FACULTAD DE DERECHO

"DOCTRINA DE LA REAL MALICIA Y PRINCIPIO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN, SU APLICACIÓN Y EFECTOS EN LA NUEVA LEGISLACION ECUATORIANA."

Trabajo de titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República.

Profesor Guía:

Dr. Paúl Pacheco Barzallo

Autora:

Johanna Gabriela Galindo Bucheli

2012

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reunimos periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo dl tema seleccionado y tomando en cuenta las disposiciones vigentes que se encuentran en la guía de trabajos de titulación”

Dr. Paúl Pacheco Barzallo

C.I. 1712291713

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría. Que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

Johanna Gabriela Galindo Bucheli

C.I. 171754460-3

AGRADECIMIENTOS

A mi profesor guía por toda su apertura en la realización de este trabajo y a los demás docentes que se empoderaron de esta tesis y colaboraron de muchas maneras en su desarrollo.

DEDICATORIA

A mis padres por la tenacidad inculcada a lo largo de mi vida.

A mis colegas, compañeros, jefes amigos que vieron en este trabajo una guía útil en la práctica profesional.

RESUMEN

Ecuador (y Latinoamérica en general) no tienen mayor experiencia en el tema de la regulación de la Libertad de Expresión, por lo que en el ánimo de establecer mecanismos de control a ciertos excesos de la actividad informativa, han terminado más bien, coartando la libertad de pensamiento, de opinión y de manifestación. Las democracias pueden solamente fortalecerse en su esencia a través de mecanismos técnicos que permitan garantizar el ejercicio de las libertades.

Así, es que este trabajo ha tenido el fin de proponer la incorporación de la Doctrina de la Real Malicia y de otros elementos consecuentes a estos parámetros jurídicos, para construir una legislación adecuada a la realidad actual que vive el país, desde la interdisciplinariedad y la revisión jurisprudencial tanto de casos nacionales como resueltos por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, proponiendo la inclusión de experiencias de organismos y Estados a la vez que (al tratarse de un tema nuevo) busca incorporar elementos teóricos y criterios tanto judiciales como de profesionales de la comunicación, para que en este ámbito, se pueda construir un cuerpo legal acorde a la defensa de los derechos fundamentales.

Se intenta abarcar de forma confrontativa la dicotomía surgida alrededor de la controversia entre derecho a la honra y derecho a la libertad de expresión, intentando en este marco, dar una salida objetiva con fundamento en la defensa del bien colectivo al bien individual. Así mismo, se ha revisado articulados que de una u otra manera tienen que ver con el tema de la libertad de expresión y el texto de la Ley Orgánica de Comunicación, lista para votación en la Asamblea Nacional.

El objetivo social de este trabajo ha sido demostrar que aunque la Libertad de Expresión es el más importante de los derechos sociales a la vez que individuales porque permite el ejercicio y la exigencia de todos los demás derechos fundamentales, no es absoluto y por ello, urge una normativa clara, precisa, multidisciplinaria, socializada y con urgentes parámetros técnicos que permitan su aplicación y ejercicio en un Estado democrático, constitucional y garantista de derechos.

ABSTRACT

Ecuador (and Latin America in general) do not have much experience in the field of regulating freedom of expression, so in the mood to establish control mechanisms to certain excesses of information activity, have done more, restricting the freedom of thought, opinion and expression. Democracies can only be strengthened in its essence through technical mechanisms to guarantee the exercise of freedom.

So, is that this work has had to propose the incorporation of the Doctrine of the Real Malice and other elements consistent with these legal parameters, to construct appropriate legislation to the current situation in the country, from inter-and jurisprudential review of both national cases as decided by the Inter-American Court of Human Rights, proposing to include experiences of organizations and governments as well as (being a new issue) seeks to incorporate theoretical elements and standards of judicial and professional communication, so that in this area, you can build a body of law according to the defense of fundamental rights.

It tries to cover so confrontational dichotomy emerged about the controversy between right to privacy and right to freedom of expression, trying in this framework, give an objective output on the basis of the defense of the collective good to the individual good. Also, it has articulated a revised or otherwise deal with the issue of freedom of speech and the text of the Communications Act, ready to vote in the National Assembly.

The social objective of this study was to demonstrate that although freedom of expression is the most important social rights while individual because it allows the exercise and the requirement of all other fundamental rights, is not absolute and therefore urges a clear, precise, multidisciplinary, socialized and urgent technical parameters that allow its application and exercise in a democratic, constitutional and guarantor of rights.

INDICE

INTRODUCCIÓN…..... 1

CAPÍTULO I..... 5

1. Aspectos históricos y aproximaciones teórico-doctrinarias…….. 5

1.1. Qué es la doctrina de la real malicia……..… 6

1.1.1. La real malicia desde una perspectiva constitucionalista..... 10

1.2. Libertad de expresión: perspectivas civil y penal.. 18

1.2.1. Ámbito penal: elementos histórico-doctrinarios de la criminalización de la libertad de expresión…. 18

1.2.2. Ámbito civil: sanciones pecuniarias…… 25

1.3. Qué es la libertad de expresión: su alcance y diferenciación práctica con la libertad de prensa y la libertad de información.....…… 31

1.3.1. Libertad de expresión…… 31

1.3.2. Libertad de opinión…… 33

1.3.3. Libertad de información…… 33

1.3.4. Libertad de prensa…….. 35

1.4. Libertad de expresión y derechos humanos…….. 36

1.4.1. Libertad de expresión desde lo constitucional……. 40

1.4.2. Breve recuento de los convenios y tratados suscritos por el ecuador en la materia–normas pertinentes…….. 45

1.4.2.1. Convención-pacto de san josé…….. 45

1.4.2.2. Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "protocolo de san salvador"…… 47

1.4.2.3. Carta democrática interamericana..... 48
1.4.2.4. Declaración universal de los derechos humanos…….. 48
1.4.2.5. Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de la naciones unidas..... 50
1.4.2.6. Pacto internacional de derechos civiles y políticos…….. 50
CAPÍTULO II..... 53
2. Una aproximación hacia la construcción de una ley efectiva..... 53
2.1. Hacia una incorporación necesaria de los principios del derecho, como fuente escencial, en la creación de nuevas leyes…….. 55
2.1.1. Una visión política y práctica sobre los principios del derecho..... 59
2.2. El importante aporte de la doctrina en la construcción del derecho……..... 66
2.3. Hacia un enfoque metodológico sobre los derechos fundamentales……..... 69
2.4. La interdisciplinariedad necesaria para la construccion de un efectivo cuerpo legal……. 73
CAPÍTULO III……. 77
3. Derecho a la honra y libertad de expresión……. 77
3.1. Una justificación práctica……..... 77
3.2. Derecho a la honra vs. Derecho a la libertad de expresión…..... 79

3.2.1. Principio de distinción de personas públicas y asuntos de interés público y personas y asuntos de interés privado……. 81
3.2.2. Principio de aplicación de sanciones civiles en casos de personas públicas o asuntos de interés público…….. 82
3.2.3. Principio de aplicación del estándar de la "real malicia"…… 83
3.2.4. Principio de la inversión de la carga de la prueba… 84
3.3. Sitema de la ponderación u otros caminos posibles.. 88
3.4. Algunas perspectivas interesantes……..... 95
CAPÍTULO IV……. 104
4. Jurisprudencia: algunos casos de interés..... 104
4.1. Casos que han pasado por la corte interamericana de derechos humanos..... 104
4.1.1. Caso blake vs. El estado de Guatemala…… 104
4.1.2. Caso globovisión vs. El estado de Venezuela…..... 107
4.1.3. Caso herrera ulloa vs. Estado de costa rica……. 110
4.1.4. Opinión consultiva oc-5-85: sobre la colegiación obligatoria de los periodistas…… 123
4.1.5. Caso ricardo canese vs. El estado de paraguay….. 127
4.1.6. Caso 'la última tentación de cristo' vs Estado de chile 136
4.1.7. Caso palamara iribarne vs. Chile…… 139
4.1.8. Caso claude reyes y otros vs. Chile…… 144
4.1.9. Caso kimel vs. Argentina…….. 146
4.2. Algunos casos que aún están en instancias nacionales..... 150
4.2.1. Ecuador: caso el universo……. 150
4.2.2. Ecuador: caso "gran hermano"…… 153
4.2.3. Colombia: caso cundinamarca democrática…….. 155
4.2.4. Caso news corp. International…….. 156

4.2.5. México: el caso mexicano, un punto a parte pese a las medidas…… 157
4.2.6. Honduras: un caso similar al mexicano……. 163
CAPÍTULO V…….... 164
5. Propuesta en la realidad ecuatoriana……..... 164
5.1. Introducción……..... 164
5.2. Aterrizando en la realidad ecuatoriana……. 164
5.2.1. La constitución…… 165
5.2.2. Legislación penal…… 175
5.2.3. Legislación electoral…….. 180
5.2.4. Código de conducta para los abogados en libre ejercicio (proyecto presentado por la fiscalía general del estado)…… 183
5.2.5. Ley de telecomunicaciones…….. 184
5.2.6. Ley orgánica de control de poder de mercado……. 189
5.2.7. Legislación civil……..... 190
5.3. Ley de comunicación……..... 192
5.3.1. Título i: disposiciones preliminares y definiciones… 194
5.3.2. Título ii: principios y derechos…….. 197
5.3.3. Capitulo ii: derechos a la comunicación.- sección i: derechos de libertad…….. 206
5.3.4. Sección ii: derechos de igualdad e interculturalidad 216
5.3.5. Sección iii: derechos de participación……. 217
5.3.6. Sección iv: derechos de los comunicadores……. 218
5.3.7. Titulo iii: sistema de comunicación social.- capítulo i: alcance……. 237
5.3.8. Capitulo ii: consejo de regulación y desarrollo de la comunicación. - sección i: atribuciones y conformación……. 239
5.3.9. Sección ii: estructura y funcionamiento…….. 242
5.3.10. Título iv: regulación de contenidos…… 248

5.3.11. Título v: medios de comunicación social……. 253
5.3.12. Sección i: medios de comunicación públicos; sección ii: medios de comunicación privados; sección iii: medios de comunicación comunitarios.. 255
5.3.13. Sección iv: transparencia de los medios de comunicación social…….. 257
5.3.14. Sección v: publicidad…… 258
5.3.15. Sección vii: producción nacional…… 259
5.3.16. Sección viii: espectáculos públicos…….. 260
5.3.17. Título vi: gestión del espectro radioeléctrico…… 260
CAPÍTULO VI……..... 263
6. Conclusiones y recomendaciones…..... 263
6.1. Conclusiones……..... 263
6.2. Recomendaciones……. 270
BIBLIOGRAFIA……. 275
ANEXOS…… 285

INTRODUCCIÓN

La libertad de expresión es un derecho fundamental o un derecho humano, señalado en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y que concede a “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y de recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

Entonces, debemos preguntarnos si es una necesidad, para concretar dicho ejercicio, el acceso a los medios y si la respuesta es positiva

¿Qué tratamiento debe dársele a la información difundida? ¿Qué tratamiento a la fuente generadora de la información? ¿Es la ley lo suficientemente objetiva respecto de los investigadores? ¿Hasta qué punto es prudente la denuncia? ¿Cómo se debe manejar lo concerniente a autoridades públicas? ¿Existe un marco jurídico que proteja el ejercicio de la libertad de expresión? ¿Cuál es el límite entre el ejercicio de la libertad de expresión y el delito? ¿Cuál es el alcance de la comunicación como derecho fundamental y cuál como ejercicio de poder económico-político?

Asimismo, si hablamos de democracia y considerando siempre que las frecuencias del espectro radio eléctrico son propiedad del Estado en representación de la población en general ¿cuál debe ser el límite para otorgar, revocar o no conceder frecuencias a grupos económicos, movimientos sociales, agrupaciones ciudadanas, etc.? Y asimismo ¿cuál debe ser el límite del Estado para controlar los contenidos difundidos en medios? Y ¿cómo incluir el principio de ‘participación ciudadana’ defendido por el régimen, en el ejercicio de la libertad de expresión?

Si además tenemos siempre en cuenta que el ser humano, es el único ser en la naturaleza que necesita de una comunidad para sobrevivir, en otras palabras

necesitamos de una serie de instrumentos culturales que garanticen a través de la comunicación nuestra supervivencia ¿pueden así llevados por el dogma del libre mercado los medios de comunicación masiva convertirse en un negocio, o, en un instrumento de difamación? Y si es así ¿hasta qué punto debe permitirse el ejercicio de la libertad de expresión? O sino ¿hasta qué punto cabe el ocultamiento y el contrarresto al ejercicio investigativo bajo la acusación de la 'real malicia'?

Veamos, la Constitución Política del Ecuador aprobada el 28 de Septiembre de 2008 con el 63,93% de los votos válidos dice en su artículo 16 literal 1 que "Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos". En este marco, cabe preguntarse ¿el Estado garantiza este principio constitucional?

La Constitución que en su artículo 17 numeral 1 dice que "el Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y al efecto: Garantizará la asignación, a través de métodos transparentes y en igualdad de condiciones, de las frecuencias del espectro radioeléctrico, para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, así como el acceso a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas, y precautelará que en su utilización prevalezca el interés colectivo". Así, cabe preguntarnos ¿es esto suficiente para garantizar el derecho a la libertad de expresión, o son elementos insuficientes para proteger el ejercicio de un derecho humano fundamental?

El fin de este trabajo, además es analizar el proyecto de Ley Orgánica de Comunicación, que actualmente se encuentra en debate en el Pleno de la Asamblea Nacional y que ya ha pasado por varios acuerdos político-ético-jurídicos y cuya aprobación permanece en espera debido a la controversia surgida sobre el irrespeto al derecho de la libertad de expresión.

Empero de este enmarcamiento teórico-jurídico-doctrinario, en el Ecuador, en la actualidad, se está cocinando un proyecto de ley Orgánica de comunicación, que ha pasado por varios acuerdos ético-políticos pero que no define su texto en función de necesidades sociales como de urgencias de obediencia de partido. Es esta la necesidad de analizar dicho proyecto que concierne, de manera directa, a la generalidad de los ciudadanos.

Es por ello, que resulta necesario identificar estos elementos y su tratamiento en el proyecto de ley antes citado, cuya aprobación está próxima y cuya controversia, al parecer, se mantendrá en los mismos niveles del anterior texto presentado ante la Asamblea Nacional y debatido en la Subcomisión Especializada Ocasional de Comunicación.

Esto, en vista de que desde el oficialismo gubernamental, se ha anticipado que se retomará desde cero el proyecto que quedó pospuesto para ser retomado a partir de febrero del presente año, pero esta vez, con un texto distinto, es decir, libre de los acuerdos anteriormente alcanzados con los gremios periodísticos, sectores sociales, movimientos políticos y representantes de veedurías ciudadanas.

Se ha escogido este tema, sobre el análisis constitucional y comparativo respecto del sistema de tratados y convenciones internacionales que el Ecuador ha suscrito, para efectuar una confrontación teórico-práctica respecto del momento que el país vive en cuanto a la creación de nuevas leyes en el marco de la aplicación del principio de participación ciudadana, para establecer si el ejercicio de la libertad de expresión, entendida como libertad de pensamiento y de opinión, es respetada; y, para determinar los limites existentes en el ejercicio de este derecho.

Por esto mismo, se ha elegido enmarcar este estudio en el tema de la doctrina de la real malicia, debido a que ésta, permitiría justificar muchos de los

coartamientos a las libertades humanas expresas, en el contexto de la defensa de los derechos del honor. Así, este trabajo busca esclarecer cuan dable es la censura y cuan permisible es el evitar la denuncia a cerca de hechos que deben estar a vista de la opinión pública, apelando a dicho honor y a dicha censura.

Así tendremos que una aproximación al concepto de libertad nos la hace mostrar como un derecho imprescindible e inalienable de la persona humana, y por ende perteneciente indisolublemente a su naturaleza. Esto nos conduce a la concepción de la libertad como un derecho natural, fundamental y primordial y a esta, como esencialmente protegida por la Carta Fundamental Hipotética.

Este trabajo busca, entonces, responder a la pregunta sobre sí ¿Es el Proyecto de Ley Orgánica de Comunicación inconstitucional y/o atentatorio a los derechos fundamentales de las personas consagrados en declaraciones e instrumentos internacionales; o, busca, en nombre del Estado, precautelar el bienestar general de la ciudadanía del poder mediático?

Esto, debido a que, como asegura el Dr. Jorge Zavala Egas, “toda regulación restrictiva del ejercicio del derecho de comunicación e información es inconstitucional”, salvo que “se justifique por el poder normativo que el mensaje y su contenido constituyen un peligro claro de actos inmediatos contra derechos e intereses de personas y de la comunidad misma”.

CAPÍTULO I

1. ASPECTOS HISTÓRICOS Y APROXIMACIONES TEÓRICO-DOCTRINARIAS

El Ecuador, por primera vez, está a punto de tener su primera Ley Orgánica de Comunicación. En este marco se han generado muchas interrogantes sobre su ámbito de aplicación, los mecanismos que se utilizarán para regular el ejercicio comunicacional, cuál es la amplitud que los legisladores de turno a cargo de crearla entienden por “comunicación”, y cuáles serán los criterios bajo los que se establecerán sanciones, multas (y aunque parezca increíble, hasta penas) en este cuerpo legal.

Con el fin de esclarecer estas y otras dudas, este trabajo busca efectuar un análisis doctrinario y un acercamiento jurisprudencial respecto de otras legislaciones que ya han creado leyes respecto del ejercicio de la libertad de expresión que es el verdadero bien jurídico que se pone sobre la mesa cuando se habla de una “ley de comunicación”.

El fin de este trabajo, como ya se lo ha expuesto en el epílogo, es resolver inquietudes y proponer una serie de criterios que sirvan de rectores cuando del juzgamiento respecto del ejercicio de la libertad de expresión se trate.

En este capítulo, en particular, se efectuará un recorrido histórico-doctrinario dentro de lo jurídico que, primeramente, permita esclarecer conceptos a cerca de la propuesta general de este trabajo y que le permitan al lector ir formando su propio criterio a cerca de importantes aspectos de un tema que es de interés general.

La pretensión es explicar qué es y en qué consiste la DOCTRINA DE LA REAL MALICIA (y derivados suyos como la Doctrina Campillay o sus antecesores

como la Doctrina del Libelo Sedicioso). También se intentará puntualizar sobre el alcance y diferencias a cerca de la libertad de expresión, de información, de opinión y de prensa. Con ello, en capítulos posteriores, se irá desarrollando la propuesta objeto de este trabajo de titulación.

1.1. QUÉ ES LA DOCTRINA DE LA REAL MALICIA

En materia de Derecho, la DOCTRINA DE LA REAL MALICIA es una teoría que nace en el marco de procesos por calumnias o injurias publicadas a través de cualquier medio de difusión masiva, vertidas respecto de funcionarios públicos, personalidades públicas o cualquier persona involucrada en alguna cuestión de interés público. Si bien las legislaciones de varios países han tratado el tema, en América Latina es fundamental la trascendencia que le ha dado al tema la jurisprudencia argentina; mientras que en el marco de las actuales circunstancias, resulta de eminentemente importante el tratamiento que al tema se le pueda dar en el sistema legal ecuatoriano. De lo expuesto, podemos distinguir los siguientes elementos:

a) Las calumnias o injurias;

b) Reproducidas por cualquier medio de comunicación masiva;

c) El sujeto pasivo debe ser: funcionarios públicos (en ejercicio o no); personalidades públicas; y/o personas privadas involucradas en alguna cuestión de interés público.

Ya con este elemento conceptual a cerca de uno de los temas centrales de este trabajo de titulación, cabe efectuar un miramiento teórico-doctrinario acerca del origen y el fondo de la DOCTRINA DE LA REAL MALICIA. Para esto tenemos que hacer una revisión del caso New York Times Vs Sullivan del año 1964 en Estados Unidos.

Históricamente este conflicto empieza cuando en el New York Times se publica una nota bajo solicitud financiada (también denominado espacio contratado),

por un grupo de personas, donde se describen actitudes segregacionistas en la ciudad de Alabama, contra un grupo de manifestantes de raza negra liderados por el Doctor Martin Luther King. Se trataba de una carta que hacía referencia a la negación pragmática del ejercicio de los derechos civiles de los negros quienes reclamaban su legítima facultad de vivir dignamente, tal como lo garantizaba la Constitución estadounidense y el Bill of Rights.

En el artículo intitulado “Escuchad sus voces que claman” (Ver anexo 1: contiene el texto de la publicación difundida por el New York Times el 29 de marzo de 1960) se ponía de manifiesto era un fragor tendiente a erradicar los resabios de la discriminación racial existente en los Estados Unidos en la que se denunciaba una “ola de terror sin precedentes” en contra de ciudadanos afroamericanos: se denunciaba actos segregacionistas como el arresto de estudiantes por la sola intención que querer comprar café, la expulsión de universitarios por el sólo hecho de asistir a la legislatura, lo ocurrido en el “célebre” autobús de Montgomery, y otros innumerables hechos ocurridos en Tallahassee, Atlanta, Nashville, Savannah, Greensboro, Memphis, Richmond, Charlotte y varias otras ciudades sureñas. “No es de extrañarse, pues, que los que en el Sur violan la Constitución le teman a esta nueva modalidad no violenta de luchadores por la libertad del mismo modo que le temen a la creciente marea en favor del derecho al sufragio” (Ver Anexo 1) rezaba parte de la publicación, que refería a la tendencia pacifista de protesta emprendida por el Doctor King.

La reacción ante tan temeraria publicación no se hizo esperar. Enseguida, el 5 de abril de 1960, L. D. Sullivan, comisario de la ciudad de Montgomery, publica una réplica a este artículo en el diario The Alabama Journal en la que efectúa “puntualizaciones” a ciertas “imprecisiones” del texto publicado por el The New York Times. Posteriormente, el diario matutino The Advertiser publica otra réplica, alegando que la publicación de original tenía el deliberado propósito de engañar a los lectores de The New York Times, diario al cual, el 8 de abril de

ese año, Sullivan se dirige para exigir una retractación de lo que consideraba una publicación “falsa y difamatoria”.

Posteriormente, L. D. Sullivan, comisario de la ciudad de Montgomery, expresando agravio por dicha publicación, inició acción civil por injurias contra New York Times por sentirse involucrado en los eventos descritos, ya que por su cargo supervisaba el departamento de policía que actuó en el hecho.

Podría decirse entonces que la jurisprudencia sentada por la Corte de Estados Unidos, delimita los extremos de aplicabilidad de la DOCTRINA DE LA REAL MALICIA. Estos serían:
a) La calidad de figura pública del sujeto pasivo.
b) La temeraria despreocupación sobre la falsedad de la manifestación.
c) La distinción entre afirmaciones de hechos sujetos a la calificación de verdaderos o falsos, en contraposición a la manifestación de opiniones.

Respecto del punto a), la Corte norteamericana, amplió luego en posteriores fallos el carácter de funcionario público requerido para la aplicabilidad de la doctrina en cuestión; haciéndola extensiva a figuras privadas que voluntariamente se han expuesto a algún asunto de interés público.

Badeni (2005, p. 20 a 50) destaca que en atención a este caso, la justicia estadounidense enunció como condición de la responsabilidad, algo que hoy es un principio: que quién efectuara la declaración lo hiciera con conocimiento de la falsedad o temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad o “como mínimo, el dolo eventual” en el marco de la doctrina penal, descartando toda posibilidad de interpretarlo dentro de la categoría de los delitos imprudentes.

Otro elemento fundamental es la necesaria y previa diferenciación entre expresión de hechos y expresión de opiniones, diferenciación que aunque toma fuerza con este caso, no surge de la doctrina de la Corte norteamericana, sino

del fallo del denominado caso “Gertz” (Ver Anexo 16.1.) donde se indicó que no hay ninguna protección constitucional respecto de expresiones falsas sobre hechos, pero no implica esto decir que la expresión de opiniones pueda ser restringida, sino todo lo contrario.

En este caso, el Tribunal sostuvo que, siempre y cuando no impongan responsabilidad sin culpa, los estados son libres de establecer sus propias normas de responsabilidad por las declaraciones difamatorias hechas por particulares. Empero, se declaró que si la norma estatal es inferior a la REAL MALICIA, la norma se aplica sólo por los daños reales, estableciendo que la responsabilidad objetiva por difamación es inconstitucional en los Estados Unidos, el demandante debe ser capaz de demostrar que el acusado actuó con negligencia o con un mayor nivel de ‘mens rea’ (*mente culpable*), esto pese a que en muchos otros países del Common Law, la responsabilidad objetiva por la difamación sigue siendo la regla.

En el caso en cuestión se da un enorme paso en el reconocimiento del papel social de la comunicación en la libertad de expresión. Se establece por primera vez la idea de que la emisión de una opinión es fundamental en el debate público y que, por lo tanto, una opinión no puede ser difamatoria por ningún concepto. Otro elemento importante que este caso introduce es la división de figuras públicas de figuras privadas, al momento de determinar la existencia de temeridad en el contenido de una información. Sobre esto, Shirley Biagi y Jeffrey Cole (2005), se refirieron en los siguientes términos:

> “Las personas que son definidas como ciudadanos privados por un tribunal deben mostrar tan sólo que la información difamatoria era falsa y que el periodista o la organización noticiosa actuaron con negligencia al presentarla. Las figuras públicas no sólo deben demostrar que la información era falsa, sino que la información fue publicada con malicia de facto o sea que el periodista o la organización noticiosa sabían que la información no era cierta o que el periodista o la organización noticiosa

de manera deliberada pasaron por alto hechos que habrían probado que la información publicada era falsa” (p. 29-30).

1.1.1. LA REAL MALICIA DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONALISTA

> *“El rol que desempeña la prensa libre en un sistema democrático constitucional difiere sustancialmente del que se le atribuye en un régimen autocrático”*
> José Claudio Escribano

La necesidad de preservar la libertad de prensa y la prensa libre (cabe enfatizar en esta diferenciación), es fundamental para la mantención de un equilibrio social esto debido a que ella desempeña un rol esencial en un sistema democrático constitucional en dos ámbitos: el manejo de la opinión pública y el acceso a la información (consagrado en el actual sistema constitucionalista que rige en el Ecuador).

Es sin duda elemental que la promoción de acciones penales o civiles constituye procedimientos sumamente efectivos para silenciar las críticas o privar de información a la comunidad. Se pone un velo y se obliga a los periodistas y a quienes se logren identificar como líderes de opinión, una advertencia para actuar con suma cautela.

Sin embargo, el derecho al buen nombre y a la buena reputación son también derechos constitucionales por lo que resulta necesario que sí, efectivamente, se establezcan criterios de tipificación judicial que permitan gestar un equilibrio razonable entre la función social de la prensa y los derechos individuales que puedan ser vulnerados mediante una publicación.

Cabe recalcar que este trabajo busca establecer que la libertad de prensa, entendida como uno de las principales formas de libertad de expresión (a lo

largo de este trabajo se va a enfocar a la “libertad de prensa” -lo particular- como una forma apenas de la “libertad de expresión” -lo general-), al igual que las restantes libertades constitucionales, no reviste carácter absoluto en orden a las consecuencias que depara su ejercicio.

Sin embargo, el criterio para ponderar la responsabilidad jurídica consecuente impone la aplicación de reglas especiales, no para otorgar un privilegio a quien ejerce esa libertad, sino para preservar la subsistencia de un sistema democrático constitucional y el fundamental derecho de los ciudadanos a conocer sobre los distintos temas que le atañen en su cotidianeidad.

La Carta Magna de 1787 de los Trece Estados -EEUU- (resultante de la Declaración de Derechos de Virginia, documento que también fue antecedente directo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 realizada por la Revolución francesa y de la Carta de Derechos de los Estados Unidos de 1791 (enmendada) a la que hacemos referencia), que no contaba con una declaración de derechos como tal, la cual solamente llega en 1791, con las diez enmiendas constitucionales (dentro de las diez primeras enmiendas, pues son veinte en total. Ver Anexo II), de las cuales la primera establece textualmente lo siguiente:

> “El Congreso no dictará ley alguna estableciendo una religión, o prohibiendo su libre ejercicio; ni que limite la libertad de palabra o de prensa; ni el derecho del pueblo de reunirse pacíficamente y a peticionar al gobierno la reparación de sus agravios” (Primera Enmienda Constitucional de EEUU. Ver anexo II).

E indudablemente, este articulado marcará lo que será el futuro de los Derechos Humanos en los países occidentales y los preceptos constitucionales básicos que se defenderá en nuestro sistema. Empero, lo que resulta definitivamente irónico es que precisamente en el país en el que se consagra la libertad de expresión dentro de la misma Carta Magna, es en dónde se

madurarán elementos contra este mismo derecho, gracias a su herencia directa del ordenamiento británico.

Ya en puntos anteriores se analizó el origen histórico de la criminalización de la libertad de expresión y los consecuentes mecanismos utilizados para lograrlo judicialmente. Empero, uno de los aspectos más graves es que en su momento, el tema no llegó a discutirse constitucionalmente en el ordenamiento estadounidense y nunca se debatió en alcance de la Sedition Act en relación a la esencia de la Primera Enmienda. Sólo años más tarde, cuando los republicanos retoman el control parlamentario por sobre los federalistas, se genera un debate en torno a la constitucionalidad de esa ley, pero en un entorno eminentemente político y no jurisprudencial.

En general, la pregunta que este recorrido histórico-jurisprudencial-sistémico busca plantear es la siguiente: ¿Es la judicialización de la libertad de expresión incompatible con la noción misma de democracia?

Desde una perspectiva contemporánea, es indiscutible que la facultad de los ciudadanos de un Estado de poder emitir expresiones críticas o desfavorables respecto al Gobierno, sin sufrir por ello la acción coactiva y represiva del poder público forma parte del contenido mismo de la libertad de expresión -y como consecuencia de ella, de la libertad de prensa- y este, por tanto, es un presupuesto irrenunciable de todo sistema democrático.

En este marco, surge la “teoría blackstoniana” (Magaloni, 2009, p. 134) que afirma que la libertad de prensa consistía en “no poner restricciones previas a la publicación, pero no en la libertad respecto de la censura en materia criminal una vez publicado” pero para Vernengo (1977, p. 217), el incumplimiento del deber implica necesariamente una sanción (al analizar los enunciados de la teoría blackstoniana), aunque como también lo destaca en su momento, Arias Castaño “todo hombre libre tiene el derecho indudable de exponer en público cuantas opiniones desee; prohibírselo sería destruir la libertad de prensa, pero

si publica cosas indebidas, maliciosas o ilegales, debe asumir las consecuencias de su propia temeridad" (Arias Castaño, 2009, p. 313).

De esto, podemos distinguir que para los teóricos blackstonianos, la garantía constitucional no era la protección de la libertad de expresión en esencia sino la facultad de establecer que "todos" podían expresarse o publicar sin sufrir injerencias estatales de ningún tipo. No debía estar incluida, para ellos, la garantía de no sufrir una sanción de índole penal como consecuencia de lo publicado, determinación que fue colocada exclusivamente en manos legislativas, deslegitimando, según ellos, la posibilidad de que se alegue cualquier tipo de restricción constitucional. Este fue el argumento con el que, en su momento, los federalistas partidarios de Adams defendieron las limitaciones a la libertad de prensa.

En contraposición y con un argumento favorable a las ideologías republicanas, está una visión que enfoca a estas limitantes como atentatorias a las intenciones constitucionalistas y al espíritu propio de la Primera Enmienda. Albert Gallatin es el abanderado de esta postura que asegura que con elementos como el Sedition Act, una afinidad política logra sobreponerse a la esencia democrática de un pueblo.

> "La ley y sus partidarios suponen que cualquiera que no esté conforme con las medidas adoptadas por la Administración, y de la mayoría temporal en el Congreso, y exprese, ya sea verbalmente o por escrito, su desaprobación y su falta de confianza en los hombres actualmente en el poder, es un sedicioso; un enemigo, no de la Administración sino de la Constitución y que debe ser penalmente sancionado" (…) por ello, sin duda alguna "…esta Ley debe ser considerada sólo como un arma usada por el partido de turno en el poder con la finalidad de perpetuar su autoridad y preservar sus actuales posiciones" por fuera de cualquier mirada crítica a su gestión" (Madison, 1906, pp. 297-298).

Los republicanos defendían una extensiva interpretación constitucionalista del derecho de libertad de expresión y de prensa establecido en la Primera Enmienda, amparando que este ocupaba un lugar prioritario y central la facultad de expresar y publicar opiniones políticas sin sufrir por ello ningún tipo de represión por parte de los poderes públicos: el oficialismo se reservaba el privilegio de perseguir y castigar todo lo que le pareciera no favorable, convirtiendo al principio de la libertad de expresión en una no-garantía.

Asimismo, los opositores al federalismo alegaban (basándose en la pirámide kelseniana) que la mayor expresión jurídica dentro de un sistema democrático era la Constitución que representaba la voluntad popular, la voz del mandante y que los mandatarios no habían hecho en ella, más que reconocer con amplitud las garantías del pueblo de ejercerse a sí mismo como ciudadano. La Constitución y sus enmiendas no podían oponerse a su razón de ser: el pueblo; en contraposición a la ponderación de un gobierno pasajero que debe rendir cuentas a su jefe. Al respecto, la Cámara Legislativa de Virginia emite un informe en el que cuestiona lo siguiente:

> “La naturaleza de los gobiernos en los que todos sus órganos son electivos, limitados y responsables por sus actos bien podría requerir una mayor libertad para disentir que la que puede ser tolerada por los gobiernos como el de Gran Bretaña en el que es un principio que el rey, cargo hereditario y no responsable por sus actos, no se equivoca, y donde las Cámaras legislativas, que en dos de sus tercios son también hereditarias y no responsables, pueden hacer lo que le plazca. ¿No es natural y necesario atendidas estas circunstancias que un diferente grado en la libertad de prensa debería ser contemplado?” (Madison, 1906, p. 310).

Pero para esta afirmación hubo una respuesta federalista que alegaba que si los ciudadanos pusieron en manos de “X” gobierno la capacidad de tomar decisiones y encaminar al Estado dentro de los lineamientos por ese régimen

propuesto, entonces las decisiones que estos tomaran no debían. Siguiendo la corriente martiniana, se establecía que:

> “Los ciudadanos delegan en sus representantes el ejercicio de la facultad de deliberar políticamente, por las mismas razones, y con las mismas consecuencias, que delegan la facultad para aprobar leyes, y por ello de la misma manera que los ciudadanos están obligados a cumplir las leyes aprobadas por el Parlamento, están obligados también a respetar y apoyar las directrices políticas marcadas por el gobierno sin mostrar su disconformidad (…) por ello, basándose en la delegación del poder, es perfectamente compatible con el principio democrático y con la soberanía popular sancionar el incumplimiento de las leyes; a partir de la delegación de las funciones deliberativas, resulta plenamente justificada la represión de los críticos y discrepantes políticos” (Arias Castaño, 2009, p.317).

Este argumento prevaleció y, en realidad, en la práctica, ha permitido que a través de la historia contemporánea de los países occidentales, ya herederos del sistema romanista ya herederos del Common Law, se aplique en diferentes formas la figura del “libelo sedicioso” ya no aparece bajo estas premisas como una figura de imposible armonización con una teoría democrática del poder sino, al contrario, como un instrumento lógicamente inherente a esta peculiar manera de entender la democracia representativa a través del que se castiga la usurpación por parte de los particulares de la función deliberativa para cuyo ejercicio únicamente se encuentran legitimados unos determinados sujetos: los representantes de la mayoría, en contraposición a quiénes supuestamente defienden intereses particulares.

> “Para los federalistas, el sistema democrático era el del gobierno de la mayoría y su elemento central su carácter electoralista (…) ya que en su modelo los antidemócratas eran, precisamente, los disidentes, pues siendo minoría desafiaban las medidas y juicios políticos establecidos

> por los representantes de la mayoría (…) para los federalistas, la oposición al Gobierno era una traidora tentativa de frustrar la voluntad del pueblo (…) Era patriotismo escribir a favor de nuestro Gobierno, y es sedición escribir en su contra" (Arias Castaño, 2009, p.319).

Sin embargo, es imperante que se recuerde que dentro del contexto analizado estamos hablando de figuras legales que se dieron entre los siglos XVIII y XIX y que, en su momento, dentro de una fase de maduración de la democracia eran realmente controversiales, pero se trata de temas que en la contemporaneidad, por sensatez histórica, no deberían estar siendo discutidos nuevamente.

"Durante muchos años los EEUU han mostrado su arrepentimiento por la Sedition Act de 1798, reembolsando las multas que habían impuesto en virtud de esa ley", escribe Sebasitá Arjona (2006, p. 151), respecto de un análisis jurisprudencial a cerca de la aplicación de la Sedition Act en la historia norteamericana. En 1840, el Congreso estadounidense aprobó indemnizar a los descendientes de aquellos que habían sido condenados por expresar sus ideas (algunos casos al respecto fueron referenciados en puntos anteriores) y se reconoció que este cuerpo legal había sido aprobado y puesto en vigencia bajo un ejercicio equivocado del poder y que "la ley era 'nula e inválida', y que su inconstitucionalidad había sido declarada de manera concluyente" (Arjona, 2006, pp. 254-276).

