la censura por omisión o el linchamiento mediático, merecen serios reproches desde la perspectiva de su compatibilidad con los estándares interamericanos sobre la libertad de expresión, en consecuencia, resulta necesaria su modificación.

El sistema de designación de la autoridad de supervisión no garantiza de manera suficiente su independencia del gobierno, tal y como se prescribe en Declaración Conjunta sobre Desafíos a la Libertad de Expresión en el Nuevo Siglo, aprobada el 20 de noviembre de 2001, elaborada por los relatores especiales en libertad de expresión de diversas organizaciones internacionales.

En tercer lugar, se resaltaré que la norma produce un importante efecto de desaliento en la labor de los medios de comunicación, incompatible con una sociedad democrática. La fundamentación de las resoluciones de sanción emitidas por la Supercom no resulta congruente con los estándares interamericanos en materia de libertad de expresión, cuya observancia resulta obligada, tal y como prescribe la Constitución del Ecuador. El mecanismo de selección de la Supercom no ayuda a despejar las denuncias realizadas por varios medios de comunicación sobre la falta de imparcialidad en su actuación.

Finalmente, también resulta criticable el ámbito de aplicación de la LOC por un doble motivo: de un lado, resulta muy difícil pensar que es posible regular y controlar a los medios de comunicación en clave exclusivamente nacional, pues las posibilidades que otorgan las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, especialmente de transmisión de todo tipo de contenidos a través de Internet, hace que la norma sea parcialmente ineficaz. De otro lado, si bien la LOC afirma que tiene por objeto desarrollar, proteger y regular el ejercicio de los derechos de comunicación, lo cierto es que se trata de una norma que se aplica esencialmente a las informaciones y opiniones que se produzcan y difundan a través de los medios de comunicación social. En otras palabras, más que una norma de desarrollo de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información en sentido estricto, se trata de una norma que destina la mayoría de sus preceptos a regular la actividad de los medios de comunicación (prensa escrita, radio, televisión, Internet), especialmente privados.

A pesar de las críticas realizadas, se considera que la norma contiene regulaciones positivas e interesantes desde la perspectiva del pluralismo como, por ejemplo, la potenciación de los medios de comunicación comunitarios, el reparto equitativo del

espacio radioeléctrico (33% medios públicos, 33% medios privados y 34% medios comunitarios) o las medidas para evitar la concentración de medios. Ahora bien, se trata de medidas que requieren de un claro compromiso con el pluralismo y, asimismo, se necesita destinar medios económicos suficientes, especialmente para los medios de comunicación comunitarios. En este sentido, a pesar de las normas que establecen la redistribución del espacio radioeléctrico, lo cierto es que los medios de comunicación privados continúan utilizando la mayoría. Según el Observatorio latinoamericano de regulación, medios y convergencia, tras dos años de vigencia de la LOC, sólo se han otorgado licencias provisionales para 14 nacionalidades indígenas, mientras que los medios privados conservan alrededor del 85 por ciento de la propiedad del radioespectro.

BIBLIOGRAFÍA:

- ÁVILA SANTAMARÍA, R. (2011): *El neoconstitucionalismo transformador, el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, Abya Yala-UASB, Quito.
- BARATA I MIR, J. (2006): *Democracia y audiovisual*, Marcial Pons, Madrid.
- BASTIDA FREIJEDO, F. (2002): “Pluralismo y medios de comunicación”, en TORNOS MAS, J. (Coord.): *Democracia y medios de comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BELANDO GARÍN, B. y MONTIEL ROIG, G. (Coords.) (2011): *Contenidos y mercado en la regulación de la Comunicación audiovisual*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CHECA GODOY, A. (2011): “La batalla política y legal en Ecuador ante la creación de un sector estatal de medios de comunicación”, *Anuario americanista Europeo*, núm. 9, págs. 39-54.
- - (2012): “La Banca y la propiedad de los medios: el caso de Ecuador”, *Revista Latina de Comunicación social*, núm. 67, págs. 125-147.
- CHINCHILLA MARÍN, C. (1991): “El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión”, en MARTÍN RETORTILLO, S. (Coord.) *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. II, Civitas, Madrid, págs. 943-962.
- CHINCHILLA, C. y AZPITARTE, M. (2011): *Estudios sobre la Ley General de Comunicación Audiovisual*, Aranzadi, Cizur Menor.
- GAVARA DE CARA, J.C. (Ed.) (2013): *Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual*, Bosch, Barcelona.
- GAVARA DE CARA, J.C. y DE MIGUEL BÁRCENA J. (Eds.) (2013): *La autorregulación de los medios de comunicación como sistema de control*, Bosch, Barcelona.
- DARNUCULLETA I GARDELA, M.M. (2005): *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid.
- DE TOCQUEVILLE, A. (1989): *La democracia en América*, Aguilar, Madrid.
- FISS, O. (1999), *La ironía de la libertad de expresión*, Gidesa, Barcelona.
- GÓMEZ, A. (2002): *El control de las concentraciones de medios de comunicación. Derecho español y comparado*, Dykinson, Madrid.
- MAGDALENO ALEGRÍA, A. (2013): “La libertad de imprenta como premisa de la primera Constitución racional-normativa española: la Constitución de Cádiz de 1812”, *Revista de Derecho Político*, núm. 87, págs. 223-252.
- (2006): *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*, Congreso de los Diputados, Madrid.
- RAMONET I. (2011): *La explosión del periodismo. De los medios de masas a la masa de medios*, Clave intelectual, Madrid.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. (1995): *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid.
- - (2003), “La revisión de los modelos clásicos de proceso de comunicación pública”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 68, págs. 121-150. ■