

El Observatorio de Derechos y Justicia de Ecuador, es una organización de la sociedad civil, cuyos integrantes, amparados en los artículos 95 y 96 de su Constitución, y en el artículo 16 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), nos hemos asociado libremente para la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las organizaciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. Así también, nos amparamos para realizar nuestras actividades en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana que establece, entre otros, los principios de participación, la deliberación pública, la igualdad, la autonomía, el pluralismo y la solidaridad.

En consideración a las normas internacionales, constitucionales y legales, hacemos una relatoría a la **Sentencia de la Corte Constitucional No. 003-17-SIN-CC**, que desestimó las demandas para que se declare la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica de Comunicación.

COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA No. 003-17-SIN-CC DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, DICTADA EL 17 DE SEPTIEMBRE DE 2014, DENTRO DEL EXPEDIENTE INICIADO POR LAS DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADAS EN CONTRA DE LA LEY ORGÁNICA DE COMUNICACIÓN. CASO No. 0014-13-IN y ACUMULADOS No. 0.023-13-IN y 0028-13-IN.

ANTECEDENTES

El día martes 25 de junio de 2013, en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 22, la Asamblea Nacional expidió la Ley Orgánica de Comunicación, que fue impugnada y demandada su inconstitucionalidad por diversos grupos ciudadanos.

Fueron tres las demandas presentadas. La primera, el 28 de junio de 2013; la segunda, el 03 de septiembre de 2013; y, la tercera, el 13 de diciembre de 2013, acumuladas por economía procesal. Por cierto, existió una lentitud desesperante para resolver, contrariando el artículo 169 de la Constitución que impone a los jueces el principio de celeridad en la resolución de las causas.

Vista la manifiesta inconstitucionalidad de la LOC por vicios de forma y de fondo, los demandantes, amparados en expresas disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, solicitaron como medida cautelar la suspensión provisional de la ley cuestionada por contener normas que restringen derechos y garantías, al ser obvio el carácter regresivo de la misma, pues menoscaba el ejercicio de los derechos a la libertad de opinión, de expresión y de comunicación, quebrantando expresas normas constitucionales y convenios internacionales que obligan al Estado ecuatoriano.

Sin considerar las alegaciones de los demandantes, la Corte Constitucional negó en su momento procesal la medida cautelar requerida, manteniendo la vigencia del cuerpo legal impugnado con las consecuencias que pasaremos a establecer, previo un análisis de las circunstancias fácticas respecto a la integración de la actual Corte Constitucional, en el propósito de hacer evidente que la composición de la Alta Corte, no responde a los principios de independencia que debe caracterizar a un órgano tan importante en el Estado de Derecho, para lo cual recordamos lo siguiente:

- a) El 26 de noviembre de 2006, el Economista Rafael Correa Delgado derrotó a su contendor electoral en la segunda vuelta de las
-

elecciones presidenciales. El 15 de enero de 2007 fue posesionado como Presidente de la República; y el 15 de abril del mismo año, mediante consulta popular obtuvo apoyo mayoritario para la conformación de la Asamblea Constituyente que tenía el propósito de redactar una nueva Constitución;

- b) El 24 de abril de 2007, el Congreso Nacional que inicialmente era contrario al gobierno del Presidente Rafael Correa, pasó a ser controlado por una mayoría gobiernista que cesó inconstitucional e ilegalmente en sus funciones a todos los vocales principales y suplentes del Tribunal Constitucional, y en junio siguiente designó a sus reemplazos, cuyos nombres pasamos a detallar: Dr. Patricio Pazmiño Freire, Dr. Édgar Zárate Zárate, Dra. Ruth Seni Pinoargote, Dr. Manuel Viteri Olvera, Dr. Alfonso Luz Yunes, Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Dra. Nina Pacari Vega, Dr. Patricio Herrera Betancourt, y Dr. Hernando Morales Vinueza;
- c) La Asamblea Constituyente con amplia mayoría afecta al gobierno asumió sus funciones el 29 de noviembre de 2007 y expidió el Mandato Constituyente No. 1 disponiendo, entre otras cosas, que **los vocales del Tribunal Constitucional recientemente nombrados continúen con carácter provisional en el ejercicio de sus funciones** mientras la Asamblea Constituyente no disponga lo contrario;
- d) La Asamblea Constituyente redactó la nueva Constitución ecuatoriana, la que fue sometida a referéndum el 28 de septiembre de 2008, siendo aprobada por la mayoría de los ecuatorianos, entrando en vigencia a partir del 20 de octubre de 2008;
- e) La Constitución aprobada contiene en el artículo 25 del llamado Régimen de Transición, lo siguiente, “Una vez constituidas las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva, y de Transparencia y Control Social, se organizará la comisión calificadora que designará a las magistradas y magistrados que integrarán **la primera Corte Constitucional**” (lo resaltado es nuestro). Así también, en el artículo 27 siguiente, se determina que **los integrantes del Tribunal Constitucional terminarán sus periodos** cuando se posesionen los

miembros de la Corte Constitucional, cuya elección se realizará conforme las normas del Régimen de Transición y de la Constitución.

A pesar que las normas antes referidas son absolutamente claras, y que el artículo 427 de la Carta Suprema manifiesta que las normas constitucionales se interpretarán por su tenor literal, los vocales del TC, mediante resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451 del miércoles 22 de octubre de 2008, asumieron la calidad de magistradas y magistrados para ejercer las atribuciones que la Constitución de la República reservaba a la Corte Constitucional. Es decir, **se auto designaron inobservando el procedimiento señalado en la Constitución**, esto es mediante un concurso público como lo establece el artículo 434 ibídem. Respecto de la resolución en comento, el ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ¹**Dr. Hernán Salgado Pesantes**, cuestionando la misma, expresa lo siguiente: “En este punto las disposiciones constitucionales de la transición (Arts. 25 y 27) guardan coherencia y claridad. La objeción hecha por los integrantes del Tribunal Constitucional en el sentido de que la Constitución había omitido señalar que ellos continuaban en funciones prorrogadas (y que no podrían despachar los amparos) no justifica en modo alguno una violación flagrante a una Constitución que venía de ser promulgada. Pues, el Régimen de Transición permitía que los miembros del Tribunal Constitucional sigan al frente de la institución hasta que se posesionen los miembros de la Corte Constitucional (conforme dice el Art.27), lo cual obviamente les prorrogaba en las funciones.