Sin embargo y pese a haber nulitado esta normativa, la Sedition Act fue fundamento para la emisión de dos sentencias claves en la historia de la libertad de expresión no solo dentro del sistema anglosajón sino mundial, en general: el caso Abrams vs. U.S. de 1919 (Importante: el autor refiere la sentencia en el caso Abrams vs. Estados Unidos (1919), que fue una decisión de la Corte Suprema basada en la Ley de Espionaje de 1917 y la Ley de Sedición de 1918. Ver Anexo 16.5., en coordinación con el Anexo 3), respaldada por el John Hessin Clarke y salvada por el juez O. W. Holmes, y, el

caso New York Times vs. Sullivan (1964), respaldada por el juez Brennan. Los magistrados condenaron la libertad de expresión bajo el argumento de la razón no dada por la constitucionalidad o no de una ley en desuso e inconstitucional sino por la razón que les daba “la Corte de la Historia”. En el primer caso se trató de una decisión tomada en la euforia de la Guerra; mientras que en el segundo, trataba de recuperar intención del juez de “recuperar” el rumbo jurisprudencial que había perdido en los años de la guerra fría cuando la legislación sediciosa había reaparecido e identificado un nuevo enemigo: las ideas comunistas (la explicación del fondo y trasfondo de este caso está en hojas previas de este trabajo).

Con esto quedó claro que aunque el libelo sedicioso no se había extinguido si había adoptado nuevas formas y sus amenazas sobre la libertad de expresión y sobre la democracia seguían plenamente vigentes y extendiéndose por el hemisferio como mecanismo de represión de los diferentes gobiernos con características autoritarias, sobre todo, como argumento para la defensa de la seguridad nacional, de estabilización del régimen de turno y de contrarrestar los impedimentos a los avances (considerados así por cada gobierno en su momento) que una oposición firme provoca…

En el Common Law estas modificaciones adoptaron el nombre de Patriots Acts mientras que en los países de influencia sistémica romanista, se convirtieron -directamente- en leyes de control de la libertad de expresión bastante camufladas acorde a las tendencias del momento.

1.2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: PERSPECTIVAS CIVIL Y PENAL

1.2.1. ÁMBITO PENAL: ELEMENTOS HISTÓRICO-DOCTRINARIOS DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

No cabe duda de que fue el juez estadounidense, William Blackstone quien elaboró los primeros enfoques para regular judicialmente la libertad de prensa, cuando en la segunda mitad del siglo XVIII, crea lo que será conocido como la regla de la "**tendencia nociva**", la cual se convierte en un elemento jurisprudencial que permitía analizar cada caso por separado y sopesar los elementos probatorios particulares, y establece que:

> "(…) si bien la libertad de prensa no admite restricciones previas, su ejercicio no exime de responsabilidad jurídica cuando lo que se publica es impropio, perverso o ilegal, configurando un riesgo o lesión para la subsistencia de la paz, el orden público, la religión o la seguridad gubernamental" (Badeni, 2005, p. 19).

Pero esto, lejos de generar un clima de seguridad para quienes en su momento manejaban la información y la opinión pública, se convierte en la partida de nacimiento de lo que en 1798 (posterior a la ratificación en 1791 de las enmiendas constitucionales de EEUU, entre ellas, la Primera Enmienda que garantiza la libertad de expresión como un derecho fundamental) durante el régimen del federalista John Adams, será el *Sedition Act,* o Acta de Sedición (que contendrá lo que se denominará como la "**Doctrina del Libelo Sedicioso**" que criminaliza por primera vez en la historia, la libertad de expresión entendida, en ese momento histórico, como libertad de prensa.

En ese momento, el elemento político juega un rol fundamental para la criminalización de lo dicho por la prensa: Adams se ve avasallado por las críticas públicas generales efectuadas por los opositores demócratas-

republicanos, alcanza una mayoría parlamentaria que le permite atacar penalmente a los detractores de su régimen.

Arias Castaño (2009) dice, y acertadamente, que esta limitación histórica del derecho de la libertad de expresión, debe ser entendida en un contexto determinado para poder ser justificada:

> “La Sedition Act fue aprobada en un momento en que se percibía un peligro grave para la seguridad nacional (de EEUU), cuando la guerra con Francia parecía inminente e inevitable, y las restricciones sobre la libertad de expresión y de prensa se justificaron, precisamente, como una forma de respuesta frente a esa amenaza exterior” (p.299).

Este articulado, en un contexto bélico, convirtió en delito penal el disenso político al considerar delictivas la expresión y publicación de escritos falsos, escandalosos o malintencionados contra el Gobierno, dejando libertad de interpretación, sobre el alcance de lo que se consideraba atentatorio contra el régimen.

> “La Sedition Act partía de las premisas de que, en aquellos momentos de inestabilidad política, cualquier manifestación, ya fuese oral o escrita, que cuestionase la política llevada a cabo por el Gobierno, debía ser suprimida para salvaguardar la confianza de los ciudadanos hacía sus instituciones; de que la crítica política debía ser considerada una traición, y los discrepantes, enemigos del Estado. La norma partía, en fin, de las premisas del libelo sedicioso característico de la tradición jurídica del Common Law inglés” (Arias Castaño, 2009, p. 300).

Durante el siglo XVII el denominado “**libelo sedicioso**” era uno más de los diversos mecanismos existentes en Gran Bretaña a través de los cuales se canalizó la persecución de la disidencia política. Sin embargo, tras la pérdida de vigencia del sistema de licencias y censura previa, y su abolición definitiva a

finales de esa misma centuria (abril de 1695), este mecanismo se transformó en la "**doctrina del libelo sedicioso**" que se convirtió en el instrumento jurídico por excelencia para acallar los comentarios desfavorables al gobierno y proteger de arremetidas verbales y escritas a quienes ejercían la autoridad pública. Al respecto, Arias Castaño (2009), cita a K. Hall en su publicación intitulada *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States* (editado por The Oxford University Press, en NewYork (1992), de la siguiente manera:

> "Hasta el siglo XVIII, el instrumento más importante de control y represión de las ideas disidentes era el sistema de licencias y censura previa que, aplicado a través de una serie de órganos como la Stationers' Company, la Court of Hight Comision, y la Star Chamber permitió una implacable labor de represión de cualquier idea disidente Además de este sistema del PRIOR RESTRAINT (Instrumento que hacía que la publicación de un libro o de una revista fuese ilegal a no ser que hubiese sido previamente autorizada por el gobierno)" (p. 301).

Cabe resaltar que en su momento, organismos como la Star Chamber (Ver Anexo 16.2.), justificaban su existencia alegando la búsqueda de una aplicación del derecho en equidad, respecto de las personas prominentes y cuyo poder era tan grande que las cortes normales nunca los condenarían por sus crímenes.

Empero, esto no pasó de ser una simple declaración dentro del sistema legal inglés que tras la creación de este organismo, creó una suerte de sesiones secretas de la corte, sin escritos ni documentos, ni derechos de apelación, ni jurados, ni testigos, convirtiéndose en un arma política, símbolo de los abusos del poder por los monarcas y cortes inglesas. Se trataba de un tribunal cuya existencia se convirtió en un mecanismo para defender el poder, para evitar que cualquier tipo de acusación contra quienes ostentaban el poder, tuviera algún tipo de resonancia y más bien se convirtió en un espacio para la

difamación política y para “denunciar” a diestra y siniestra supuestos casos de traición entre opositores.

> “La Star Chamber máximo órgano censor, llevó a cabo una verdadera caza de brujas de puritanos y disidentes políticos, radicalismo que le conduciría al cadalso, siendo procesado por el llamado Long Parliament condenado a muerte y decapitado (…) A pesar de todo, la represión fue tan ineficaz que la propaganda puritana circuló hacia el país incluso desde prensas extranjeras, y de tal manera fue la reacción puritana que aquellos que no tuvieron acceso a la prensa distribuyeron Samizdat o manuscritos no publicados que circularon clandestinamente durante la censura” (Saldaña Díaz, 2002. p. 180).

Retomando lo dicho en líneas anteriores, la punibilidad de la opinión pública tuvo dos pilares doctrinario-jurisprudenciales: primero, el denominado “Libellis Famosis” (de 1606, también denominado dentro del Common Law como “libel of magistrates”), o publicación de un texto injurioso, malicioso, temerario, dirigido contra personalidades y funcionarios, justificando que a través del mismo no sólo se causaban alteraciones en el orden público sino que además se menoscababa la reputación del Estado; segundo, la ampliación del ámbito de acción de este acto punible que hacía que el delito no sólo se relacionase con las opiniones críticas no sólo contra las instituciones en sí mismas sino contra los individuos titulares de las instituciones, aumentando el número de supuestos subsumibles en la figura delictiva.

“Desde una perspectiva contemporánea no resulta en modo alguno exagerado calificar la institución del libelo sedicioso como la máscara jurídica de una represión política”, resalta Arias Castaño, citando a J. Koffler y B. Gershman (1984, p. 816) al tiempo de referir que estos elementos creados para la defensa del poder y la sumisión popular confluyen en el “libelo sedicioso” para legalizar una óptica desde la cual las ideas que cuestionan el orden establecido (ya sea este moral, religioso, y sobre todo político) son vistas como criminales

elementos de agitación y de desestabilización para cuya represión se encuentra plenamente habilitado el titular de la soberanía, o gobernante, dentro de un orden supuestamente democrático.

> “Con ello, se excluye radicalmente cualquier posibilidad de crítica o disidencia por parte de los particulares (…) Todas las concepciones de la soberanía existentes en Gran Bretaña durante los siglos XVII y XVIII excluyen, de modo directo o implícito, la posibilidad de que los individuos puedan deliberar directamente en los asuntos públicos, y mostrarse críticos con sus gobernantes. Así, por ejemplo, para (el juez William) Blackstone la única función que tenía encomendada el pueblo era elegir a sus representantes” (Arias Castaño, 2009, p.302).

Tal fue la importancia dentro del control político y social de esta figura, que pronto se legalizó la limitación a la libertad de prensa y de opinión, precisamente en EEUU, principal heredero del sistema judicial inglés. Previo a concluir en siglo XVIII, se emite la *Sedition Act* (que además de la parte declarativa contenía una parte procedimental y otra en la que se establecía la sanción pecuniaria y la pena por el cometimiento de este delito, a la que ya se ha hecho referencia previamente), que decía literalmente lo siguiente:

> “La redacción, impresión, declaración o publicación de cualquier escrito o escritos falsos, escandalosos o maliciosos contra el gobierno, contra el Congreso o contra el Presidente de los EEUU con la intención de difamarlos, de provocarles desacato o mala reputación, o de instigar contra ellos el odio del buen pueblo de los EEUU, o de provocar “sedición” dentro de los EEUU o de promover asociaciones ilegales para oponerse a las leyes válidamente aprobadas o de apoyar los planes de potencias extranjeras contra los EEUU” (Arias Castaño, 2009, p.303).

Como escudo constitucional, los federalistas inclusive, introducir una cláusula que declarase que nada de lo establecido por la ley era contrario a la garantía

que para la libertad de expresión y de prensa contienen la Constitución de los EEUU (Smith, 1956). Pero al no conseguirlo, se efectuaron ciertos cambios cosméticos que diferenciaron a las prohibiciones británicas de las estadounidenses, al menos en su configuración técnico-jurídica: a) la posibilidad de alegar “la verdad” de lo expresado o publicado como medio de defensa; b) la configuración de la intención sediciosa como un requisito o elemento del delito; y c) el papel asignado al jurado en el conocimiento de este tipo de causas.

Empero, la introducción de estos elementos para nada mejoraron la situación del periodista, del líder de opinión o del sujeto emisor de una crítica, puesto que -dentro del ámbito jurisprudencial- el criterio del juez siempre iba orientado hacia una premisa: el delito ni siquiera era la falsedad de lo publicado o expresado, sino el hecho de que tales expresiones o publicaciones pudiesen alterar la paz y orden públicos.

J. M. Smith, en su texto (1956), hace referencia a una serie de casos en los que llegó a sostenerse la tesis de que el carácter verídico de las publicaciones críticas contra el gobierno, que lejos de funcionar como atenuante de la responsabilidad penal de su autor, se constituían en un agravante, por cuanto el elemento fundamental a defenderse no era la justicia en sí, sino “el mantenimiento del orden público” por lo que si se trataba de afirmaciones notoriamente falsas el problema era menos grave que las verídicas que eran dadas a conocer, denunciadas ante los ciudadanos. De ahí que la introducción de la posibilidad de “demostrar la verdad” permitió que, a través de la exceptio veritatis (probada la verdad de la atribución (presunta injuria), se excluiría la tipicidad del comportamiento), sólo pasaran a tener la consideración de sediciosas, aquellas opiniones críticas pero falsas o, al menos, cuya verdad no hubiera podido demostrarse totalmente; mientras que las opiniones cuya “verdad” hubiera quedado acreditada, aunque fueran críticas, quedaban excluidas de sanción penal. Cabe destacar que la carga de la prueba no

corresponde en este caso, como es habitual en el Derecho Penal, al que afirma la culpabilidad sino al que defiende su inocencia.

Como se señalabas anteriormente, se introduce también el elemento de la intencionalidad: "…la *Sedition Act* introducía innovaciones respecto a la configuración que se había hecho en el Common Law del libelo sedicioso, se refería a la 'mens rea' (estado mental que acompaña a la realización de un acto prohibido) requerida en el autor del libelo para que existiese el delito…" (Arias Castaño, 2009, p. 305). Para la configuración del delito, entonces, no bastaba la publicación sino que además, debía condicionarse a la existencia del "libelo sedicioso", la verificación previa de una intencionalidad sediciosa en su autor en sí misma.

Como tercer elemento, se introduce la posibilidad de que un jurado (y no el Tribunal) conozca sobre el caso que en el Common Law estaba restringido, puesto que se trataba de aspectos relacionados con altos jerarcas cuyos casos no podían ser ventilados ordinariamente. Con esto, se convertía el pueblo en el responsable de determinar cuando un acto era sedicioso o no, retirando la calidad de exclusiva de esta facultad a un poder estatal.

Sin embargo, según explica J. Madison (1906, p. 396), el conflicto práctico con estas reformas técnico-legales-doctrinarias es que éstas resultan más declarativas que fácilmente aplicables. El problema toma dos aristas: primero, si las *opiniones políticas* que es lo que se está castigando a través a través de esta figura penal pueden ser *verdaderas* o *falsas* y cómo puede demostrarse en un proceso judicial, tal calidad; y, segundo, se establece que no es suficiente demostrar la verdad de lo afirmado en el libelo para desvirtuar la acusación, sino que además se debía demostrar la verdad de todas y cada una de las afirmaciones efectuadas, estableciéndose la siguiente regla: al hacerse uso de la prueba testimonial para demostrar lo expresado, no podían utilizarse diferentes testigos sino que la tarea de desvirtuar la acusación debía efectuarse con un testigo único.

Asimismo, señala que en el tema de la participación del jurado en la determinación de la intencionalidad sediciosa de una expresión, el Tribunal tenía la particularidad de poder instruir a los ciudadanos en la toma de su decisión lo que le quitaba, en la práctica, totalmente ese carácter de independencia del poder del juez en la toma de una decisión.

1.2.2. ÁMBITO CIVIL: SANCIONES PECUNIARIAS

En el ámbito civil, la DOCTRINA DE LA REAL MALICIA, como creación del Common Law, también tiene su génesis y esta es el voto del juez Brennan, de la Suprema Corte de Estados Unidos en 1964, precisamente cuando falla en el caso Sullivan vs. New York Times cuando afirmaba que para que un funcionario público fuera indemnizado por una manifestación inexacta o difamatoria referente a su conducta, debía probar que ella había sido hecha con malicia real, o sea, “con el conocimiento de su falsedad o con temeraria despreocupación o desinterés por haber sabido si había sido verdadera o no” (Madison (1906, p. 396).

A partir de este antecedente (que tampoco es nuevo como se vio previamente en el punto anterior con relación al “libelo sedicioso”) se establecen sanciones pecuniarias para los medios de comunicación o sujetos que tiendan a publicar o difundir criterios atentatorios no verificables. En este contexto, Pizarro afirma que la libertad de prensa "no constituye un altar en el que pueda inmolarse la dignidad de las personas" (Pizarro, 1999, p.38).

Cabe aclarar que la REAL MALICIA como doctrina tiene una aplicación eminentemente penalista, empero, como fundamento en el castigo de los delitos contra el honor, tiene una arista también pecuniaria, cuyo fin es resarcir en algo al afectado por una publicación mal sana. La ley civil y la ley criminal no son categorías mutuamente exclusivas; algo que se prohíbe bajo la ley criminal también puede ser ilegal bajo la ley civil, y viceversa.

En el ámbito de la REAL MALICIA, la lesión efectiva del honor en algún ciudadano en particular, es decir que el daño actual al honor debe ser soportado para salvaguardar el derecho futuro de otros a la libertad de expresión, y en aras de dicha protección se tendría que soportar el costo de que, en ciertos casos, afirmaciones falsas quedaran sin ser indemnizadas.

En resumen, señalaríamos que el propósito de la ley civil no es el de castigar de parte de la sociedad, sino el de restaurar a la parte injuriada a su situación legítima. Los tribunales civiles pueden adjudicar indemnizaciones, pero no pueden imponer multas ni condenas.

El bien jurídico protegido en el caso de comprobarse la existencia de la figura de de la injuria está dado por el honor y la dignidad (entiéndase como derechos a la buena reputación) atribuida inherentemente a la persona física y de la cual no puede ser despojada.

Como se decía en letras precedentes, en el ámbito civil no es necesario que exista un factor doloso para que alguien se sienta dañado en su calidad moral, sino únicamente basta la negligencia que alguien haya tenido en emitir un criterio o en publicar una información. Esto en cuanto al objeto.

Empero, si es fundamental la existencia de un sujeto activo y de otro pasivo para que se configure la posibilidad de solicitar una sanción civil, entendida como compensación pecuniaria: El ‘Sujeto Activo’ es aquella persona natural o jurídica que afecta contra el honor del sujeto pasivo ocasionándole un daño moral. No necesita ser alguien determinado con ciertas características puede ser cualquier persona; mientras que el ‘Sujeto Pasivo’ es aquel que ha sido afectado por la ofensa o ultrajo por parte del agente y puede ser cualquier persona, incluso una tercera persona.
Una interesante reflexión acerca del alcance civil de los delitos contra el honor (que se profundizarán a lo largo de este trabajo, más adelante) la proporciona

Ruiz Balcázar (2007) en un análisis que hace sobre los límites de la libertad de expresión y de información respecto de la vida privada, el honor, el decoro y el prestigio de las personas. En su ensayo, la jurista se refiere a una iniciativa surgida en México (donde la situación del ejercicio de la libertad de expresión y de prensa es sumamente conflictiva) de eliminar las sanciones penales en estos casos y de hacer que únicamente sean tratados por la vía civil.

En realidad la aplicación de este decreto, desde 2007 en territorio mexicano, ha sido tema de debate sobre el alcance de las libertades. Sin embargo es importante comprender que la situación de los Derechos Humanos en general en México y más aun de los periodistas en ejercicio o de políticos y funcionarios en cargos públicos, es alarmante (Ver Anexo 16.3) y que esa realidad dista considerablemente de la realidad que se vive en Ecuador.

Cómo señala Ruiz Balcázar (2007), no sólo se estableció la despenalización de la difamación y la calumnia, sino que se modifica el alcance del “daño moral”, haciendo que no se considere como tal la publicación exacta de las declaraciones emitidas por un tercero respecto de la persona sobre la cual se está efectuando la crítica o publicación, siempre y cuando se cite la fuente, puesto que se trata únicamente de la reproducción de algo dicho por otro que sí debe asumir la responsabilidad de sus declaraciones (cabe destacar que así no esté legislado de esta manera, en el ejercicio profesional, esta tendencia es la que se sigue dentro de la lógica de los medios de comunicación, entendida precisamente como “medios”, ya se profundizará en el tema posteriormente). Sin embargo, se continúa manteniendo vigente la protección del secreto profesional y de la fuente -aunque se establece que será en el marco del respeto de la vida privada-.

> “El decreto suprime dos únicos delitos contra el honor: la difamación y la calumnia. De esta forma pretende resarcir los daños que se causen a una persona en el ejercicio de la libertad de expresión e información o de imprenta, a través de una obligación pecuniaria (…) Se ha desaparecido estos tipos penales para dar paso al hecho ilícito de naturaleza civil (…) Se ha eliminado la sanción pública y no privada a estas conductas antisociales” (Ruiz Balcázar, 2007).

En este caso, se opta por elegir el resarcimiento monetario que el ámbito punitivo, en caso de una afectación contra el honor, sentándose así un precedente doctrinario jurisprudencial que podría, o no, ser adoptado por otros ordenamientos. El debate teórico y que es uno de los puntos a tomarse muy en cuenta en este trabajo es sí el honor tiene precio.

> “Encontramos que para algunos sectores de la sociedad la vida social, el prestigio y el prestigio, al ser parte del patrimonio moral, no tienen equivalente en dinero, motivo por el cual no puede pagarse ni restituirse a su estado anterior si ha sido vulnerado; mientras que para otros, la transgresión puede ser reparada mediante una indemnización equivalente al daño moral, la cual consiste en hacer entrar al patrimonio del ofendido un sucedáneo o sustituto por la depreciación sufrida” (Ruiz Balcázar, 2007).

En este caso, nos metemos en el ámbito de la transformación de un delito en cuasidelito (hecho ilícito y sus elementos generantes: culpa, daño y antijuricidad) y cómo se trata no de un acto punible sino en un acto generador de obligaciones civiles, debe haber una compensación para aquel contra quien se generó la obligación. El acto en cuestión es el “daño moral” (yendo más allá del concepto de la “culpa”).

Pero, doctrinariamente hay varias corrientes que justifican, y no, la existencia, o más bien, la posibilidad de compensación en caso de daño moral: una que

niega la posibilidad de resarcimiento, debido a que no se puede volver al estado original previo al daño causado; otra que asegura que el resarcimiento es posible, siempre y cuando exista un equivalente económico que permita remediar lo sufrido; y, una tercera que asegura que el daño moral puede ser resarcido con independencia de lo económico.

Pero retomando, la consecuencia indiscutible de la existencia de un daño civil es la obligación de reparar el mismo, es decir, existe “responsabilidad civil” (entre particulares, claro está), lo que implica una indemnización (pago en dinero equivalente a la afectación causada, previa evaluación y determinación en consideración de criterios diversos). El fin de una indemnización no es solamente compensar sino, además, evitar el cometimiento de conductas dañosas.

Ya que el honor es un bien no patrimonial, es sumamente difícil una determinación estandarizada, pues se trata de un criterio eminentemente subjetivo. Sin embargo “… la dificultad de calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad o grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede, para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristezas propios de la situación vivida…”, insiste Ruiz Balcázar (2007).

Con esta aproximación doctrinaria-conceptual sobre la mesa, en líneas posteriores se profundizará sobre los alcances del daño moral, en el capítulo referente al HONOR.

La sentencia “Campillay fue dictada el 15 de mayo de 1986. Se trató de la primera doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia de Argentina con un fin: ayudar a dirimir entre el derecho a la honra y el derecho de crónica e información, cuando la prensa reproduce declaraciones de terceros (para más detalles ver Anexo 16.4.). En este marco, vale hacer referencia a una figura creada dentro de la legislación argentina llamada “Doctrina Campillay” (Badeni,

2005, pp.16ª 20), forjada por la Corte Suprema de Justicia de ese país, según la cual el emisor de una información u opinión inexacta, e incluso ajustada a la realidad si es agraviante, queda exento de responsabilidad civil y penal si adecua su conducta a alguna de las siguientes variantes:

1) Formular la expresión atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente. La fuente debe ser individualizada con precisión, siendo insuficiente una referencia genérica. Además, el emisor debe acreditar la existencia de la fuente invocada.
2) Utilizar un tiempo de verbo potencial y no asertivo.
3) Dejar en reserva la identidad de los agraviados por la nota periodística. No se deben publicar sus nombres o cualquier otro dato que permita su individualización.

Según la aplicación de esta doctrina (surgida de la REAL MALICIA), se procura atenuar la responsabilidad de quien ejerce la libertad de prensa. La doctrina de la REAL MALICIA, cuyo precursor en el derecho argentino fue José María Sáenz Valiente, distinguido abogado y ferviente defensor de la prensa libre que durante décadas se esmeró por hacer conocer las bondades que ella presentaba para preservar en la práctica el carácter de libertad preferente que tiene la libertad de prensa en un sistema democrático constitucional, destacó siempre que la principal virtud de su aplicación en las diversas legislaciones, reside en establecer criterios objetivos para juzgar la responsabilidad jurídica (ya sea civil o penal) en el ejercicio de la libertad de expresión, distinguiendo las diversas connotaciones que ella presenta según se ejerza en una dimensión individual, institucional o estratégica.

1.3. QUÉ ES LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: SU ALCANCE Y DIFERENCIACIÓN PRÁCTICA CON LA LIBERTAD DE PRENSA Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

A lo largo de este capítulo se ha dicho que “libertad de expresión” no es lo mismo que “libertad de prensa” aunque si están íntimamente relacionados. Extra a la puntualización de ambos conceptos, vale señalar lo que es la “libertad de información”.

La libertad de expresión está vinculada a la libertad de prensa, que es la garantía de difundir información a través de los medios de comunicación social sin el control previo de los poderes del Estado.

Si bien el objeto del “derecho a la información” está constituido por la actividad informativa, por el mensaje, por el contenido, entre otros, dentro de la teoría clásica de las comunicación, se trata de una ramificación que consiste en la transmisión objetiva de datos de un productor de información hacia un filtro y de este al usuario de la misma quien es cualquier sujeto (ciudadano). Se trata de un ejercicio que no contempla la expresión de ideas u opiniones.

La libertad de expresión forma parte de los derechos humanos de las personas y está protegida por la Declaración Universal de 1948 y las constituciones de todos los sistemas democráticos. Esta libertad supone que todos los individuos tienen derecho de expresarse sin ser molestados a causa de sus opiniones, criterios, tendencias políticas, prácticas religiosas, etc.

1.3.1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Es la libertad de investigar, recibir informaciones y difundirlas sin limitación de fronteras y a través de cualquier medio de expresión y, por principio, nunca debe estar sujeta a la censura previa sino, únicamente, a la responsabilidad

ulterior. El derecho a la libertad de expresión es definido como un medio para la libre difusión de las ideas.

Se trata, por lo tanto, de un derecho que no es absoluto y que tiene un sinnúmero de limitaciones éticas, legales y morales. Por ejemplo, pese a que parte del derecho a la libertad de expresión es la preferencia y militancia política, no puede considerarse dentro de ella prácticas como el nazismo que propugne la guerra, la apología del odio y la incitación a la violencia o al delito. Y aunque suene, a primera lectura, paradójico, en un país con libertad de expresión no se puede promover aspectos obvios como la discriminación racial o incentivar los asesinatos. En este marco creo que resulta importante hacer unas diferenciaciones conceptuales que permitirán comprender con mayor objetividad lo que se expone en este trabajo.

Si bien es cierto que libertad de expresión no es equivalente a libertad de prensa, no es menos cierto que el ejercicio de la libertad de expresión por medio de la prensa es una de las formas más importantes del ejercicio de aquel derecho fundamental.

Para filósofos como Pach, Montesquieu, Voltaire y Rousseau (cabe señalar como acotación que sin embargo de esto, la Ilustración traerá consigo el Despotismo Ilustrado para el cual la “opinión pública” entendida como opinión de las masas o del pueblo en general, era irrelevante y virtualmente inexistente, toda vez que el gobernante (ilustrado y asesorado por unas elites intelectuales, generalmente integradas en Consejos) era el único capacitado para interpretar el bienestar público y la prosperidad común), quienes durante la Ilustración, época en la que este derecho fue concebido como tal, madurado, conceptuado y difundido, durante la Ilustración, concluyeron que este derecho promueve la posibilidad del disenso, fomenta el avance de las artes y las ciencias, y es la vía para la auténtica participación política.

La Organización Foro de la Libertad, los sistemas jurídicos, y la sociedad en general, reconocen límites a la libertad de expresión, en particular cuando la libertad de expresión de los conflictos con otros valores o derechos (en el caso de este trabajo, como el derecho al honor, análisis que se profundizará en el capítulo siguiente).

Este derecho está reconocido por la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Resolución 59(I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Resolución 104 adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, La Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en otros instrumentos internacionales y, al menos en teoría, en las constituciones nacionales de cada país.

1.3.2. LIBERTAD DE OPINIÓN

Desde la perspectiva comunicacional, la libertad de opinión se caracteriza por la exposición y argumentación del pensamiento de un personaje o medio de comunicación reconocido acerca de un tema.

Está intrínsecamente ligada al concepto de “opinión pública” que es la tendencia o preferencia, ya sea real o estimulada (como sostiene la escuela neocriticista de la comunicación), de una sociedad determinada o de un individuo particular respecto de un hecho o suceso de interés social general.

1.3.3. LIBERTAD DE INFORMACIÓN

Una noticia es un acontecimiento singular que resulta susceptible de ser comunicado a terceros, ya sean hechos, ideas y opiniones o juicios emitidos dentro de un contenido de relevancia y difundidos con base en fuentes.

Empero, el periodista o quien transmite la información está impedido de emitir juicios de valor respecto de lo que está reproduciendo.

Se trata de un principio protegido por el derecho y que es de aplicación general en todo sistema democrático y que debe estar defendido por el derecho constitucional. Consiste en el derecho del individuo a recibir y emitir información libremente, sin consignas ni censuras.

Es una modalidad de la **libertad de expresión** y su importancia en el debate práctico-jurídico-teórico-doctrinario radica en que se ejerce, casi en su totalidad (empero, mucho menos que la libertad de prensa) a través de los mass-media y que a través de la difusión de la información se logra, indirectamente, modificar la opinión pública o cuando menos ejercer un poder de peso sobre cómo esta se modifica.

Bertoni (2011), en su cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad de Palermo (Argentina), defiende que “el derecho de acceso a la información es considerado una herramienta fundamental para la transparencia y control de las actividades del Estado, que se vincula con los principios de la publicidad de los actos de gobierno y la rendición de cuentas” (p.4).

En palabras de Avramovich, citadas por ese mismo autor, el derecho de acceso a la información cumple la función de maximizar el campo de autonomía personal, posibilitando el ejercicio de la libertad de expresión en un contexto de mayor diversidad de datos, voces y opiniones.

En la actualidad, la libertad de información tiene un alcance mayor ya que estamos en plena “sociedad de la información” y su aplicación se extiende a un contexto de la tecnología de la información, o sea la habilidad para poder acceder a contenidos Web, sin censura o restricciones.

1.3.4. LIBERTAD DE PRENSA

Es la existencia de garantías con las que los ciudadanos tengan el derecho de organizarse para la edición de medios de comunicación cuyos contenidos no estén controlados ni censurados por los poderes del Estado.

> “La prensa es un actor central para la vida democrática en tanto contribuye a la apertura, transparencia y rendición de cuenta de las instituciones. La prensa, en su rol de ‘watchdog, agenda-setter y gate-keeper’, promueve la crítica, la deliberación y la diversidad de opinión” (Bertoni, 2011, p. 5).

Suecia fue el primer país en adoptar una legislación de libertad de prensa con la "Tryckfrihetsförordningen" (Ver Anexo 16.6.) de diciembre 2 de 1766. Aunque este ejemplo no es general, puesto que no todos los países tienen garantizada, ya sea por una Carta de Derechos o su constitución, la libertad de la prensa, aunque como asegura Bertoni, hay una intrínseca “relación entre la libertad de prensa y el derecho de acceso a la información pública” (Bertoni, 2011, p. 3).

El acceso a la información y la prensa se relacionan al menos de cuatro maneras: a) conceptualmente, b) estratégicamente, c) funcionalmente, y d) pragmáticamente. Así, conceptualmente, es necesario establecer diferencias entre todas las expresiones que componen a la libertad de expresión como tal, pues tienden a confundirse; estratégicamente, el transmitir de manera masiva una información (es decir como actividad periodística) le permite al sujeto enterarse de los hechos y el ejercicio de sus derechos; funcionalmente, permite fortalecer una actividad participativa de los sujetos en la política, entendida como mecanismo del fortalecimiento democrático; y en lo pragmático, permite a los sujetos conocer lo que sucede con los personajes públicos y con lo que se hace en la vida pública, a lo cual todo ciudadano tiene derecho a acceder y conocer como titular del poder democrático.

La libertad de prensa es esencial para la realización del pleno y efectivo ejercicio de la libertad de expresión e instrumento indispensable para el funcionamiento de la democracia representativa, mediante la cual los ciudadanos ejercen su derecho a recibir, difundir y buscar información, reconoce en su preámbulo, la propia DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -CIDH- (Ver Anexo 4).

Pero siempre van a quedar sueltos elementos de mayor importancia y trascendencia como por ejemplo, la posibilidad de protección de la fuente, el noticias criminis, qué protección recae sobre quien ha denunciado un delito o un ejercicio de abuso del poder (si hay tantos mecanismos en defensa de la autoridad), quien defiende la facultad y derecho de hacer oposición política a través de la libertad de expresión, entre otros.

1.4. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHOS HUMANOS

> Pido, por encima de cualquier otra libertad, la de poder conocer, hablar y debatir sin impedimentos y según mi conciencia.
>
> John Milton

Los derechos civiles y políticos son una clase de derechos que protegen las libertades individuales de la infracción injustificada de los gobiernos y organizaciones privadas, y garantizar la capacidad para participar en la vida civil y política del Estado sin discriminación o represión.

> “Es necesario persuadirse de que todas las libertades tienen una medida, que no es legítimo abusar de ellas en perjuicio de la sociedad o las personas. Y si hay una libertad a la que urge poner coto es a la de prensa. Porque tratándose de un medio de comunicación de masas, de enorme difusión social, el daño que puede hacerse con su utilización abusiva es enorme” (Borda, 1967, p. 581).

Cómo se ha visto, las iniciativas gubernamentales de frenar en algún momento histórico, el ejercicio de la libertad de expresión, no son para nada nuevas. Sin embargo, eso no puede ser un justificativo para retroceder en la defensa jurídica de los Derechos Humanos y considerar que deben existir limitaciones coercitivas a este ejercicio. Según la ONG, Reporteros Sin Fronteras (RSF), hasta 2010, los países en donde la prensa fue más libre fueron Finlandia, Noruega, Irlanda, Suecia y Dinamarca.

El país donde la libertad estuvo más restringida fue Eritrea, seguido de Corea del Norte, Turkmenistán, Irán y Birmania; mientras que más de un tercio de la población del mundo vive en países en los que no hay libertad de prensa, que son países en los que no hay un sistema democrático, o donde éste tiene serias deficiencias. En estos Estados, el “concepto de libertad de prensa es extremadamente problemático, ya que en la edad moderna el control estricto del acceso a la información se vuelve crítico para su subsistencia” (Universia, 2011).

Si nos remontamos al origen de la regla de la "real malicia" en el célebre fallo ya citado, "New York Times v. Sullivan", los dos bienes tutelados constitucionalmente en conflicto fueron el derecho al honor y la libertad de expresión, y el superior tribunal estadounidense privilegió a esta última, fundamentada en una decisión política sobre el grado de libertad de prensa.

Cabe destacar que la jurisprudencia argentina (Ponzetti de Balbín, 1984) fue la primera en aplicar la doctrina creada a través del caso Sullivan vs. New York Times y la extrapola creando su Corte Suprema, el siguiente principio de aplicación:

> “Nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley

> podrá justificarse la intromisión, y **siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros**, **la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución de un crimen"** (caso S.L.E. vs. Diario El Sol).

En este caso la jurisprudencia argentina asienta un nuevo precedente, estableciendo que el alcance de la REAL MALICIA es únicamente cuando se afecta la calidad moral-ética de una persona. En ese momento, los jueces Maqueda y Zaffaroni de la Corte Suprema Argentina (Castrilli, 2008, p.26), en su fallo apuntaron lo siguiente: la doctrina de la real malicia resulta inadmisible toda vez que los jueces de las instancias ordinarias no ponderaron especialmente la falsedad o la veracidad de las noticias divulgadas, sino que consideraron que la conducta de los demandados resultaba antijurídica de acuerdo con los principios del derecho a la intimidad o privacidad.

Sin embargo, el que no exista imputabilidad penal no implica que no haya la posibilidad de reclamar una indemnización por vía civil (o ambas, de darse el caso). En este mismo caso, se estableció que en materia civil no se requiere exclusivamente del dolo del injuriante o calumniante, sino que basta la culpa o negligencia (constantes en el Código Civil) para hacer viable un proceso.

También se establece que la retractación no desdibuja la posibilidad de indemnizar el agravio moral y adicionalmente el daño material, si lo hubiere, sino que más bien, el reconocimiento de la falsedad de la imputación deviene en la admisión por el acusado de la existencia y realidad de la especie injuriosa o calumniosa. Ya Blaise Pascal formulaba entre sus Pensamientos una máxima que habría de ser premonitoria para el futuro pensamiento político: "**la opinión es como la reina del mundo, pero la fuerza es su tirano**" (Pascal, 1996, p. 209).

Pero las campañas generales, a nivel de Derechos Humanos, para la protección de fondo a cualquier tiranía ejercida contra la libertad de expresión, parten a fines de 1960 cuando la Conferencia General de la Organización de

las Naciones Unidas para la Ciencia, la Educación y la Cultura (UNESCO), en Nairobi, denuncia desequilibrios en el flujo de información internacional y encomienda a Sean MacBride, entonces presidente de la Comisión Internacional de Comunicación del organismo, un estudio sobre la situación de las comunicaciones en el mundo. Pero no es sino hasta 1980 que se presenta un primer informe.

En ese documento se señalaba que "los derechos humanos no pueden existir sin las libertades de palabra, de prensa, de información y de reunión", y que "la transformación de esas libertades en un derecho individual o colectivo más amplio es un principio evolutivo en el proceso de democratización" (Concha, 2007).

Se cita en páginas previas y subsiguientes, algunos datos a cerca de los peligros que suelen sufrir los periodistas y los líderes de opinión pública en el mero ejercicio de su actividad. Por ello, en el marco de lo señalado, cabe preguntarse si es más importante poner límites a la expresión de opiniones dentro de un régimen a criterio de mantener el orden establecido y evitar la “conmoción pública” o crear regulaciones y mecanismos que protejan el derecho del periodista y del activista político a la integridad personal y a la vida.

En 1991, la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas UNESCO recomendó a la Asamblea General de las Naciones Unidas que proclamara el 3 de mayo como el "Día Mundial de la Libertad de Prensa" apoyado por la “Declaración de Windhoek”, documento que contiene principios sobre la defensa de la libertad de prensa, redactado en una reunión de periodistas ese mismo año.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 19 garantiza este derecho inalienable; lo mismo ocurre en el artículo 10 de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades; y, en el artículo 13 de la Convención Americana de los DD.HH.

Además está la Declaración de Chapultepec, que señala que "*No hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa"* y que el ejercicio de ambas potestades *"no es una concesión de las autoridades sino un derecho inalienable del pueblo*".

1.4.1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN DESDE LO CONSTITUCIONAL

> Razonad tanto como queráis y sobre lo que queráis, pero obedeced.
>
> Kant

Badeni, en su texto parte de un análisis fundamental. Él se pregunta *¿Qué significa la 'libertad de palabra o de prensa' a la luz de los precedentes jurisprudenciales*?, esto partiendo desde una perspectiva eminentemente relacionada al Derecho Comparado (desde un análisis ordenado, histórico, comparativo y relevante de los diferentes sistemas jurídicos a través de los tiempos): Common Law.

Es indudable que una aplicación práctica de la DOCTRINA DE LA REAL MALICIA en nuestro sistema, debe conllevar un análisis en Derecho Comparado, puesto que nuestro sistema históricamente ligado a la familia romanista nos brinda una perspectiva -aunque no completamente pero si esencialmente- no muy apegada a la jurisprudencia como si a la norma abstracta. Cabe recordar los orígenes de históricos y judiciales de este método.

Cabe señalar esto porque tanto la práctica, como la aplicación, el ejercicio y la vigencia de la libertad de prensa -entendida como ya hemos dicho antes: herramienta de la libertad de expresión-, enmarcada dentro del nuevo ordenamiento jurídico ecuatoriano, tiende a verse limitada tanto por la censura legalista como por la auto censura, ligada (como ya se ha señalado antes) a un temor a la sanción lo que deviene, indudablemente, en una suerte de prisión intelectual, informativa y social.

Pero externamente la situación del periodista como ejercitador de la libertad de expresión, de prensa, de información y de opinión, no es mejor. Según datos de la ONG Amnistía Internacional, da cuenta de que sólo este año en América, se ha registrado 400 casos de trabajadores de la comunicación que han registrado ataques, ya sea amenazas, violencia física y/o verbal, penas de prisión y de ellos, 13 fueron asesinados principalmente por “intentar sacar a la luz la corrupción o las relaciones entre funcionarios y redes de delincuentes” (Amnistía Internacional, informe 2011).

> “… Para este fin, la mayoría de los gobiernos no democráticos utilizan organizaciones estatales para promover propaganda crítica para mantener la base de poder político actual y suprimir (a menudo brutalmente) cualquier intento significativo de los medios o de periodistas individuales de desafiar la línea oficial del gobierno. En esos países es común la intimidación de periodistas, desde simples amenazas a sus carreras profesionales a amenazas de muerte, secuestros, tortura y asesinato…” (Amnistía Internacional, informe 2011).

Parafraseado a Michel Focault (2004, p. 16), el sujeto “queda prendido de un sistema de coacción y de privación, de obligaciones y de prohibiciones” que si se mira con objetividad, se torna necesario dentro de la convivencia social; empero ¿es esta la misma vía que se tiene que tomar cuando se habla de una libertad individual fundamental como la de expresión? ¿Cuál es el límite de este ejercicio y cuál el límite de su ‘vigilancia’ y ‘castigo’? ¿Debe ser lo judicial el ‘panóptico’ que restringe la opinión del ciudadano contra evolucionando su condición de sujeto?

El concepto de la responsabilidad ulterior es un elemento deontológico que rige el ejercicio profesional de quienes ejercen de una forma u otra, una actividad informativa o de opinión.

Este elemento, en general, significa que todos disfrutaban del derecho de publicar ideas, informaciones, hechos u opiniones sin previa autorización oficial, quedando sujeto a las consecuencias posteriores sobre lo que se ha dicho. De ello cabe entender que no es posible la existencia del derecho de publicar sin censura crítica y sin temor a un castigo posterior sobre cualquier temática.

Así, teóricamente el liberalismo estableció como algo relevante en las sociedades modernas, no tanto el hecho de convertir a los gobernados en gobernantes (o al menos en sujetos, entendidos como elementales dentro de las escuelas latinoamericanas de la comunicación) a través del ejercicio y otorgamiento de los derechos de participación, sino como mecanismo de garantizar la esfera de libertades frente al Estado, hasta el punto de que los derechos políticos no serían más que instrumentos de defensa de los derechos de libertad.

Esto implicaba, según Fernández Sarasola (2006, p. 261), “el garantizar la autonomía social a través de técnicas de estructuración del poder, entre las que el principio de legalidad, y la sempiterna idea de la división de poderes ocuparon un lugar privilegiado” pero, “aparte de estas técnicas organizativas, utilizará otro instrumento: la opinión pública, como expresión de las ideas de la Sociedad y, por tanto, como guía y como crítica de la actuación del poder público”. Así, la ‘reina del mundo’, la opinión expresada por la Sociedad, modularía la fuerza pública, evitando su tiranía”.

Así, dentro del propio constitucionalismo, se entiende a la “libertad de expresión” como la libertad de escritura y lectura (en general, y sin detrimento de que existan muchos otros medios de difusión) que cumple con un doble cometido: uno positivo (de orientación al poder público, entendido como la opinión pública a la que se ha hecho referencia); y, otro negativo que implica la crítica necesaria al poder establecido.

Esta dicotomía implica la dinámica de la libertad como tal y la cual debe estar garantizada por el Estado constitucional de derecho en cumplimiento de la defensa de la democracia y en tanto que es un garantista de derechos en sí.

Esta perspectiva de la “opinión pública” con una doble dimensión, que por un lado, “guiaba la conducta de los gobernantes (aspecto positivo) y los sujetaba a crítica y exigencia de responsabilidad por su gestión (aspecto negativo)” (Fernández Sarasola, 2006, p. 163), le daba la capacidad de “enjuiciar” a los gobernantes convirtiendo al pueblo en un auténtico Tribunal, cuyo medio de expresión era la libertad de difundir la información a través de algún medio. Por esta misma razón, resulta importante controlar una emisión mal dirigida, lo que no significa, bajo ningún concepto, que se apliquen mecanismos restrictivos o coartantes, sino reglamentos de conducta con base en la moralidad, la ética y la razonabilidad.

Las leyes de desacato existen en todos los países excepto en Argentina, Colombia, Estados Unidos y Paraguay, y conlleva penas de cárcel. En Canadá y Jamaica se prohíbe publicar información específica sobre un juicio ni tampoco consultar opiniones de abogados, jueces e incluso de las partes dentro de un proceso (esto se profundizará más adelante cuando se analice el contenido de lo que por el momento es el pre-proyecto de Código de Conducta del Abogado elaborado por la Fiscalía General), como próximamente ocurriría en Ecuador.

Se restringe, entonces, la posibilidad de que los medios de comunicación tengan acceso a información pública, dejando abiertas apenas dos vías virtualmente impracticables: el derecho de petición (garantía de acceso a la información ¿?) y el Hábeas Data (que no puede ser utilizado por la prensa porque es un derecho de carácter individual).

Tampoco los periodistas pueden criticar, calificar o, en algunos casos, opinar sobre un juez o un proceso, o respecto de un funcionario público o respecto de una información no proporcionada sin correr el riesgo de afrontar procesos

civiles (cuantiosos) y penales (según el contenido de la ley de comunicación pronta a debatirse).

En la práctica, se considera como una “imposición arbitraria” aunque en la teoría es una “garantía” el derecho de respuesta, réplica o rectificación de una publicación que se ha extendido principalmente en los Estados latinoamericanos aunque existe en casi todos los países, salvo en Canadá, Estados Unidos, Jamaica, Nicaragua y Puerto Rico.

Este punto conlleva a uno de mayor trascendencia dentro del ejercicio de información: el referente a las fuentes de información o secreto profesional. En su artículo 20, la Constitución vigente en Ecuador, afirma que “**el Estado garantizará la cláusula de conciencia a toda persona, y el secreto profesional y la reserva de la fuente a quienes informen, emitan sus opiniones a través de los medios u otras formas de comunicación, o laboren en cualquier actividad de comunicación**”, empero en la práctica, con el tema de la responsabilidad ulterior, se queda en una mera etapa declarativa.

En fin, la libertad de expresión es una de las bases de los derechos y las libertades democráticas y es esencial para posibilitar la participación pública en la toma de decisiones; su fin es proteger los derechos de toda persona a expresar libremente sus opiniones y puntos de vista y se trata de un derecho que debe promoverse al máximo debido al papel decisivo en la vida política.

1.4.2. BREVE RECUENTO DE LOS CONVENIOS Y TRATADOS SUSCRITOS POR EL ECUADOR EN LA MATERIA – NORMAS PERTINENTES

1.4.2.1. CONVENCIÓN-PACTO DE SAN JOSÉ

Artículo 11.- Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.
4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Artículo13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. 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.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. 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 frecuencias 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.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio, a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Artículo 16. Libertad de Asociación

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.
2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.
3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

1.4.2.2. PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR"

Artículo 3

Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

1.4.2.3. CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA

(…) *TENIENDO PRESENTE* que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a la democracia;

REAFIRMANDO que la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática, y reconociendo la importancia que tiene el continuo desarrollo y fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos para la consolidación de la democracia (…)

Artículo 7

La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos.

1.4.2.4. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Artículo 2.

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2. Además no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo

administración fiduciaria, no autónomo, o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 12

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Artículo 18.

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Artículo 19.

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Artículo 20.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.
2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

1.4.2.5. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LA NACIONES UNIDAS

Artículo 2

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los Derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

1.4.2.6. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Artículo 5

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija

lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

Artículo 17

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 18

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.
2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.
3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad 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.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Artículo 20

1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.

2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

Artículo 21

Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

CAPÍTULO II

2. UNA APROXIMACIÓN HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA LEY EFECTIVA

> La libertad de expresión es un derecho fundamental o un derecho humano, señalado en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y que concede a "*todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y de recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*".

Entonces, debemos preguntarnos sí es una necesidad, para concretar dicho ejercicio, el acceso de la ciudadanía, los actores públicos y la propia justicia (más adelante se desarrollará el punto de la 'noticia criminis') a los medios y sí la respuesta es positiva ¿Qué tratamiento debe dársele a la información difundida? ¿Qué tratamiento a la fuente generadora de la información? ¿Es la ley lo suficientemente objetiva respecto de los investigadores? ¿Hasta qué punto es prudente la denuncia proveniente de un investigador informativo? ¿Cómo se debe manejar lo concerniente a autoridades públicas? ¿Existe un marco jurídico que proteja el ejercicio de la libertad de expresión? ¿Cuál es el límite entre el ejercicio de la libertad de expresión y el delito? ¿Cuál es el alcance de la comunicación como derecho fundamental y cuál como ejercicio de poder económico-político? Este trabajo busca esclarecer lo más posible estos puntos y efectuar una propuesta teórico-doctrinaria sobre el tratamiento jurídico que se le debe dar al tema.

Un aspecto importante que se tratará en este capítulo es el referente al otorgamiento y propiedad del espectro radio eléctrico, entendido como -su acceso- un derecho general dentro de un sistema democrático (y sin perder el eje de que constitucionalmente, las frecuencias del espectro radio eléctrico son

propiedad del Estado en representación de la población en general). En este marco, se hará un recuento del tratamiento legal que el tema ha tenido, la influencia política y las decisiones al respecto tomadas. Para ello, se buscará responder ciertas incógnitas como ¿cuál debe ser el límite para otorgar, revocar o no conceder frecuencias a grupos económicos, movimientos sociales, agrupaciones ciudadanas, etc.? ¿Cuál es el objetivo de establecer restricciones al respecto? ¿Cuál debe ser el límite del Estado para controlar los contenidos difundidos en medios y así condicionar las concesiones? ¿Cómo incluir el principio de 'participación ciudadana' defendido por el régimen, en el ejercicio de la libertad de expresión?

Si además tenemos siempre en cuenta que el ser humano, es el único ser en la naturaleza que necesita de una comunidad para sobrevivir, en otras palabras necesitamos de una serie de instrumentos culturales que garanticen a través de la comunicación nuestra supervivencia ¿pueden así llevados por el dogma del libre mercado los medios de comunicación masiva convertirse en un negocio, o, en un instrumento de difamación? Y si es así ¿hasta qué punto debe permitirse el ejercicio de la libertad de expresión? O sino ¿hasta qué punto cabe el ocultamiento y el contrarresto al ejercicio investigativo bajo la acusación de la 'real malicia'?

Así tendremos que una aproximación al concepto de libertad nos la hace mostrar como un derecho imprescindible e inalienable de la persona humana, y por ende perteneciente indisolublemente a su naturaleza.

Cabe recordar que la mayor parte de cuerpos legales que resultan fundamentales para el desarrollo de este trabajo, aún no existen, están en debate, están en reforma o están en reconstrucción, por lo que se trata de un acercamiento más bien teórico analítico del tratamiento que debería dárseles.

Así pues, la Ley de Comunicación lleva tres años en la mesa de discusión y aun no existe en informe de segundo debate para su votación en el Pleno

legislativo; la aprobación del Código Integral Penal, también está en proceso de aprobación (que reúne al Código Penal, Código de Procedimiento Penal y la Ley de Ejecución del Penas); el Código de Ética de los abogados en libre ejercicio que promueve el Consejo Nacional de la Judicatura de Transición y que cuenta con la iniciativa de la Fiscalía General del Estado, también está en proceso de aprobación y aplicación; las reformas al Código de la Democracia que restringen la libertad de información, opinión y difusión, aunque ya fueron aprobadas, aun no entran a aplicación; entre otras.

Sin embargo, para cumplir con lo ofrecido en la primera parte de este trabajo, en siguiente análisis se efectuará en base a los textos existentes y al estudio de los informes legislativos existentes.

2.1. HACIA UNA INCORPORACIÓN NECESARIA DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO, COMO FUENTE ESCENCIAL, EN LA CREACIÓN DE NUEVAS LEYES

En la última década han proliferado cuerpos legales, en Europa y América (dónde hablamos de la existencia de Estados eminentemente democráticos) cuya finalidad es la regulación (o limitación, eso se analizará a lo largo de este capítulo) de la actividad comunicacional. Para ello, se ha intentado efectuar una diferenciación (maliciosa en la mayoría de los casos y no técnica) a cerca de la actividad informativa y la de opinión, y enmarcando estas actividades y sus consecuencias, en el ámbito de lo penal.

Pero ¿por qué penalizar un derecho fundamental reconocido así por las propias Naciones Unidas y por las Constituciones vigentes en los diferentes Estados? Y ¿qué principio, norma constitucional, vacío o estratagema jurídico permite que esto sea dable?

Primero, sería importante definir y diferenciar que es un derecho fundamental de un principio de derecho, para poder comprender su importancia dentro de

las legislaciones nacionales de los países, el por qué deben ser protegidas, y cuál es su incidencia en la creación de las mismas.

Esencialmente y para definir el título, objeto y propuesta de este trabajo, cabe destacar que una cosa es la libertad de expresión entendida como "*principio*" y la definición de "*principio de derecho*".

Los *principios generales del Derecho* son enunciados normativos más generales que pese a no haber sido integrados al ordenamiento jurídico positivo, forman parte de él, porque le sirven de fundamento abstracto en la aplicación del derecho, tanto para jueces, como legisladores, creadores de doctrina y por los juristas en general, ya sea para integrar lagunas legales o para interpretar normas jurídicas cuya aplicación resulta dudosa o para la creación de normativas (Alexy, 2011).

Su fin es la expresión de un juicio deontológico acerca de la conducta a seguir en cierta situación o sobre otras normas del ordenamiento jurídico y su fin es constituirse en un parámetro de conducta para los individuos y una especie de 'estándar' para el resto de las normas vigentes dentro de un ordenamiento jurídico (y más extenso aún, de un sistema jurídico).

Los principios Generales del Derecho tienen tres funciones importantísimas respecto de su incidencia en los ordenamientos jurídicos: la función creativa (antes de promulgar la norma jurídica, el legislador debe conocer los principios para, con base en ellos, poder crear una norma positiva), la función interpretativa (para garantizar una cabal interpretación de las normas ya existentes), y la función integradora (para llenar un vacío legal y garantizar una seguridad jurídica sólida en un sistema positivo) (Alexy, 2011).

Entre los más relevantes principios generales del Derecho público están el de Legalidad, el de Separación de Funciones, los Limitadores del Derecho Penal,

de Debido Proceso, el de Legitimidad, el de ‘Ignorantia Iuris Non Excusat’ (el desconocimiento de la ley no es excusa), entre otros.

Batista (2011), es más profundo en este ámbito y va más allá y habla de una clasificación de los principios generales del Derecho desde dos perspectivas: una ‘tradicional’ que constituye la respuesta de una comunidad histórica a los problemas sociales y jurídicos que ante ella se plantean; y una ‘política’, que expresa las tendencias legislativas y ejecutivas que se plasman en una organización jurídica del orden social, inspirada en las ideas rectoras de carácter político (y hasta económico).

> “En variadas corrientes del pensamiento se encuentran innumerables clasificaciones para los principios jurídicos. Así, por ejemplo, se distinguen en estatales y extraestatales o sociales. Los estatales pueden ser expresamente formulados o implícitos, en el ordenamiento jurídico estatal, e institucionales o comunes; los implícitos son los que pueden inferirse de un conjunto de normas o del conjunto del ordenamiento; los Institucionales son los que se derivan sólo del conjunto de normas que hacen referencia a una institución y los comunes a todo el ordenamiento estatal. Los extraestatales pueden ser éticos o lógicos y científicos, que no requieren juicios de valor, sino operaciones lógicas de adaptación de medios afines. Exceptuando las teorías que restan todo valor jurídico y las que niegan la existencia a los principios jurídicos, Gasset (1959, p. 312), por ejemplo, apunta en la doctrina española algunas variaciones sobre el tema. Así, anota que Scaevola, Recasens y Robles Pozo (representantes de la tesis naturalista monádica del Derecho) clasifican los principios generales del derecho como aquellos principios de justicia, revelados por la razón y la conciencia, que encierran una verdad jurídica universal” (Batista, 1977, p. 112).

Este Ius-Naturalismo enfoca bien una parte de lo que en este trabajo de propone: considerar la existencia de derechos inalienables y subjetivos que las personas que de por sí, son exigibles dentro de la vida colectiva, que permiten

la creación de un Estado y la defensa de una democracia. Los ciudadanos entregamos a un tercero, administrador-mandatario, una fracción de nuestra autonomía y soberanía para que este asegure el disfrute de unos y otros derechos y además se abstenga de atacarlos arbitrariamente.

Así, resulta fundamental para esta labor, adoptar las dos tesis fundamentales del Ius Naturalismo (Nino, 1991, p. 28): a) sobre la filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana; y, b) sobre la definición del concepto de Derecho según la cual un sistema normativo no puede ser calificado de “jurídico” si contradice los principios morales o de justicia.

Esto, asumido más allá del hecho de que críticos del idealismo filosófico puedan decir que se trata de una teoría eminentemente moralista o de un “derecho de la moral”. Ante esto, más bien, resulta conveniente apegarse al Iusnaturalismo racionalista, defendido por Kant y Locke, que sostiene que existen principios morales básicos y universales del hombre, y que este puede acceder a ellos por medio del cultivo de la razón y la indagación científica, o del Iusnaturalismo historicista representado por Savigny, que sostiene que los principios básicos de justicia que se han aplicado a lo largo de la historia occidental son el resultado de la dinámica histórica y de un incuestionable asenso hacia el progreso social de la humanidad.

No podemos alejarnos entonces, de los valores morales de una sociedad que son los que, definitivamente, deben enrumbar el carácter de aplicable y válido de un sistema jurídico tanto cronológica como culturalmente; puesto que lo contrario no sería más que arbitrariedad y esto no implica una defensa metafísica de la teoría del Derecho.

Cabe destacar que de otro lado está el positivismo, defendido y desarrollado por juristas-pensadores como Bobbio, Kelsen (Ver Anexo 13), Hart y Austin entre otros, que arguyen que no existen principios morales validos universalmente, pues el derecho no puede ni debe tener relación alguna con la moral, con lo valorativo, con lo subjetivo, dejando de lado aspectos fundamentales para la defensa Iusnaturalista como la vida, la honra, la libertad, etc.

Así, el derecho, para los positivistas más duros, es un ente autónomo, objetivo, coherente que no tiene lagunas, y que por ende puede solucionar cualquier caso que se le presente por medio de una estructura silogística, lógica, estructurada, pre armada, presupuestada, creada a posteriori. Sin embargo, el Iusnaturalismo, como teoría, tomó mayor fuerza en los Estados constitucionalistas de la pos guerra y, valga recordar, el Ecuador, con la Constitución de 2008, se subsumió en los postulados neoconstitucionalistas contemporáneos.

En este marció, y para efectos de este trabajo, se tomará la clasificación de los principios de Derecho propuesta por el jurista Aarnio (Batista, 1977, p. 115) respecto de la existencia de tres categorías: a) Los formalmente válidos, que se expresan en las normas que regulan los derechos políticos y sociales básicos, como en la libertad de expresión, libertad de asociación, igualdad, etc., o en el derecho privado como el principio de buena fe en los contratos, el principio de protección de los trabajadores en el derecho laboral, etc.; b) Las generalizaciones jurídicas, no incorporadas formalmente al derecho ni específicamente vinculados con las normas jurídicas concretas; y, c) Los que sirven para la toma de decisiones, que a veces son expresados en el derecho e institucionalizados en la tradición jurídica de Occidente, y aceptados tácitamente por la comunidad jurídica (por ejemplo, el principio de legalidad, etc.)

2.1.1. UNA VISIÓN POLÍTICA Y PRÁCTICA SOBRE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO

Con este acercamiento, este trabajo continuará intentando reforzar la idea de que toda elaboración académica actual, debe basarse en un análisis y uso de los principios puesto que la nueva estructuración de lo jurídico implica cambios conscientes e inconscientes en el mundo del derecho, por lo que hacer un recorrido por sus elementos clásicos, si bien resulta interesante, no es suficiente para efectuar una propuesta.

Cómo bien lo señala Botero Bernal (2005, p.32), “el tema de los principios es un asunto que escapa de lo meramente jurídico” y por tanto, es importante “dilucidar las relaciones que los principios tienen con el poder”, y entender que “en la contemporaneidad el tema de los principios emerge como una alternativa democrática de contención de la actividad estatal”.

> “La importancia del estudio a profundidad de los principios en el derecho nace en los propios juegos democráticos (que) generaron situaciones paradójicas, como lo es percibir el derecho como fórmula de redención social y paralelamente como instrumento de dominación que supone una desconfianza hacia los poderes públicos' (en especial en América Latina, donde el poder político indagó más por los caprichos de pocos que por las necesidades sociales), en especial hacia aquellos que supuestamente eran receptores de la legitimidad brindada por el modelo democrático liberal entendido como voto: el ejecutivo y el legislativo” (Botero Bernal, 2005, p.32).

Afirmación que resulta crudamente cierta en nuestro entorno, en el que muy poco se toman en cuenta las fuentes modernas del derecho. Ante ello, este trabajo busca efectuar un acercamiento real desde la sociedad hacia el derecho y entender las necesidades sociales reales que deben dar paso a la construcción de una ley, de una buena ley (valga enfatizar).

En el marco de lo social existe una técnica diferencia entre el “ser” y el “deber ser”, es decir, entre lo que realmente ocurre dentro y fuera de las dinámicas propias de los Estados y lo que la norma (jurídica y moral) establece como algo correcto en el ámbito de las interrelaciones ciudadanas, civiles, sociales. Esto incide en la creación de normas legales puesto que el Derecho (quienes lo hacen, por supuesto) está en la obligación de crear normas que respondan a los cambios y a las necesidades del conglomerado humano contenido en un Estado sobre el cual una determinada legislación tiene jurisdicción. Ninguna ley creada de espaldas a las externalidades, entendidas como las variaciones

económico-políticas-sociológicas-tecnológicas que nacen, crecen y se reproducen dentro de un momento histórico, puede ser bien concebida.

De aquí la importancia que tiene la incorporación de los principios en un cuerpo legal cuyo contenido es de importancia e interés directo para la colectividad, más allá que técnico-administrativo. Por ello, se trata de una opción discursiva extrajurídica que a la vez es intraestatal.

Cabe tener en cuenta que el Estado surge del ejercicio político en un territorio determinado, es decir, de actividades políticas responsables y de autolimitación en el marco de la ética colectiva. Por tanto, una ley dictada por órganos responsables en un orden de división real de poderes es un factor clave dentro la propuesta que busca efectuarse en este trabajo. Es por ello que la creación de normativas coherentes y originadas en la pragmática son necesarias para que la ciudadanía recobre la confianza en las funciones del Estado como defensoras de sus derechos y como creadoras de normas, leyes, procedimientos que le garantices seguridad jurídica. El Estado, y más aún, en uno en el que existe una concentración visible, práctica y hasta insultante de poderes, puede normar lo que sea y crear cualquier tipo de norma, de ahí la importancia de que otras fuentes alimenten en Derecho.

Botero Bernal (2005, p. 36) plantea una salida a esta problemática: “la jerarquía de los principios sobre la regla” y “el estudio de campo” que permita introducir elementos interdisciplinarios al derecho (“costumbre poco aplicada por los abogados que consideran que esto debe aplicarse a otras ramas del saber”, según afirma el jurista). Esto supone reestructurar la jerarquía de las fuentes del derecho dentro del sistema jurídico romanista (al cual pertenece el Ecuador) que, en orden, las coloca de la siguiente manera: ley, costumbre, doctrina, jurisprudencia y principios.

Así, el planteamiento es abrirse un tanto de lo tradicional y asumir, al menos en un tema legal en el que el Ecuador poca experiencia tiene, para construir una

legislación que aunque establezca parámetros para el ejercicio de la libertad de expresión, no atente contra ella. Es así que es considerablemente necesario intentar otra fórmula que bien podría ser: principios, doctrina, jurisprudencia, costumbre y ley, es decir, una especie de acercamiento comparado hacia la técnica del Common Law a fin de vivir una nueva perspectiva de la creación del Derecho, al menos cuando poco o nada de experiencia se tiene en el establecimientos de normas sobre una determinada actividad social y aunque parezca osada la propuesta, el fin no es más que la búsqueda de canales encauzadores para al Estado democrático que muchas de las veces suele encerrarse en sus propios juegos.

Esto no implica que los principios sean superiores al Derecho emanado del Estado sino, únicamente, que conllevan a una reconducción, por lo que resulta importante analizar (y en eso tiene la razón Botero Bernal) la "jerarquía de la libertad, de un lado, y la de la justicia, por el otro", según lo que se ha expuesto previamente así como lo importante que resulta para la democracia que la contención a los poderes y posibles excesos de los Estados surjan del ejercicio político y de las libertades de sus ciudadanos, en lugar de las normas exegéticas (es decir, el derecho por el derecho, la norma por la norma), o la "la jerarquía de los principios sobre la regla".

En forma clara lo conceptúa Botero Bernal (2005, pp. 36-37) cuando dice que "la crisis del concepto tradicional de seguridad jurídica sumado al surgimiento del neoconstitucionalismo, tienen en el tema de los principios una respuesta surgida del propio derecho para encauzar de nuevo al sistema jurídico en el dilema y la paradoja en que se ha ubicado a sí mismo*"* porque "además, el discurso de los principios busca afrontar otros aspectos del derecho contemporáneo, como por ejemplo el síndrome normativo" (entendido esto, por el autor, como la proliferación de normas por la 'necesidad' simple de que existan normas, pretendiendo así enfrentar un problema social o político).

Y aunque este no es un problema nuevo dentro de la discusión sobre la eficacia de las fuentes del Derecho, para este trabajo es importante traer sobre la mesa la reflexión del principalismo jurídico sobre la disyuntiva entre la jerarquía entre principio y regla sin detrimento de que la respuesta tenga tintes importantemente políticos, puesto que académicamente, esta posición teórico-filosófica, propone el reconocimiento histórico de los conceptos culturales, los imaginarios sociales, las necesidades ciudadanas y a las representaciones colectivas, para dar una salida pragmática a la aspiración de existencia de la Justicia, como lo requieren los Estados contemporáneos, enmarcados en dilemas políticos y en desarrollos epistémicos extemporáneos que confluyen en la crisis de las democracias occidentales.

Para Solozábal (1998, prólogo), en contrario, el problema de la aplicación del principalismo en la elaboración de normativas que estas se vuelven "propensas a la ideología" por lo que resultan menos efectivas que las positivistas que permiten una “efectividad jurídica”, únicamente limitada por la “efectividad pragmática de un determinado Estado”. Esta puntualización la efectúa al referirse a la problemática del neoconstitucionalismo, a la existencia de un Estado de derechos en el que prima el Derecho Constitucional que “consiste en una regulación concreta de las relaciones políticas en una comunidad, en función de determinada ideología, que obliga a las autoridades y los ciudadanos bajo la amenaza de la propia fuerza del Estado”. En este marco, para la propuesta de este trabajo es fundamental distinguir entre la voluntad del pueblo y la voluntad del Estado (entendido como aparataje administrativo ejecutor del poder) en el uso de los principios del Derecho.

Y aunque de forma un poco escéptica, Solozábal reconoce que aunque en el constitucionalismo la norma positiva está por sobre el iusnaturalismo; en el neoconstitucionalismo no, puesto que los derechos de los sujetos están por sobre la norma escrita. De acuerdo o no con la eficacia del fondo de esta observación, este es el sistema que ha adoptado el Ecuador para sobre él,

construir su legislación (al menos en la teoría, porque en la práctica, existen serias dudas).

Parafraseando a este autor, en sus reflexiones sobre Jellinek, hay que apuntar que sin Estado no hay derechos, pero lo más importante es que de la admisión de derechos es posible la existencia del Estado, pues el Estado constitucional no es sólo el Estado autolimitado por sus propios criterios y a su libre criterio, sino heterolimitado, además, por la imposición conceptual y política de los derechos fundamentales que se les reconoce a cada ciudadano, como titulares de una vida social. Cabe recordar que la posición del legislador no es de absoluta libertad en relación con una materia, al momento de crear un cuerpo jurídico.

De lo dicho, cabe apuntar que aunque el iusnaturalismo parecen teóricamente contrapuestos, enfrentados entre sí, en el constitucionalismo (y más aun en el neoconstitucionalismo), parece que la brecha se acorta. Pese a que, por ejemplo, para Norberto Bobbio, la justificación iusnaturalista es inútil por incoherente ya que no existe derecho natural, pues lo que así se denomina ni es derecho, como tipo característico prescriptivo, esto es como orden efectivo y coactivo; ni es natural, pues es imposible ofrecer un contenido institucional o normativo del mismo aceptado con universalidad en el tiempo y en el espacio, ya que lo que hoy es considerado canon de corrección, ayer fue un comportamiento hasta bárbaro y mañana puede reputarse obsoleto, es decir, que lo que resulta aceptable en un área geográfica y en un tiempo histórico y en una determinada cultura, en algún momento será inaceptable y perseguible para otra (Bobbio, 1998). En algo similar (pero al parecer contradictorio) concuerda J. H. Ely, cuando dice que si bien el constitucionalismo no puede existir sin la Declaración de Derechos, está no contiene derechos innatos del ser humano, sino preceptos pensados y analizados a través de la historia (Ely, 1998). Sin embargo, esto parece estar parcialmente superado cuando por sobre la norma positiva (Constitución) se ponen los derechos y se coloca las garantías de estas por sobre el concepto elemental de que este cuerpo legal es

la “norma fundamental hipotética”. Por ello, la comprensión de este aspecto no es exclusivamente una cuestión de filosofía jurídica, que deba dejarse sólo en las manos de los filósofos de derecho, sino que debe ser de conocimiento, aplicación y extrapolación de quienes fungen como legisladores dentro de un Estado de derecho y en ejercicio de su función en el marco de la independencia de poderes.

Vale citar así a Solozábal (1998, prólogo) cuando asegura que “el orden constitucional no puede sostenerse desde sí mismo ni su justificación puede hacerse exclusivamente en base a la consideración de la excelencia o rigor técnicos (…pues) no hay, habría que concluir, Constitución, ni orden constitucional sin voluntad de Constitución, sin convicción de su necesidad para establecer un orden político efectivo y justo” y esto, como se dijo antes, se logra únicamente fuera de la exégesis como forma radical del positivismo. Empero, esto no significa una defensa del Derecho divino, sino únicamente una forma de entender de dónde proviene, qué contiene y hacia dónde va, el mandato de elector en un sistema democrático (entendiéndose que de él emana la norma fundamental hipotética) con base en los requerimientos y ejercicio de los derechos intrínsecos a su naturaleza.

Al respecto, cabe señalar que el principio es una concreción de valores, pero teniendo presente que hay una diferencia entre valor y principio, en el sentido que el primero pertenece al mundo de la moral y por tanto no es coercible, mientras que el *principio* adquiere una “virtud deontológica” (Solozábal, 1998, p.45), lo que le da su naturaleza de norma jurídica, y por tanto, coercible e imperativo; contrario a la exégesis en la cual el silogismo se convierte en la esencia legal por excelencia (como lo vemos en nuestros ordenamientos jurídicos de familia romanista).

Así, la incorporación de elementos provenientes de la población como moral, ética, cultura, evolución social, transformación, cronología son interesantes al momento de ser incorporados en una norma. Cabe recordar que la asimilación

de la Justicia con el Derecho ya no es una verdad en nuestros sistemas. Incluso existen normas injustas y estas siguen siendo aplicables a los ciudadanos. El objetivo, entonces, es corregir aquellas normas por decirlo "injustas" y transformarlas en formas de seguridad jurídica para los ciudadanos al momento del ejercicio de sus derechos que, como se señaló previamente, son los que permiten la existencia de un Estado como tal.

2.2. EL IMPORTANTE APORTE DE LA DOCTRINA EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO

> La ley debe ser producto de la razón y no del capricho del legislador y debe estar al alcance de todas las personas.
>
> Savigny

Aunque no es una fuente formal del Derecho, la doctrina jurídica que consiste en la opinión de los juristas prestigiosos sobre una materia concreta, es trascendental, por esta misma razón, para la creación del derecho.

Aparentemente, el punto desarrollado previamente, dejaría sin piso a este trabajo respecto de la intención de destacar la importancia de la Doctrina en la creación del Derecho, puesto que se habla de la adopción del iusnaturalismo principalista por el neoconstitucionalismo actual; y, sí hablamos de Doctrina, pues el fin es la incorporación del pensamiento de los juristas como importante para la creación del Derecho. Entonces, se creará la pregunta, ¿cómo es posible que se defienda la existencia de derechos intrínsecos al ser humano y a la vez se defienda la creación humana social, como parte de la experiencia, para la creación de un buen cuerpo jurídico? Y aunque parece antagónico, en realidad no lo es. Realmente, la aplicación de los principios que le reconocen derechos a priori a los seres humanos por el mero hecho de ostentar la calidad de tales, permite ordenar políticamente a una sociedad y sus formas de gobierno, las cuales, definitivamente y no de manera espontánea, deberán construir el ordenamiento jurídico de esta misma sociedad, que pondrá las

reglas positivas que regirán y cuya interpretación, al menos en tratándose de Derechos Humanos fundamentales, deberá no ser antojadiza ni exegética, sino basada en criterios deontológicos, pragmáticos, experimentales y filosóficos.

Así que la enemistad entre ambos aspectos no existe y su distancia no es tan grande cono algunos juristas lo postulan, Savigny, por ejemplo. De aquí, probablemente, surja en el lector una nueva pregunta: ¿esta reflexión es posible en la creación de todo tipo de normas, en la elaboración de reformas, y en toda aplicación? La respuesta a esto es sí y no, como ya se lo desarrollará más adelante y cómo ya se ha hecho referencia en puntos previos.

Y aunque la doctrina jurídica surge principalmente de las universidades y del peculio de los pensadores del Derecho, al no ser reconocida como fuente oficial, en la práctica, en la mayoría de sistemas jurídicos, no tiene peso, contrario de lo que ocurre con la Jurisprudencia. Sin embargo, la Doctrina es importante para el juez, el jurista y sobre todo, para el legislador en el ejercicio de la creación de leyes, puesto que la opinión y la crítica de los teóricos del Derecho, tarde o temprano, influyen en la formación y creación de nuevas normas y/o en la aplicación e interpretación de las ya existentes.

La Doctrina estudia los orígenes históricos (cronológicos, situacionales, etnológicos, culturales, coyunturales, etc.) del Derecho, con el fin de esclarecer el sentido de las normas y elaborar nuevas que sean apropiadas (en toda su extensión) para formar parte de los modelos jurídicos.

Como se resaltaba antes, si bien los principios son elementales para que el constitucionalismo cree el marco en el que se va a crear la legislación de un Estado, la doctrina es fundamental (dentro del positivismo) para crear las normas que cada uno de estos Estados necesita. Sólo una norma acorde a lo que requiere cada pueblo es una buena norma. Cabe recordar que en manos del iusnaturalismo racionalista dio origen a las teorías del contrato social o

contractualismo, ya un tanto distanciado de la esencia religiosa, que en un principio lo acompañaba.

Y si hablamos de Doctrina e historicismo, no se puede excluir del análisis a Friedrich Karl von Savigny, quien con el Historicismo del Derecho efectuó un gran aporte, empero de que su visión sobre la ruptura del positivismo con el iusnaturalismo es radical (contrario a lo que se propone en este trabajo) que en su momento, dio paso a sostener los argumentos imperialistas y colonialistas de la época (s. XIX), pues si bien concebía que “lo que es bueno para un pueblo no es bueno para el otro”, la interpretación extensiva de este postulado, daba pie a que se defienda la existencia de hay pueblos que sabían lo que era bueno para unos y no para otros.