En el contexto jurídico expuesto es imposible aceptar que el Tribunal Constitucional se haya transformado en la nueva Corte Constitucional. Más aún, **entre las competencias establecidas en la anterior Constitución de 1998, para el Tribunal Constitucional, no constaba la de interpretar la Constitución de modo obligatorio**, lo cual correspondía al Congreso Nacional. ¿Cómo pudieron los vocales del Tribunal arrogarse esta

¹ ¿Guardianes o Sepultureros de la Constitución 2008? Separata de la Revista Ruptura No. 56, Año 2012 de la Asociación Escuela de Derecho Facultad de Jurisprudencia Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

competencia - de interpretar - prevista en la actual Constitución para la futura Corte, que aún no existía? Los hechos que ocurrieron después dejan en claro que el oficialismo requería de modo urgente un organismo que interprete la Constitución, de acuerdo con el “interés general” que representa el Gobierno. Este primer acto de autoproclamación realizado sin el más mínimo pudor revela la calidad ética y jurídica de quienes pretendían ser guardianes de la Constitución”.

¡Revelador el análisis del distinguido jurista ecuatoriano! Posteriormente y luego de un concurso de méritos y oposición dirigido por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, órgano afecto al gobierno, participaron 27 profesionales del derecho resultando seleccionados para integrar la nueva Corte Constitucional las siguientes personas. Patricio Pazmiño Freire, Wendy Molina Andrade, Antonio Gagliardo Loor, Marcelo Jaramillo Villa, María del Carmen Maldonado Sánchez, Tatiana Ordeñana Sierra, Alfredo Ruiz Guzmán, Ruth Seni Pinoargote, y Manuel Viteri Olvera, que fueron posesionados el 06 de noviembre de 2012. Vemos pues, que continuaron en funciones el Dr. Pazmiño, la Dra. Ruth Seni y el Dr. Manuel Viteri Olvera. Los otros integrantes venían de vertientes oficialistas, como a continuación detallamos:

- **Wendy Molina:** fue asesora de Patricio Pazmiño durante la presidencia de éste en la Corte Constitucional.
 - **Antonio Gagliardo:** hermano de un asambleísta de Alianza País, el movimiento de gobierno. También es hijo de un ex ministro del gobierno de Rafael Correa.
 - **Tatiana Ordeñana:** antes de llegar a este cargo era integrante del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social CPCCS, de mayoría cercana al gobierno.
 - **María del Carmen Maldonado:** fue asesora en el CPCCS.
 - **Marcelo Jaramillo:** fue coordinador jurídico de la Secretaría de Planificación del gobierno del presidente Rafael Correa.
-

- **Alfredo Ruiz:** profesor universitario.

Esta ligera reseña sobre la justicia constitucional ecuatoriana permite entender el pensamiento y las valoraciones jurídicas que impregnan los fallos de la Alta Corte, en particular, el que tiene relación con la desestimación de las demandas presentadas en contra de la Ley Orgánica de Comunicación.

I.

LOS PRIMEROS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Inicia la Corte la fundamentación de su sentencia invocando el artículo 424 de la Constitución ecuatoriana, que establece la prevalencia de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. En mérito a lo anterior la Corte reconoce que ²“para garantizar de mejor forma los derechos constitucionales, el control de constitucionalidad no debe ser visto como el único mecanismo a ser implementado por la Corte, sino que además se debe tener en cuenta la existencia del **control de convencionalidad** como el mecanismo por medio del cual los jueces nacionales *pueden* efectuar el análisis de una norma, tomando en consideración la Convención Americana de Derechos Humanos, las sentencias que dotan de contenido a la Convención emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos...”.

³Párrafo más adelante transcriben la parte pertinente del caso Almonacid Arellano y otros Vs. Gobierno de Chile, donde, en referencia a la prevalencia de la Convención Americana se lee lo siguiente: “En otras palabras, el poder judicial *debe* ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos”.

Si confrontamos los dos párrafos precedentes, el que corresponde al razonamiento de la Corte ecuatoriana, y el segundo, la jurisprudencia de la

² Pág. 19, Párrafo Segundo.

³ Pág. 19 y 20.

Corte IDH, encontraremos que en el primero los jueces ecuatorianos utilizan el vocablo ***pueden***, que denota que, para la CC el control de convencionalidad es opcional, facultativo, no obligatorio; mientras que, el fallo de la Corte, al decir ***debe*** le da característica imperativa (de exigencia inexcusable). Es fácil ver el manejo interesado de la semántica y de los valores jurídicos por parte del órgano de control ecuatoriano, que lo pondremos en mayor evidencia con uno de los reiterados fallos de la Corte IDH, tal el siguiente: ⁴“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial ***deben*** ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana”.

Lo anterior revela sin lugar a duda que, los jueces constitucionales interpretaron que el control de convencionalidad no es obligatorio sino discrecional, y que su referencia al inicio del fallo no tenía otro propósito que intentar confundir a lectores poco acuciosos. Si no intentaron confundir, jurídicamente incurrieron en el vicio de incongruencia procesal, pues habría una manifiesta incompatibilidad entre los fundamentos y la parte resolutive del fallo a través del cual legitiman disposiciones abiertamente inconstitucionales, que además transgreden las normas de la Convención Americana.

La lectura de la sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana, resulta tan farragosa que nos limitaremos a cuestionar sólo sus partes más reprochables jurídicamente, pues en general su contenido es de una pobreza argumentativa que no vale la pena reproducir.

⁴ Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Párr. 128.

II.

DESESTIMACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL A LA ALEGACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA DE LA LOC

Las demandas sostenían que el procedimiento para expedir la LOC, no cumplió con lo establecido en el artículo 137 de la Constitución, y en los artículos 61 y 129 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, por cuanto el texto del proyecto de ley que se votó el 14 de junio de 2013, no fue el que se entregó a los asambleístas el 12 del mismo mes y año; esto es, con 48 horas de anticipación al momento de votar como lo ordena la ley referida. Y, más aún, hubieron dos versiones adicionales al proyecto de ley, presentadas al momento de votarse, contraviniendo norma imperativa que obliga la entrega anticipada de los proyectos; pero además, carece de lógica que los asambleístas puedan votar por un proyecto que no han conocido con suficiente anticipación para analizarlo y debatirlo.

En contrario al argumento de los demandantes, en la página 32 del fallo, párrafo final, los magistrados constitucionales sostienen que el artículo 129 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa no establece que a la convocatoria debe adjuntarse el proyecto definitivo a ser votado, por lo tanto, para los magistrados basta que un cuerpo legal llegue a último minuto a la mano de los legisladores para que voten, aunque fuere sin conocer el contenido del texto. ¡Tamaño absurdo! El criterio de la CC contraviene la **Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, párrafo 32, de la Corte IDH**, que en su parte pertinente establece lo siguiente: “La creación de normas jurídicas de carácter general ha de hacerse **de acuerdo con los procedimientos** (lo resaltado es nuestro) y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte”.