Así, hay que recordar, se defendió que hay cosas que aunque están bien para unos no lo están para los demás, como por ejemplo, la esclavitud (hay pueblos para los que está bien ser esclavos y hay otros para los que está bien ser los amos). Pero este gran pensador, de algún manera se acercaba hacia el racionalismo idealista, cuando, cómo se colocaba en la frase con la que inició este punto.

La Doctrina, entonces, es una fuente del conocimiento jurídico que, en palabras de Álvarez Gardiol, “las fuentes del conocimiento de las normas se hallan en la ciencia jurídica. La literatura jurídica nos ayuda a conocer el conjunto de normas elaborando científicamente sus fuentes reales” (Álvarez Gardiol, 2010, p. 112), pues asevera que una fuente abstracta puede terminar siendo, en el momento de una necesidad jurídica concreta, una fuente real. Al respecto, y de forma más directa, Ciuro Caldani ubica a la Doctrina Jurídica como parte del derecho positivo, asegurando que “la doctrina jurídica abarca las fuentes de conocimiento, pero es también fuente material” (Caldani, 2011, p. 5).

En este aspecto, Ronchetti (2011, p. 7) acierta cuando asegura que, en la práctica, la “invasión” de la Doctrina se produce por su propia fuerza de

convicción, lo que hace que sea adoptada por el Juez o la comunidad, y de esa manera, quede suficientemente legitimada, aunque reconoce, también, que se trata de un “arma de doble filo”, puesto que desde una perspectiva más bien política que de Derecho, hay una creciente tendencia a utilizar la autoridad de prestigiosos juristas para apoyar “interesadamente” determinadas interpretaciones de normas que se pretenden imponer.

Y sí es “notoria la influencia que algunos juristas de prestigio ejercen sobre las decisiones judiciales, gozando sus opiniones de un peso casi comparable al de los tribunales de alzada, por lo cual los abogados recurren ansiosamente a ellas para fundamentar sus alegatos” (Ronchetti, 2011, p. 9), lo mismo que los abogados las usan para acreditar la razón de sus respectivas pretensiones, según rescata el autor, porque no incluir la Doctrina en la elaboración de leyes, desde la propia legislatura, que es dónde se abre el espacio propicio de debate que permitirá aceptar o no una determinada Doctrina, de manera técnica, desinteresada e importante.

2.3. HACIA UN ENFOQUE METODOLÓGICO SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Este punto busca reflexionar, analizar y criticar, desde el Derecho, como parte de las Ciencias Sociales, los derechos fundamentales. Para ello, se debe recordar que son derechos fundamentales aquellos que tienen carácter universal e indisponible, y se encuentran consagrados en el derecho positivo nacional o en las declaraciones universales y en los pactos internacionales (a esto ya se aludió en el capítulo previo).

Así pues, la premisa fundamental en la relación entre derechos fundamentales y Estado es, según la Declaración Universal de 1948, la Paz interna de los Estados, la cual se encuentra supeditada a la garantía de los Derechos Humanos en sí, pues “la violación sistemática de estos justifica la rebelión como expresión del derecho de resistencia” (Ferrajoli, 2010, p. 40).

Por ello, primero sería importante determinar que en el ámbito de los derechos fundamentales, existen tres vertientes: la dogmática constitucional nacional o internacional (que defiende la existencia de derechos que tienen carácter universal y están consagrados en el derecho positivo de los Estados, en las declaraciones universales y en los pactos internacionales); la que puede proponerse desde la filosofía política (para garantizar la paz en y entre los Estados, la igualdad y las libertades, la resistencia, la protección de los más débiles y la limitación al poder existente, etc.) ; y, la que ofrece la teoría del derecho (que reconoce su calidad de inalienables y universales, pero a través de su postulación como regla general).

Aunque aparentemente se trata de tres formas distintas, el elemento en común que de ellas se deduce es la existencia de un vínculo conceptual político, puesto que el reconocimiento de derechos fundamentales en cualquier instrumento jurídico nacional o internacional válido, tiene como fin reconocer la existencia de limitantes al poder, al abuso del poder.

Por ello, el incluir el principalismo en la elaboración de un cuerpo legal, permite que se declare nula una ley que desconozca la Constitución en su esencia (como declaratoria de derechos y como reflejo del universalismo) así haya sido aprobada por la voluntad de las mayorías (ya sea a través de sus mandatarios o de consultas populares, o cualquier otra vía).

El constitucionalismo moderno, salido del Common Law, específicamente de los Estados Unidos, reconoce la existencia de una supra ley o norma fundamental, escrita y rígida, orientada hacia básicamente dos puntos esenciales: a) el reconocimiento de derechos y sus garantías; b) la división de poderes y la limitaciones de su ejercicio en el marco del Estado.

Esta visión, claramente, va en detrimento del clásico constitucionalismo francés que prioriza la figura del Parlamento a la del texto constitucional e, incluso, la soberanía de la ley por sobre la existencia de derechos, estableciendo una

asimetría concreta entre ley y Constitución (a la cual no se le reconoce valor jurídico ni fuerza vinculante sino moral).

> “Dos argumentos jugaron un papel decisivo en ello. El primero es el argumento del legislador racional que permitía imputarle a éste y al producto de su actividad, la Ley, ciertas propiedades que garantizan su racionalidad de manera que, aun cuando las reglas de derecho positivo sean elaboradas por una pluralidad de individuos falibles y concretos se concibe a éstas como productos de un ser único suprapersonal, infalible, sensato, prudente, sabio, justo, coherente, etc.; el segundo se conoce como el principio de soberanía parlamentaria o de supremacía de la ley” (López Medina 2010, p. 43).

Esto resume muy bien uno de los puntos fundamentales que postula este trabajo: cómo en nuestra sistema jurídico se le reconoce facultades omnímodas a un legislador mas colocado en su curul por promoción publicitaria y maketing que por sus conocimientos sobre Derecho y ramas necesarias por materias; asimismo, ni siquiera se permite la revisión de las decisiones tomadas por los parlamentarios, y sólo a al legislador se le da la facultad de interpretar la ley (una ley falible, muchas veces copiada y otras al servicio del poder) y no al juez, que es quien administra justicia, quien entienden los principios, quien conoce la doctrina, quien comprende el trasfondo de la ley, y quien en su ejercicio ha emitido sentencias. Claro, que esto es parte de nuestra herencia napoleónica y, por tanto, complicado resulta cambiar en esencia, la forma de concebir y aplicar la ley en nuestro sistema; empero, la propuesta debe hacerse. Entonces, ¿se está hablando de una supeditación de poderes y no de una división de funciones en las cuales el ámbito judicial lleva las de perder? Si la respuesta es afirmativa, se debe entender que esto es permitido por el propio sistema adoptado por el Ecuador, pese a que declaratoriamente se ha auto dicho, constitucionalista… he aquí una clara ejemplificación de la contradicción entre la práctica y la teoría.

Lo que hoy denominamos neoconstitucionalismo nace en los años setenta del siglo XX, con la corriente estructuralista de las Ciencias Sociales (estudio de las estructuras del Estado y las competencias de los poderes) y, posteriormente se orienta la establecer pautas sustantivas que institucionalicen los fines sociales y los valores culturales, entendidos como derechos fundamentales que en su trasfondo, sirvan para limitar el ejercicio del poder al interior del Estado. Mientras que en lo referente al ordenamiento jurídico, modifica los parámetros interpretativos y la forma de aplicar decisiones judiciales, ponderando los valores y principios.

Se trata de reemplazar “el ‘Estado constitucional de derecho’ como superación del ‘Estado legislativo de derecho” (Carrillo De la Rosa, 2010, p. 46), primando concepciones jurídico políticas que surgieron tras la segunda pos guerra. Sin embargo, uno de los primeros obstáculos del neoconstitucionalismo es el establecimiento de mecanismos que garanticen el ejercicio de todo un texto declarativo de derechos.

El neoconstitucionalismo teórico, se opone al positivismo teórico y se acerca al positivismo metodológico, en cuanto reconoce la conexidad contingente entre derecho y moral; así, aunque reconoce la importancia de la norma, admite el valor de otros estándares como los principios y la doctrina.

Desde una perspectiva ideológica, el neoconstitucionalismo valora como positiva la postulación de la obediencia ciega al derecho legislado, sino únicamente de obedecer a la Constitución. Mientras que desde lo metodológico, el neoconstitucionalismo sostiene que existe una conexión conceptual necesaria para vincular el derecho y la moral y esta es la inclusión de principios constitucionales y derechos fundamentales.

Al respecto, para Bobbio (1993, p. 33), en efecto, ante cualquier norma jurídica podemos plantearnos un triple orden de problemas: 1) si es *justa* o *injusta*; 2) si

es *válida* o *inválida*; 3) si es *eficaz* o *ineficaz*. Se trata de tres diferentes problemas: de la *justicia*, de la *validez* y de la *eficacia* de una norma jurídica.

2.4. LA INTERDISCIPLINARIEDAD NECESARIA PARA LA CONSTRUCCION DE UN EFECTIVO CUERPO LEGAL

La realidad palpable es uno de los elementos que necesariamente debe estar incluida dentro del análisis del Derecho y dentro de la construcción de cuerpos normativos que, obviamente, van a regir a la sociedad.

El Derecho, en la realidad cotidiana, no son solo normas y sentencias, sino que son parte de la experiencia humana y no hay campo alguno (al menos visiblemente) en el que no se halle involucrado en algún sentido, a tal punto que puede entenderse como una de las simbiosis más universales de que se tenga conocimiento.

Así, el Derecho resulta involucrado en problemas agrícolas, políticos, sociales, económicos, científicos, financieros, psicológicos, tecnológicos, humanos, e infinitamente más, por ello, sólo puede estimarse eficaz un Derecho que se encuentra armonizado a las reglas jurídicas con las correspondientes a las disciplinas que enmarcan los conflictos a resolver; empero, jueces, abogados, juristas y legisladores, no tienen la más remota idea de la necesidad y la importancia de su saber interdisciplinario.

La ausencia de una formación interdisciplinaria ha sido causa de muchos de los errores judiciales y legislativos, lo cual siempre va a ser una práctica en contra del ciudadano mientras que el conocimiento interdisciplinario, siempre va a ser un elemento de convicción de los sujetos sobre la seguridad jurídica. Es así que la comunidad confía en que sus juristas son doctos, no sólo en leyes y que las leyes se entiendan únicamente si están inmersas en los valores supremos que la comunidad reconoce y necesita.

Así, aunque la pretensión no es que se formen “todologos” (o expertos en todo y en nada), es de suprema importancia que los legisladores (en el caso ecuatoriano, asambleístas), los jueces y los abogados, se acerquen al conocimiento de cada disciplina, profesión u oficio sobre el que está manejándose un caso o construyéndose una ley, pues sólo conociendo los pormenores en los que está inmerso un conflicto, se puede entenderlo y ofrecer una solución eficaz, eficiente y viable a este.

Es peligroso, entonces, que el jurista y el legislador, no posean conocimientos científicos jurídicamente relevantes en lo compete a otras ciencias, profesiones, oficios, responsabilidades y, por decirlo de alguna manera, actividades humanas-sociales en general.

El saber jurídico debe ser sólo la base, puesto que su responsabilidad es aplicar la justicia y la ley a un conglomerado humano multidisciplinario en esencia y esta labor no se puede hacer de manera correcta, sino conociendo de aquello sobre lo que se está tratando.

> “En esta visión legalista, poca atención se presta a la comunicación, psicología, política, etc. (…) Esto dio como resultado un excesivo formalismo jurídico que sólo entorpece el procedimiento (…) Ante esto, se establecerían correcciones a la concepción del derecho (…) para conjuntar el aspecto abstracto de la ciencia jurídica con el normativo (asegurándose que) el derecho se mueve en tres dimensiones, es decir, el fenómeno normativo se manifiesta tanto en un hecho social, en norma jurídica y en valor, concepción que concilia las ideas naturalistas y positivistas del derecho. Precisamente es a partir de esta concepción que en menor o mayor medida empieza a abrir los ojos de los juristas sobre la implicación de otras ciencias en las áreas de estudio del derecho como podría ser la sociología, filosofía, antropología, psicología, historia, política, etc., sin embargo, lo anterior no ha afectado de manera significativa los planes de estudios de las facultades de derecho y es que

> los juristas habían sido educados conforme la visión egoísta de la norma como un todo absoluto y autosuficiente" (Pérez Sauceda y Zaragoza Huerta, 2009, pp. 4-5).

Para unificar criterios es posible valerse de la *pluridisciplinariedad*, por ejemplo, que permite unir los criterios de expertos en varios ámbitos para de ahí tener un "ecosistema" de saberes que permitan dar amplitud para el desarrollo de un determinado conocimiento. Sin embargo, esta especie de mesa redonda de conocimientos no es suficiente, es solamente un método válido.

Lo mismo ocurre con la *transdisciplinariedad* que, por otro lado, abandona saberes particulares para construir un todo científico (o al menos intentarlo), lo cual permite la creación de nuevos métodos epistemológicos y permite elaborar hipótesis con sustentos disciplinarios entrecruzados. Así, Pérez Sauceda y Zaragoza Huerta, citan a Manuel Atienza, cuando explican este punto refiriéndose a su propuesta de crear un acertado derecho positivo en una determinada sociedad a través de la vinculación del Derecho, como punto de intersección, entre la psicología, la historia, la tecnología, la antropología, y demás, permitiendo de ahí obtener nuevas metodologías para la creación de un cuerpo jurídico.

Según estos autores, esto permitió la creación de nuevas formas de alimentar el Derecho:
1) la dogmática o perspectiva eminentemente jurídica;
2) la sociología jurídica, que da lugar a la creación de otras perspectivas jurídicas y no jurídicas pero relacionadas sobre todo a las ciencias humanas;
3) la teoría de los juegos, o disciplinas que no crean nuevas formas pero que si se incluyen en las ya existentes para fortalecerlas; y,
4) la introducción de las ciencias formales en el estudio y análisis del Derecho.

En resumen, el Derecho en la realidad cotidiana, no son solo normas, procesos y sentencias, expresadas positiva y formalmente sino que el Derecho intercala

dentro de sí, todas las actividades humanas y hoy no parece posible encontrar algún campo en el que no se halle involucrado en algún sentido.

El Derecho es pues, extensivo, dinámico, evolutivo y, por tanto, abarca todas las relaciones entre las personas (naturales, jurídicas, estatales y sus avatares) por lo que una norma no puede ser meramente silogística, sino que debe implica reglas, lenguaje, semiología, costumbres, cultura, ética y, fundamentalmente, un vasto y variado conocimiento de cada actividad respecto de la cual se va a crear una norma.

Y todo ese bagaje, esta formación técnica y específica, no es ligera, sino que implica una responsabilidad de peso tanto para los juristas como para los legisladores quienes forman parte esencial de la dinámica del Derecho.

CAPÍTULO III

3. DERECHO A LA HONRA Y LIBERTAD DE EXPRESION

3.1. UNA JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA

El fin de este trabajo, además es analizar el proyecto de Ley Orgánica de Comunicación, que actualmente se encuentra en debate en el Pleno de la Asamblea Nacional y que ya ha pasado por varios acuerdos político-ético-jurídicos y cuya aprobación permanece en espera debido a la controversia surgida sobre el irrespeto al derecho de la libertad de expresión.

Empero de este enmarcamiento teórico-jurídico-doctrinario, en el Ecuador, en la actualidad, se está cocinando un proyecto de ley Orgánica de comunicación, caracterizada por una penalización (tras el escudo de la figura de “delitos contra el honor”) de la opinión, que ha pasado por varios acuerdos ético-políticos pero que no define su texto en función de necesidades sociales como de urgencias de obediencia de partido. Es esta la necesidad de analizar dicho proyecto que concierne, de manera directa, a la generalidad de los ciudadanos.

Es por ello, que resulta necesario identificar estos elementos y su tratamiento en el proyecto de ley antes citado, cuya aprobación está próxima y cuya controversia, al parecer, se mantendrá en los mismos niveles del anterior texto presentado ante la Asamblea Nacional y debatido en la Subcomisión Especializada Ocasional de Comunicación.

Esto, en vista de que desde el oficialismo gubernamental, se ha anticipado que se retomará desde cero el proyecto que quedó pospuesto para ser retomado a partir de febrero del presente año, pero esta vez, con un texto distinto, es decir, libre de los acuerdos anteriormente alcanzados con los gremios periodísticos, sectores sociales, movimientos políticos y representantes de veedurías ciudadanas.

Se ha escogido este tema, sobre el análisis jurídico y comparativo respecto del sistema de tratados y convenciones internacionales que el Ecuador ha suscrito, para efectuar una confrontación teórico-práctica respecto del momento que el país vive en cuanto a la creación de nuevas leyes en el marco de la aplicación del principio de participación ciudadana, para establecer si el ejercicio de la libertad de expresión, entendida como libertad de pensamiento y de opinión, es respetada; y, para determinar los limites existentes en el ejercicio de este derecho.

Por esto mismo, se ha elegido enmarcar este estudio en el tema de la doctrina de la real malicia, debido a que ésta, permitiría justificar muchos de los coartamientos a las libertades humanas expresas, en el contexto de la defensa de los derechos del honor. Así, este trabajo busca esclarecer cuan dable es la censura y cuan permisible es el evitar la denuncia a cerca de hechos que deben estar a vista de la opinión pública, apelando a dicho honor y a dicha censura.

Asimismo, es de gran importancia efectuar un análisis comparativos de las leyes de comunicación que han salido a la luz en los últimos años, tanto en Latinoamérica, con en otros países de influencia.

Es, pues, también, de suma importancia efectuar un análisis de caso en los que la denuncia pública (entendida como la ‘noticia criminis’) se han convertido en sucesos que han generado la necesidad gubernamental de crear una ley de comunicación que regule y limite el derecho a la libertad de expresión.

Así tendremos que una aproximación al concepto de libertad nos la hace mostrar como un derecho imprescindible e inalienable de la persona humana, y por ende perteneciente indisolublemente a su naturaleza. Esto nos conduce a la concepción de la libertad como un derecho natural, fundamental y primordial y a esta, como esencialmente protegida por la Carta Fundamental Hipotética.

Por lo tanto, el tema escogido es actual, debido a sus restricciones legales y contraposiciones constitucionales, las cuales se vería en desacuerdo para llevar a cabo un verdadero proceso que tenga sustento legal propio para su diligencia.

Esto, debido a que, como asegura el Dr. Jorge Zavala Egas, “toda regulación restrictiva del ejercicio del derecho de comunicación e información es inconstitucional”, salvo que “se justifique por el poder normativo que el mensaje y su contenido constituyen un peligro claro de actos inmediatos contra derechos e intereses de personas y de la comunidad misma”.

Con esto, se inicia un desglose del articulado pertinente que se debate en estos momentos en la legislatura ecuatoriana y que, junto a otras normas correlacionadas (aprobadas, en aprobación y el proyecto), intentan servir de mantel para restringir libertades civiles en el país.

3.2. DERECHO A LA HONRA VS. DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESION

Aunque se trata de una discusión que no es nueva en el ámbito de los Derechos Humanos, en estos días en el Ecuador ha tomado mayor fuerza sobre todo por la entonación política (más que jurídica) que casos enmarcados en estas figuras, han tenido en los últimos años.

Este tipo de casos toman un giro complejo cuando quien o quienes son parte de un proceso de delitos contra la honra, como injurias por ejemplo, es o son personajes públicos y, peor aún, altas autoridades gubernamentales. Indudablemente, aunque por principio, como ya se señaló en el capítulo previo, esto es un atentado democrático y jurídico, pues se trata de derechos fundamentales, tutelados, cuyo ejercicio no depende (o no debería) de ninguna

jerarquía de poder, justamente en estas distinciones que alcanza su plena acción.

> “El problema es mayor aún en la medida en que la legislación penal ecuatoriana en esa materia específica es tan deficiente como anacrónica, y no concuerda con los estándares internacionales que han sido desarrollados en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos” (Noboa Bejarano, 2004, p. 118).

Así resumen el problema Noboa Bejarano y Flores Aguirre y vale concordar con esta postura, y no desde una perspectiva superficial y política, sino más bien técnica y pragmática -valga la aclaración- entendiéndose que la aplicabilidad y tutela de los Derechos Humanos es responsabilidad y función directa del Estado democrático.

En este marco, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos, en los últimos años, se han referido mucho al derecho/principio de la libertad de expresión y su, lamentablemente, interrelación con el delito de injurias (contra la honra) en las legislaciones nacionales de los diferentes Estados.

En sus sentencias, la Corte Interamericana (Ver Anexo 6) ha señalado la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo de los sujetos en sociedad (al menos en una sociedad libre).

> “La Corte es enfática en señalar que la Convención Americana es más generosa en su garantía de la libertad de expresión y menos restrictiva de este derecho que las disposiciones pertinentes de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y que el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y

> Políticos, afirmación de la Corte que ubica el baremo de la protección a la libertad de expresión dentro del Sistema Interamericano en un sitial muy elevado" (Noboa Bejarano, 2004, p. 221).

Claro que, en este marco, habrá quienes no concuerden y objeten que dentro del Sistema Interamericano, el ámbito de las injurias no ha sido tratado mayormente. Sin embargo, al tratarse de un delito tipificado penalmente, infringe tres de los límites que la Convención Americana sobre el derecho de opinión: la tipificación y penalización de la difamación (cuyos límites deberían ser eminentemente civiles); la desproporción de la sanción para este tipo de infracción; y, la directa restricción a la libertad de expresión que implica la difamación (cuya tipificación puede ser interpretada a conveniencia particular).

Por ello, una norma que pretenda introducirse en el ámbito de la libertad de expresión, entendida como uno de los principales derechos fundamentales, debe tener en cuenta, según opinión consultita ve la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), las siguientes consideraciones (en relación al caso de Ricardo Canese vs. El Estado de Paraguay, dentro del Sistema Interamericano, que se desarrollará en detalle, dos puntos más adelante):

3.2.1. Principio de distinción de personas públicas y asuntos de interés público y personas y asuntos de interés privado

En su informe sobre La Compatibilidad Entre Las Leyes de Desacato y Las Normas de la CIDH (informe sobre compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Capítulo IV; apartado C, § 3; 1994; OEA/Ser.L/V /11.88), dijo que en una sociedad democrática, las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas -y no menos expuestas – al escrutinio y la crítica del público.

Esto implica, indudablemente, la necesidad de que exista un debate abierto y amplio, entre los diversos sectores sociales, en el marco del ejercicio democrático, sobre el alcance que lo antes señalado, debe tener en los sujetos que son parte de la opinión pública, dado que estas personas son centro del debate, de las críticas, de la oposición y de la opinión, sobre todo, dentro del ejercicio de la libertad de información y la libertad de prensa.

3.2.2. Principio de aplicación de sanciones civiles en casos de personas públicas o asuntos de interés público

La Comisión, en su Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión del año 2000 (informe sobre compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Capítulo IV; apartado C, § 3; 1994; OEA/Ser.L/V /11.88), expuso que, en casos de injurias emitidas por personas públicas o con ocasión de asuntos de interés público, solo cabe la aplicación de sanciones civiles y no penales.

La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión aprobada por la Comisión Interamericana en octubre del 2000, es 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 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 (Ver texto completo en Anexo 4).

Señala, así, que es obligación del Estado, procurar sanciones civiles que permitan el derecho a la rectificación y a la respuesta, en defensa del honor y reputación de los sujetos individuales y de su vida particular. Sin embargo, la

legislación ecuatoriana en la materia es contraria a los postulados internacionales elaborados al respecto, tanto en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, como en el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

3.2.3. Principio de aplicación del estándar de la "real malicia"

Tras un análisis de las implicaciones y desde una perspectiva técnico-jurídica. La C.I., se ha manifestado respecto de la aplicación de los estándares de la Real Malicia (como doctrina) en la determinación de delitos contra el honor (los cuales ya han sido expuestos extensamente en el capítulo primero de este trabajo) de personaje y funcionarios públicos.

Este principio se refiere al Principio 10 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, y establece el estándar de la Real Malicia, como ordenamiento legal a ser utilizado en la protección del honor de los funcionarios públicos o personas públicas. En la práctica, dicho estándar se traduce en la imposición de sólo sanciones civiles en aquellos casos en que exista información falsa y producida con real malicia, es decir, producida con la intención expresa de causar un daño, o con pleno conocimiento de que dicha información era falsa, o con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.

3.2.4. Principio de la inversión de la carga de la prueba

La CIDH, estableció que, quién se sienta afectado por una información falsa o inexacta, debe demostrar la malicia del autor de la afirmación: “la carga de la prueba recae sobre quienes se sienten afectados por una información falsa o inexacta demostrando que el autor de la noticia procedió con malicia” (informe sobre compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Capítulo IV; apartado C, § 3; 1994; OEA/Ser.L/V /11.88).

Cabe destacar que el 16 de abril de 2001, la C.I. emitió una "Interpretación de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión" donde manifestó que debido a que el tipo de debate político a que da lugar el derecho a la libertad de expresión e información, en general, conlleva discursos críticos. Esto porque si bien las leyes sobre calumnias e injurias se han creado para defender el derecho a la honra de las personas, en otras muchas ocasiones, en lugar de proteger el honor de los ciudadanos, se han utilizado para atacar o silenciar el discurso que se considera crítico contra la administración pública.

> “La Comisión Interamericana ha expresado que la penalización de las expresiones dirigidas a los funcionarios públicos o a particulares involucrados voluntariamente en cuestiones relevantes al interés público es una sanción desproporcionada con relación a la importancia que tiene la libertad de expresión e información dentro de un sistema democrático” (Noboa Bejarano, 2004, p. 129).

Así, Grossman (2007) manifiesta que el tema de la “libertad de expresión” y su defensa, toma un rumbo muy distinto cuando se trata de democracias en las que la separación de poderes es frágil.

Estas democracias se caracterizan “por poseer poderes judiciales y congresos débiles, que no ofrecen contrapesos efectivos frente a ejecutivos todopoderosos” (Grossman, 2007, p. 157).

Estas constituyen lo que se denominan “*democracias delegativas*” (O’Donnell, 1994, pp.55-56), en las que la representación recae sobre un líder carismático, escogido en elecciones aparentemente libres (y con aparatajes estratégicos y mediáticos detrás, que mueven la euforia y el entusiasmo popular), que resulta omnímodo y que gobierna sin los contrapesos tradicionales de las democracias representativas, volviendo su administración autoritaria desde el concepto de lo absoluto, dentro de la teoría política.

En estos ámbitos, como en ningún otro, el papel de la libertad de expresión es fundamental para hacer contrapeso al poder ejecutivo (y hasta de partido), no sólo con el fin de informar, sino de crear opinión pública en contra del poder constituido en “X” gobierno de turno, en caso de requerirse, para equilibrar la dinámica político-social de un determinado Estado. La libertad está precisamente en la diversidad de criterios y la uniformidad atenta contra la esencia democrática de un pueblo.

> “En estos sistemas, “la importancia de la libertad de expresión se ve disminuida (…) no se la protege adecuadamente en el derecho interno o ante el incumplimiento de normas preexistentes para su protección. La censura previa, las leyes de desacato y la imposición de excesivas responsabilidades posteriores por supuestas injurias o calumnias, son ejemplos de formas de atacar gravemente a la libertad de expresión. Invocando razones de ‘seguridad nacional’, ‘orden público’, ‘moral nacional’, ‘veracidad en la información’ o la ‘honra de las personas’. Órganos burocráticos de distinto tipo adoptan decisiones sobre lo que las personas pueden ver, leer, escribir o producir. Las grandes posibilidades de abuso que la censura previa implica, permiten suponer que es mejor soportar las exageraciones de los debates libres, que la asfixia ‘protectora’ de la censura (…) la amenaza o imposición de sanciones penales que asfixia a la democracia y responde a una lógica autoritaria incompatible con sus postulados” (Grossman, 2004, pp.158-159).

El problema más grave, entonces, está en que los Estados busquen legislar el ejercicio periodístico como no se lo hace con ninguna otra actividad profesional, al punto de no sólo llegar a discriminar a un sector social por razón de la labor que desempeñan (aunque no se justifica que esto responde a su papel importante en el tema de la opinión pública) sino que esto es lo que se suele

denominar como “leyes de comunicación” que no abarcan el sentido extenso de la comunicación sino que son, únicamente, leyes de medios.

El objetivo es entonces ¿proteger la honra? O ¿controlar la libertad de expresión? Y si la respuesta es la primera ¿por qué dicho marco normativo no sanciona ni busca prevenir crímenes contra periodistas? Ya sea amenazas, persecución, agresiones, asesinatos, que no sólo no se norman, sino que dentro del ejercicio judicial, en muchos casos, incluso, quedan impunes.

Otro aspecto que disminuye la libertad de expresión y tergiversa la protección del derecho a la honra es, sin duda, el discurso de “castigo” o “premio” hacia la prensa por sus ideas u opiniones y la existencia que derivan de la existencia de monopolios (medios de información) públicos o privados. Ya es costumbre escuchar frases como “prensa corrupta”, “sicarios de tinta”, “ignorantes”, “mala fe”, “ineptos”, “servidores de la derecha conspiradora”, “codiciosos”, “desinformadores”, “estúpidos”, “mentirosos” y muchos calificativos más emitidos por la más alta autoridad gubernamental en contra de quienes ejercen la libertad de prensa (Ver Anexo 7).

Esto ha conllevado a que la autoridad divida a este gremio profesional en dos sectores: por un lado, los buenos, los correctos, los asertivos, los honestos, los auténticos periodistas, cuyas opiniones, reportajes, comentarios son apegados a la verdad, a la imparcialidad, a la neutralidad, a la objetividad, es decir, los que cumplen sus funciones para el monopolio público; y, de otro lado, los corruptos, los mal intencionados, los ignorantes, los pésimos profesionales sobre los cuales se presume la mala fe, identificados con la “prensa independiente”, opositora al régimen, dentro del ámbito privado.

Así, la soberanía absoluta de los Estados, en tema de Derechos Humanos, no es un buen mecanismo para protegerlos (y esto se lo demostró más que claramente ya en la Segunda Guerra Mundial) por ello, su protección debe tener un marco más amplio, desde lo supranacional y son instituciones

internacionales las que deben vigilar estos procesos y su defensa. En el caso particular de la libertad de expresión, esta no solamente busca garantizar y proteger el derecho a la difusión de ideas sino también el derecho de todos a recibir, tanto información en general como ideas. Por ello, la libertad de expresión no puede consistir en permitir, únicamente, la difusión de pensamientos, reflexiones, noticias, mensajes en general, considerados por el poder como “aceptables”, sino en no interferir en ese proceso.

Ante esto, viene muy bien destacar que en el caso Canesse (caso Ricardo Canese vs. el Estado de Paraguay dentro del Sistema Interamericano, que se desarrollará en detalle, dos puntos más adelante), la CIDH destacó el siguiente criterio: El derecho a la libertad de expresión es precisamente el derecho del individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad (…) Muchas veces estos debates pueden ser críticos y hasta ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o están vinculados a la formulación de la política pública (Ver Anexo 7).

Es decir, que se trata de un derecho complejo que si bien es ejercido individualmente por los sujetos, tienen una incidencia colectiva, comunitaria, ciudadana, pues consiste en la plena ejecución de lo que le da a los sujetos su calidad de seres político, de seres sociales, de partícipes de su realidad en tanto y en cuanto son capaces de expresar su conformidad o disconformidad con el sistema en que viven, de manifestar sus expresiones culturales, de exteriorizar sus conflictos, de denunciar todo aquello que vaya en contra de su esencia de personas.

3.3. SITEMA DE LA PONDERACIÓN U OTROS CAMINOS POSIBLES

Desde una perspectiva sumamente elemental, la ponderación alude a la actividad consistente de considerar, al unísono, exigencias que presionan en sentidos opuestos sobre un determinado punto sobre el que la salida implica una bifurcación con importancia, aparentemente, similar.

> "Ponderar equivale aquí a sopesar o valorar criterios que demandan acciones diferentes, a medir el peso de razones opuestas mediante su colocación en los platillos de una balanza (…) en el ejercicio de las competencias propias y la totalidad de los intereses públicos implicados" (Arroyo Jiménez, 2009, p. 4).

Para el magistrado del Tribunal Constitucional español y catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha, Arroyo Jiménez, el concepto de *ponderación* alcanza su explicación más certera en el ámbito de la Teoría del Derecho porque permite contraponerlo desde sus dos aristas principales: las normas propiamente dichas y su interpretación.

Mientras que para una voz tan autorizada como la Robert Alexy, la ponderación es una condición de carácter relativo, que surge en el seno de un conflicto internormativo y que alude al modo en que éste se resuelve y, por ello, la distinción entre los principios y leyes propiamente dichas, no alude a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas, ya que mientras los primeros son estructurales y fundamentales, las segundas son posibles y reales; se trata de una disyunción que parte de un conflicto generado por resultados incompatibles respecto de dos juicios de deber ser jurídico contradictorios.

Y como tal, el debate sobre la eficiencia de su aplicación no es nuevo pero si importante, por cuanto se ha intentado ofrecer algunas otras salidas en caso de contraposición normativa, pero con pocos resultados a nivel de eficacia.

Así, al respecto, a propósito de la reciente evolución del sistema europeo de protección de los derechos fundamentales, Arroyo Jiménez cita al pensador Baquero Cruz, quien destaca la importancia de tratar sobre la ponderación en el Derecho contemporáneo, y muy especialmente el Derecho constitucional, pues

> *"…* en primer lugar, la ponderación se revela en esta nueva situación como un método para resolver, desde luego no todos, pero sí buena parte de los conflictos que integran esas normas. En segundo término, la alternativa tradicional entre iusnaturalismo, realismo y positivismo jurídicos se enriquece y hace más compleja de la mano de la doctrina del neoconstitucionalismo, cuyo impacto sobre las formas tradicionales de aproximarse al Derecho no ha sido todavía aclarado. En tercer lugar, en un contexto más confuso como es el descrito, el conocimiento y la determinación del Derecho dejan de responder a un modelo geográfico, en beneficio de un modelo de argumentación" (Arroyo Jiménez, 2009, pp. 5-6).

Y claro, el neo constitucionalismo y su propugnación de un Estado de derechos fundamentales crea más de un conflicto en el parco de la contraposición positivista-iusnaturalista, pues en todo caso, lo que suele ponerse en conflicto son enunciados/principios con el mismo peso constitucional y supranacional.

Así, mientras comúnmente, los conflictos de reglas se resuelven mediante el establecimiento de una relación de preferencia en favor de una de ellas, bien declarando inválida alguna de esas reglas, o bien declarando la existencia en alguna de ellas de una cláusula de excepción en beneficio de la otra (lo primero por aplicación del principio cronológico y lo segundo, del principio de jerarquía normativa o del principio de competencia). Pero para resolver entre uno u otro, la ponderación se convierte en una opción jurídica a través de la cual se

resuelven las colisiones entre principios y para identificar las circunstancias que deben concurrir para que un principio sea considerado de mayor peso que otro.

Ante esto Alexy propone a la ponderación como un tipo de discurso que permite resolver conflictos de principios mediante la creación de reglas a través de la denominada "*ley de colisión*" (Alexy, 1993, pp. 90 a 97), en virtud de la cual las circunstancias que integran la condición de la relación de precedencia son el presupuesto de hecho de una regla cuya consecuencia jurídica es el juicio de deber ser que se deriva del principio precedente y, por ello, la resolución de una colisión de principios a través de la ponderación es el establecimiento de una relación de preferencia condicionada que implica la creación de una nueva norma en virtud de la cual, si se dan las circunstancias señaladas, deberá aplicarse la consecuencia jurídica que se deriva del principio al que se ha otorgado prevalencia, es decir, la ponderación jurídicamente aplicable depende del cumplimiento de un supuesto en el que se colisionen dos principios de igual importancia.

Para aclarar el panorama, para que se pueda dar la ponderación, se necesita de una premisa válida que no necesite ser ponderada: por ejemplo, en este caso, el bien común sobre el bien individual en un estado social de Derecho; que permitirá que se resuelva entre dos contradictorios en cuestión: la libertad de expresión como principio fundamental de la existencia del bien común y la defensa de la honra como principio fundamental del bienestar de los sujetos en la sociedad. El resultado de la ponderación, por tanto, es la creación de una regla: bien común sobre bien individual (al menos en un Estado de derecho que propugna el buen vivir como parte del beneficio de las mayorías).

Arroyo Jiménez concuerda con esta creación de Alexy y lo sustenta citando a R. Guastini quien el respecto dice que la ponderación no tiene como objetivo interpretar normativas sino el crear una "jerarquía axiológica" sobre los principios en cuestión.

Pero esto, si bien presenta una solución, genera un nuevo conflicto. Esto es: quién está llamado a crear esta regla derivada de “x” supuesto. Y la respuesta que la mayor parte de juristas citados en este trabajo dan, es que esto debe establecerse en atención al orden democrático e institucional vigente, no de manera autocrática ni fuera de la justa división de poderes, sino precisamente como consecuencia no tanto de la autoridad como si de las necesidades sociales.

En el caso concreto que aquí se trata, cabe destacar que un Asamblea Constituyente que creó una norma fundamental hipotética con base en la aprobación popular determinó como máxima: la preeminencia del bien común sobre el individual. Y esta máxima debe entenderse como superior a cualquier decisión tomada por un operador judicial, legislativo y ejecutivo.