Para reforzar el argumento de las demandas respecto a la inconstitucionalidad de forma de la LOC, invocamos al maestro italiano ⁵**Luigi Ferrajoli**, quien sostiene: “En un ordenamiento dotado de constitución rígida

⁵ Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales, Ed. Trotta, Madrid, 4ta. ED. 2009, Pág. 53 y 55.

(la ecuatoriana lo es), para que una norma sea válida además de vigente no basta que haya sido emanada **con las formas predispuestas para su producción**, sino que es también necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución”. Y continúa el profesor italiano, sosteniendo: “De este modo, se produce un cambio de naturaleza en la legalidad positiva del Estado constitucional de derecho. **Ésta ya no es sólo mera legalidad condicionante**, sino así mismo estricta legalidad condicionada por vínculos que son también sustanciales relativos a sus contenidos o significados”. Esta breve reseña jurisprudencial y doctrinaria evidencia la ligereza con que los magistrados de la Corte Constitucional resolvieron la causa en comento.

III.

ANÁLISIS DE ALGUNOS DE LOS ARTÍCULOS CUYA INCONSTITUCIONALIDAD FUE DEMANDADA

Transcripción.- “Artículo 1.- Objeto y ámbito.- Esta ley tiene por objeto desarrollar, proteger y regular, en el ámbito administrativo, el ejercicio de los derechos a la comunicación establecidos constitucionalmente”.

La Corte sostiene que el artículo 1 regula el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales y que no existe restricción del derecho a la comunicación.

NUESTRA OPINIÓN: Nosotros, recurrimos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, que nos trae la definición de **desarrollar**, cuya acepción más apropiada **es, acrecentar**, lo cual coincide con lo que establece el número 4 del artículo 11 de la Carta Suprema, de que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, y el mismo artículo en su número 8 ordena que el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, y que será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule

injustificadamente el ejercicio de los derechos. Visto lo anterior, la argumentación de la Corte pervierte estos principios constitucionalizados, **permitiendo que en el ámbito administrativo (Función Ejecutiva) se regulen derechos.** Tanto es así, que revisando el artículo 147 de la Constitución, encontramos las atribuciones del Presidente de la República como Jefe de Estado y de Gobierno, responsable de la **administración pública**, y en ninguna de ellas se encuentra atribución para regular el ejercicio de los derechos a la comunicación, o a cualquier otro; por lo contrario, como Jefe de Estado está obligado a cumplir el número 9, del artículo 11 de la Constitución, que expresa que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. Pero además, no sólo la Constitución es clara en cuanto a que el Estado debe garantizar los derechos y no restringirlos, sino que, el número 1 del artículo 101 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece lo siguiente: “Cualquier proyecto normativo que tenga por objeto o efecto **restringir el alcance de derechos y garantías constitucionales**, o modificar el régimen procedimental de reformas a la Constitución, sólo podrá tramitarse de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 444 de la Constitución, a través de la Convocatoria a una Asamblea Constituyente”. Si para un proyecto de ley se imponen tan rígidas disposiciones constitucionales, es obvio que una ley que restringe derechos debe ser expulsada del ordenamiento jurídico porque además, el artículo 424 de la Carta Magna ordena que las normas deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

Solamente para poner de manifiesto la falacia en que incurren los miembros de la CC, recordamos que en las líneas finales de la página 39 del fallo sostiene, que el artículo 1 de la ley “**en ningún momento establece u otorga competencias a ninguna entidad administrativa del Estado**”; mientras que en las líneas finales de la página 153 sostiene que “**la comunicación es un servicio público; su correcta prestación forma parte de la actividad administrativa del Estado**”.

Transcripción.- “Artículo 3.- Contenido Comunicacional.- Para los efectos de esta ley, se entenderá por contenido todo tipo de información u opinión que se produzca, reciba, difunda e intercambie a través de los medios de comunicación social”.

En las páginas 50 y 53 de la sentencia, expresan los magistrados que las opiniones que se emiten a través de los medios de comunicación social, no se encuentran excluidas de la regulación que el ordenamiento jurídico prevé en ciertos casos, como aquellos en que mediante la emisión de opiniones en medios de comunicación se transgreden otros derechos fundamentales como el honor, el buen nombre o la reputación, concluyendo la CC, que al no ser la libertad de expresión un derecho absoluto el artículo no contraviene ninguna norma, por lo tanto, **las opiniones pasan a conformar el contenido comunicacional que contempla la LOC.** En consecuencia, según la CC los medios serían responsables de las opiniones que expresen los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos de libertad, coaccionando a que sean los propios medios quienes censuren las opiniones de los ciudadanos, caso contrario serán responsables por sus opiniones, lo cual resulta inconcebible en una sociedad democrática y pluralista.

NUESTRA OPINIÓN: La Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiterada jurisprudencia diferencia entre información y opinión, ya que la primera podría ser objeto de responsabilidad ulterior, lo que no sucede con respecto de la opinión, la cual responde a criterios subjetivos de quien las emite, por lo cual no son susceptibles de ser reales o falsas; como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. Sostiene la Corte, que la verdad o falsedad se predica solo respecto a hechos, de allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad. Los criterios expresados, entre otros, corresponden al **fallo de la Corte en el caso**⁶**Kimel vs Argentina.** Si se establece en el mismo artículo que la información y la opinión tienen el riesgo de ser sancionadas, se estaría afectando derechos

⁶ Corte IDH, caso Kimel Vs. Argentina, Sentencia de 02 de mayo de 2008.

constitucionales y fallos vinculantes del sistema Interamericano de Derechos Humanos que hacen relación a la libertad de expresión y de comunicación.

Para poner de manifiesto el equivocado criterio del órgano de control constitucional, transcribimos la parte pertinente de un importante fallo de la Corte IDH:

⁷“La Corte observa que la expresión realizada por el señor Tristán Donoso no constituía una opinión sino una afirmación de hechos. Mientras que **las opiniones no son susceptibles de ser verdaderas o falsas**, las expresiones sobre hechos sí lo son. En principio, una afirmación verdadera sobre un hecho en el caso de un funcionario público en un tema de interés público resulta una expresión protegida por la Convención Americana. Sin embargo, la situación es distinta cuando se está ante un supuesto de inexactitud fáctica de la afirmación que se alega es lesiva al honor”.