Pero esto tampoco es una salida absoluta. Habrá momentos en los que se pretenderá efectuar interpretaciones para emitir sentencias, pero ante esto siempre habrá que recordad que se trata de principios, más allá de la misma norma propiamente dicha, por lo que no se deberán admitir excepciones (lo cual no implica una imposibilidad del análisis de casos particulares, como se ha señalado antes y como se profundizará luego) que se constituyan en ventanas, balcones o puertas de escape, porque esto se constituiría en una burla de la aplicación del sistema de justicia y devendría en un incumplimiento del principio de derecho de la seguridad jurídica.

Esto seguro generará opiniones contrarias a lo que se propone en esta tesis alegándose que, en todo caso, no se trataría más que de una ilusión, de una ficción en sentido estricto; sin embargo, estableciéndose mecanismos claros para la aplicación operativa de una norma, se puede validar lo propuesto, siempre y cuando el trasfondo doctrinario y jurídico sea claro, y teniendo claro que como dice Alexy (Ver Anexo 9), lo que hay que ponderar es el “deber”, el “derecho fundamental” y el “interés” por ello es importante tomar en cuenta que

en la plena aplicación del derecho se debe perjudicar lo menos posible a los regulados.

Conviene tener en cuenta que la ley de la ponderación no es un punto de llegada sino de partida, esto es, a través suyo pueden obtenerse, en el marco del juicio de control de las ponderaciones, criterios más precisos y adecuados al tipo de colisión entre principios de que se trate.

En el ámbito de su aplicación a medidas restrictivas de derechos subjetivos en función de bienes colectivos, que pueden entenderse como concreciones de la ley de la ponderación: cuanto mayor sea la limitación que realiza la regulación de la posición jurídica de los individuos más importante deberán ser los intereses generales que persigue dicha regulación; cuanto mayor sea la importancia de los intereses perseguidos por la regulación, mejor podrán justificar esos intereses una limitación de un derecho fundamental; o cuanto más afecte una intervención a los derechos fundamentales, más cuidadosamente deberán ser tenidas en cuenta las razones utilizadas para la justificación de la medida legislativa restrictiva, etc.

La finalidad es clara: la proporcionalidad de la relación entre el grado de perjuicio del principio desplazado y el grado de satisfacción del principio de mayor peso, en la generalidad de los casos, se llegue a soluciones por vía lógico-deductiva, ni contiene en sí contenido material con ayuda del cual se puede decidir, pero sí constituye un apoyo que hace ganar al método de la ponderación en racionalidad.

Empero es cierto que el autor suele defender la relación de supra importancia de los derechos individuales (“individuelle Rechte”) por sobre los de interés público (“kollektive Güter”) para dar una visión formal-individualista de la máxima pro libertate en la aplicación práctica de los principios del derecho en el ámbito de las reglas, separándolas del bien público. Son embargo, su formulación, desde una visión estrictamente técnica es de interés para este

trabajo, puesto que si un Estado reconoce el bien público por sobre el bien individual, no está exento de una extrapolación (reitero que técnica) de este método jurídico

Así, en intensa relación con la ponderación, se encuentra la proporcionalidad, aunque pese a esto, su relación no es clara a pesar de que mucha de las veces suelen presentarse como procedimientos alternativos.

> “Así, mientras que algunos autores sostienen que el juicio de ponderación consiste en una sucesión de estadios entre los que se encuentran los diversos elementos que integran el principio de proporcionalidad, también es habitual afirmar que el control de proporcionalidad culmina con el test de la proporcionalidad en sentido estricto, en el marco del cual se realizaría propiamente la ponderación” (Rodríguez De Santiago, 2009, p. 15).

Cabe destacad que estas dos técnicas entran en juego en contextos diferentes: por un lado, la ponderación es un método decisorio característico de determinados contextos normativos, en los que existe la preexistencia de un conflicto de normas que no se puede resolver mediante el establecimiento de una relación de preferencia incondicionada; mientras que la proporcionalidad es un método de control cuya aplicación presupone que la decisión objeto de control ha sido ya adoptada previamente, de ordinario por un sujeto distinto a aquél que desarrolla el juicio de control (lo que no excluye que el control de proporcionalidad pueda ser ejecutado ex ante para asegurar la legitimidad de una sentencia, por ejemplo, para evitar una decisión excesiva o desproporcionada en sentido estricto), por lo tanto: la ponderación es un método de decisión, mientras que la proporcionalidad es un método de control.

Según algunos autores, el principio de proporcionalidad sólo se proyectaría sobre las medidas del poder público restrictivas de la libertad individual que pretendan garantizar o proteger bienes o intereses colectivos, entendiendo por

tales, fundamentalmente, directrices jurídicas que expresan decisiones políticas en beneficio de la colectividad, entendida en sí misma como seguridad jurídica.

Al respecto, Von Arnauld (2009, p. 20), dice que la aplicabilidad de la proporcionalidad en cuanto, técnica de control sobre el carácter de principios de las normas en conflicto, se proyecta sobre la decisión del poder público a través de la cual se reduce el conflicto entre las mismas, sin embargo, su aplicabilidad, reconoce el autor, depende primigeniamente de la ponderación como técnica llamada a resolver las tensiones entre las múltiples y heterogéneas normas materiales que integran las Constituciones de postguerra. En todo caso, el fin en el que ambos criterios confluyen es en la importancia de establecer un sistema metodológico en lugar de criterios político-constitucionales al respecto, aunque prevalezca la dificultad de identificar una relación de prevalencia *prima facie* (a primera vista) entre ambas normas (Ver Anexo 16.7.).

En todo caso, la aplicación del principio de proporcionalidad, presenta un problema clave: su carácter prematuro respecto de demandar su aplicación en un contexto nuevo sin construir previamente los criterios o estándares que le permitan aplicarse de manera diferenciada (pues como se señalaba previamente, seguiría dependiendo de la proporcionalidad para su aplicación); sin embargo, su aplicación si bien general, aunque no principal en este contexto, es de gran importancia en los modernos Estados constitucionales, y especialmente en el ámbito de los derechos y libertades fundamentales, pues se erige en el instrumento fundamental del control de la actividad de los poderes públicos.

De otro lado, está el criterio de la racionalidad que establece que todo de principio debe ser tratado de manera igual excepto si es que existe alguna razón sensata para que exista un trato desigual. Alexy destaca un postulado doble para establecer un patrón de razonabilidad: la constitucionalidad de la finalidad pretendida por la norma y, la distinción entre la norma en sí y la

finalidad de esta, ambas perspectivas son válidas y es criterio del legislador aplicarlas en atención al requerimiento y los límites constitucionales, aunque reconoce que esta relación entre medios y fines tampoco es perfecta.

Otra de las falencias de esta opción es que deja el campo abierto a la aplicación de juicios de valor de parte del juzgador y del creador de la normativa, más allá de constituirse en un método objetivo.

Así, cabe recordar, surgió el denominado “test de igualdad” en el constitucionalismo norteamericano. Araujo Rentería recuerda que cuando surgieron conflictos entre Theodor Roosevelt, entonces presidente de EEUU y la Corte Suprema de ese país, en torno a un supuesto bloqueo intencional de leyes económicas a fin de armar un complot (según el mandatario) en contra de su gobierno, Roosevelt emprendió y logró armar una mayoría a favor de su régimen en la Corte haciendo que esta aprobara la “flexibilidad constitucional” basada el sistema de racionalidad, para que el poder Ejecutivo pudiera tener libertad de aplicar cualquier ley económica sin oposición constitucional.

Este tipo de prácticas posibles, dan paso a un control constitucional débil y a la producción de leyes que muchas veces violan derechos ciudadanos en el marco del ejercicio del poder y avalando ejercicios en contra de los propios derechos fundamentales.

3.4. ALGUNAS PERSPECTIVAS INTERESANTES

Otro tipo de criterios interesantes se han establecido de una perspectiva más bien jurisprudencial, en los que se vinculan los puntos antes propuestos en este capítulo.

El jurista Jaime Lombana Villalba, por ejemplo, destaca en su tratado sobre la relación jurídica entre el honor y los medios de comunicación, que sin la

participación de los mass-media en la vida política y social de los Estados, la corrupción en los estamentos públicos sería aún mayor.

> “Como abogado de distintas instituciones de derecho público, he constatado la necesidad de acudir a periodistas aguerridos (…) para que denuncien en los periódicos o noticieros, hechos de corrupción, inclusive de carácter judicial, del tipo de casos en los que se pretende archivar a escondidas y con maniobras de toda clase, procesos penales por hechos de millonarias cuantías en los que siempre terminaba perjudicado el Estado (…) La labor de los medios de comunicación ha permitido desenmascarar actos de encubrimiento judicial (…) La delincuencia de cuello blanco teme más a la sanción social derivada de la publicación periodística oportuna, que hacen efectivos los medios de comunicación al denunciar y sancionar socialmente con el estigma de corrupción al ‘personaje público’ pues poco miedo le tienen estos delincuentes al propio proceso penal (…) Si no fuera por los medios de comunicación, incluso la justicia se amedrentaría en muchos casos ante el poder y la capacidad de manipulación de los personajes del corrupción, que encajan dentro de un modelo de criminalidad sofisticado (…) Igualmente, los medios de comunicación ejercen una función de apoyo para aquellos operadores de justicia honestos que se atreven a enjuiciar y encarcelar a corruptos y delincuentes” (Lombana, 2009, pp. 18 a 20).

En este marco, cabe preguntarse si ante la apreciación subjetiva de los sujetos que consideran afectado su honor, vale poner en riesgo la función social de denuncia que conlleva en gran parte de los casos, el ejercicio periodístico, como práctica palpable y esencial de la libertad de expresión.

El honor, por tanto, tiene su trascendencia en cuanto a su relación directa con el bien jurídico “dignidad” y su exteriorización en el medio social, por ello, su importancia está vinculada a la ascendencia (entendida como referente moral y

hasta ético) que la persona tiene en la sociedad (como destaca el fallo de la Corte Constitucional Colombiana: magistrado ponente, Dr. Simón Rodríguez Rodríguez; sentencia T-603-92, diciembre 11 de 1992):

> "… pero es importante calcular que este derecho personalísimo es el resultado de la valoración personal que ella (la persona) respecto de actos y ejecuciones que acordes a la Ley y las buenas costumbres, brindan la certeza de que se comporta con aceptación general (…) y los conceptos de valoración individual que le hacen merecedora de la fe, la confianza y la credibilidad que se ha sabido ganar en su manera de ser y en su gestión personal" (Lombana, 2009, p. 26).

Y realmente este debería ser un criterio importante para poder determinarse la real existencia de daño moral y la proporción a esto referido, también debería ser la conducta autónoma, impecable, clara, transparente, etc., de quien alega haber sido afectado por tal o cual expresión, pues esto podría servir de elemento para fijar un criterio común que permita determinar una sanción respecto de una apreciación absolutamente subjetiva.

Otros juristas como José Manuel Cepeda y Jaén Vallejo, concuerdan con este criterio de determinar la lesión al bien jurídico: honra, y de su consecuencia: daño moral, respecto de una evaluación sobre la vida del presunto ofendido, de la disminución de las oportunidades sociales que represente el que un determinado criterio en su contra se haya emitido, de la caída que su proyección e imagen personal tenga ante los demás, de la repercusión que ciertas declaraciones puedan tener entre su familia y allegados, de la vinculación que las declaraciones tengan que ver con una eventual pauperización como sujeto social, de su credibilidad ante los demás, etc.

Otro criterio a cerca de la dicotomía en cuestión en este punto, según destaca Lombana (2009, p. 27), la da el también magistrado Eduardo Montealegre (fallo de la Corte Constitucional Colombiana: magistrado ponente, Dr. Eduardo

Montealegre Lynett; sentencia T-213-2004, marzo de 2004), para quien la libertad de expresión debe primar por sobre la defensa de la honra. La excepción a esta afirmación cabría solamente cuando se emitan opiniones insultantes (con intención de afectar y difamar) y criterios absolutamente irrazonables, por ello, es fundamental que la opinión, nota, criterio, guarden estrecha relación con respecto de los datos y hechos en que se apoya. La afectación a la honra sería entonces, producto de opiniones "excesivas" que afecten a la esencia de la persona en sí misma y no necesariamente a un acto que esta hubiere efectuado, pues de ahí se desprenden únicamente criterios de talla subjetiva.

Mientras que del otro lado del mundo, el tema del que se trata este trabajo, se empieza a tratar desde una perspectiva un tanto más allá de la eminentemente judicial, dándole mayor amplitud a lo general en Derecho, entendiéndose que quienes recaían en este acto, lo hacían en el marco del ejercicio de un derecho, lo que complicaba su determinación jurídica.

Así, en el año 2006, el Ministerio de Asuntos Exteriores y la Commonwealth del Reino Unido (FCO), emprendieron en la culturización general a la población sobre las leyes de la difamación en el marco de una campaña general en defensa de la libertad de expresión responsable. Así, Daniel Simons, Oficial Jurídico, junto a Toby Mendel, Director del Programa de Derecho de ARTÍCULO 19 (Ver Anexo 16.8.), redactaron un manual de fácil acceso definiendo todo lo referente a los delitos de difamación.

En este texto se analiza sencilla y ampliamente los criterios adoptados por el Estado británico para elaborar su legislación a cerca de la difamación y los criterios con los que se establecen sanciones en este ámbito, en el marco del mantenimiento de un equilibrio apropiado entre la protección de la reputación de los individuos y la libertad de expresión. Así, para que se permita una queja respecto de un atentado contra la honra de una persona, la autoridad debe calificar la concurrencia de cuatro elementos: ser falsa, no basarse en hechos,

causar daños a la reputación de la persona y que la declaración en cuestión sea leída, oída o vista por otros.

Entendiéndose que se trata de un cuerpo legal que protege la honra a la vez que la libertad de expresión, su texto va más allá de la pura regulación del ejercicio periodístico (como ya se diferenció en el primer capítulo de este trabajo). Aquí, además de elementos políticos y de enunciados meramente declarativos, convergen leyes especiales que sancionan las expresiones de odio (cualquier persona que se crea en el derecho de, en el uso de la libertad de expresión, atentar contra un grupo racial, cultural, etáreo, nacional, vulnerable, y demás), blasfemia (que va más allá de defender la práctica de una creencia y/o religión, sino las sensibilidades de los adherentes a esa religión) y privacidad (que prohíben la intrusión no autorizada o la publicación de los detalles de la vida privada de una persona). Hasta aquí se dirá que no hay ninguna novedad respecto de principios contenidos en la propia Constitución ecuatoriana así como en los instrumentos internacionales.

Sin embargo, lo destacable es que la autoridad británica reconoce que las normas creadas para defender a las personas de la difamación son demasiado amplias en su aplicación y muchas veces se constituyen en excusas legalmente reconocidas y hasta excesivas que, basándose en la protección de las reputaciones, confunden a los ciudadanos y los condicionan a sanciones de gran magnitud, disuadiéndoles tácitamente de expresar sus puntos de vista y por ello, reconocen que hay que pulir elementos que, en la práctica, pueden ser modelo para que los Estados que están en búsqueda de construir leyes nacionales al respecto, no cometan.

Es importante en este punto, recordar lo visto en capítulos previos de este trabajo, respecto de la Sedition Act y su historia, de los problemas que atravesó la primera enmienda estadounidense hasta ser correctamente aplicada y de las múltiples instituciones británicas que, a través de la historia, se crearon para evitar que los ciudadanos ejercieran su derecho a criticar a la autoridad. Esta

experiencia histórico-pragmática debe detenerse en cuenta para vislumbrar e identificar trampas que pueden ser motivo de la creación de una ley de comunicación.

Así pues, tras el disfraz de defensa del derecho a la honra se pueden camuflar mecanismos para evitar la crítica a la autoridad, a los funcionarios y a los máximos mandatarios del Estado, pues la mera existencia de leyes de este tipo fomentan la autocensura de los medios de comunicación y, peligrosamente, de los ciudadanos individuales, aun si se aplican moderadamente. Otro problema pertinente que cabe señalar es la inclusión de un deficiente mecanismo de defensa para quienes son acusados de cometer injurias, dejándose a criterio amplio del juez la facultad de sentenciar (muchas veces desmesuradamente) algo que sin parámetros claros pueda ser entendido como un atentado contra el honor (por ejemplo, instrumentos como el Código Penal de Dinamarca, protegen los sentimientos de las personas, tipificando cualquier atentado a estos como un delito contra la honra, dando elementos absolutamente subjetivos para su sojuzgamiento).

En este mismo marco, Simons y Mendel, señalan que hay casos en los que funcionarios y otras figuras públicas podrán explotar leyes mal redactadas para silenciar a sus críticos y para prevenir el debate sobre asuntos de legítimo interés público. Además, apuntan que otro defecto común que permite que una ley de difamación sea abusada es la protección de los sentimientos en lugar de las reputaciones y dado que los sentimientos no se prestan a la definición sino que son más bien emociones subjetivas, estas leyes podrán ser interpretadas de una manera flexible para convenir las necesidades de las autoridades.

Ahora, probablemente la pregunta que el lector se haga en este momento sea si en Ecuador lo que se busca construir es una ley orgánica de comunicación o una ley especial sobre la difamación. Y claro, aunque la respuesta objetivamente es la primera, leyendo el texto (y analizándolo, como será la tarea del capítulo siguiente) propuesto por los legisladores encarados de crear

esta normativa, la diferencia entre uno y otro es muy sutil. Por ello que este tipo de observaciones señaladas, de manera inversa, permiten tener criterios que permitan determinar la existencia real del un delito contra el honor de una intención de acallar la libertad de expresión, es decir, que todo elemento que corresponda con estas disparidades, no debe ser aplicable al momento de tomar una decisión sobre un caso al respecto.

En este marco, cabe señalar que según la doctrina británica, cualquier restricción al derecho a la libertad de expresión deberá cumplir con tres requisitos: estar conforme con una ley o reglamento; que la restricción proteja o promueva un propósito considerado legítimo bajo el derecho internacional; y que la restricción deberá ser necesaria para la protección o promoción del propósito legítimo. Sin embargo, se trata de parámetros bastante amplios que permiten, de cierta manera, la aplicación de la racionalidad como método de determinación lo que previamente se vio, resulta insuficiente.

Otro aspecto importante y que ya se vio en capítulos previos, que contempla la legislación del Common Law (Ver Anexo 16.9.) al respecto del tema de este trabajo, es la diferenciación entre difamación criminal y difamación civil. Al respecto, esta familia jurídica propugna la eliminación de la primera y la aplicación única de la segunda.

Una de las principales preocupaciones con la difamación criminal es el fuerte efecto enfriador que ejerce sobre la libertad de expresión. Las leyes de difamación criminal pueden resultar en la imposición de sanciones severas, tal como una condena, una multa grande o, en el caso de periodistas, la suspensión del derecho de ejercer su profesión. Aun si las sanciones máximas son bajas, la difamación criminal puede proyectar todavía una larga sombra: los individuos procesados bajo ella enfrentan la posibilidad de ser arrestados por la policía, sometidos a una detención previa al juicio y sujetos a un proceso penal. Aun si el tribunal impone sólo una multa menor, ellos pueden tener que cargar con antecedentes penales y enfrentar el estigma social asociado con esto. Un

problema común en muchos países es la adjudicación de penas de libertad condicional: el individuo sale libre pero sin embargo se le ha efectivamente 'callado' pues cualquier condena adicional resultará en detención inmediata (…) Otra objeción clave a las leyes de difamación criminal es que el propósito de proteger las reputaciones de los individuos se puede lograr efectivamente a través del derecho civil y esto se confirma por la experiencia de países que las han derogado (…) Las leyes de difamación criminal también son criticadas por que se trata de un asunto privado entre dos individuos del cual el Estado no se deberá ocupar.

Otros criterios interesantes al respecto los han emitido organismos internacionales como la Organización de Estados Americanos (ONU) que a través de la Comisión de Derechos Humanos, ha reconocido la amenaza presentada por las leyes de difamación criminal y ha recomendado que sean derogadas, al tiempo de hacer un llamamiento a sus Estados miembros para que este presupuesto no sea castigado con encarcelamiento sino para que estas pasen únicamente a instancia civil.

Asimismo, la Relatoría Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y Expresión, desde 1999 ha sugerido que las sanciones por la difamación no sean tan grandes como para ejercer un efecto enfriador sobre la libertad de opinión y expresión y el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones, por lo que la detención, es una sanción que nunca debería aplicarse, sumándose al pedido de que todos los Estados revocaran sus leyes de difamación criminal a favor de leyes de difamación civil.

Además, la ONU, la OSCE y la OEA, en Declaraciones Conjuntas (noviembre de 1999, noviembre de 2000 y diciembre de 2002), hicieron un llamamiento a los Estados a revocar sus leyes de difamación criminal, por considerarlas una restricción por vía legal a la libertad de expresión.

A esto se sumó posteriormente la Declaración de Sana'a de 1996 auspiciada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en la que se dice que en temas de disputas en las que están comprometidos los medios de comunicación y/o los y las profesionales de éstos en el ejercicio de su profesión, deberán ser procesadas bajo códigos y procedimientos civiles y no criminales.

De otro lado, está la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que no va tan lejos y que, por el contrario, defiende que hay ocasiones en las que es necesario recurrir a procesos penales en casos de difamación, afirmado frecuentemente que tales medidas deberán ser adoptadas sólo donde los Estados actúan en su deber de garantes del orden público.

CAPÍTULO IV

4. JURISPRUDENCIA: ALGUNOS CASOS DE INTERÉS

A continuación se hará referencia a algunos casos sobre el tema que compete a este trabajo. La primera parte, en referencia a casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, en la segunda parte, a casos que no han pasado aún a instancia internacional y que aún se están resolviendo dentro de la justicia interna de los diferentes países:

4.1. CASOS QUE HAN PASADO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

4.1.1. CASO BLAKE VS. EL ESTADO DE GUATEMALA

El 28 de marzo de 1985, Nicolás Chapman Blake y Griffith Davis, periodistas norteamericanos, fueron secuestrados y desaparecidos por parte de la Patrulla de El Llano. Mucho tiempo después se encontrarían sus restos mortales. El 18 de noviembre de 1993 se interpondría la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el 03 de agosto de 1995 se interpuso la demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los derechos demandados fueron: Derecho a la Libertad Personal, Derecho a la Vid), Protección Judicial, Garantías Judiciales, Libertad de Pensamiento y de Expresión, Derecho de Circulación y de Residencia.

Dada la fecha de ocurrencia de la privación de la libertad y muerte del señor Blake, la Corte considera que no tiene competencia para conocer del caso. Sin embargo, dado que hasta el 14 de junio de 1992, existe la presunción de que el Estado obró de tal manera que obstaculizó las investigaciones acerca de estos hechos y que implican complicidad y ocultamiento de los hechos. La Corte afirma que si bien no existe a la fecha ningún texto convencional que recoja la

figura de la desaparición forzada, se deben tomar en cuenta dos textos: la Declaración de las Naciones Unidas sobra la Protección de Todas las Personas sobre las Desapariciones Forzosas y la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas. Expresa además que, si bien esta última no está en vigor para Guatemala, deben tomarse en cuenta toda vez que recogen principios del derecho internacional, aplicables a todos los estados parte de la Convención.

Según la demanda, el señor Nicholas Chapman Blake, periodista de nacionalidad estadounidense y residente en Antigua, Guatemala, partió el 26 de marzo de 1985 junto con el señor Griffith Davis, fotógrafo estadounidense, hacia la pequeña aldea de El Llano, Departamento de Huehuetenango, lugar al que llegaron el 28 de marzo de 1985. El objeto del viaje era recabar información para escribir un artículo sobre uno de los sectores de la guerrilla guatemalteca. Ese mismo día, la Patrulla Civil de El Llano, bajo la Comandancia de Mario Cano, interrogó a los señores Blake y Davis “sobre el propósito del viaje que realizaban”. Años más tarde se estableció que luego de solicitar instrucciones a los oficiales de la guarnición militar de Las Majadas, Mario Cano ordenó a tres miembros de su patrulla, identificados como Epólito Ramos García, Candelario Cano Herrera y Vicente Cifuentes que detuvieran a Blake y a Davis, que los llevaran a un lugar llamado Los Campamentos, en la frontera con el Departamento de El Quiché y les expresó: “pueden matarlos si quieren”. Al llegar al lugar indicado, “Epólito Ramos García le efectuó un disparo a uno de ellos causándole la muerte en forma instantánea” y “Vicente Cifuentes... le disparó al segundo hombre y también lo mató”. A continuación los “tres patrulleros civiles arrojaron los cuerpos en una maleza muy tupida, al lado del sendero”, y los cubrieron con troncos de árboles “a efectos de hacerlos desaparecer”, reza la parte explicativa de los hechos en la sentencia emitida por la Corte, emitida el 2 de julio de 1996.

El Estado guatemalteco intentó desconocer la competencia de la Corte: a) por haber reconocido la competencia de la Corte posterior a los hechos acaecidos;

b) por razón de la materia, por tratarse de un ilícito penal cometido por los periodistas el haber intentado documentar una presunta relación entre las Patrullas de Autodefensa Civil (guerrilla) con el Estado de Guatemala (ejército), por lo que lo ocurrido con los desaparecidos era un asunto interno y no de Derechos Humanos; c) por que la interpretación de Derechos Humanos de la Corte es “distorsionada”.

La Corte encuentra que: a) tiene competencia en la materia por tratarse de un asunto de desaparición forzosa y, en todo caso, para determinarse si se trató de un delito común, será necesario examinar el fondo de la controversia y analizar las pruebas aportadas por las partes; b) es cierto que Blake muere en 1985 pero como se trató de una desaparición forzosa en la que existió ocultamiento de parte de las autoridades guatemaltecas, el caso se extendió hasta 1992, cuando Guatemala ya había ratificado tanto la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzosas, como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; c) en atención a lo anterior, también por la legislación guatemalteca reconoce que la desaparición forzada implica la violación de varios derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, por lo que no existe la posibilidad de distorsiones en su interpretación.

El último pronunciamiento de la Corte sobre el caso, se dio en abril de 1998, decidiendo que:

- ✓ el Estado de Guatemala violó en perjuicio de los familiares de Nicholas Chapman Blake las garantías judiciales establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (7 votos contra uno);
- ✓ que el Estado de Guatemala violó en perjuicio de los familiares de Nicholas Chapman Blake el derecho a la integridad psíquica y moral consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (unanimidad);

- ✓ que el Estado de Guatemala está obligado a poner todos los medios a su alcance para investigar los hechos denunciados y sancionar a los responsables por la desaparición y muerte del señor Nicholas Chapman Blake;
- ✓ que el Estado de Guatemala está obligado a pagar una justa indemnización a los familiares del señor Nicholas Chapman Blake y a resarcirles los gastos en que hayan incurrido en sus gestiones pertinentes ante las autoridades guatemaltecas con ocasión de este proceso, ordenando abrir la etapa de remediaciones

4.1.2. CASO GLOBOVISIÓN VS. EL ESTADO DE VENEZUELA

El 7 de mayo de 2008 comenzó la audiencia pública ante la referida Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado venezolano por las agresiones sufridas por los trabajadores y accionistas de la cadena Globovisión.

Este caso tuvo su inicio el día 12 de abril de 2007 cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, presentó la demanda contra el Estado de Venezuela, en relación con el caso de las agresiones del personal de Globovision.

La demanda se relaciona con la serie de actos de hostigamiento, persecución y agresiones sufridas a partir del año 2001 por 44 personas vinculadas al canal de televisión Globovisión, entre periodistas, personal técnico asociado, empleados y directivos; y la alegada posterior falta de debida diligencia en la investigación de tales incidentes, dentro de la justicia nacional.

Se trata del primer caso en la historia de la Corte Interamericana en el que un Estado es demandado por la violación de los derechos humanos de un grupo de periodistas y trabajadores de la prensa:

- 20 de enero de 2002.- los periodistas Mayela León, Jorge Paz, María Flores, trabajadores del Globovisión y Radio Caracas Televisión, fueron agredidos mientras cubrían una transmisión del programa “Aló Presidente”
- 30 de enero de 2002.- otorgó medidas cautelares en favor de Laura Castellanos, José Antonio Monroy, Argenis Uribe y David Pérez Hansen, periodistas de RCTV y Globovisión, quienes fueron agredidos por un grupo de aproximadamente 50 personas mientras cubrían una transmisión del programa “Aló Presidente”. Castellanos fue atacada por dos mujeres pertenecientes a los Círculos Bolivarianos mientras realizaba la cobertura periodística de una sesión parlamentaria; Monroy fue alcanzado por una bala mientras registraba las manifestaciones.
- El 9 de julio de 2002, un aparato explosivo estalló en las instalaciones de Globovisión.
- El 17 de noviembre de 2002, un aparato explosivo de mediana intensidad estalló destrozando 3 vehículos en los exteriores de Globovisión.
- El 3 de enero de 2003, la periodista Carla Angola de Globovisión, fue agredida por simpatizantes del oficialismo cuando cubría una marcha de la oposición, acarreándole el incidente, además, una demanda administrativa que podía significar el cierre del medio.
- El 12 de noviembre de 2003, el camarógrafo Douglas Godoy y su asistente, fueron agredidos por simpatizantes del gobierno cuando cubrían un evento político.
- El 3 de diciembre de 2003, las periodistas de Globovisión, Dona Umbría y Martha Tronconis, fueron agredidas cuando cubrían una marcha de trabajadores del Instituto venezolano de Seguridad Social. Otros tres periodistas de su equipo fueron violentamente agredidos frente a la Guardia Nacional que presenció los hechos y que no hizo nada.
- El 18 de enero de 2004, los reporteros Zillivan Peña y Joshua Torres fueron agredidos con tubos, palos, golpes y hasta con disparos de

armas de fuego cuando cubrían la agresión de simpatizantes del oficialismo a una militante del Movimiento al Socialismo (MAS).

- 19 de febrero de 2004, hubo dos ataques: uno, tres vehículos con 10 hombres fuertemente armados irrumpieron en Globovisión y se sustrajeron un transmisor; dos, tres periodistas más del mismo medio, fueron violentamente agredidos cuando cubrían una movilización de empleados del Ministerio del Trabajo.
- 24 de febrero de 2004.- el periodista de Globovisión, Miguel Ángel calzadilla, fue violentamente agredido cuando cubría una marcha convocada por la Coordinadora Democrática en Caracas.
- 1 de marzo de 2004, la periodista de Globovisión, Janeth Carrasquilla es herida con un impacto de bomba de gas lacrimógeno por un miembro de la guardia nacional, cuando cubría una manifestación de opositores al gobierno.
- 9 de mayo del 2004, el presidente Hugo Chávez acusa a los dueños de los medios: Globovisión, Venevisión, Radio Caracas Televisión, El Nacional y El Universal de intentar dar un golpe de Estado, de aliados del terrorismo, de desestabilizadores y de enemigos del pueblo de Venzuela.
- 19 de mayo de 2004, se lanza una bomba lacrimógena contra el equipo del programa de Globovisión “Primera Página”, luego de que el presidente Hugo Chávez asegurara que los medios habían declarado la guerra al pueblo venezolano.
- 29 de mayo de 2004, dos equipos de reporteros de Globovisión son violentamente agredidos por simpatizantes del gobierno cuando cubrían un intento de recolección de firmas para la revocatoria del mandato del presidente Hugo Chávez.

Ante esto, la Corte, en 2004, resolvió (Ver Anexo 16.10) que:

- El gobierno venezolano adopte medidas para la protección, de la vida, integridad personal y libertad de expresión de los periodistas, directivos y demás trabajadores de Globovisión.

- Se brinde protección a las instalaciones del medio.
- Se investigue, se dé y se sancione a los responsables de tales hechos.
- Informar a la Corte sobre las medidas adoptadas para conseguir los fines anteriormente citados, en máximo 10 días.
- Que en 5 días, los beneficiarios de las medidas puedan efectuar observaciones sobre lo resuelto por la Corte.
- Que el Estado venezolano informe cada dos meses sobre las medidas de protección implementadas.
- Que la Corte pueda efectuar observaciones a partir de los 7 días de notificada la decisión, a cualquier momento.

4.1.3. CASO HERRERA ULLOA VS. ESTADO DE COSTA RICA

El día 2 de julio del año 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió sentencia respecto de la querella que le fuera planteada como consecuencia de la violación de los derechos de la libertad de pensamiento y de la libertad de expresión, consagrados para los efectos que nos ocupan en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; dicha violación recayó sobre los derechos del periodista Mauricio Herrera Ulloa, quien publicó en el periódico “La Nación” diversos artículos denunciando supuestos actos de corrupción cometidos por Félix Przedborski, quien a esos momentos fungía como cónsul de Costa Rica en Bélgica, habiendo tenido como fuente de información lo emitido por medios de comunicación de la prensa extranjera, principalmente en el país en que se ejercía la representación. Al haberse difundido en Costa Rica el contenido de tales notas, se inició un proceso penal en contra del periodista al considerar que se actuó de manera dolosa al publicarlas, mismo que culminó en una sentencia condenatoria que además de la sanción pecuniaria y el resarcimiento de las cosas a su estado anterior, trajo aparejado también la inclusión del nombre del periodista en el Registro Judicial de Delincuentes (récord policial) y con dicho registro se verían afectados ciertos derechos como obtener una licencia de conducir o mayor dificultad para conseguir otro trabajo en caso de requerirlo y un efecto perjudicial en materia

social, ya que su reputación quedaría descreditada y le restaría credibilidad a su profesión; aunado a ello, dentro de la sentencia, se incluía en uno de sus puntos resolutivos la publicación de una cláusula en el diario “La Nación” con la resolución emitida, lo que claramente amedrentaría a otros periodistas para emitir ciertas opiniones sobre funcionarios públicos.

La referida sentencia de 12 de noviembre de 1999 fue emitida por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, y en ésta se declaró al señor Mauricio Herrera Ulloa autor responsable de cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación, por lo que se le impuso una pena consistente en una multa y además se le ordenó que publicara el “Por Tanto” de la sentencia en el periódico “La Nación”. Además, se declaró con lugar la acción civil resarcitoria y se condenó a Herrera Ulloa y al periódico “La Nación”, en carácter de responsables civiles solidarios, al pago de una indemnización por concepto de daño moral causado por las mencionadas publicaciones en el rotativo y, a su vez, al pago de costas procesales y personales. Igualmente, en dicha sentencia se ordenó al periódico que retirara el “enlace” existente en La Nación Digital, que se encontraba en internet, entre el apellido Przedborski y los artículos querellados, y que estableciera una “liga” en La Nación Digital, entre los artículos querellados y la parte resolutiva de la sentencia. Finalmente, el 3 de abril de 2001el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José emitió una resolución, mediante la cual intimó al señor Fernán Vargas Rohrmoser, representante legal del periódico a dar cumplimiento a lo ordenado en el fallo de 12 de noviembre de 1999, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial.

Ante esto, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado, como medidas provisionales previo a una decisión por parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que otorgara una compensación por los perjuicios causados a las presuntas víctimas; dejara sin efecto y eliminara todas las consecuencias derivadas de la sentencia condenatoria emitida contra el señor Mauricio Herrera Ulloa, así como los efectos derivados de dicha

sentencia en contra del señor Fernán Vargas Rohrmoser; cancelar la orden de retirar el enlace existente en “La Nación” digital entre el apellido Przedborski y los artículos querellados; eliminara el enlace entre dichos artículos y la parte dispositiva de la sentencia condenatoria, y retirara la inscripción del señor Herrera Ulloa del Registro Judicial de Delincuentes, así como la orden de establecer un vínculo con la parte resolutiva de la sentencia en la “Nación Digital”. Además, la Comisión solicitó que la Corte ordenara al Estado la modificación de la legislación penal, con el propósito de adecuarla a lo establecido en la Convención Americana. Finalmente, la Comisión solicitó a la Corte que condenara al Estado a pagar las costas y gastos legales incurridos por las presuntas víctimas.

Los días 19, 20 y 21 de mayo y 13, 14, 15 y 16 de diciembre de 1995, Herrera Ulloa, publicó en el periódico “La Nación” siete artículos, los cuales hacían referencia a información publicada en cuatro periódicos de primer orden y prestigio de Bélgica sobre el señor Félix Przedborski, quien en ese momento fungía como

Embajador de Costa Rica ante la Organización de Energía Atómica. En esta época trabajaba en la sección de política del periódico “La Nación” y estaba asignado a la cobertura del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Casa Presidencial. La información publicada por la prensa en Bélgica involucraba al señor Przedborski en el “más grande escándalo financiero, político y militar en la historia” de ese país. Los distintos periódicos belgas relacionaban al señor Przedborski con un “oscuro negocio de comisiones ocultas” que habían sido pagadas por la venta de helicópteros de combate, de lo cual resultó asesinado el Vice-Primer Ministro belga, André Cools. En medio de la investigación que había sobre el mencionado tema en Bélgica, apareció el nombre del señor Félix Przedborski relacionado con un “lío fiscal multimillonario en Alemania y en Bélgica,” y con distintos “tráficos ilegales”. El periódico “La Nación” y el señor Herrera Ulloa consideraron que era absolutamente legítimo informar a los ciudadanos costarricenses sobre el contenido de las publicaciones europeas

acerca del señor Przedborski, dado que “el derecho a la información tiene una doble vía”: por un lado se encuentra el derecho de cualquier ciudadano a buscar, a investigar y a divulgar acontecimientos que son de interés público; y por otro se encuentra el derecho de cualquier ciudadano de recibir esa información. En las publicaciones que realizó en el periódico “La Nación” el señor Herrera Ulloa ejerció esa doble vía. El señor Mauricio Herrera Ulloa y el periódico “La Nación” identificaron el contenido de los artículos publicados en diversos periódicos extranjeros como un tema de interés público, por lo cual, antes de publicarlos, procedieron a revisar la confiabilidad de las fuentes y realizaron un proceso de revisión. Este proceso, que se realiza en todos los casos, consistió inicialmente en una verificación “lo más exhaustiva posible” de las fuentes que pudieron tener a su alcance, por lo que hicieron una revisión documental y, con el propósito de confirmar los hechos y de localizar nuevos datos que complementaran aquella información, consultaron a distintas personas que hubieran estado en contacto con el tema. Hubo en el periódico un procedimiento de discusión con los jefes inmediatos acerca del avance del trabajo. Una vez que tuvieron claro hacia donde iban las notas y que Mauricio Herrera Ulloa las había redactado, se continuó con un proceso de revisión, en primer lugar por el jefe inmediato, en segundo lugar por el editor y por último por un abogado.