Para el presente caso, la LOC constituye un instrumento ilegítimo que coarta las libertades de opinión y de comunicación, y así lo enfatiza el profesor ⁸**Roberto Gargarella**, en su ensayo *Constitucionalismo y Libertad de Expresión*, donde manifiesta “Que en materia de expresión sólo pueden justificarse ciertas regulaciones en materia de ‘tiempo, lugar y modo’, pero nunca aquellas vinculadas con los contenidos de ciertas expresiones”. Y agrega, “Una de las razones que se alega habitualmente al respecto - y más allá de las prevenciones generales que podamos tener en materia de regulaciones sobre la prensa - tiene que ver con nuestra preocupación a favor de la idea de la neutralidad estatal. **El Estado, decimos, no debe involucrarse en estos análisis de contenido, para separar aquellos que cree más apropiados de aquellos que no le parecen serlo.** El Estado, agregamos, debe ser neutral en la materia, y mantenerse al margen de dichos controles, para dejar que los propios individuos escojan los materiales, los discursos, las expresiones que más los satisfagan”.

⁷ Corte IDH, Caso Tristán Donoso Vs. Panamá, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009, Párr. 124.

⁸ Roberto Gargarella, *Libertad de Expresión, Debates, Alcances y Nueva Agenda*. Imprenta V&M Gráficos, Quito, 2010, Pág.50.

LA INFORMACIÓN COMO BIEN PÚBLICO Y LA COMUNICACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO.

TRANSCRIPCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 5; 71 y 84

“Art. 5.- Medios de comunicación social.- Para efectos de esta ley, se consideran medios de comunicación social a las empresas, organizaciones públicas, privadas y comunitarias, así como a las personas concesionarias de frecuencias de radio y televisión, que prestan el servicio público de comunicación masiva que usan como herramienta medios impresos o servicios de radio, televisión y audio y vídeo por suscripción, cuyos contenidos pueden ser generados o replicados por el medio de comunicación a través de internet”;

“Art. 71.- Responsabilidades comunes.- La información es un derecho constitucional y **un bien público**; y **la comunicación** social que se realiza a través de los medios de comunicación es **un servicio público** que deberá ser prestado con responsabilidad y calidad, respetando los derechos de la comunicación establecidos en la Constitución, los instrumentos internacionales y contribuyendo al buen vivir de las personas. [...]”; y,

“Art. 84.- Definición.- Los medios de comunicación privados son personas naturales o jurídicas de derecho privado con o sin finalidad de lucro, cuyo objeto es la prestación de servicios públicos de comunicación con responsabilidad social”.

NUESTRA OPINIÓN: Independientemente de la discusión entre los iusnaturalistas y los iuspositivistas, fue a partir de la ley de Bon de 1949, que se empezó a denominar a los derechos humanos como fundamentales en oposición a los derechos patrimoniales como la propiedad y el crédito, que según ⁹**Luigi Ferrajoli** son derechos singulares que adquiere cada individuo con exclusión de los demás; los fundamentales son “derechos negativos, como los derechos de libertad, a los que corresponden prohibiciones de lesionar; o derechos positivos, como los derechos sociales, a los que

⁹ Democracia y Garantismo, Ed. Trotta, 2da. ED. 2010, Madrid, Pág. 61.

corresponden obligaciones de prestación por parte de los poderes públicos”. Siguiendo la línea del profesor italiano afirmamos que los derechos sociales corresponden al sector objetivo del derecho fundamental, constituyendo una exigencia de prestaciones positivas por parte del Estado, como lo sostiene el profesor colombiano ¹⁰**César Augusto Londoño Ayala**, “mediante el aseguramiento de condiciones básicas materiales, que desplieguen un reconocimiento real y efectivo al sujeto fundamental que se impregna de dignidad humana, pudiendo exigir, que el orden normativo le materialice un mínimo existencial y jurídico para poder ser considerado persona humana con derecho a una verdadera participación, actuación y reacción en la sociedad. El componente objetivo de los derechos fundamentales trata pues, de una realización material vista desde lo **económico, laboral, cultural, religioso, intelectual, político, jurisdiccional, etc**”. Obviamente que se refiere como es común al derecho al trabajo; a la seguridad social; a las actividades recreativas; a la salud; a la educación; en definitiva, a derechos objetivos, también llamados prestacionales, pues las sociedades capitalistas tienen deficiencias estructurales que obligan al Estado a garantizar condiciones mínimas para los sectores más débiles, que ¹¹**Miguel Carbonell** las señala: “La realización de una serie de prestaciones sociales; la procura de un puesto de trabajo para toda persona que pueda ser capaz de realizarlo, a través de la implementación por el Estado de políticas de **pleno empleo; la atención de las personas afectadas por algún tipo de incapacidad o de discapacidad, como desempleados, ancianos, niños, personas con discapacidad mentales, etc.; la provisión de bienes culturales para todas las personas; el acrecentamiento de prestaciones sociales, sobre todo a través de los sistemas públicos de seguros, y así por el estilo**”.

Comprobado plenamente que frente al derecho a la comunicación, el Estado no puede tener una acción como en el caso de los derechos de prestación, sino por el contrario, debe inhibirse para el ejercicio cabal de un derecho de libertad, pasamos a analizar las argumentaciones que la Corte

¹⁰ Bloque de Constitucionalidad, Ed. Nuevas Jurídicas, 2010, Bogotá, Pág. 225.

¹¹ Garantismo. Estudio sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Ed. Trotta, 2005, Madrid, Pág. 182.

engloba en su análisis respecto a los tres artículos antes transcritos. Sostienen los jueces, en la página 57 de su fallo, con un razonamiento primario, increíble para tan alta Corte, que basta que el artículo 314 de la Constitución otorgue atribuciones al legislador para catalogar mediante ley lo que son servicios públicos, para que la LOC esté acorde a la Constitución. Consecuencia de tal criterio, el derecho pasa a ser servicio público, sujeto al control y fiscalización del Estado, con lo cual obviamente dejaría de ser un derecho, pues estos, no son controlados por el Estado sino que es su obligación garantizarlos; y más aún, en la página 58 sostienen los magistrados que los derechos a la comunicación y a la información deben garantizarse necesariamente mediante la prestación de un servicio público, y en la página 59 llegan al extremo de sostener que los servicios públicos constituyen una garantía constitucional de los derechos; para terminar con nuestras observaciones a esta parte, en la página 65, con **intención admonitoria** establecen lo siguiente: “El parámetro de responsabilidad deriva del principio de obligatoriedad, ya que los prestadores del servicio público se encuentran sujetos a obligaciones derivadas de la administración de un servicio de interés público. De ahí que se encuentra regulado por las disposiciones contenidas en la Constitución, los instrumentos internacionales, la ley y las disposiciones expedidas válidamente por las entidades competentes, disposiciones **que deben ser cumplidas por todos los actores del proceso comunicacional, que se encuentran sujetos a las responsabilidades administrativas, civiles y penales que den lugar por motivo de los contenidos comunicativos que difundan a través de los medios de comunicación**”.

En este mismo fallo, los señores magistrados se refieren al caso **Kimel Vs. Argentina**, que contradicen en su parte medular con lo argumentado en la página 65 ya antes mencionada, y para relieves su contradicción nos permitimos transcribir el párrafo 73 del caso Kimel Vs. Argentina, que dice lo siguiente: “Los representantes señalaron que “Cuando la conducta de una persona configura el ejercicio regular de un derecho [...], **la mera existencia de una sanción - cualquiera que fuese – importa una violación a la**

Convención". Respecto de las **sanciones penales** alegaron que "a" menos en el área de la crítica a los funcionarios públicos por su actos funcionales o a quienes se vinculan voluntariamente a asuntos de interés público, el recurso al derecho penal es contrario a la posibilidad de dar un debate amplio, ya que desalienta la participación de la ciudadanía, incluso de los periodistas profesionales en la discusión de los asuntos públicos". En este sentido, el "recurso penal genera un fuerte efecto inhibitor". Por otra parte, se manifestaron en contra de la existencia de **sanciones civiles**, toda vez que estas también "tienen un fuerte efecto inhibitor, en particular para las personas que desempeñan la función de periodista", por " los relativamente exiguos salarios que se abonan en los medios de prensa"; porque "resulta virtualmente imposible afrontar las condenas que se establecen en los juicios de daños y perjuicios, sin que se genere un colapso en la economía personal del periodista o del ciudadano común", y porque, "salvo acaso los grandes multimedios, ningún medios de comunicación ofrece garantías a sus trabajadores respecto de su capacidad de pago".

Vemos pues, que los magistrados con descaro invocan normas supranacionales, doctrina y fallos de la Corte IDH, pero reiteradamente disponen en contrario.

Para abundar sobre tema tan importante recordamos que el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de ¹²**Guillermo Cabanellas**, establece que concepto capital del derecho político y del administrativo es el servicio público, que ha de satisfacer una necesidad colectiva por medio de una organización administrativa o regida por la administración pública. El Diccionario refiere a Maurice Hauriou quién afirma, que el servicio público es el de carácter técnico prestado al público de manera regular y continua para satisfacer una necesidad pública y por una organización pública. Por otra parte, en el Derecho Administrativo, del profesor ¹³**Roberto Dromi**, se expresa que "la concesión de servicio público es el contrato por el cual el

¹² Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo VI, 12va. Ed., 1979, Argentina, Pág. 135.

¹³ Roberto Dromi, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad Argentina-Buenos Aires, Págs. 631 y 823.

Estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública no estatal, la prestación de un servicio público bajo determinadas condiciones objetivas, subjetivas y temporales. Ésta persona, “concesionario”, actúa por su propia cuenta y riesgo. La labor se retribuye con el **precio o tarifa pagado por los usuarios** o con subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o con ambos medios a la vez. La concesión implica a favor del concesionario una delegación de las respectivas facultades por parte de la administración pública, a la que sustituye o reemplaza en la prestación, pero que conserva las facultades de regulación y control. La delegación convencional de atribuciones no significa un traspaso definitivo de las mismas”. Continua Dromi, expresando, “Cuando hablamos de servicio público nos referimos a la prestación esencial que cubre necesidades públicas o de interés comunitario, que explicita las funciones – fines del Estado, de ejecución *per se* o por terceros, mediante concesión, licencia, permiso, autorización o habilitación, pero **siempre bajo fiscalización estatal**”.

Es tan claro el concepto de servicio público que el constituyente de Montecristi taxativamente estableció en el artículo 314 de la Constitución cuales son los denominados servicios públicos, **reservándose para el Estado la facultad de disponer sus precios y tarifas**. Aquí cabe la siguiente pregunta: **¿ Cuáles serán los precios y tarifas que nos cobrará el Estado a los ciudadanos por brindarnos el servicio público de comunicación ?**. Incluso, el artículo 315 ibídem, reserva para el Estado la atribución de constituir empresas públicas para la prestación de servicios públicos. Además, el numeral 4, del artículo 277 de la Carta Suprema establece como deber general del Estado proveer servicios públicos. Por lo anterior, es del todo evidente, que los medios de comunicación social no prestan un servicio público; que la comunicación es un derecho que no puede ser menoscabado por una norma jurídica de rango inferior a la Carta Magna y que, según Dromi no puede ser objeto de fiscalización estatal, y así debió ser reconocido en un proceso constitucional.

Insistimos en la equivocada interpretación de los señores magistrados, respecto la necesidad de relegar la importancia de la libertad de expresión,

en presunto beneficio del derecho al honor; restringiendo para ello, la primera, supuestamente para garantizar el segundo. Lo anterior nos obliga a invocar al profesor español ¹⁴**Luis Prieto Sanchís**, quien, cuando se refiere a las antinomias aparentes o reales, sostiene: “Así, cuando un juez considera que, pese a que una cierta conducta lesiona a primera vista el derecho al honor de otra persona y pese a resultar de aplicación el tipo penal o la norma civil correspondiente, **debe primar sin embargo el principio de la libertad de expresión** (lo resaltado es nuestro), lo que hace es prescindir de la ley punitiva o protectora del honor, o moderar su alcance, pero no cuestionar su constitucionalidad”. Para el caso ecuatoriano, la Ley Orgánica de Comunicación no sólo inhibe la libertad de opinión y de expresión, sino que condena su ejercicio mediante la vía administrativa, la civil y la penal, tanto para el que opina, como para el medio que sirvió como vehículo de información. Planteamos una interrogante, dentro de éste supuesto ejercicio de ponderación de la CC, que a ratos se lo confunde con el de razonabilidad o de proporcionalidad. **¿Qué ocurre cuando entra en aparente colisión el derecho a la comunicación de las opiniones, de amplia y profunda dimensión social - ya que a diario, de manera individual y colectiva lo ejerce la sociedad - frente a la supuesta afectación del honor de un ciudadano, quien se ha sentido agraviado por expresiones de otro?. El juez, para garantizar el derecho al honor del ofendido no puede limitar o restringir el derecho a la comunicación que es de toda la colectividad, pues en la práctica, todos ejercemos y necesitamos a diario de la comunicación, siendo caso de excepción el ciudadano que permanentemente dedica su tiempo a la crítica injusta o a la difamación.** La respuesta es por demás obvia. En síntesis, luce insostenible la argumentación de la Corte Constitucional ecuatoriana que, a pretexto de defender el derecho al honor permita normas con sanciones punitivas a quien exprese su opinión a través de los medios de comunicación.

¹⁴ Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Ed. Trotta, 2da. ED. 2009, Madrid, Pág. 196.