En este proceso el señor Mauricio Herrera Ulloa y el periódico “La Nación” hicieron “exhaustivos intentos” por localizar a Przedborski. Sin embargo, no fue posible localizarlo. Cuando apareció la primera publicación se presentó en el periódico una persona que se identificó como abogado de Przedborski. En esa oportunidad, Herrera Ulloa también intentó obtener una versión de Przedborski sobre el tema, lo cual no fue posible. El testigo incluso se comunicó con el Ricardo Castro, abogado de Przedborski, a quien envió un cuestionario por escrito. El señor Castro le respondió con una carta en la que declaraba su negativa a contestar las publicaciones en cuestión. Ante la imposibilidad de tener contacto directo con Przedborski, Herrera Ulloa recurrió a fuentes en el Ministerio de Relaciones Exteriores. Conversó con el entonces Canciller y con

el Vicecanciller de la República, cuyas versiones resultaban congruentes con las acusaciones acerca de Przedborski. Sin embargo, el Canciller y el Vicecanciller declararon que hasta ese momento nadie había entregado pruebas fehacientes al respecto. También entrevistó a diplomáticos y exdiplomáticos costarricenses, quienes confirmaron “rigurosamente” la existencia de las publicaciones y de las acusaciones contra el señor Przedborski. Además, el Embajador de Costa Rica en Bélgica envió a la Cancillería un reporte oficial con una traducción sobre las publicaciones de los periódicos belgas. Ese documento era muy claro en la preocupación de los diplomáticos costarricenses sobre las constantes apariciones del señor Przedborski en medios de comunicación belgas.

A pesar de que nunca tuvo contacto con Przedborski, Herrera Ulloa agregó en los artículos publicados las opiniones favorables sobre el diplomático costarricense expresadas por los ex presidentes de la República, Luis Alberto Monge y Rafael Ángel Calderón, y añadió “textualmente” elementos de descargo proporcionados por el señor Ricardo Castro, abogado del señor Przedborski. Además, Herrera Ulloa “contextualizó” la información con antecedentes de dominio público sobre el señor Przedborski, dado que las denuncias que se estaban haciendo en los periódicos belgas no eran denuncias aisladas. Herrera Ulloa incluso redujo en sus artículos el tono de la información publicada en Europa acerca de Przedborski.

Nunca tuvo en sus manos información que controvirtiera la veracidad de las publicaciones belgas, sino que, por el contrario, la información que tenía confirmaba la veracidad de dichos artículos. Si hubiera considerado que sus publicaciones no se ajustaban a la verdad se hubiera retractado, pero no lo hizo porque estaba convencido de “su apego a la verdad de los hechos”.

Como consecuencia del segundo grupo de publicaciones realizadas en el periódico “La Nación” el 13, 14, 15 y 16 de diciembre de 1995, se le informó que Przedborski había demandado a uno de los cuatro periódicos en Bélgica,

al más pequeño de ellos. Por ende, el periodista belga, autor del artículo querellado en ese país, “se vio obligado a retractarse” para evitar una condena penal.

La característica común de los cuatro artículos querellados ante la justicia costarricense, tres del primer grupo de publicaciones y uno del segundo, era que en ellos se hacía alguna referencia a las publicaciones en Bélgica, en cambio en las tres notas que no fueron demandadas, no fue así, “porque era una investigación completamente autónoma en Costa Rica”, por lo cual no se reprodujo lo que se estaba diciendo en Bélgica.

Las publicaciones de Herrera Ulloa aparecieron en un contexto de discusión nacional sobre el funcionamiento del servicio exterior de Costa Rica por diversos escándalos en los que estaban involucrados otros diplomáticos costarricenses ad honorem. Esta situación produjo tal preocupación nacional, que incluso el Ministerio de Relaciones Exteriores organizó un grupo especial de investigación acerca de lo que ocurría en el servicio exterior. Como resultado de esa investigación se revocaron los nombramientos de los diplomáticos honorarios.

Como consecuencia de las mencionadas publicaciones, Herrera Ulloa, se vio involucrado en dos querellas penales por las cuales fue condenado a ocho años de cárcel por los tribunales costarricenses. Se sometió a un primer “proceso inquisitorial” en el cual fue absuelto por los jueces porque se apegó a la verdad y actuó de manera responsable y diligente. Esa sentencia fue recurrida por Przedborski ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la cual dejó sin efecto la sentencia absolutoria y ordenó un nuevo juicio con un nuevo tribunal. En ese nuevo juicio, que duró un mes y medio, fue sometido a un interrogatorio de dieciséis horas por parte de los jueces y fue declarado culpable por actuar dolosamente.

Herrera Ulloa presentó un recurso de casación contra la sentencia condenatoria, el cual fue rechazado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados que revisaron la presentación del recurso de casación contra la sentencia condenatoria, eran exactamente los mismos que anteriormente habían anulado la sentencia absolutoria, y ya tenían una opinión formada sobre el caso. Éstos ratificaron la sentencia condenatoria y el Herrera Ulloa fue inscrito en el Registro Judicial de Delincuentes. Su inscripción en este registro fue sumamente publicitada. Sin embargo, su "desinscripción" no tuvo tanta exposición y difusión.

Los procesos penales y la inscripción en el Registro Judicial de Delincuentes ocasionaron al testigo un grave daño en el ejercicio profesional y un sentimiento de constante incertidumbre, de temor acerca de las consecuencias y de los resultados de todo ese proceso sobre su persona, su carrera y su familia. Todo esto tuvo un efecto "tremendo, terrible, devastador" en su ejercicio profesional, no solamente por la sentencia condenatoria sino por el proceso en sí mismo, en el cual fue criminalizado y tratado como un delincuente.

Para un periodista "el proceso mismo es una sanción, es una desacreditación pública por cumplir" con sus deberes profesionales. A partir de esa sentencia se ha sentido profundamente estigmatizado al punto de que cada vez que hace una entrevista a un personaje que está de alguna manera cuestionando, nunca falta la muletilla de "ah, usted es el periodista condenado", y son frecuentes las advertencias de "cuidado, usted podría volver a ser demandado", todo lo cual es para Mauricio Herrera Ulloa "como andar con una etiqueta en la frente de periodista condenado o difamador".

En lo profesional, Herrera Ulloa se ha visto obligado a rechazar ofertas de trabajo fuera de Costa Rica, ha tenido que interrumpir sus estudios como

consecuencia de los procesos penales y ha tenido que dejar de trabajar temporalmente en el periódico “La Nación”.

La autocensura ha sido uno de los efectos más perniciosos y directos de la sentencia condenatoria, por lo cual la presunta víctima ha dejado de publicar notas cuya veracidad tenía confirmada por el miedo a tener que enfrentar una nueva denuncia penal.

Herrera Ulloa espera que la Corte “deje sin efecto la sentencia que lo condenó” en lo penal y en lo civil, que “hechos de ese tipo no se vuelvan a repetir” y que ni él ni sus compañeros tengan que estar sometidos a una “autocensura constante” y que ninguna persona sea tratada “como un delincuente” por denunciar asuntos de interés público, como ocurrió en este caso. También espera que en Costa Rica se “despenalice el capítulo de delitos contra el honor” para que nadie más, ni periodistas ni ciudadanos que con interés legítimo denuncien a un funcionario público, sean criminalizados.

No se deben imponer restricciones ante la información que los periódicos publican en Internet en relación con lo que aparece en la versión impresa. Además, es importante conservar el criterio de proporciones, pues sería imposible para la presunta víctima pagar la condena civil por sesenta y cuatro millones de colones, a las que fue condenado solidariamente con el periódico “La Nación”; y los trescientos mil colones por días multa, a los que fue condenado a pagar individualmente.

El Estado costarricense interpuso las siguientes excepciones: a) falta de agotamiento de los siguientes recursos internos (acción de inconstitucionalidad, recurso de revisión, y recurso de hábeas corpus); b) presunta “extemporaneidad e incluso inexistencia material de la providencia procesal que, supuestamente, le causa perjuicio al abogado Vargas Rohrmoser; c) la intimación de que fue objeto Vargas Rohrmoser fue dictada posteriormente a que la denuncia fuera introducida ante la Comisión

Al respecto, las consideraciones de la Corte fueron las siguientes:
- La Corte tiene jurisdicción sobre el caso.
- La Corte reconoce que para que la Comisión Interamericana califique como admisible un caso, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna. De ahí que: a) el Estado demandado puede renunciar en forma expresa o tácita a la invocación de la falta de agotamiento de los recursos internos; b) la excepción de no agotamiento de recursos internos, para ser oportuna, debe plantearse en la etapa de admisibilidad del procedimiento ante la

Comisión, caso contrario, se presume la renuncia tácita; c) el Estado que alega está obligado a indicar los recursos internos que deben agotarse y su efectividad y en este caso sólo señaló como no agotada (durante el procedimiento de admisibilidad) la acción de inconstitucionalidad y no los recursos de revisión, ni de hábeas corpus, por lo que renunció implícitamente a un medio de defensa que la Convención Americana establece en su favor e incurrió en admisión tácita de la inexistencia de dichos recursos o del oportuno agotamiento de estos, en virtud del *principio del estoppel* (Ver Anexo 16.11).

Además, señaló que el desarrollo de un procedimiento ante el Sistema Interamericano no se detiene con la presentación de una denuncia ante la Comisión; y que los hechos del presente caso alteraron la vida profesional, personal y familiar de Mauricio Herrera Ulloa y le produjeron un efecto inhibidor en el ejercicio de la libertad de expresión a través de su profesión

En sus alegatos, en cuanto al alcance del Derecho a la Libertad de Pensamiento y Expresión y su rol dentro de una Sociedad democrática, la Comisión señaló que:

a) dicho artículo engloba dos dimensiones: la individual, a través del derecho de expresar pensamientos e ideas y el derecho a recibirlas; y la social, como medio de intercambio de ideas e información para la comunicación masiva

entre los seres humanos. Y por tanto, ambas deben garantizarse simultáneamente. Los artículos de Herrera Ulloa abarcaron ambas dimensiones de la libertad de expresión;

b) las restricciones a la libertad de expresión deben estar orientadas a satisfacer un interés público imperativo y, en caso de haber una restricción, debe ser proporcionada al interés que la justifica; y

c) no es suficiente que la restricción de un derecho protegido en la Convención sea meramente útil para la obtención de un fin legítimo, sino que debe ser necesaria, es decir que no pueda alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo.

d) Costa Rica, al imponer sanciones penales a Herrera Ulloa para proteger la honra y reputación del señor Przedborski, cónsul honorario de dicho Estado, provocó un efecto amedrentador sobre la libertad de expresión, acallando la emisión de información sobre asuntos de interés público que involucran a funcionarios públicos. Por ello, no obedece a la protección de la reputación y de la honra, reconocidos en el artículo 11 de la Convención;

e) las disposiciones penales sobre difamación, calumnias e injurias tienen por objeto un fin legítimo en Costa Rica, pero cuando se sancionan penalmente las conductas que involucran expresiones sobre cuestiones de interés público, se está ante la vulneración del artículo 13 de la Convención, pues no existe interés social imperativo que justifique la sanción penal. La aplicación de las leyes de privacidad dentro del derecho interno debe ajustarse a los estándares internacionales que exigen un adecuado balance entre la protección de la privacidad y la honra y el resguardo de la libertad de expresión;

f) el Estado debe abstenerse de censurar la información respecto de actos de interés público llevados a cabo por funcionarios públicos o por particulares involucrados voluntariamente en asuntos públicos, dado que éstos deben demostrar mayor tolerancia a las críticas, lo cual implica una protección de la privacidad y la reputación diferente que la que se otorga a un particular;

g) Herrera Ulloa fomentó el debate público acerca de las conductas de Przedborski y, por ende, las responsabilidades ulteriores que el Estado le ha

h) las disposiciones penales sobre difamación, injurias y calumnias fueron utilizadas para inhibir la crítica dirigida a un funcionario público, así como para censurar la publicación de artículos relacionados con sus presuntas actividades ilícitas realizadas en el ejercicio de sus funciones, lo cual viola la Convención;

i) los artículos publicados en la prensa europea relacionados con los presuntos actos ilícitos cometidos por Pzerdboski, son de alto interés público tanto en Costa Rica como en la comunidad internacional;

j) el estándar aplicado por el Estado respecto de la condena de Herrera Ulloa en aplicación de la legislación costarricense, que tipifica el delito doloso de difamación, tuvo en cuenta el honor objetivo y no el subjetivo, por lo cual sancionó a quien "no tiene cuidado debido de abstenerse [de publicar] en caso de tener dudas de su certeza". Este estándar impide el libre intercambio de ideas y opiniones, y es contrario a la jurisprudencia internacional;

k) la libertad de expresión es una de las formas más eficaces para denunciar y corroborar, a través del debate e intercambio amplio de información e ideas, presuntos actos de corrupción atribuibles a los entes y funcionarios del Estado;

l) el Estado no probó la existencia de un interés público imperativo que justifique, la restricción a la libertad de expresión que implicó el proceso y la condena penal;

m) el proceso y la sanción penal aplicados como supuesta responsabilidad ulterior al periodista, no fueron proporcionados a ningún interés legítimo del Estado, y no justificaba la utilización del mecanismo de restricción más poderosos del Estado, esto es, el proceso y la sanción penal, máxime cuando existían otros mecanismos para ese efecto;

n) las sanciones penales como consecuencia de determinadas expresiones, podrían, en algunos casos, también ser consideradas métodos indirectos de restricción a la libertad de expresión;

ñ) la ley penal sobre difamación de Costa Rica infringe lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención porque permite la excepción de la verdad sólo en ciertas circunstancias y exige que el demandado demuestre la veracidad de sus declaraciones;

o) al violar el artículo 13 de la Convención en perjuicio de Herrera Ulloa y Vargas Rohrmoser, el Estado ha incumplido el deber general de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y de garantizar su libre y pleno ejercicio

p) el Estado debe adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno.

q) Respecto de la sanción civil resarcitoria impuesta tanto al periodista y al periódico “La Nación”, la Comisión alegó que la penalización de la reproducción de información que ha sido publicada sobre la gestión de un funcionario público, provoca la autocensura por parte de los periodistas, lo cual obstaculiza el libre intercambio y circulación de información, ideas u opiniones;

r) la responsabilidad ulterior aplicada en un caso concreto si fuera desproporcionada o no se ajustara al interés social imperativo que la justifica la misma generaría una clara vulneración de la Convención Americana;

s) las acciones judiciales por difamación, calumnias e injurias, interpuestas por funcionarios públicos o personas privadas involucradas voluntariamente en asuntos de interés público, no deben tramitarse en la vía penal sino en la civil, aplicando el estándar de la real malicia, el cual revierte la carga de la prueba, de manera que el deber de demostrar que el comunicador tuvo intención de infligir daño o actuó con pleno conocimiento de que estaba difundiendo noticias falsas recae en el supuesto afectado;

t) Przedborski, cumplía un influyente papel de representación de la sociedad costarricense en el exterior, por lo cual los ciudadanos de dicho país tenían “sustancial y legítimo interés” de conocer la conducta de aquel en ejercicio de sus funciones.

u) dado que Costa Rica no ha presentado argumentos convincentes que demuestren que ha existido dolo manifiesto en la publicación de los diversos artículos controvertidos, no pueden imponerse sanciones penales o civiles a Herrera Ulloa, como autor de dichos artículos presuntamente lesivos, ni a la empresa periodística que lo publicó, o al señor Vargas Rohrmoser como representante legal del periódico.

v) Consecuentemente, la sanción civil resarcitoria ordenada como resultado de la acción penal es igualmente violatoria del artículo 13 de la Convención Americana.

w) Respecto de la orden de retirar el enlace existente en “La Nación” Digital entre el apellido Przedborski y los artículos querellados escritos el periodista y de establecer un vínculo entre dichos artículos y la parte dispositiva de lasentencia condenatoria, la Comisión alegó que la orden de retirar dicho enlace constituye una intromisión y una censura previa de la información por parte del Estado y que tales órdenes dispuestas en la sentencia condenatoria tienen como efecto directo la censura previa, la cual supone el control y veto de la información antes de que ésta última sea difundida, impidiendo tanto al individuo, cuya expresión ha sido censurada, como a la totalidad de la sociedad, ejercer su derecho a la libertad de expresión e información. Asimismo, afectan al periodista en su derecho a difundir información sobre temas de legítimo interés público que se encuentran disponibles en la prensa extranjera; y la prohibición de censura previa para proteger el honor de un funcionario público es absoluta y no encuentra justificación alguna en las excepciones dispuestas en el artículo 13 de la Convención.

x) Respecto de la condición de presunta víctima de Vargas Rohrmoser por ser el afectado directo del cumplimiento de la sentencia judicial, la Comisión alegó que su calidad de presunta víctima se debe a que las consecuencias de la falta de cumplimiento o ejecución de la condena impuesta por difamación, y la imposición de sanciones desproporcionadas y prohibidas por el Pacto de San José, se hubieran hecho efectivas en su persona, como representante del medio.

y) la intimación efectuada a Vargas Rohrmoser, sobre la posibilidad de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad (bajo pena de prisión) si no cumpliera la sentencia condenatoria, determina su condición de presunta víctima.

4.1.4. OPINIÓN CONSULTIVA OC-5-85: SOBRE LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA DE LOS PERIODISTAS

El Gobierno de Costa Rica sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación de los artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con la colegiación obligatoria de los periodistas y sobre la compatibilidad de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica con las disposiciones de los mencionados artículos. Según declaración expresa del Gobierno, esta solicitud de opinión ha sido formulada en cumplimiento de un compromiso adquirido con la Sociedad Interamericana de Prensa (en adelante "la SIP").

En la elaboración del texto consultivo, participaron organizaciones no gubernamentales, como amici curiae: la Sociedad Interamericana de Prensa; el Colegio de Periodistas de Costa Rica, el World Press Freedom Committee, el International Press Institute, el Newspaper Guild y la International Association of Broadcasting; la American Newspaper Publishers Association, la American Society of Newspaper Editors y la Associated Press; la Federación Latinoamericana de Periodistas, la International League for Human Rights; y el Lawyers Committee for Human Rights, el Americas Watch Committee y el Committee to Protect Journalists.

El requerimiento se orientó a saber si existe o no pugna o contradicción entre la colegiatura obligatoria como requisito indispensable para poder ejercer la actividad del periodista en general, ó, si consistía una limitación permisible a la libertad de expresión. Esto en relación al denominad ‘caso Schmidt’, en el cual el señor Stephen Schmidt fue sentenciado a tres meses de prisión por ejercicio ilegal de la profesión de periodista. La duda surge porque la condena a Schmidt no violaba la Convención porque estaba sujeta a lo dispuesto en le Ley antes citada, pero el ejercicio de Shmidt, sin título profesional, al parecer, tampoco

iba contra la Convención (cabe recordar que Costa Rica fue el primer Estado Parte en la Convención en aceptar la competencia contenciosa de la Corte).

La opinión de la Corte, al respecto, fue la siguiente: el artículo 13 de la Convención (sobre Libertad de Pensamiento y de Expresión) establece que quienes están bajo su protección tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a "recibir" informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las *dos dimensiones de la libertad de expresión: por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento como derecho de cada individuo; y, por otro lado, el ejercicio del derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno*.

En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas por cualquier procedimiento, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente, de allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al status de quienes se dediquen profesionalmente a ella.

Mientras que en su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva y comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista, a conocer opiniones y noticias. Las dos dimensiones mencionadas de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente, observó la Corte. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.

Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, inter alia, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas.

Es en el sentido de conducta definida legalmente como generadora de responsabilidad por el abuso de la libertad de expresión como se usará en adelante respecto de este artículo la expresión "restricción". Así pues, como la Convención lo reconoce, la libertad de pensamiento y expresión admite ciertas restricciones propias, que serán legítimas en la medida en que se inserten dentro de los requerimientos del artículo 13, numeral 2. Sin embargo, el abuso

de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido.

Empero, la Corte señaló que no toda transgresión al artículo 13 de la Convención implica la supresión radical de la libertad de expresión, y que esta sólo tiene lugar cuando, por el poder público establece medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias, como la censura previa, el secuestro o la prohibición de publicaciones y, en general, todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o la difusión de información al control gubernamental. Por ello, consideró que la colegiación obligatoria de los periodistas, en los términos en que ha sido planteada para esta consulta, no configura un supuesto de esta especie; pero, que la ley, constituya una defensa al ejercicio profesional del periodismo puede restringir el derecho de expresarse de los no colegiados.

Al respecto, el Estado de Costa Rica alegó que la colegiación obligatoria persigue fines de utilidad colectiva vinculados con la ética y la responsabilidad profesionales, sobre todo en las profesiones que generalmente se denominan liberales, puesto que además del título que asegura una preparación adecuada, también se exige la estricta observancia de normas de ética profesional, tanto por la índole de la actividad que realizan estos profesionales, como por la confianza que en ellos depositan las personas que requieren de sus servicios (manejo de la opinión pública) y que la colegiatura obligatoria para periodistas o la exigencia de tarjeta profesional no implica negar el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, ni restringirla o limitarla, sino únicamente reglamentar su ejercicio para que cumpla su función social, se respeten los derechos de los demás y se proteja el orden público, la salud, la moral y la seguridad nacionales.

En esta opinión consultiva la Corte concluyó que en el tema de compatibilidad legal, no se requiere la colegiación para actuar como comentarista o columnista, permanente u ocasional, remunerado o no; y que, el que la Ley

costarricense autorice el ejercicio del periodismo remunerado solamente a quienes sean miembros del Colegio, restringe igualmente el acceso al Colegio a quienes sean egresados de determinada escuela universitaria, contradiciendo a la Convención por cuanto impone una restricción no justificada, según el artículo 13.2 de la misma, a la libertad de pensamiento y expresión como derecho que corresponde a todo ser humano; y, además, porque restringe también indebidamente el derecho de la colectividad en general de recibir sin trabas información de cualquier fuente.

Así que, por unanimidad, la Corte resolvió 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 la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, que la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, es incompatible con la Convención.

4.1.5. CASO RICARDO CANESE VS. EL ESTADO DE PARAGUAY

El 12 de junio de 2002 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra el Estado del Paraguay, con base en el artículo 61 de la Convencióm por violación de las Garantías Judiciales, el Principio de Legalidad y de Retroactividad, la Libertad de Pensamiento y de Expresión y el Derecho de Circulación y de Residencia, en perjuicio del señor Ricardo Nicolás Canese Krivoshein, debido a la condena y las restricciones para salir del país, impuestas como consecuencia de manifestaciones hechas mientras era candidato presidencial. Según los hechos denunciados por la Comisión Interamericana, en agosto de 1992, durante el debate de la contienda electoral para las elecciones presidenciales del Paraguay de 1993, Canese cuestionó la idoneidad e integridad del señor Juan Carlos Wasmosy, también candidato a la presidencia, al señalar que “fue el presta nombre de la familia Stroessner en CONEMPA” (Consorcio de Empresas Constructoras Paraguayas) empresa que participó en el desarrollo del complejo hidroeléctrico

binacional de Itaipú, cuyo presidente, al momento de las declaraciones, era el señor Wasmosy. Dichas declaraciones fueron publicadas en varios periódicos paraguayos, lo que dio inicio a una querella presentada por algunos socios de la empresa CONEMPA, quienes no habían sido nombrados en las declaraciones. Canese fue procesado, el 22 de marzo de 1994 fue condenado en primera instancia y, el 4 de noviembre de 1997, fue condenado en segunda instancia por el delito de difamación a una pena de dos meses de penitenciaría y a una multa de 2,909,000 guaraníes (USD 1.400) y a una restricción permanente para salir del país. En este marco, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado que adopte determinadas medidas de reparación, el pago de las costas y gastos generados en la tramitación del caso en la jurisdicción interna y ante los órganos del Sistema Interamericano.

La Comisión emitió una serie de recomendaciones y tras intentar una solución amistosa entre las partes, que no resultó óptima, remitió el caso a la Corte, luego de que lo dispuesto por la Comisión no fuera acatado por el Estado paraguayo en los dos meses que se le dio de plazo. La Secretaría de la Corte, entonces, notificó al Paraguay del inicio de la etapa contenciosa del caso.

Previo a distar sentencia, en sus consideraciones previas, la Corte determinó que es de importancia reconocer que: la Corte Suprema de Justicia del Paraguay absolvió a la presunta víctima de toda responsabilidad penal y sus consecuencias es decir, dejó sin efecto la condena penal que se aplicó como responsabilidad ulterior al ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Sin embargo, el reconocimiento de la Corte Suprema paraguaya, y la reparación por parte del Estado se efectuaron en 2002, lo que no inhibe a la Corte Interamericana de seguir conociendo el caso y de resolver sobre él, a la luz de las violaciones acaecidas a los derechos humanos de Canese, que a su conocimiento llegaron en 1998.

Ante esto, la Comisión presentó los siguientes alegatos, previo a la exposición de las partes: En cuanto al artículo 13 de la Convención, la Comisión alegó que:

a) el artículo 13 de la Convención dispone claramente que las limitaciones a la libertad de expresión, las cuales deben ser excepcionales; aunque sin perjuicio de la expresa prohibición de cualquier modo de censura previa, prevé la aplicación de responsabilidades ulteriores, las cuales deben estar fijadas por la ley nacionales;

b) el libre discurso y debate político son parte esencial para la consolidación de la vida democrática de las sociedades y para controlar a las personas que tienen a su cargo asuntos de interés público;

c) el derecho a la libertad de expresión es precisamente el derecho del individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad, aunque muchas veces estos debates pueden ser críticos y hasta ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o están vinculados a la formulación de la política pública;

d) la libertad de expresión es una de las formas más eficaces para denunciar la corrupción;

e) si la responsabilidad ulterior, en un caso concreto, es desproporcionada o no se ajusta al interés de la justicia, genera una clara vulneración del artículo 13.2 de la Convención Americana;

f) la Convención prohíbe la restricción a la libertad de expresión por vías o medios indirectos y las sanciones penales a determinadas expresiones podrían ser consideradas como tales. El efecto inhibidor de la sanción penal puede generar autocensura en quien quiere manifestarse, lo cual produce prácticamente el mismo efecto que la censura directa.

g) los tipos penales de calumnias, injurias y difamación tienden a proteger derechos garantizados por la Convención. El bien jurídico honor está consagrado en el artículo 11 de la Convención, por lo que no podría afirmarse que los tipos penales de calumnias e injurias vulneran la Convención. Sin embargo, en los casos en los que la sanción penal que se persigue se dirige a

cuestiones de interés público o a expresiones políticas en el marco de una contienda electoral, se vulnera el derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, porque no existe un interés social imperativo que justifique la sanción penal o porque la restricción es desproporcionada o constituye una restricción indirecta. En casos de interés electoral, se pueden aplicar acciones civiles siempre que se cumpla con el estándar de la real malicia. Deberán existir otros medios menos restrictivos mediante los cuales las personas involucradas en asuntos de interés público pueden defender su reputación frente a ataques infundados;

h) en este caso el medio elegido para proteger un supuesto fin legítimo fue un instrumento desproporcionado de restricción de la libertad de expresión, puesto que existen otros_medios menos restrictivos mediante los cuales el señor Wasmosy, única persona nombrada en forma directa por el señor Canese, pudo haber defendido su reputación, tales como la réplica a través de los medios de difusión o a través de acciones civiles.

i) según la regulación del delito de difamación establecida en el artículo 151 del Código Penal del Paraguay, se requiere que la afirmación del autor sea falsa y que éste actúe a sabiendas de la falsedad de la misma. La imposibilidad de determinar con toda certeza si una afirmación es falsa o no podría tener como consecuencia que quien desea expresarse se inhiba de hacerlo. En la práctica, será el imputado quien deba probar las razones por las que creyó que lo que decía era cierto, lo cual afecta el debate público; además, en esa legislación se acepta lo que en doctrina que se conoce como “exceptio veritatis” o prueba de la verdad, que al no ser un elemento del tipo penal, no le incumbe a quien acusa demostrarla;

j) la Comisión recordó que en esta materia, la redacción de las normas debe ser de tal claridad que resulte innecesario cualquier esfuerzo de interpretación.

k) recalcó que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay afirma que nadie puede ser condenado penalmente por afirmaciones en temas de interés público, que involucren a funcionarios o personas públicas, aunque dichas afirmaciones pudieran afectar el honor o la reputación de éstos.

l) se debe establecer sin dudas interpretativas que las expresiones sobre cuestiones de interés público no deben ni pueden ser penalizadas.
Las consideraciones de la Corte, fueron: 1) Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (Ver Anexo 16.12.); 2) no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley para asegurar: el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, y, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas; 3) No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos; 4) La Corte ha señalado anteriormente, con respecto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social: la primera, no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios, y, la segunda, es la necesidad de los individuos de comunicar a otras sus puntos de vista y vertidos por terceros.

En su texto, además, señala en un punto aparte, la importancia de la libertad de pensamiento y de expresión en el marco de una campaña electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión; y, la importancia de proteger y garantizar el ejercicio de la libertad de expresión en el debate político que precede a las elecciones de las autoridades estatales que gobernarán un Estado, pues la formación de la voluntad colectiva mediante el

ejercicio del sufragio individual se nutre de las diferentes opciones que presentan los partidos políticos a través de los candidatos que los representan y el debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar. En este sentido, el ejercicio de los derechos políticos y la libertad de pensamiento y de expresión se encuentran íntimamente ligados y se fortalecen entre sí.

Al respecto, la Corte Interamericana cita que la Corte Europea ha establecido que: Las elecciones libres y la libertad de expresión, particularmente la libertad de debate político, forman juntas el cimiento de cualquier sistema democrático. Los dos derechos están interrelacionados y se refuerzan el uno al otro: por ejemplo, como ha indicado la Corte en el pasado, la libertad de expresión es una de las “condiciones” necesarias para “asegurar la libre expresión de opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo” (caso Mathieu-Mohin y Clerfayt, p. 24, párr. 54). Por esta razón, es particularmente importante que las opiniones y la información de toda clase puedan circular libremente en el período que antecede a las elecciones.

Además, la Corte observó que Canese, en sus declaraciones, hizo referencia a que la empresa CONEMPA, cuyo presidente era Juan Carlos Wasmosy, en ese entonces candidato presidencial, le “pasaba” “dividendos” al ex dictador Stroessner (quedando demostrado, como hecho público, que dicho consorcio era una de las dos empresas encargadas de ejecutar las obras de construcción de la central hidroeléctrica de Itaipú, una de las mayores represas hidroeléctricas del mundo y la principal obra pública del Paraguay), por lo que no queda duda de que esas declaraciones atañen a asuntos de interés público y, además, el propio Congreso Nacional, a través de su Comisión Bicameral de

Investigación de Ilícitos, se encargó de la investigación sobre corrupción en Itaipú, en la cual se involucraba a Wasmosy y a la referida empresa (cabe destacar que por tratarse de un asunto de interés público, no se presume la inocencia de los implicados). Incluso la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, al emitir la decisión por la cual anuló las sentencias condenatorias dictadas en 1994 y 1997, indicó que las declaraciones que Canese rindió en el marco político de una campaña electoral a la Presidencia de la República, "necesariamente importan en una Sociedad Democrática, encaminada a una construcción participativa y pluralista del Poder, una cuestión de interés público". En el presente caso, al emitir las declaraciones por las que fue querellado y condenado, el señor Canese estaba ejercitando su derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en el marco de una contienda electoral, en relación con una figura pública como es un candidato presidencial, sobre asuntos de interés público, al cuestionar la capacidad e idoneidad de un candidato para asumir la Presidencia de la República.

Empero de todo esto, la Corte considera importante destacar que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, (pues puede ser objeto de restricciones, tal como lo señalan el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5 y el artículo 30 de la misma. Asimismo, la Convención Americana, en el inciso 2 del referido artículo 13 de la Convención), ya que sí se prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales, sin embargo, no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa (la Convención señala que la aplicación de restricciones, dependerán de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo).

Sin embargo, las anteriores consideraciones no significan, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. Asimismo, la protección de la reputación

de particulares que se encuentran inmiscuidos en actividades de interés público también se deberá realizar de conformidad con los principios del pluralismo democrático.

La Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, por lo que este derecho implica un límite a la expresión, ataques o injerencias de los particulares y del Estado. Por ello, es legítimo que quien se sienta afectado en su honor recurra a los mecanismos judiciales que el Estado disponga para su protección (Ver Anexo 16.13.). Es así que tratándose de funcionarios públicos, de personas que ejercen funciones de una naturaleza pública y de políticos, se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, en ese ámbito se ven sometidos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público y, por tanto, el margen de aceptación y tolerancia a las críticas debe ser mucho mayor. Además, cabe recordar que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita.

En cuanto a la decisión del Tribunal paraguayo, la Corte estimó que el juzgador debía ponderar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene, para una sociedad democrática, el debate abierto sobre temas de interés o preocupación_pública. Y que, asimismo, se debía tener sumo cuidado en sanciones innecesarias y excesivas (al respecto, después de ser condenado penalmente, Canese fue despedido del medio de comunicación en el cual trabajaba y durante un período no publicó sus artículos en ningún otro diario).

Por todo lo expuesto, la Corte, por unanimidad, resolvió que: a) el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; b) el Estado violó el derecho de circulación consagrado en el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; c) el Estado violó el principio del plazo razonable, el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la defensa consagrados, respectivamente, en el artículo 8.1, 8.2 y 8.2.f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; d) el Estado violó el principio de retroactividad de la norma penal más favorable consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por ello, y por unanimidad, dispuso que: a) la sentencia constituye, per se, una forma de reparación; b) el Estado debe pagar la cantidad de USD 35.000,00 (treinta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda paraguaya, por concepto de indemnización del daño inmaterial ocasionado Ricardo Nicolás Canese Krivoshein; c) el Estado debe pagarle la cantidad total de USD 5.500,00 (cinco mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América), por concepto de las costas y gastos: USD 1.500,00 para gastos en que incurrió ante la Comisión Interamericana y USD 4.000,00 para costas y gastos que deberá reintegrar a sus representantes por los gastos asumidos en el procedimiento internacional ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos; d) el Estado deberá publicar en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, por una sola vez, el capítulo relativo a los hechos probados de esta Sentencia, sin las notas al pie de página correspondientes, y la parte resolutiva de la misma; e) el Estado deberá cumplir las medidas de reparación y de reembolso de costas y gastos dispuestas en los puntos resolutivos de la presente Sentencia, dentro del plazo de seis meses contados a partir de la notificación de ésta; f) el Estado debe cumplir sus obligaciones de carácter pecuniario y estos no podrán ser afectados, reducidos o condicionados por motivos fiscales actuales o futuros y, en caso de que el Estado incurriese en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada; g) la Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la presente

Sentencia y el Estado de Paraguay deberá rendir a la Corte un primer informe sobre las medidas tomadas para dar cumplimiento a esta Sentencia.

4.1.6. CASO 'LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO' VS. ESTADO DE CHILE

El 15 de enero de 1999 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra la República de Chile que se originó en una denuncia (No. 11.803) recibida en la Secretaría de la Comisión el 3 de septiembre de 1997, invocando los artículos 50 y 51 de la Convención Americana y los artículos 32 y siguientes del Reglamento.

El objetivo era que se determinara si hubo violación, por parte de Chile, de los derechos de: Libertad de Pensamiento y de Expresión (artículo 13), Libertad de Conciencia y de Religión (artículo 12), Obligación de Respetar los Derechos (artículo 1.1), y, del Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno (artículo 2). Según la demanda, dichas violaciones se habrían producido en perjuicio de la sociedad chilena y, en particular, de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, como resultado de "la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película 'La Última Tentación de Cristo' confirmada por la Excelentísima Corte Suprema de Chile, el 17 de junio de 1997. La denuncia la interpuso la Asociación de Abogados por las Libertades Públicas A.G., ante la Comisión, quién comunicó la denuncia al Estado y le solicitó que presentara la información correspondiente en un plazo de 90 días.

En ese momento, la Comisión, como medidas previas, solicitó a la Corte que ordene al Estado que autorice la normal exhibición cinematográfica y publicidad de la película "La Última Tentación de Cristo", en base a sus normas constitucionales y legales, y a los estándares sobre libertad de expresión consagrados en la Convención Americana; reparar a las víctimas en este caso por el daño sufrido; y, pagar las costas y reembolsos de los gastos incurridos

por las víctimas para litigar este caso tanto en el ámbito interno como ante la Comisión y la Honorable Corte, además de los honorarios razonables de sus representantes.

Ante esto, la Comisión pasó a la etapa de valoración de las pruebas especificando los criterios utilizados para tal fin, estimando que ante un tribunal internacional, la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona permite al tribunal una mayor flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante él sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia y apuntando que meras formalidades no pueden sacrificar la justicia que se pretende obtener al acudir a un sistema procesal, sin que por ello se deje de cuidar la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes. Se destacó que el Estado chileno no presentó ninguna prueba de sustentación en el caso, ni hubo una contestación específica.