Profundizando respecto de la colisión de normas, recurrimos nuevamente a ¹⁵**Luigi Ferrajoli**, quien expresa: “A diferencia de los estados absolutos, dotados de una estructura normativa elemental, en los estados de derecho antinomias y lagunas son, en suma, un fenómeno estructural, tanto más relevante cuanto más complejos son los desniveles entre las diversas actividades normativas. Por esto, frente al problema de la inefectividad y de la consecuente ilegitimidad en el estado de derecho, **siempre es una solución regresiva la búsqueda de la coherencia mediante interpretaciones restrictivas de las normas de nivel superior para hacerlas compatibles con las de nivel inferior** o, peor, mediante reformas de la llamada <constitución formal> para adecuarla a la llama <constitución material>, **mientras que es siempre progresiva, aun a costa de ver crecer las incoherencias del ordenamiento, toda interpretación extensiva de los valores constitucionales** o, mejor aún, toda reformulación normativa en términos más ricos y vinculantes”.

Ya lo hemos sostenido, que, cuando definen a **la comunicación como un servicio público**, cometen un fraude a la Ley Suprema, que en su artículo 16 reconoce la comunicación como un derecho. Por otra parte, el artículo 314 taxativamente responsabiliza al Estado de la provisión de los servicios públicos bajo determinados principios, entre los cuales se destaca el de uniformidad, que si se aplicara a la comunicación significaría el fin de una democracia plural y deliberativa como lo requiere Jürgen Habermas, quién sostiene, que la discusión pública estimula el desarrollo de cualidades democráticas, con especial énfasis en el respeto a las minorías. Por su parte, ¹⁶**Luigi Ferrajoli**, refiriéndose al pluralismo informativo expresa: “La garantía de uno consiste en la prohibición de prohibir o, como sea, de limitar la información. La garantía del otro consiste en la obligación de informar correctamente y, a su vez, se encuentra garantizada por la pluralidad, pero, sobre todo, por la independencia política y económica de quienes expresan opiniones y producen informaciones”. Es decir, **sí la comunicación fuera un**

¹⁵ Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, Ed. Trotta, 9na. ED. 2009. Madrid, Pág. 867.

¹⁶ Luigi Ferrajoli, Democracia y Garantismo, Editorial Trotta, 2010, Madrid, Pág. 269.

servicio público controlado por el Estado, tendríamos como consecuencia el discurso único, del partido único y la desaparición del pluralismo, consubstancial a la democracia; no obstante la evidencia anterior, agregamos que intentar establecer la comunicación como un servicio público es no entender que aquel es el que está obligado a prestar el Estado como retribución a los ciudadanos por el pago de impuestos, tasas, contribuciones y en general todo tipo de tributos que egresan del peculio ciudadano, lo cual obviamente no es el caso de los medios de comunicación.

Pero vamos a tomar como ejemplo de la falta de conocimiento de los magistrados en relación a la doctrina constitucional, su afirmación que el legislador tiene la obligación de desarrollar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión para elevarlo a servicio público, afirmación que la confrontamos con lo que sostiene el ilustre jurista español, ¹⁷**José Juan Moreso**, “Es más, el debate que existe, en España y en Alemania, acerca del significado de las cláusulas constitucionales que autorizan al legislador a desarrollar los derechos fundamentales con el límite del respeto a su *contenido esencial* tal vez pueda ser comprendido así: el legislador puede desarrollar legislativamente el contenido de un derecho siempre que dicha regulación no excluya del ejercicio del derecho los casos que juzgamos paradigmáticos. **Un caso paradigmático de vulneración del derecho a la integridad física sería por ejemplo aquel del empresario de la comunicación que distribuye periódicos con polvo de ántrax:** una regulación legislativa que no permitiera proteger en este caso el derecho a la integridad física frente a la libertad de información sería, en mi opinión, inconstitucional”. Vemos pues, que el legislador ecuatoriano, a pretexto de proteger el derecho a la comunicación del conjunto social, lo que hizo fue restringir un derecho, ya que según el ejemplo del jurista español el derecho se desarrolla **haciendo salvedad de los casos donde éste constituya un riesgo, o peor aún, una manifiesta intención de dolo**, y a ningún medio o periodista ecuatoriano se le pudiera ocurrir distribuir periódicos para consumir delitos.

¹⁷ Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Ed. Trotta, 2005, Madrid, Págs. 166 y 167.

Transcripción.- “Artículo 20.- Responsabilidad ulterior de los medios de comunicación.- Habrá lugar a responsabilidad ulterior de los medios de comunicación, en los ámbitos administrativo, civil y penal cuando los contenidos difundidos sean asumidos expresamente por el medio o no se hallen atribuidos explícitamente a otra persona.

Los comentarios formulados al pie de las publicaciones electrónicas en las páginas web de los medios de comunicación legalmente constituidos serán responsabilidad personal de quienes los efectúen, salvo que los medios omitan cumplir con una de las siguientes acciones:

1. Informar de manera clara al usuario sobre su responsabilidad personal respecto de los comentarios emitidos;
2. Generar mecanismos de registro de los datos personales que permitan su identificación, como nombre, dirección electrónica, cédula de ciudadanía o de identidad, o;
3. Diseñar e implementar mecanismos de autorregulación que eviten la publicación, y permitan la denuncia y eliminación de contenidos que lesionen los derechos consagrados en la Constitución y la ley.

Los medios de comunicación sólo podrán reproducir mensajes de las redes sociales cuando el emisor de tales mensajes esté debidamente identificado; si los medios de comunicación no cumplen con esta obligación, tendrán la misma responsabilidad establecida para los contenidos publicados en su página web que no se hallen atribuidos explícitamente a otra persona”.

NUESTRA OPINIÓN: La Corte Constitucional concluye en su análisis, que el artículo inmediato precedente no contraviene la Constitución de la República, e incluso, en la página 111 del fallo citan jurisprudencia de la Corte IDH, cuyo texto reproducimos a continuación: “El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, inclusive para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás (literal a) del artículo 13.2). **Estas limitaciones tienen carácter**

excepcional y no deben impedir, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa”.

Si hubiera coherencia con la jurisprudencia transcrita, el fallo debió haber declarado inconstitucional el artículo 20 de la LOC, pues, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, en su Principio 10, establece que **las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público**. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.

El principio anterior se refiere básicamente a la necesidad de revisar las leyes que tienen como objetivo proteger el honor de las personas, pues, el tipo de debate que da lugar el derecho a la **libertad de expresión e información generará opiniones críticas y hasta ofensivas, recordando la Comisión, que la Corte Europea de Derechos Humanos decidió que la protección a la libertad de expresión debe extenderse no sólo a la información o a las ideas favorables, sino también a aquellas que “ofenden, resultan chocantes o perturban”, porque “tales son las exigencias de pluralismo, la tolerancia y apertura mental sin las cuales no existe una sociedad democrática”**. Los conceptos resaltados en comillas son parte del fallo **Castells vs España**, sentencia del 23 de abril de 1992, serie A, N1, 236, párrafo 20.