Del examen de los documentos, de la declaración de los testigos y peritos, y de las manifestaciones del Estado y de la Comisión, la Corte consideró que: la Constitución Política de Chile establece un “sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica”; el Consejo de Calificación Cinematográfica rechazó la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, ante una petición que le hiciera la “United International Pictures Ltda”, para tras una apelación, permitir la exhibición para espectadores mayores de 18 años; pero, ante un recurso de protección interpuesto por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, por y a nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos, el 20 de enero de 1997 la Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de protección y dejó sin efecto la resolución administrativa del Consejo de Calificación Cinematográfica; ante esto, el 14 de abril de 1997 el entonces Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, dirigió a la Cámara de Diputados un proyecto de reforma constitucional para eliminar la

censura cinematográfica y sustituirla por un sistema de calificación que consagrara el derecho a la libre creación artística, el cual fue aprobado por 86 votos a favor, sin votos en contra y con seis abstenciones, con el fin de eliminar la censura previa en la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica. En este contexto, el Gobierno chileno alegó no compartir la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile en el sentido de dar preferencia al derecho a la honra sobre el derecho a la libertad de expresión, ya que en democracia no puede existir censura previa ya que un sistema democrático supone una sociedad abierta con libre intercambio de opiniones, argumentos e informaciones, y que a ello respondió la propuesta de reforma constitucional a la que antes se hacía referencia, y solicitó a la Corte que declare que Chile se encuentra en un proceso de transformación con el fin de que se garanticen las libertades de expresión y de eliminación de la censura previa; además recordó que Chile es un Estado en el que está declarada la libertad de conciencia y de religión.

Ante esto, la Corte, por unanimidad, resolvió: a) declarar que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes; b) declarar que el Estado no violó el derecho a la libertad de conciencia y de religión consagrado de los antes señalados; c) declarar que el Estado incumplió los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención en conexión con la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión; d) decidir que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto; e) decidir, por equidad, que el Estado debe pagar la suma de USD 4.290, como reintegro de gastos generados por las gestiones realizadas por las víctimas y sus

representantes en los procesos internos y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección. Esta suma se pagará por conducto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; f) que la Corte supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y sólo después dará por concluido el caso.

4.1.7. CASO PALAMARA IRIBARNE VS. CHILE

El 13 de abril de 2004, según lo dispuesto en la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra el Estado de Chile con el fin de que se declare la violación de los derechos de Libertad de Pensamiento y de Expresión, Propiedad Privada, Obligación de Respetar los Derechos, y, Deber de Adoptar Disposiciones de Derechos Interno, en perjuicio de Humberto Antonio Palamara Iribarne, por la supuesta prohibición, en marzo de 1993, de la publicación del libro titulado "Ética y Servicios de Inteligencia", en el cual abordaba aspectos relacionados con la inteligencia militar y la necesidad de adecuarla a ciertos parámetros éticos. Palamara Iribarne (oficial retirado de la Armada chilena) denuncia la presunta incautación de los ejemplares del libro, los originales del texto, un disco que contenía el texto íntegro y la matricería electroestática de la publicación, todo efectuado en la sede de la imprenta donde se publicaba el libro; así como la supuesta eliminación del texto íntegro del libro del disco duro de la computadora personal que se encontraba en el domicilio del señor Palamara Iribarne, y a la incautación de los libros que se encontraban en dicho domicilio. El demandante, fue sometido a un proceso por dos delitos de desobediencia y fue condenado por el delito de desacato.

Palamara Iribarne declaró que una de las razones que lo llevaron a escribir su libro fueron las violaciones a los derechos humanos, que en su gran mayoría eran cometidas por personal de inteligencia, proponiendo en su libro el auto control y las conductas éticas. Según el artículo 89 de la Ordenanza de la Armada No. 487 de 21 de abril de 1988 de Chile, se establece la prohibición respecto de "todo miembro de la Armada o persona que se encuentre a su

servicio, de publicar o dar facilidades para que se publiquen en la prensa, artículos que envuelvan una crítica a los servicios de la Armada, de organismos públicos o de gobierno, así como artículos que directa o indirectamente, se refieran a asuntos de carácter secreto, reservado o confidencial, temas políticos o religiosos u otros que puedan dar margen a una polémica o controversia en la que se pueda ver envuelto el buen nombre de la institución. Asimismo, el mencionado artículo establece que el personal de la Armada podrá realizar publicaciones a la prensa a título personal, previo conocimiento y autorización de su Comandante o de la Autoridad Naval competente. En tiempo de guerra o cuando las circunstancias así lo exijan, la Comandancia en Jefe de la Armada podrá suspender o limitar esta autorización. Este trámite de solicitud de permiso nunca se efectuó, por lo que el Comandante en Jefe de la III Zona Naval ordenó a Palamara Iribarne que “no podía salir nada publicado sin previa autorización, ni siquiera los panfletos y que no se debía continuar con el armado de los libros” para evitar que se filtrare alguna información clasificada o de importancia de seguridad. Ante esto, Palamara Iribarne manifestó que estaba dispuesto a publicar su libro sin autorización pese a tener orden de detener dicha publicación y de facilitar el retiro de todos los antecedentes que del libro existieran en la imprenta. Ante ello, la institución alegó que se habría quebrantado el juramento solemne a que lo obliga la reglamentación naval, de guardar reserva absoluta de las materias del servicio de que hubiese tomado conocimiento con motivo de sus funciones, sin perjuicio de que el contenido y en especial los juicios expresados por el autor en dicha obra podrían desorientar a sus lectores y eventualmente, vulnerar los intereses de la institución.

En 2005 se publicó la Ley No. 20.048 que modificaba el Código Penal y el Código de Justicia Militar chileno en materia de desacato sustituyendo al delito de “Atentados y desacatos contra la autoridad”, por el de “Atentados contra la autoridad”; derogando el artículo que contemplaba el delito de injuria contra autoridades; eliminando los delitos de desacato contra la autoridad e injuria grave en contra de la autoridad; suprimiéndose la tipificación del delito de

tumulto o exaltación al desorden en el despacho de una autoridad o corporación pública hasta el punto de impedir o interrumpir sus actos; y se modificó el Código de Justicia Militar, suprimiendo, aunque no de modo total, los artículos sobre el desacato.

Ante esto la Comisión observo: a) el Estado realizó actos de censura previa incompatibles con la Convención; b) la prohibición de la censura previa abarca la prohibición de cualquier acto que impida la distribución de un libro materialmente existente; c) el tipo penal de desacato es incompatible con la Convención y su aplicación fundada en sus expresiones críticas al comportamiento de funcionarios públicos, constituye la aplicación de responsabilidades ulteriores al ejercicio de la libertad de expresión, son innecesarias en una sociedad democrática; d) las leyes de desacato proporcionan un mayor nivel de protección a los funcionarios públicos que a los ciudadanos privados, en directa contravención al principio fundamental de un sistema democrático, que contempla el escrutinio público como medio para impedir y controlar el abuso de sus poderes coercitivos. Dichas leyes son un medio para silenciar ideas y opiniones impopulares y disuaden las críticas por el temor de las personas a las acciones judiciales o sanciones monetarias; e) la mera amenaza de ser acusado penalmente por expresiones críticas sobre asuntos de interés público puede provocar la autocensura y su aplicación puede producir un efecto amedrentador; f) en el 2001, Chile derogó el delito de desacato; g) el Estado ha aplicado disposiciones del Código Penal chileno, en violación de las normas y parámetros emanados de la Convención, así como también de la jurisprudencia del sistema interamericano; h) el Estado debe dejar sin efecto la sentencia.

Al respecto, la Corte emitió las siguientes consideraciones: a) toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión y que no se puede restringir ese derecho por vías o medios indirectos, por ello, el libro “Ética y Servicios de Inteligencia” y las declaraciones efectuadas por Palamara Iribarne, publicadas en medios de comunicación, implicaban el ejercicio del derecho a la

libertad de pensamiento y de expresión, mediante la difusión de sus pensamientos e ideas sobre aspectos relacionados con la necesidad de que el "personal de inteligencia", en aras de evitar violaciones a los derechos humanos, se rigiera por "conductas éticas", así como permitían expresar sus puntos de vista sobre los procesos o el trato de las autoridades al que se vieron sometidos él y su familia. Por otra parte, también fomentaban la dimensión social de dicho derecho, mediante el acceso de los lectores a la información contenida en el libro y a las referidas opiniones e ideas vertidas; b) en el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión no basta con que se permita escribir ideas y opiniones, sino que no se debe restringir su difusión; la aplicación del delito de desacato prohibía hacer comentarios críticos sobre el proceso al que estaba siendo sometido o sobre la imagen de la Armada, y aun siendo un tema de interés público, no se permitió la comercialización del texto; c) el Fiscal Naval determinó que el libro no vulneraba la reserva y la seguridad de la Armada de Chile, pero en lugar de ordenar la devolución de los ejemplares y del material relativo al referido libro, se solicitó una ampliación del peritaje para verificar si el libro contenía información relevante desde el punto de vista institucional naval y/o información obtenible solo en fuentes cerradas, y si afectaba los intereses institucionales; d) es lógico que la formación y experiencia profesional y militar de Palamara Iribarne lo ayudaran a escribir el libro, sin que esto signifique per se un abuso al ejercicio de su libertad de pensamiento y de expresión y una interpretación contraria impediría a las personas utilizar su formación profesional o intelectual para enriquecer la expresión de sus ideas y opiniones, esto, manteniendo el criterio de que los empleados o funcionarios de una institución tengan el deber de guardar confidencialidad sobre cierta información a la que tienen acceso en ejercicio de sus funciones, cuando el contenido de dicha información se encuentre cubierto por el referido deber. El deber de confidencialidad no abarca a la información relativa a la institución o a las funciones que ésta realiza cuando se hubiere hecho pública. Sin embargo, en ciertos casos, el incumplimiento del deber de confidencialidad puede generar responsabilidades administrativas, civiles o disciplinarias; e) La Corte considera importante reiterar

que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de pensamiento y de expresión a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho; el demandante fue absuelto del delito de desacato en primera instancia y dicha sentencia no fue apelada; sin embargo, a través de la utilización de la figura de la consulta, la Corte Marcial de la Armada revocó la sentencia absolutoria de primera instancia y condenó a Palamara Iribarne como autor del delito de desacato; f) la investigación sumaria administrativa, la decisión de suspender para hacer publicaciones en un diario y la decisión de dar término anticipado del contrato de Palamara Iribarne constituyeron medios indirectos de restricción a la libertad de pensamiento y de expresión. Por todo lo expuesto, la Corte consideró que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, por los actos de censura previa y por las restricciones al ejercicio de este derecho impuestos, y ha incumplido la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades dispuesta en la Convención.

Así, por unanimidad, la Corte resolvió que: a) El Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de Palamara Iribarne; b) El Estado violó el derecho a la propiedad privada consagrado en la Convención, en perjuicio de Palamara Iribarne (por la incautación de todo lo referente a la publicación); c) El Estado violó el derecho a las garantías judiciales y el derecho a la protección judicial, consagrados en la Convención en perjuicio del demandante; d) El Estado ha incumplido la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades establecidas en la Convención.

Ante esto, también por unanimidad, dispuso que el Estado: a) permita a Palamara Iribarne la publicación de su libro, así como restituir todo el material del que fue privado; b) debe publicar, en el plazo seis meses, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, por una sola vez, el capítulo relativo a los hechos probados de esta Sentencia; c) debe publicar íntegramente la presente Sentencia en el sitio web oficial del Estado; d) debe

dejar sin efecto, en el plazo de seis meses, en todos sus extremos, las sentencias condenatorias emitidas en contra Palamara Iribarne; e) debe adoptar todas las medidas necesarias para derogar y modificar, dentro de un plazo razonable, cualesquiera normas internas que sean incompatibles con los estándares internacionales en materia de libertad de pensamiento y de expresión; f) debe adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar; g) establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares; h) debe garantizar el debido proceso en la jurisdicción penal militar y la protección judicial respecto de las actuaciones de las autoridades militares; i) debe pagar a Palamara Iribarne, en el plazo de un año, la indemnización por daño material, daño inmaterial, costas y gastos; j) la Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia.

4.1.8. CASO CLAUDE REYES Y OTROS VS. CHILE

El 8 de julio de 2005, con base en la Convención Americana, la Comisión sometió ante la Corte una demanda contra el Estado de Chile por su responsabilidad en la violación de los derechos de Libertad de Pensamiento y de Expresión, a la Protección Judicial, a la Obligación de Respetar los Derechos, y al Deber de Adoptar Disposiciones de Derechos Interno, contra Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero, por la supuesta negativa del Estado de brindar a los demandantes, toda la información que requerían del Comité de Inversiones Extranjeras, en relación con la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Condor, el cual era un proyecto de deforestación que se llevaría a cabo en la décimo segunda región de Chile y podía ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible del país. Ante el reclamo en las instancias nacionales, el Estado no otorgó un recurso judicial efectivo para impugnar una violación del derecho al

acceso a la información y no aseguró los derechos al acceso a la información pública y a la protección judicial.

Ante esto, la Comisión alegó que: a) se otorgue reparaciones adecuadas a Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero por las violaciones de sus derechos, incluido el suministro de la información solicitada. Aún si el Estado argumenta que todos estos puntos resultan ahora inválidos porque el proyecto Río Cóndor nunca se ejecutó, tal información era relevante para evaluar el funcionamiento del Comité de Inversiones Extranjeras, y no simplemente un proyecto particular. Asimismo, compete a las presuntas víctimas y no al Estado, decidir si la información sigue siendo de interés para ellas; b) en cuanto a las medidas de satisfacción y garantías de no repetición, se reconozca que retuvo erróneamente información solicitada por las víctimas e inmediatamente se les otorgue acceso a lo requerido del Comité de Inversiones Extranjeras, adoptando leyes y prácticas que garanticen el efectivo acceso a información en poder de órganos del Estado; c) se pague las costas originadas a nivel nacional en la tramitación de los procesos judiciales seguidos por las víctimas.

Después de escuchar los alegatos de las partes, la Corte consideró que, el Estado: a) violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de Marcel Claude Reyes y Arturo Longton Guerrero; b) (por cuatro votos contra dos) se violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en la Convención, con respecto a la decisión de la autoridad administrativa de no entregar información, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado; c) esta Sentencia constituye per se una forma de reparación.

Ante ello y por unanimidad, la Corte decidió que el Estado: a) debe, a través de la entidad correspondiente y en el plazo de seis meses, entregar la información solicitada por las víctimas, en su caso, o adoptar una decisión fundamentada al respecto; b) publicar, en el plazo de seis meses, en el Diario Oficial y en otro

diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, el capítulo relativo a los Hechos Probados de esta Sentencia; c) adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, de acuerdo al deber general de adoptar disposiciones de derecho interno; d) realizar, en un plazo razonable, la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a información bajo el control del Estado sobre la normativa que rige este derecho, que incorpore los parámetros convencionales que deben respetarse en materia de restricciones al acceso a dicha información: e) pagar a los afectados, en el plazo de un año, los gastos por concepto de costas; f) la Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

4.1.9. CASO KIMEL VS. ARGENTINA

El 19 de abril de 2007, de conformidad con lo dispuesto en la Convención Americana, la Comisión sometió a la Corte una demanda en contra de la República Argentina por la denuncia presentada el 6 de diciembre de 2000 por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), en la cual, el señor Eduardo Gabriel Kimel, conocido periodista, escritor e investigador histórico, habría publicado varios libros relacionados con la historia política argentina, entre ellos “La masacre de San Patricio”, en el que expuso el resultado de su investigación sobre el asesinato de cinco religiosos de la orden palotina.

El libro criticó la actuación de las autoridades encargadas de la investigación de los homicidios, entre ellas un juez. Lo escrito por Kimel promovió una querella criminal en su contra por el delito de calumnia, señalando que si bien el delito de desacato fue derogado, la específica imputación de un delito de acción pública configura siempre calumnia. En este marco, Kimel fue condenado por la

Sala IV de la Cámara de Apelaciones a un año de prisión y multa de veinte mil pesos por el delito de calumnia.

La Comisión observó la violación de los derechos de: Garantías Judiciales y Libertad de Expresión; y solicitó la reparación respectiva en el caso. Además, se estableció que el Estado violó el derecho de que gozan los individuos a expresar sus ideas a través de la prensa y el debate de asuntos públicos, al utilizar ciertos tipos penales como medio para criminalizar esas conductas. Agregaron que no se respetaron las garantías judiciales que integran el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Por ello, solicitaron se declare al Estado responsable por la vulneración de los derechos consagrados en los artículos, 13, 8.1, 8.2.h) y 25 de la Convención, todos ellos en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma; y que los tipos penales utilizados en este caso son susceptibles de ser aplicados para perseguir criminalmente la crítica política (aunque en audiencia pública el Estado deploró que el único condenado por los hechos, haya sido justamente quien ha llevado a cabo una investigación periodística exhaustiva sobre tan terrible crimen y su tratamiento judicial. Estas precisiones contribuirán al desarrollo de la jurisprudencia sobre la materia y a la correspondiente tutela de derechos humanos, acotó.

En su escrito de contestación a la demanda el Estado efectuó un reconocimiento de responsabilidad, asumiendo que había mantenido, durante todas las etapas del proceso, una actitud de clara voluntad conciliadora con miras a encontrar una solución amistosa en el caso y que dicha voluntad política se vio reflejada en las distintas respuestas a las observaciones del peticionario, y que el Estado argentino ha interpuesto argumento alguno, ni de hecho ni de derecho, orientado a controvertir la alegada violación del derecho a la libertad de expresión en perjuicio del demandante.

Además, se señaló que el Estado podía compartir que la aplicación de una sanción penal para Kimel constituyó una violación de su derecho a la libertad de expresión y que no fue juzgado dentro de un plazo razonable. Y, debido a que las distintas iniciativas legislativas vinculadas con la normativa penal en materia de libertad de expresión no han sido convertidas en ley, el Estado argentino puede compartir con la Comisión el criterio de falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión.

En este caso, el Estado argentino asumió toda la responsabilidad internacional y sus consecuencias jurídicas, por la violación de los artículos 2, 8 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales de respeto y garantía, como así también de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos en ella. Además, aceptó el derecho de Kimel a una reparación integral (daños inmateriales, costas y gastos solicitadas), dejando a la Corte, la determinación de las medidas de reparación no pecuniarias.

Ante esto, la Comisión dijo valorar positivamente la aceptación de la responsabilidad internacional efectuada por Argentina y la importancia de este pronunciamiento que es un paso positivo hacia el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Esto significa que Kimel fue condenado injustamente a un año de prisión en suspenso y al pago de una indemnización de veinte mil pesos (entonces, USD 20.000) y aunque nunca se ejecutó efectivamente, la condena fue impuesta en clara vulneración de su derecho a expresarse libremente, a partir de un proceso penal por calumnias e injurias promovido por un ex-juez criticado en el libro “La masacre de San Patricio” por su actuación en la investigación de la muerte de 5 religiosos cometida durante la época de la dictadura militar.

Tras la recepción y valoración de las pruebas presentadas, la Comisión solicitó a la Corte que declare que el proceso penal, la condena penal y sus consecuencias -incluida la sanción accesoria civil- a los que se vio sometido Kimel por realizar una investigación, escribir el libro y publicar información, necesariamente inhiben la difusión y reproducción de información sobre temas de interés público, desalentando además el debate ciudadano sobre asuntos que afectan a la sociedad argentina; y, que se emprenda en la adecuación del ordenamiento interno que mantiene vigentes disposiciones que restringen irrazonablemente la libre circulación de opiniones sobre la actuación de las autoridades públicas.

Ante esto y por unanimidad, la Corte resolvió: a) aceptar el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado argentino en lo referente a la violación de la libertad de expresión y de pensamiento; b) aceptar el reconocimiento de responsabilidad internacional respecto de la violación al derecho a ser oído dentro de un plazo razonable; c) aceptar el reconocimiento de responsabilidad internacional respeto de la violación del principio de legalidad; d) acepta el retiro de alegaciones de los representantes relativas al derecho a ser oído por un juez imparcial, al derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, y al derecho a la protección judicial.

Ante ello y como forma de reparación, por unanimidad, la Corte decidió que el Estado: a) indemnice a Kimel por daño material, inmaterial y reintegro de costas y gastos dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la sentencia; b) debe dejar sin efecto la condena penal impuesta y todas las consecuencias que de ella se deriven, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la sentencia; c) debe eliminar inmediatamente el nombre de Kimel de los registros públicos en los que aparezca con antecedentes penales relacionados con el caso; d) publicar la sentencia en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la misma y realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad, en el mismo plazo; e) adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la Convención para que las imprecisiones

reconocidas por el Estado se corrijan y satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión; f) la Corte verificará el cumplimiento de la sentencia y sólo después dará por concluido el caso.

4.2. ALGUNOS CASOS QUE AÚN ESTÁN EN INSTANCIAS NACIONALES

4.2.1. ECUADOR: CASO EL UNIVERSO

El 21 de marzo 2011 el presidente del Ecuador, Rafael Correa presenta una demanda (en calidad de persona natural y como simple ciudadano, pese a seguir ejerciendo la primera magistratura del Estado) y pide una indemnización de USD 80 millones y tres años de cárcel para la persona jurídica El Universo S.A., sus directivos (Carlos, César y Nicolás Pérez) y para el entonces editor de Opinión, Emilio Palacio, (bajo la figura inexistente de la autoría coadyuvante) por supuestas injurias calumniosas, por la publicación en dicho rotativo del editorial titulado “No a las mentiras” (Ver Anexo 7) publicado el 6 de febrero de ese mismo año, en la que se afirmaba que Correa había ordenado “fuego a discreción” contra un hospital colmado de civiles durante su rescate en el marco de la rebelión policial del 30 de septiembre de 2010. Según Correa con esa afirmación se lo llamó “criminal de lesa humanidad” con base en los párrafos siguientes:

> “El Dictador debería recordar, por último, y esto es muy importante, que con el indulto, en el futuro, un nuevo presidente, quizás enemigo suyo, podría llevarlo ante una corte penal por haber ordenado fuego a discreción y sin previo aviso contra un hospital lleno de civiles y gente inocente. Los crímenes de lesa humanidad, que no lo olvide, no prescriben” (Diario El Universo, Artículo “NO a las mentiras”, Autor: Emilio Palacio Urrutia; publicado el 6 de febrero de 2011. Ver Anexo 16.14).

La primera audiencia del caso se efectúa en el juzgado 15 de Garantías Penales de Guayaquil, previo a que se dicte sentencia, El Universo ofrece publicar una rectificación escrita por el mandatario, en el mismo espacio que ocupó lo redactado por Palacio; pero la oferta es rechazada por considerarla tardía. En julio de 2011, el entonces juez temporal Juan Paredes (designado para resolver el caso) en primera instancia, sentencia a tres años de prisión a los demandados y al pago de USD 40 millones a favor del mandatario (como sujeto privado) a pagarse entre los tres directivos, Palacio y la Compañía Anónima (sentenciándose, por primera vez a una persona jurídica).

Dos días después, los demandados apelan el fallo y piden la nulidad del proceso por violaciones a la legislación interna. El caso empieza a tomar magnitud internacional, luego de que organizaciones sociales internas, gobiernos amigos y organizaciones dedicadas a la defensa de los Derechos Humanos y, particularmente de la Libertad de Expresión, empezaran de a poco, a manifestarse sobre el caso.

En septiembre de 2011, en audiencia de apelación, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte de Justicia del Guayas, ratifica el fallo. El argumento para la raficacion en la existencia de “daño espiritual”, pues para demostrar daño moral (psicológico, emocional, familiar, etc., no hubo sustento y no se permitió la realización de ningún examen pericial que pudiera demostrar la existencia de tal daño). Y en octubre, la defensa presentó un recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia. Paralelamente, los demandados piden a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la aplicación de medidas cautelares.

Tras fijarse varias fechas de audiencia, y de rotar varios jueces en el cargo, el 13 de enero 2012, la audiencia de casación se suspende, el 10 de febrero 2012 se suspende nuevamente y se nombran nuevos jueces para conocer la causa (esto, como parte de la nueva Corte de Justicia, constituida en el marco del proceso de reestructuración del sistema judicial aprobado en consulta popular y

que está en manos de delegados del oficialismo). Y tras suspender una vez más la audiencia, el 16 de febrero 2012, los jueces de la sala penal única de la Corte Nacional ratificaron la sentencia tras una audiencia de casi 15 horas. Se ordena que el proceso vuelva al tribunal inferior, Juzgado 15 de Garantías Penales, para la ejecución de la sentencia.

Pero tras una inmediata arremetida de la comunidad internacional (desde gobiernos a organismos protectores de los DDHH) que criticaban las intenciones del mandatario, el 17 de febrero Correa expresa la posibilidad de optar por el recurso de remisión, sin asegurar nada. La presión internacional masiva, a través de los mass-media, continua imparable hasta que el 22 de febrero, la CIDH acoge la solicitud de medidas cautelares a favor de los demandados y solicita al gobierno ecuatoriano suspender los efectos de la sentencia, como medida preventiva y llama a la partes a una audiencia para el próximo 28 de marzo en Washington.

Tras un rechazo generalizado del gobierno y su tajante decisión de no acatar las disposiciones de la CIDH, y de intensificarse la critica mundial, el 27 de febrero, en lo que califica como una decisión “personal”, Correa anuncia que perdona a los sentenciados y hace extensivo este perdón judicial, a los periodistas Juan Carlos Calderón y Christian Zurita, autores del libro “El Gran Hermano”, contra quienes también interpuso un proceso por injurias calumniosas.

Así, este caso se convirtió en uno de los más sonados referentes contra el ejercicio de la libertad de expresión de los últimos años y que, más repercusión tuvo ante la comunidad internacional. Aunque la remisión ya fue presentada formalmente ante la Cote Nacional para el archivo del caso, de momento queda pendiente la audiencia ante la CIDH.

4.2.2. ECUADOR: CASO “GRAN HERMANO”

El 28 de febrero de 2011, el presidente Rafael Correa, inició una demanda civil por daño moral en contra de los periodistas Juan Carlos Calderón y Cristian Zurita, autores del libro titulado “El gran hermano”, que se refiere, en extenso, a los contratos que las empresas del hermano del presidente, Fabricio Correa, efectuó con el Estado y cuyo beneficio personal habría sido de millones de dólares (casi USD 100 según difundió la prensa local).

La demanda, que inicialmente, fue por USD 10 millones, recayó en el Juzgado V de lo Civil, que el pasado 14 de marzo. El mandatario ecuatoriano, asegura (aseguró y sigue asegurando) desconocer de esos contratos, sin embargo, la publicación se basa en las declaraciones del propio Fabricio quien en reiteradas ocasiones, en medios locales e internacionales, ha insistido no sólo en que su hermano conocía de todos sus contratos sino que, literalmente ha dicho en decenas de ocasiones “sabe todo” lo que hace.

El alegato de Correa es que el libro le causó daño moral porque él desconocía de lo hecho por su hermano así todo el texto estuviera basado en las declaraciones y reconocimiento de los hechos de este. Pese a que, técnicamente, se le cuestionó la razón por la que no demandaba a su hermano, que en todo caso era quien lo injuriaba directamente, el mandatario respondió “porque no me da la gana y yo soy el presidente. ¡No me da la gana de enjuiciar a mi hermano! Yo soy el afectado, yo puedo decidir a quién enjuicio o no” (Ver Anexo 16.15.).

Días después, Zurita y Calderón presentaron una reconvención (contrademanda), por USD 400.000, en el proceso por presunto daño moral contra Correa. Lo actuado es tanto para la demanda civil instaurada por Correa, como en el caso planteado por María de los Ángeles Duarte, ministra de Obras Públicas (quien también los demandó por daño moral en base al libro, porque en un pie de foto se señalaba que durante su gestión frente al Ministerio

de Vivienda, se le otorgó a Fabricio, un millonario contrato en el marco del proyecto ‘Socio vivienda’, lo cual no correspondía en fechas, pues para ese momento, ella ya no estaba frente a esa cartera).

Como única prueba de la parte acusadora se presentó el juramento deferido del presidente. Esto ocurrió en el Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha, ante la jueza María Mercedes Portilla, en noviembre de 2011. En aquella ocasión, ante los medios de comunicación, tras salir de la diligencia, Correa manifestó: “A Juan Carlos Calderón y Christian Zurita no se los juzga por ser periodistas, se los juzga por haber afirmado lo que no es cierto, por haber ofendido, calumniado, difamado. Si lo hubieran hecho un par de bomberos voluntarios tendrían la misma reacción” (Ver Anexo 16.16.).

El 7 de febrero de este año, la jueza Portilla sentenció a favor del mandatario. La decisión significaba el pago de USD 2 millones (uno cada uno) de parte de los periodistas a favor de Correa. En esta ocasión, pese a que se determinó la existencia de daño moral, tampoco se presentó ni se permitió prueba alguna (exámenes solicitados por la defensa) que confirmara la existencia de tal. Un día después se presentó la respectiva apelación. Entonces, la conclusión de la jueza fue la existencia de “afectación espiritual”.

Días después, los abogados del mandatario, presentaron una apelación por sentirse inconformes con la sentencia de USD 2 millones, reclamando que se obligue la indemnización de USD 10 millones, propuesta inicialmente.

El mismo día que Correa decidió perdonar a los implicados en el caso El Universo, sorpresivamente, anunció el perdón también para los periodistas. Aunque advirtiendo “perdón pero no olvido”.

4.2.3. COLOMBIA: CASO CUNDINAMARCA DEMOCRÁTICA

El 28 de febrero de 2012, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, en Colombia, ratificó la sentencia contra el periodista Luis Agustín González por el delito de injuria y lo absolvió por el de calumnia, condenándolo a una pena de 18 meses y 18 días de prisión, y al pago de 17 salarios mínimos.
El Tribunal modificó la sentencia inicial de 20 meses de prisión y el pago de 20 salarios mínimos, a la que el periodista había sido condenado, en primera instancia, por un juez en Fusagasugá, por la publicación de un editorial, en 2008, que cuestionaba las aspiraciones políticas de la ex gobernadora de Cundinamarca, Leonor Serrano de Camargo. Según el Tribunal, con el editorial ¡NO MÁS! (Ver anexo 10), González "lesionó la integridad moral" de la ex gobernadora, y por ello ratificó la condena por el delito de injuria. Por otro lado, el Tribunal consideró que el periodista no le atribuyó a Serrano la comisión de algún delito y por ello lo absolvió de la calumnia.

Para la defensa de González, esta sentencia marcó un grave precedente para la libertad de expresión en Colombia, pues la decisión desconoce los estándares internacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y recordó que en una sociedad democrática, las personas que han decidido tener una mayor participación en el debate público, como la ex gobernadora Leonor Serrano, están más expuestas a la crítica.

En el editorial, el periodista señala lo siguiente: "Que los politiqueros de siempre, de la noche a la mañana, vuelvan con aspiraciones de llegar al Senado de la República, no es extraño (…) Nos ocupamos, sin tapujos y frenteramente, de María Leonor Serrano, que 'otra vez' se presenta en forma descarada y hasta amenazante, a decirle al pueblo fusagasugueño que aspira a un escaño en el Senado" (Ver anexo 10). La entonces candidata consideró que el escrito afectaba su honra y buen nombre, y denunció penalmente al periodista.

La Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP), lamentó la sentencia y recordó que en la arena del debate sobre temas de alto interés público, no solo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población. El organismo, además, recordó que en casos similares, las decisiones judiciales protegieron la libertad de opinión y el precedente judicial debe ser aplicado a todos los periodistas por igual.

4.2.4. CASO NEWS CORP. INTERNATIONAL

En 2010, se desató un escándalo propiciado por la News Corp. International, propiedad del magnate de las comunicaciones, Rupert Murdoch, en relación a escuchas telefónicas y sobornos a funcionarios del Reino Unido, para obtener información clasificada y poder publicarla en el tabloide "News of the World" (clausurado el pasado julio por el escándalo de espionaje). En este problema estuvo inmiscuido también el semanario “The Sun” (también parte de la corporación), el de mayor tirada del Reino Unido, y en el cual, 10 de sus periodistas fueron arrestados en los últimos cinco meses, en relación con presuntos sobornos a las autoridades. El caso se descubrió gracias a una serie de investigaciones efectuadas por Scotland Yard, en las que se determinó que los principales funcionarios implicados, eran policías.

Tras comprobarse los delitos imputados a los periodistas, quienes permanecen bajo arresto a la espera de un proceso penal en su contra, la News Group Newspapers (que maneja los productos impresos de la News Corp. International), aceptó el pasado mes de enero, indeminizar a 18 víctimas de alto perfil afectadas por el escándalo de espionaje telefónico. Ello son el actor Jude Law, el futbolista Ashley Cole, el ex primer ministro británico John Prescott, el comediante Steve Coogan, el ex astro del fútbol Paul Gascoigne y el legislador independiente George Galloway. Empero, hay decenas de

personas más que han demandado a periódicos del corporativo. El caso se ha quedado en las instancias londinenses, en el ámbito privado (casi todos se resolvieron extrajudicialemente) y no ha pasado a cortes internacionales.

Al momento, la única querella que continúa en las cortes es la presentada por la cantante británica Charlotte Church. El caso de momento está en la Corte Suprema de Londres.

Las escuchas ocurrieron cuando Church era apenas una adolescente y ganó importancia en la prensa. La artista provocó que se abriera una investigación sobre la ética de los medios de prensa de Gran Bretaña tras alegar ante la corte que ella y su familia han sido sometidas a un escrutinio insoportable, por parte de quienes buscaban hacer noticia con su vida. Los alegatos de sus abogados se basaron en el costo que tuvo la persecución de los periodistas sobre su salud mental y el negocio de su familia. El objetivo de continuar con la demanda, según señalo en declaraciones a la agencia internacional, Associated Press, es “mostrar lo bajo que puede caer la prensa en pos de información privada".

4.2.5. MÉXICO: EL CASO MEXICANO, UN PUNTO A PARTE PESE A LAS MEDIDAS

En julio de 2007 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, emitió un informe sobre la “Situación de la libertad de prensa en México”, en la que se urgió al Estado mexicano a investigar y sancionar a los responsables de las agresiones, desapariciones, asesinatos contra periodistas y medios de comunicación; y, a adoptar medidas para la prevención de crímenes y la protección de periodistas. Frente a esa recomendación, se emprendió en el reforzamiento de de las prerrogativas de la Fiscalía Especial para la Atención de Delitos contra Periodistas (FEADP) de la Procuraduría General de la República (PGR) y el tratamiento de este tipo de este tipo de asuntos a nivel federal.

En 2009, tuvo lugar la sesión del Grupo de Trabajo del Mecanismo de Examen Periódico Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas que evaluó el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte del Estado mexicano. Aquí se efectuaron las siguientes recomendaciones: a) prevención de los ataques a periodistas; b) protección a la vida e integridad física de periodistas; c) establecimiento de diálogo con la sociedad civil en la materia; d) federalización de los delitos contra la libertad de expresión; e) creación del marco jurídico que garantice la actuación efectiva de FEADP.

La urgencia de la adopción de estas recomendaciones fue reiterada en 2010 por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Cabe destacar que en México han existido (y únicamente legalmente registradas) 244 ataques (agresiones, amenazas, asesinatos, homicidios, torturas y demás) a periodistas, apenas desde 2009, de los cuales 6.15%, los más violentos, fueron perpetrados por el crimen organizado, mientras que 65.57% de las agresiones fueron consumadas por funcionarios públicos (CIDH, informe sobre agresiones contra la libertad de expresión en México, presentado por ARTICLE 19 Oficina para México y Centroamérica Centro Nacional de Comunicación Social -Cencos-; Washington D.C.) (2010; p. 3).

En este marco, y para intereses de este trabajo, cuesta puntualizar de manera detallada cada uno de estos hechos. Por la cantidad de casos, las limitaciones de extensión y porque terminaría siendo tema de otro trabajo de titulación (cada caso ameritaría un trabajo en sí), se va a hacer un rápido recuento de lo más sonado en los últimos tiempos, únicamente.

En 2010 la Unión Europea emitió una declaración, urgiendo al Estado mexicano, tome cartas en el asunto, sobre el asesinato de los periodistas José Luis Romero, Valentín Valdés Espinosa y Jorge Ochoa Martínez. El primero, privado de la libertad a finales del año 2009 y su cuerpo sin vida, fue encontrado el 16 de enero de 2010; los dos últimos, fueron asesinados en el

mes de enero de 2010, en las mismas condiciones. Pese a los llamados de la comunidad internacional, muy poco han hecho las autoridades mexicanas al respecto.

La Directora General de la UNESCO, Irina Bokova, en 2009, condenó el asesinato de José Emilio Galindo Robles, director de Radio Universidad de Guadalajara de Ciudad Guzmán cuyo cadáver fue hallado en su domicilio el 24 de noviembre de ese año, pero al momento, tampoco se ha resuelto su caso. Días después, la UNESCO condenó enérgicamente el asesinato del periodista Ernesto Montañez Valdivia, perpetrado el 14 de julio de 2009 en Ciudad Juárez, Chihuahua12, así como el secuestro y asesinato del periodista Eliseo Barrón Hernández, en Gómez Palacio, Durango, entre otros (Ver Anexo 11).

El informe detalla que el 83.61% de los agredidos son periodistas en cobertura; medios de comunicación el 10.66% y sus trabajadores y trabajadoras, el 5.74%; mientras que las mujeres representan un 25.23% de las personas agredidas. Casi la totalidad de los abusos se perpetran contra quienes buscan y cubren las noticias sobre asuntos de corrupción a nivel local y federal, operativos policiales y de combate al crimen organizado en las diferentes regiones. El 75% de los medios agredidos son impresos, los de cobertura local, estatal o regional lo son con un 78.05%; y, el 43.62% de las agresiones/muertes ocurrieron por contenidos publicados, mientras que el 53.91% ocurrieron durante las tareas de recopilación de la información o difusión.