Pero además, intentar responsabilizar a los medios de comunicación administrativa, civil y penalmente, por los comentarios de los ciudadanos que interactúan a través de las redes virtuales, contraviene todos los estándares

internacionales que garantizan el libre flujo de comunicación, incluyendo el generado desde la sociedad civil.

Y más aún, en la doctrina jurídica actual, incluso en el caso de ofensas, difamación o injurias, se plantea que la reparación jurídica del afectado, no pasa ni siquiera por indemnizaciones civiles, sino, la reparación se circunscribe a que el sistema de justicia obligue al ofensor a publicar a su costo desmentidos de lo afirmado indebidamente y retractarse de las expresiones que causaron agravio. Visto lo anterior, resulta una incongruencia que la Corte avale un artículo de la LOC, que contraviene los estándares del derecho internacional que ese órgano afirma respetar.

Transcripción.- “Artículo 38.- Participación ciudadana.- La ciudadanía tiene el derecho de organizarse libremente en audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios u otras formas organizativas, a fin de incidir en la gestión de los medios de comunicación y vigilar el pleno cumplimiento de los derechos a la comunicación por parte de cualquier medio de comunicación”.

NUESTRA OPINIÓN: El artículo precedente pervierte la normativa constitucional establecida en los artículos 95 y 96 de la Carta Suprema ecuatoriana, que permita la asociación ciudadana para el control popular de las organizaciones del Estado, la sociedad y de sus representantes; es decir, la intención manifiesta de la Constitución, es pasar de la democracia representativa, en la cual el ciudadano se limita en la acción pública únicamente a elegir sus representantes, y pasa a la democracia deliberante y participativa donde el ciudadano es sujeto activo en la toma de decisiones y su control, para corregir las equivocaciones del poder público, e incluso, solicitar la sanción del servidor que incumpla sus deberes.

Lo decimos de otra manera, la participación de la ciudadanía en todo asunto de interés público es un derecho de acción para el control del Estado; por lo tanto, el espíritu de la norma, así como su tenor literal dejan ver sin lugar a duda que la acción ciudadana se ejerce sobre las instituciones públicas y no sobre las privadas, como lo establece el artículo que

impugnamos, violando el numeral 26, del artículo 66 de la Constitución que garantiza el derecho a la propiedad, así como también viola una normativa de rango secundaria, cual es el artículo 262 de la Ley de Compañías, que establece con claridad que corresponde al administrador de la sociedad desempeñar su *gestión* con diligencia y prudencia, y adonde quedarían las responsabilidades de los administradores de empresas, cuando este artículo establece que cualquier ciudadano puede “**incidir en la gestión**” de los medios de comunicación. Evidentemente hay una grave afectación al derecho a la propiedad privada y a la seguridad jurídica.

Transcripción.- “Artículo 42.- Libre ejercicio de la comunicación.- Todas las personas ejercerán libremente los derechos a la comunicación reconocidos en la Constitución y esta Ley a través de cualquier medio de comunicación social.

Las actividades periodísticas de carácter permanente realizadas en los medios de comunicación, en cualquier nivel o cargo, deberán ser desempeñadas por profesionales en periodismo o comunicación, con excepción de las personas que tienen espacios de opinión, y profesionales o expertos de otras ramas que mantienen programas o columnas especializadas.

Las personas que realicen programas o actividades periodísticas en las lenguas de las nacionalidades y pueblos indígenas, no están sujetas a las obligaciones establecidas en el párrafo anterior.

En las entidades públicas los cargos inherentes a la comunicación serán desempeñados por comunicadores o periodistas profesionales”.

NUESTRA OPINIÓN: Nuevamente la Corte Constitucional incurre en el vicio procesal de incongruencia, pues a pesar de sostener en las primeras páginas del fallo, su respeto irrestricto al control de convencionalidad, por el cual los jueces y tribunales deben someterse o guardar conformidad en sus actuaciones con lo establecido en la Convención Americana, para el presente artículo olvidan que la **Opinión Consultiva de la Corte IDH No. OC-5/85 del**

13 de noviembre de 1985 expresa que: “La colegiación obligatoria de periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos”. Vemos pues, que si la Corte Constitucional respetara el control de convencionalidad debió haber expulsado del ordenamiento jurídico ecuatoriano el artículo en referencia.

Pero aquí cabe recordar que estos intentos de las “democracias plebiscitarias”, no son nuevos, pues la ley de prensa de Alemania, de 1933, reglamentó la vida profesional y el comportamiento de los periodistas y de los medios, ya que, en sus artículos del 5 al 11 establecía quienes podían ejercer la profesión; el 14 determinaba los asuntos y materias sobre lo que se podía escribir; del 25 al 35 un catálogo de deberes que también lo podríamos llamar ahora “normas deontológicas”; y del 36 al 46 las sanciones contra los medios y los periodistas por infringir esa ley. El profesor ¹⁸**Gustavo Zagrebelsky**, cuando se refiere a las leyes que son expedidas para legitimar el uso sistemático del arbitrio por parte del poder, y que supuestamente se las elabora dentro de un Estado de derecho, expresa lo siguiente: “Ejemplo de aberraciones del concepto. <Estado de derecho> no significa únicamente que las autoridades del gobierno del Estado actúen de acuerdo con la ley; incluso los gobiernos totalitarios actúan según las leyes de su país. ¿No son, además, las leyes que ellos mismos han aprobado, para sus propios objetivos y conforme a su proyecto? Pensad en los nazis, que llegaron al poder legalmente y perpetraron la mayor parte de sus crímenes en virtud de autorizaciones legales explícitas que ellos promulgaron con este objetivo: nadie diría que el Estado de derecho imperaba en la Alemania nazi, y nadie dudaría de que lo que imperaba en aquel lugar era el “estado de delito”.

Transcripción.- “Artículo 55.- Superintendencia de la Información y Comunicación.- La Superintendencia de la Información y Comunicación es el organismo técnico de vigilancia, auditoría, intervención y control, con

¹⁸ La Ley y su Justicia, Ed. Trotta, Madrid, 2014, Pág. 89.

capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa; que cuenta con amplias atribuciones para hacer cumplir la normativa de regulación de la Información y Comunicación.

La Superintendencia tendrá en su estructura intendencias, unidades, divisiones técnicas, y órganos asesores que se establezcan en la normativa que para el efecto emita.

La o el Superintendente será nombrado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de una terna que enviará la Presidenta o Presidente de la República de conformidad con lo dispuesto en la Constitución.

Las resoluciones que emita la Superintendencia en el ámbito de su competencia son de obligatorio cumplimiento”.

NUESTRA OPINIÓN: En la página 182 del fallo se sostiene que de acuerdo a lo establecido en el artículo 226 de la Norma Suprema, la autoridad administrativa (el Superintendente de Comunicación) garantizará el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. Apreciación por cierto extraña, pues el 226 de la Constitución establece el principio de legalidad en materia constitucional limitando el ejercicio de las competencias y facultades de los servidores públicos, en ninguna parte expresa que la autoridad administrativa garantiza normas y derechos. Frente a la confusión de los magistrados es menester recordarles que los profesores ¹⁹**Eduardo García de Enterría y Tomás–Ramón Fernández** sostienen: “Aún cuando sea la ley formal la que habilite potestades, no es posible interpretar la Ley como un mecanismo de transmisión o de mandato, de forma que permitiese a la administración ejercitar poderes que perteneciesen al pueblo”. Es decir, las atribuciones otorgadas mediante la LOC al Superintendente de Información y Comunicación quebrantan expresas normas constitucionales que establecen que el derecho a la comunicación está garantizado en la Carta Suprema sin

¹⁹ Curso de Derecho Administrativo. I, Civitas - Thomson Reuters, 16 ED. 2013, Pamplona, Pág. 491.

que se pueda restringir por ninguna disposición normativa. El criterio de la Corte Constitucional ecuatoriana contraviene lo establecido en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que en su artículo 13, número 3 dispone lo siguiente: “No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencia radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información **o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones**”.

La norma anterior es de fácil comprensión y su inobservancia solo puede obedecer a una interpretación interesadamente política de los jueces y tribunales, y de las mayorías parlamentarias.

IV.

SÍNTESIS

Si, al día de hoy, revisamos la actuación del poder público ecuatoriano, encontramos una lamentable y vertiginosa involución hasta conceptos jurídicos decimonónicos, pues se ha introducido al Ecuador, el concepto de derecho público subjetivo, que sostuvieron Georg Jellinek en Alemania y Santi Romano en Italia, tesis que afirmaba que los derechos fundamentales eran derivados del Estado, lo cual significaba el desconocimiento de los derechos naturales que no provienen del Estado, sino que son reconocidos y garantizados por éste, al ser derechos consustanciales a la persona humana; es decir, según esos antiguos tratadistas, era el Estado quien prestaba fundamento a los derechos de los ciudadanos. A ésta rancia teoría, llamada **estatalista – legislativa**, la critican todos los juristas de vertiente democrática, como ²⁰**Gustavo Zagrebelsky**, quien afirma: “De ahí que, en presencia del dogma de la omnipotencia del Estado y, particularmente, de la ley, que era su más alta expresión, no fuese pensable en modo alguno una verdadera teoría de los derechos como atributo propio y originario de los

²⁰ El Derecho Dúctil, Ed. Trotta, 10ma. ED. 2011, Madrid, Págs. 49 y 50.

particulares. En este escollo naufragaron todos los esfuerzos, incluido el de la teoría de los <derechos públicos subjetivos>, que, por otra parte, representa el intento más serio de fundamentar una teoría de los derechos individuales en un marco aún hobbesiano del Estado. En el fondo, incluso la proclamación de determinados derechos en las Cartas constitucionales sólo operaba jurídicamente como simple directiva no vinculante. Cuando en virtud de factores políticos prejurídicos prevaleciese en la ley una cierta concepción – la <liberal>, precisamente – de las relaciones entre el Estado y los individuos, aquélla podía operar como marco constitucional de la libertad. **Pero como el alcance concreto de los derechos venía fijado por la ley, su función protectora de la libertad podía tornarse limitación e incluso abolición de la misma cuando prevaleciesen orientaciones histórico-políticas opuestas.** En efecto, la concepción de los derechos como simple pretensión de que las relaciones jurídicas, incluidas las que tienen lugar entre los individuos y el Estado, se desarrollasen según el derecho (el derecho establecido por la ley) también podía ser válida, como lo fue, en la época de los totalitarismos del siglo siguiente. Es más, se podía decir sin dificultad que el carácter esencial del Estado decimonónico era el de la <totalidad>, entendida como <la posibilidad, salvo autolimitación, de regular cualquier relación relevante para sus fines>. **El Estado <total>, capaz de extender su control sobre la sociedad hasta donde fuese conveniente para lograr sus fines, podía de hecho – como en efecto sucedió – transformarse en <totalitarista> (según expresión de la época) en caso de que sus fines abarcasen todo el espectro de las acciones sociales.”**

La lectura del profesor Zagrebelsky y el razonamiento de los magistrados de la Corte Constitucional ecuatoriana reconociendo legitimidad a un parlamento que expide normas restringiendo derechos fundamentales, prevalido de una mayoría apabullante, nos remonta al año de 1932, cuando el jurista alemán ²¹**Carl Schmitt**, sostenía: “Nuestro ente estatal se halla en un proceso de mutación característico del momento actual, y el giro hacia un estado totalitario con su inevitable tendencia hacia un plan (ahora se lo

²¹ Legalidad y Legitimidad. Ed. Comares, 2006, Granada, Pág. 4.

llama proyecto) en vez de hacia la libertad como hace cien años, se manifiesta hoy típicamente como un viraje hacia el Estado administrativo”. Y continúa en 1932 el teórico jurídico del Nacional socialismo alemán expresando que: “Con la tolerancia del Reichstag y la aceptación de la teoría jurídica del Estado y una **praxis jurisdiccional legitimadora**, a lo largo de los últimos años se ha consagrado **un tercer legislador extraordinario** en el ente estatal del Reich alemán, el presidente del Reich capaz de dictar ordenanzas según el artículo 48, sec. 2 de la Constitución del Reich”. Solo basta recordar que ese legislador extraordinario era **Adolf Hitler** para que las semejanzas nos hagan estremecer.

V.

CONCLUSIÓN DE LA RELATORÍA

Es evidente que la sentencia en análisis aprueba la Ley Orgánica de Comunicación ecuatoriana, afectando gravemente los derechos fundamentales de opinión, de expresión y de comunicación, que constituyen una unidad indisoluble, esto es, que no pueden ejercerse a cabalidad uno sin los otros, y cuando ello ocurre, significa la extinción de la sociedad democrática y pluralista.

RESOLUCIÓN: El Observatorio de Derechos y Justicia, aprueba el presente informe, en Guayaquil a los 08 días del mes de Octubre de 2014.

Dr. Enrique Herrería B.
DIRECTOR EJECUTIVO