Pero por tratarse de un volumen casi increíble de ataques a la libertad de expresión, no es que las autoridades ponen mayor empeño en combatir los ataques a la prensa o precautelar la seguridad de los periodistas, ni siquiera se hace un esfuerzo extra para señalar a los responsables de las muertes y las agresiones. La impunidad en materia de investigación se evidencia en los datos de actuación de la Fiscalía Especial para la Atención de Delitos Cometidos contra Periodistas (FEADP) de la Procuraduría General de la República (PGR):

de los 108 asuntos que ha conocido en sus 4 años de funcionamiento, sólo ha consignado 4 casos, es decir, sólo tiene un 3.7% de efectividad resaltando que en un 59% se ha declarado incompetente para conocer las denuncias o ha preferido archivar los casos por tratarse de temas 'delicados', sin que estos pasen a investigación en ninguna instancia. El objetivo, según dicen las autoridades de ese país, es crear una ley de comunicación que permita federalizar los delitos contra la libertad de expresión (aunque la iniciativa ya lleva siete años en queriendo efectivizarse).

La Cámara de Diputados de México, también creó una Comisión Especial para dar Seguimiento a las Agresiones a Periodistas y Medios de Comunicación, la cual ningún avance ha tenido en legislar en la materia para generar condiciones para prevenir y atender adecuadamente este tipo de crímenes. Algo fue, que en 2009 la iniciativa que adiciona el título vigésimo séptimo al libro segundo del Código Penal Federal, denominado "*De los Delitos cometidos contra la Libertad de Expresión ejercida mediante la actividad periodística"* (votado a favor por 263 votos, ninguno en contra y 232 ausencias. Ver Anexo 16.17.) incluyera dos artículos: el uno, pretende sancionar los delitos cometidos contra la libertad de expresión en el marco de la actividad periodística cuyo propósito sea impedir, interferir, limitar o atentar contra dicha actividad; y, el otro, se desarrolla lo que se entenderá por actividad periodística y de forma consecuente se indica a las personas que se protegerá.

Sin embargo, como detalla en citado informe de la CIDH en el que se basa este punto, la incorporación de esos dos artículos, impide federalizar el delito, y tampoco faculta a las autoridades federales de persecución y enjuiciamiento penal para su conocimiento. Esto porque nunca se efectuó una reforma integral de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, del Código Federal de procedimientos Penales, ni del artículo 73 fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lo que se ha fortalecido a través de los distintos gobiernos, es criminalización de la difamación (delitos de difamación, calumnia e injurias) que no sólo ha servido de un medio de censura

sino que ha servido como pretexto para la privación ilegal de la libertad de periodistas y afectaciones a su integridad personal. Para lo mismo han servido las limitaciones a las actuaciones de organismos internacionales y no gubernamentales de Derechos Humanos, los que han sido o no reconocidos o ignorados en sus recomendaciones, sobre tantos casos y sobre la situación del país en general.

"Riesgos profesionales del periodismo: Caso Frontera del Táchira". Es el nombre que escogimos para la memoria de grado, tomando en cuenta que es un tema actual, debido a la difícil situación que viven los periodistas, fotógrafos y camarógrafo en nuestro país.

Pero a través de la investigación hasta ahora realizada nos podemos dar cuenta que el periodismo es riesgoso en todo el mundo, y que existen factores que la hacen cada vez más peligrosa. Entre esos agentes se encuentran la censura, la autocensura, represiones, espionaje telefónico, persecución, secuestro, agresiones físicas y hasta la muerte de los trabajadores de la prensa. Hay quienes piensan que esto sólo ocurre cuando se cubre una guerra, pero no es así en los regímenes dictatoriales, en los países con terrorismo y narcotráfico también acontece.

Actualmente los comunicadores sociales venezolanos, están pasando momentos difíciles a la hora de cubrir informaciones tanto del oficialismo como de la oposición, pues son agredidos verbal y físicamente, tienen muchas veces que autocensurarse o arriesgarse cargando chaleco antibalas y máscara antigas.

Esta situación ya se había vivido en nuestro país, en la dictadura del General Marcos Pérez Jiménez (1948-1957), donde los allanamientos a domicilios de periodistas y a los periódicos, extensos interrogatorios en la Seguridad Nacional, secuestros policiales, espionaje y la censura se convirtieron en el gusano que dominaba a los periodistas.

En esa época cientos de periodistas fueron sometidos a vejaciones, presiones, tortura, exilio, interrogatorios y humillaciones que a veces culminaban en palizas infamantes.

La profesión de periodista se convirtió en delito y la Seguridad Nacional era la única autoridad competente para dar o quitar la licencia en el ejercicio profesional. Ningún órgano periodístico en la capital o en el interior, ni político ni informativo logró vivir mucho tiempo bajo el régimen de censura o la ofensiva antiinformación de la dictadura perezjimenista.

Si comparamos los datos presentados por los libros, acerca de la situación de la libertad de prensa en los años de Pérez Jiménez, y el escenario actual, hay cierta similitud, pues antes como ahora hay agresiones a los periodistas no por la Seguridad Nacional, sino por los Círculos Bolivarianos y afectos al gobierno; hostigados por los miembros del gobierno nacional, antes por el General Vallenilla Lanz, Ministro de la defensa perezjimenista.

Por otra parte en ese tiempo existía una junta de censura de prensa, hoy día el gobierno propone la ley de responsabilidad social de radio y televisión, cuya función será controlar los contenidos que pueden o no salir por los medios, usando como excusa en la protección a los niños y adolescentes.

Todos estos aspectos nos hacen pensar que tanto la libertad de prensa como los periodistas venezolanos vuelven a estar corriendo un grave peligro, y los profesionales que viven en la frontera deben sumarle a estos acontecimientos los riesgos que implican cubrir las informaciones del país vecino donde sus colegas también corren grandes riesgos.

4.2.6. HONDURAS: UN CASO SIMILAR AL MEXICANO

En 2011, una delegación del Comité para la Libertad de Expresión en Honduras, presentó ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, un petitorio para que se intervenga, en este ámbito, en el país centroamericano. Esto luego de que apenas en un año, fueran asesinados 9 periodistas sin que se realizaran investigaciones judiciales al respecto. El Estado hondureño, como única respuesta, relacionó los crímenes con la delincuencia común y el crimen organizado.

En ese marco, la IFEX-ALC, red de 17 organizaciones en América Latina y el Caribe por la defensa del derecho a la libertad de expresión, llamó a la comunidad internacional para que: a) Se investiguen las violaciones contra la libertad de expresión ocurridas entre junio de 2009 y enero de 2010 (golpe de Estado y su transición); b) la Fiscalía Especial de Derechos Humanos asuma la investigación de todos los asesinatos contra periodistas; c) se tomen medidas concretas de protección que garanticen la vida y libertad de expresión de quienes ejercen la libertad de expresión; d) se reconozca y promueva legalmente los medios comunitarios y la democratización de los medios; e) se despenalice los delitos de difamación, calumnia e injurias; f) no se exija la obligación de colegiatura para el ejercicio del periodismo.

CAPÍTULO V

5. PROPUESTA EN LA REALIDAD ECUATORIANA

5.1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo, el objetivo no es otro que concretar lo previamente escrito y analizado. Para ello, se tomará el texto completo de la Ley Orgánica de Comunicación lista para la aprobación en la Asamblea Nacional, y su relación con la ley penal vigente (y el texto del Código Penal Integral, recién en proceso de análisis en la Comisión Administrativa de la Legislatura -CAL-, en caso de ser necesario), con el código de la democracia, con la legislación civil, con el Código de la Democracia, con la Constitución de la República en vigencia y con cualquier otro cuerpo legal que sea relevante para puntualizar la propuesta a la que este trabajo de titulación se refiere.

5.2. ATERRIZANDO EN LA REALIDAD ECUATORIANA

Ahora bien, pues al introducirse en la legislación vigente en el Ecuador, toca analizar todo lo expuesto desde un eminente neoconstitucionalismo en el que los derechos están sobre el Derecho en sí (o al menos eso en la teoría, claro).

Asimismo, resulta importante revisar la normativa que a la libertad de expresión se refiere en el Ecuador, ya sea directamente o de manera interrelacionada, para comprender el contexto, la coyuntura en la que estas normativas empezaron o van a empezar a aplicarse.

Cabe destacar que el objetivo de este trabajo es efectuar una propuesta técnica y no política a cerca de la defensa de la libertad de expresión, entendida como uno de los principales derechos defendidos dentro de las sociedades democráticas, pese a tratarse de un derecho de primera

generación consagrado dentro gomo garantía individual, pero que por su complejidad práctica, es esencia de las prácticas sociales colectivas.

5.2.1. LA CONSTITUCIÓN

La Constitución Política del Ecuador aprobada el 28 de Septiembre de 2008 con el 63,93% de los votos válidos establece que prevalecerá siempre el interés colectivo. Y como se ha dicho antes, la libertad de expresión es el principal derecho colectivo, en la Constitución; sin embargo, en la parte de "*Principios de aplicación de los derechos*", en el artículo 11, en su numeral 6, establece que: "*Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía".*

En concordancia, el numeral 7, señala que

> "El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, **no excluirá** los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento".

Y el numeral 2 del mismo artículo establece que

> "Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.
> Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, **ideología, filiación política**, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; **ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento,**

> **goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación”**.

En este ámbito, en el Capítulo Noveno, sobre las Responsabilidades, en el artículo 83, numeral 7, se señala textualmente que

> “Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir”.

Ya en la parte de los Derechos de Comunicación, en la sección tercera en el artículo 16, se dice que

> Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:
> 1. Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos;
> 2. El acceso universal a las tecnologías de información y comunicación.
> 3. La creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas.
> 4. El acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad.
> 5. Integrar los espacios de participación previstos en la Constitución en el campo de la comunicación.

En este marco, cabe preguntarse ¿el Estado garantiza este principio constitucional? Por ejemplo, la Constitución del 2008, en su artículo 17 dice que:

> "El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y al efecto:
>
> 1. Garantizará la asignación, a través de métodos transparentes y en igualdad de condiciones, de las frecuencias del espectro radioeléctrico, para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, así como el acceso a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas, y precautelará que en su utilización prevalezca el interés colectivo
> 2. Facilitará la creación y el fortalecimiento de medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, así como el acceso universal a las tecnologías de información y comunicación, en especial para las personas y colectividades que carezcan de dicho acceso o lo tengan de forma limitada.
> 3. No permitirá el oligopolio o monopolio, directo ni indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias".

Mientras que el artículo 18 apunta que

> "Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:
>
> 1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior.
>
> 2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos

> expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información".

Sin embargo, una restricción se establece en el artículo 19, en el que la determinación del fondo de un contenido queda en manos de la norma (hasta el momento no existente). Aquí se dice que

> "La ley regulará la prevalencia de contenidos con fines informativos, educativos y culturales en la programación de los medios de comunicación, y fomentará la creación de espacios para la difusión de la producción nacional independiente.
> Se prohíbe la emisión de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos".

En el artículo 20 se topa de manera abierta un punto que se desarrollará más adelante respecto a

> "El Estado garantizará la cláusula de conciencia a toda persona, y el secreto profesional y la reserva de la fuente a quienes informen, emitan sus opiniones a través de los medios u otras formas de comunicación, o laboren en cualquier actividad de comunicación".

También es importante señalar como ejercicio del derecho de la libertad de expresión, el contenido del Capítulo Quinto, sobre los Derechos de participación, que en su Artículo 61, señala que:

> "Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos:
> 2. Participar en los asuntos de interés público.
> 4. Ser consultados.
> 5. Fiscalizar los actos del poder público.

6. Revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular”.

El Capítulo Sexto, sobre los Derechos de libertad, en el Artículo 66, hace referencia a varios ejercicios ligados intrínsecamente a la libertad de expresión:

“Se reconoce y garantizará a las personas:

3. El derecho a la integridad personal, que incluye:

a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.

b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.

4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.

6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones.

7. El derecho de toda persona agraviada por informaciones sin pruebas o inexactas, emitidas por medios de comunicación social, a la correspondiente rectificación, réplica o respuesta, en forma inmediata, obligatoria y gratuita, en el mismo espacio u horario.

8. El derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, con las restricciones que impone el respeto a los derechos.

El Estado protegerá la práctica religiosa voluntaria, así como la expresión de quienes no profesan religión alguna, y favorecerá un ambiente de pluralidad y tolerancia.

11. El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre las mismas. En ningún caso se podrá exigir o utilizar sin autorización del titular o de sus legítimos representantes, la información personal o de terceros sobre sus creencias religiosas, filiación o pensamiento político; ni sobre datos referentes a su salud y vida sexual, salvo por necesidades de atención médica.

12. El derecho a la objeción de conciencia, que no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o a la naturaleza. Toda persona tiene derecho a negarse a usar la violencia y a participar en el servicio militar.

13. El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.

18. El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona.

19. El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley.

20. El derecho a la intimidad personal y familiar.

21. El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación.

22. El derecho a la inviolabilidad de domicilio. No se podrá ingresar en domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial, salvo delito flagrante, en los casos y forma que establezca la ley.

> 23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo.
> 24. El derecho a participar en la vida cultural de la comunidad".

En el Capítulo Octavo, sobre los Derechos de protección, en el Artículo 76, se señala que

> "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:
> 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
> 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.
> 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.
> 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.
> 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.
> 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

> k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por omisiones especiales creadas para el efecto".

En el capítulo III sobre las Garantías Jurisdiccionales, en la Sección cuarta, sobre la Acción de acceso a la información pública, en el artículo se señala que

> "La **acción de acceso a la información pública** tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley".

Mientras que en la Sección quinta, sobre la Acción de hábeas data, el artículo 92, dice que

> **"Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado** para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.
>
> Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley.
>
> La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su

> rectificación, eliminación o anulación. **En el caso de datos sensibles,** cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados".

En el Título VII, sobre el Régimen del Buen Vivir, en el Capítulo Primero, sobre la Inclusión y Equidad, la Sección Séptima, referente a la Comunicación Social, en el Artículo 384, señala que

> "El sistema de comunicación social asegurará el ejercicio de los derechos de la comunicación, la información y la libertad de expresión, y fortalecerá la participación ciudadana.
> El sistema se conformará por las instituciones y actores de carácter público, las políticas y la normativa; y los actores privados, ciudadanos y comunitarios que se integren voluntariamente a él.
> 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.
> La ley definirá su organización, funcionamiento y las formas de participación ciudadana".

En el Capítulo Segundo, sobre los Tratados e instrumentos internacionales, el Artículo 417 apunta que los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

Sobre los Principios, el Artículo 424 establece que

> “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.
>
> La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.

Y en el Artículo 425, se imprime que

> “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: la Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.
>
> En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.
>
> La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados”.

Mientras que el Artículo 426, dice

> “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.
>
> Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos

> siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.
> Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos".

Mientras que en el artículo 427 consta que

> "Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el **sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos** y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional".

Y en el artículo 428, se señala que

> "Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una **norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos** que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma".

5.2.2. LEGISLACIÓN PENAL

Otro cuerpo legal de interés para este trabajo, es el Código Penal, que en el TÍTULO VII, DE LOS DELITOS CONTRA LA HONRA, define y establece lo referente al delito de INJURIA. En el artículo 489, define como se divide:

> “La injuria es: Calumniosa, cuando consiste en la falsa imputación de un delito; y, No calumniosa, cuando consiste en toda otra expresión proferida en descrédito, deshonra o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto”.

Mientras que el artículo 490, señala que las injurias no calumniosas pueden ser graves o leves:

> “Son graves:
> 1. La imputación de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias pueden perjudicar considerablemente la fama, crédito, o intereses del agraviado;
> 2. Las imputaciones que, por su naturaleza, ocasión o circunstancia, fueren tenidas en el concepto público por afrentosas;
> 3. Las imputaciones que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendido el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor; y,
> 4. Las bofetadas, puntapiés, u otros ultrajes de obra.
> Son leves las que consisten en atribuir a otro, hechos, apodos o defectos físicos o morales, que no comprometan la honra del injuriado”.

En el artículo 491 se señalan las penas para este delito.

- El reo de injuria calumniosa será reprimido con prisión de seis meses a dos años y multa de cuarenta a ciento sesenta sucres, cuando las imputaciones hubieren sido hechas:
- En reuniones o lugares públicos;
- En presencia de diez o más individuos;
- Por medio de escritos, impresos o no, imágenes o emblemas fijados, distribuidos o vendidos, puestos en venta, o expuestos a las miradas del público; o,

- Por medio de escritos no publicados, pero dirigidos o comunicados a otras personas, contándose entre éstos las cartas.

Y el 492, además, señala que: *Serán reprimidos con uno a seis meses de prisión y multa de cuarenta a ochenta sucres, los que hicieren la imputación privadamente, o en concurrencia de menos de diez personas.*

Mientras que el artículo 493, señala que

> "Serán reprimidos con uno a tres años de prisión y multa de cuarenta a ciento sesenta sucres, los que hubieren dirigido a la autoridad imputaciones que constituyan injuria calumniosa.
> Si las imputaciones hechas a la autoridad constituyeren injurias no calumniosas, pero graves, las penas serán de prisión de seis meses a dos años y multa de cuarenta a ciento veinte sucres".

Y el 494, acota al anterior señalando que serán reprimidos con prisión de tres meses a tres años y multa de cuarenta a doscientos sucres, los que hubieren propuesto una acusación judicial, o hecho denuncia, que no hubiesen sido probadas durante el juicio.

Mientas que el reo de **injuria grave no calumniosa**, realizada de palabra o hecho, por escrito, imágenes o emblemas, en alguna de las circunstancias indicadas en el artículo 491 (supra), *será reprimido con prisión de tres a seis meses y multa de cuarenta a ochenta sucres*; y en las circunstancias del artículo 492 (supra*), con prisión de quince días a tres meses y multa de cuarenta sucres,* según señala el artículo 495.

El artículo 496, señala que *cuando las injurias fueren recíprocas en el mismo acto*, ninguna de las personas ofendidas podrá intentar acción por las que se hubieren inferido en dicho acto, *sea cual fuere la gravedad de las injurias* ***no***

calumniosas que se hubieren recíprocamente dirigido; pero no hay compensación entre las injurias calumniosas y las no calumniosas.

Respecto al tema probatorio, el artículo 497, establece que *al acusado de injuria no calumniosa, no se le admitirá prueba sobre la verdad de las imputaciones*. También se señala que (artículo 498) *las injurias, calumniosas o no, publicadas en órganos de publicidad del extranjero, podrán ser perseguidas contra las personas que hubieren enviado los artículos o la orden de insertarlos, o contribuido a la introducción o a la distribución de tales órganos en el Ecuador*.

En el artículo 499 se extiende la responsabilidad por injurias, en cualquiera de sus clases, a los reproductores de artículos, imágenes o emblemas injuriosos, *sin que en este caso, ni en el del artículo anterior, pueda alegarse como causa de justificación o excusa que dichos artículos, imágenes o emblemas no son otra cosa que la reproducción de publicaciones hechas en el Ecuador o en el extranjero*. Y en el punto siguiente de este mismo artículo (499.1), se acota que constituye difamación la *divulgación,* por cualquier medio de comunicación social u otro de carácter público, excepto la autorizada por la ley, *de los nombres y apellidos de los deudores ya sea para requerirles el pago o ya empleando cualquier forma que indique que la persona nombrada tiene aquella calidad;* para esto se establece una pena de *prisión de seis meses a dos años.*

En cuanto al tratamiento de las injurias, en el marco del litigio, el artículo 500 señala que:

> "No darán lugar a la acción de injuria los discursos pronunciados ante los jueces o tribunales, cuando las imputaciones se hubieren hecho en fuerza de la defensa de la causa; como si se ponen tachas a los testigos del adversario y se prueban, para enervar el valor de su testimonio.
> Sin embargo, los jueces podrán, ya sea de oficio, o a solicitud de parte, mandar que se devuelvan los escritos que contengan injurias de

> cualquier especie; apercibir a los abogados o a las partes, y aun imponerles multa hasta de cien sucres aplicando al efecto las reglas de la Ley Orgánica de la Función Judicial.
> Las imputaciones extrañas a la causa dan lugar a la acción correspondiente, sin perjuicio de la multa de que se habla en el inciso anterior".

Una particularidad sobre los reos que injuriasen la establece en artículo 501 que señala que:

> "Los reos de cualquier especie de injuria que, fuera de los casos determinados en los artículos anteriores, comunicándose con varias personas, aun en actos singulares, respecto de cada una de éstas, ofendieren la reputación, serán reprimidos como autores de difamación, con pena de tres meses a un año de prisión y multa de cuarenta a ciento veinte sucres; admitiéndose prueba singular respecto de cada uno de los actos, y siempre que éstos pasen de tres".

En el artículo 502, se establecen excepciones a la imputabilidad del delito de injurias, apuntándose que

> "No cometen injuria: los padres ni los ascendientes, respecto de sus hijos y descendientes; ni los tutores, curadores, patronos, maestros, directores o jefes de los establecimientos de educación, corrección o castigo, respecto de sus pupilos, trabajadores, discípulos o dependientes, a menos que la injuria sea de las calificadas como calumniosas".

5.2.3. LEGISLACIÓN ELECTORAL

El Código de la Democracia en su Artículo 203, establece que:

> Durante la campaña electoral se prohíbe la publicidad o propaganda de las instituciones del Estado, en todos los niveles de Gobierno, salvo las excepciones que se detallan a continuación:
>
> 1. Que la difusión se refiera a información de programas o proyectos que estén ejecutándose o que por la oportunidad deban ejecutarse en dicho período.
> 2. Cuando se requiera en las obras públicas, informar a la ciudadanía sobre cierres o habilitación de vías u obras alternas; o lugares alternos;
> 3. En situaciones de emergencia, catástrofes naturales, cuando se requiera informar a la ciudadanía sobre medidas de seguridad, evacuación, cierre o habilitación de vías alternas.
> 4. Cuando se requiera informar temas de importancia nacional tales como: campañas de prevención, vacunación, salud pública, inicio o suspensión de períodos de clases, seguridad ciudadana, u otras de naturaleza similar.

En el mismo Artículo, más adelante, además, se prohíbe durante la campaña electoral la contratación y difusión de propaganda y publicidad por parte de sujetos de derecho privado referente al proceso electoral en prensa, radio, televisión, vallas publicitarias y cualquier otro medio de comunicación social.
Además:

> “Los medios de comunicación social se abstendrán de hacer promoción directa o indirecta, ya sea a través de reportajes, especiales o cualquier otra forma de mensaje, que tienda a incidir a favor o en contra de determinado candidato, postulado, opciones, preferencias electorales o tesis política.

> El Consejo Nacional Electoral ordenará al medio de comunicación social la suspensión inmediata de la publicidad o propaganda que no cumpla con las excepciones previstas en el presente artículo, sin necesidad de notificación previa al anunciante, o, de ser el caso podrá disponer al anunciante la modificación de la publicidad o propaganda, sin perjuicio del juzgamiento de conformidad con esta Ley".

Al igual que el anterior Artículo, los párrafos 5 y 6 del Artículo 207, fueron recientemente reformados para establecer lo siguiente:

> "Durante el período de campaña electoral, todas las instituciones públicas están prohibidas de difundir publicidad a través de prensa escrita, radio, televisión y vallas publicitarias. Únicamente podrán informar a través de estos medios sobre asuntos cuya difusión sea necesaria para la ejecución de planes y programas específicos y que se encuentran en ejecución durante este período.
>
> Queda prohibida la exposición en espacios audiovisuales, que impliquen la utilización de recursos públicos de la imagen, voz, y nombres de personas que se encuentren inscritas como candidatas o candidatos.
>
> Quienes ejerzan una función pública (es importante ver el Anexo 16.18.) y se encuentren calificados como candidata y candidatos no podrán participar oficialmente en eventos de inauguración de obras u otros financiados con fondos públicos, exceptuando aquellos que sean de representación propios al ejercicio de sus funciones.
>
> El tiempo y/o valor contratado por las entidades públicas para informar durante toda la campaña electoral, no podrá exceder al promedio mensual del último año anterior al inicio de la campaña.
>
> Cuarenta y ocho horas antes del día de los comicios y hasta las 17h00 del día del sufragio, queda prohibida la difusión de cualquier tipo de información dispuesta por las instituciones públicas, así como la difusión de publicidad electoral, opiniones o imágenes, en todo tipo de medios de comunicación, que induzcan a los electores sobre una posición o

> preferencia electoral; la realización de mítines, concentraciones o cualquier otro acto o programa de carácter electoral. El incumplimiento de estas disposiciones constituirá infracción electoral que será sancionada de conformidad con el artículo 277 de esta Ley.
>
> No estará sujeta a esta prohibición, la difusión de información en caso de grave conmoción interna, catástrofes naturales u otras situaciones excepcionales, de conformidad con esta Ley.
>
> De no cumplirse estas disposiciones el Consejo Nacional Electoral dispondrá a los medios de comunicación suspender de manera inmediata su difusión, so pena de aplicar la sanción correspondiente conforme lo dispuesto en esta Ley".

En el tema de las sanciones, el Artículo 277 de esta normativa electoral, señala que constituyen infracciones por parte de los medios de comunicación social:

1. La venta de tiempo de transmisión, en cualquier modalidad de programación, a los sujetos políticos, directa o indirectamente, en períodos de elecciones;
2. La difusión de propaganda política o electoral, pagada o gratuita, ordenada por personas distintas al Consejo Nacional Electoral;
3. Incumplir con las disposiciones referentes a propaganda durante la campaña electoral establecidas en esta ley;
4. El incumplimiento, sin causa justificada, de su obligación de transmitir los mensajes y programas de los partidos políticos y de las autoridades electorales, dispuestas por el Consejo Nacional Electoral; y,
5. La manipulación o superposición de la propaganda electoral o los programas de las organizaciones políticas con el fin de alterar o distorsionar su sentido original o denigrar a las instituciones o personas.

> En estos casos, se suspenderá la publicidad en dicho medio y se le sancionará con una multa de cincuenta a cien mil dólares (USD 100.000).

Sin embargo de lo antes señalado, en el TITULO SEGUNDO de este Código, en la parte sobre *Participación y Observación,* se reconoce a "*todas las formas de organización de la sociedad*" como "*expresión de la soberanía popular*" y en este marco, les concede, igual que a la ciudadanía en general, de "*participar en los actos de preparación y desarrollo del proceso electoral y de los que se lleven a cabo el día de la jornada electoral y durante el proceso de escrutinio y adjudicación de cargos*".

5.2.4. CÓDIGO DE CONDUC TA PARA LOS ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO (PROYECTO PRESENTADO POR LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO)

Este proyecto presentado por la Fiscalía General del Estado, busca regular deontológicamente el ejercicio de los abogados en libre ejercicio, sin embargo, en parte del articulado existe una clara limitación para que la opinión de los abogados en los medios sea pública, en relación a determinados casos.

El objetivo es controlar las opiniones de los juristas y que se haga público un caso y su respectivo contexto.

Al artículo 13 de este cuerpo, se da apertura a ciertos criterios subjetivos como el "patrocinio de la moral y la justicia violada" al tiempo que deja apertura que al emitir o publicar comentarios, un jurista, pueda darse en su contra, alguna acción por daño moral.

Así, se señala que:

> “El abogado no podrá dar a conocer por ningún medio de publicidad, sobre asuntos por él patrocinados y que no se encuentran resueltos por los tribunales y juzgados, salvo para patrocinar la moral y la justicia violada. Concluido el proceso, podrá publicar los escritos y constancia de autos, haciendo sus comentarios en forma respetuosa y ponderada.
> Esta limitación no se refiere a las informaciones o comentarios forenses formulados con fines exclusivamente científicos, en revistas o libros profesionales, los que se regirán por los principios generales de la moral, a fin de no modificar la dignidad de las personas, que es la característica fundamental del Estado de derechos y de justicia.
> Si la publicación pudiere perjudicar a una persona, se omitirán los nombres a quienes se refiere directamente la publicación”.

Mientras que en el artículo 14, se considera como una “*falta de ética profesional”* que un abogado *“*absuelva consultas por radio, televisión, y otros medios de comunicación, emitiendo opiniones sobre casos jurídicos concretos que le fueren planteados, sean o no gratuitos sus servicios”.

5.2.5. LEY DE TELECOMUNICACIONES

Este cuerpo legal establece una primera limitación al otorgamiento de frecuencias del espectro radioeléctrico, entendido como recurso estratégico del Estado, y por tanto, de su total y absoluta administración, en el Artículo 29. Aquí apunta que:

> “Ninguna persona natural o jurídica, directa o indirectamente, o a través de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primer grado de afinidad, podrá poseer títulos habilitantes que le permitan la operación de más de una estación de radiodifusión sonora o televisión abierta en una misma provincia. Asimismo, se prohíbe la participación

económica de personas naturales o jurídicas, de forma directa o indirecta, total o parcial en más de dos estaciones de radiodifusión sonora o televisión abierta, en una misma provincia. La limitación establecida en este artículo no aplicará a los demás servicios de telecomunicaciones.

Todos los prestadores de servicios de radiodifusión sonora y televisión abierta deberán observar las disposiciones y limitaciones establecidas en la Ley que regule el derecho a la comunicación en lo que a concentración de frecuencias y contenidos se refiere (lo que, como se verá más adelante, se trata de un punto que hasta el momento tampoco está resuelto en el texto de Ley Orgánica de Comunicación)".

En este marco, el Artículo 51, respecto del Otorgamiento de Concesiones de Radiodifusión sonora y Televisión Abierta (Ver Anexo 16.19.), reitera esto, señalando que

> "Las concesiones para la prestación de servicios de radiodifusión sonora y televisión abierta y uso y explotación del espectro para tales servicios se otorgarán, atendiendo a los principios establecidos en esta Ley y en la Ley que regule el derecho a la Comunicación. Dicha adjudicación considerará la idoneidad técnica, económica y legal del solicitante de la concesión".

Mientras que en el artículo 42, se establece el derecho preferente de empresas públicas, para obtener un permiso (no concesión, puesto que esto es sólo para los privados) del espectro radioeléctrico.

> "Las empresas públicas tendrán derecho preferente para la obtención de autorizaciones de uso y explotación del espectro radioeléctrico, de conformidad con la disponibilidad existente. Solamente en ese caso, en los procedimientos de otorgamiento de títulos habilitantes para el uso y explotación del espectro radioeléctrico en todas sus modalidades, la

> Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones deberá gestionar, de forma prioritaria, las necesidades de las empresas públicas en atención al interés público y los requerimientos de los servicios prestados por tales empresas y, posteriormente, evaluará la procedencia de las asignaciones para el resto de los interesados".

Y en el Artículo 45, se condiciona la concesión de frecuencias a los privados, por parte de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (dicho Directorio estará integrado por dos miembros designados por el Presidente de la República y, por el Ministro de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información o su delegado, quién lo presidirá. El Director Ejecutivo de la Agencia de regulación y Control de las Telecomunicaciones participará en el Directorio con derecho a voz pero sin voto), de la siguiente manera:

> "De conformidad con lo dispuesto en el Reglamento General de esta Ley, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones podrá reasignar frecuencias o bandas de frecuencias previamente asignadas mediante concesión, cuando:
>
> 1. Sea requerido en ejecución del Plan Nacional de Frecuencias.
> 2. Lo exija el interés público.
> 3. Se derive de la aplicación de tratados o convenios internacionales válidamente suscritos por la República.
> 4. Por razones de seguridad y defensa nacional.
> 5. Para la introducción de nuevas tecnologías y servicios.
> 6. Para evitar y solucionar interferencias".

Y en el artículo 59, contario a lo que deben las empresas privadas, las empresas públicas no estarán sujetas al:

1. Pago de derechos o tarifas por la obtención de títulos habilitantes.
2. Pago de precios o tarifas por el otorgamiento de frecuencias para su uso y explotación.
3. Pago de las tarifas por tramitaciones establecidas en esta Ley y sus reglamentos.
4. Pagos de tasas o tarifas por el uso del espectro radioeléctrico

El artículo 109 de la ley, señala los Tipos de Estaciones de radiodifusión sonora y televisión abierta clasificándolas en **públicas, privadas y comunitarias** y establece que su funcionamiento se regirá por lo establecido en esta Ley, su Reglamento General, las normas técnicas que emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y la Ley que regule el sistema de comunicación.

El artículo 110 define lo que son las **Estaciones Públicas** (en la disposición general novena se señala que: Los medios de comunicación social públicos, constituidos como empresas públicas o sociedades de derecho privado, Televisión y Radio del Ecuador EP, RTVECUADOR, Editogran S.A. y El Telégrafo C.A., estarán bajo la rectoría, coordinación y responsabilidad de la Secretaría Nacional de Comunicación):

> “Son las destinadas al servicio de la comunidad, que no persiguen fines de lucro, operadas por empresas públicas, cuya programación estará orientada a satisfacer las necesidades en los ámbitos educativos, cultural, cívico, de protección del medio ambiente, y demás servicios a la sociedad, que propicien el desarrollo socio-económico y cultural, el sano esparcimiento y los valores esenciales de la nacionalidad, dentro de un ámbito de integración y solidaridad ciudadana.

> Las estaciones públicas estarán exoneradas del pago de derechos de concesión y tarifas por el uso del espectro radioeléctrico. Pueden realizar autogestión para el mejoramiento, mantenimiento y operación de sus instalaciones, equipos y pago de personal, a través de donaciones, mensajes pagados y publicidad de productos comerciales, entre otros.
> Las estaciones públicas reinvertirán todos los recursos que obtengan por autogestión, en el mejoramiento, mantenimiento y operación de sus instalaciones, equipos y pago de personal; así como reinvertirlos en ampliar los servicios, los sistemas o equipos de las mismas, o en actividades propias de la comunidad que representan".

Mientras que el Artículo 111, define lo que son las **Estaciones comunitarias**

> "Son aquellas de servicio público sin fines de lucro que puede realizar autogestión para el mejoramiento, mantenimiento y operación de sus instalaciones, equipos y pago de personal, a través de donaciones, mensajes pagados y publicidad de productos comerciales, entre otros.
> Las estaciones de servicio público comunitarias deberán invertir todos los recursos que obtengan en el mejoramiento, mantenimiento y operación de sus instalaciones, equipos y pago de personal; así como reinvertirlos en ampliar los servicios, los sistemas o equipos de las mismas, o en actividades propias de la comunidad que representan.
> La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones efectuará el seguimiento respectivo para garantizar que los recursos obtenidos por las estaciones de servicio público comunitarias, sean destinados a los fines que se establecen en la Ley y en el presente Reglamento…
> … La concesión de frecuencias para estaciones de radiodifusión de servicio público comunitarias serán otorgadas a una nacionalidad, pueblo, comunidad u organización indígena, afroecuatoriana, campesina o cualquier otra organización social legalmente constituidas, y tendrán

> los mismos requisitos, derechos, condiciones, potestades, obligaciones y oportunidades que para las estaciones comerciales privadas".

El artículo 112, de su lado, define a las **Estaciones Privadas**

> "Son aquellas operadas por personas naturales o jurídicas con finalidad de lucro, cuya programación puede responder a los hábitos o intereses del público en general, sin perjuicio de la responsabilidad social, del fomento de la pluralidad y diversidad en la comunicación y, las obligaciones que deban cumplir de conformidad con lo que establezca la Ley de Comunicación".

El Artículo 120, señala la obligatoriedad de la transmisión de mensajes de altos funcionarios en cadena nacional, so pena de sanción (Sobre las sanciones. Ver Anexo 12).

> "Los mensajes e informes del Presidente de la República, Ministros de Estado o Funcionarios Gubernamentales que tengan este rango; y, demás funcionarios establecidos en la Ley de Comunicación, o para la utilización de los espacios señalados en la misma, será notificada a los concesionarios de frecuencias de radiodifusión o televisión y a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones para fines de control, por la Secretaría Nacional de la Administración Pública y Comunicación".

5.2.6. LEY ORGÁNICA DE CONTROL DE PODER DE MERCADO

Esta normativa, en sus disposiciones transitorias, en el segundo punto, y acorde a lo aprobado en la consulta popular del 7 de mayo de 2011, dispone que todas aquellas personas con negocios relacionados sistema financiero o a cualquier otra actividad mercantil además de empresas de comunicación, deben vender sus acciones y/o participaciones (que pertenezcan de forma directa o indirecta) deben enajenarlas hasta el 13 de julio de 2012.

Para ello, las personas naturales o jurídicas, deberán decidir si seguir manteniendo sus participaciones/acciones en las empresas de comunicación o en cualquier otra actividad financiera-mercantil, pero nunca ambas actividades.

La enajenación obligatoria no podrá efectuarse a parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Un incumplimiento en este ámbito, será sancionado por la Superintendencia de Telecomunicaciones.
Las personas naturales o jurídicas que a la fecha de entrada en vigencia de la prohibición establecida en la disposición Reformatoria y Derogatoria Vigésimotercera de esta ley posean directa o indirectamente, acciones o participaciones del capital suscrito de empresas, compañías o sociedades mercantiles, ajenas a la actividad comunicacional, deberán enajenarlas hasta el 12 de julio de 2012.

Las instituciones del sector de comunicaciones, tendrán el mismo plazo para enajenar sus acciones o participaciones en empresas ajenas a la actividad comunicacional.

La enajenación obligatoria prevista en esta disposición no podrá realizarse a favor de personas jurídicas vinculadas ni a favor de parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

El incumplimiento por parte de directivos y administradores de una empresa privada de comunicación de carácter nacional, a esta disposición, serán sancionados por parte de la Superintendencia de Telecomunicaciones, conforme a la ley.

5.2.7. LEGISLACIÓN CIVIL

Aunque en este caso, no se trata de algo directamente ligado al tema de la libertad de expresión, se hará referencia al tema de las indemnizaciones a

quienes hubieran cometido un delito, que es lo que se suele reclamar, principalmente, en procesos contra afectaciones al honor y la honra.

Así, el Código Civil ecuatoriano, en el TITULO XXXIII, DE LOS DELITOS Y CUASIDELITOS, señala:

> **"Art. 2214.-** El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.
> **Art. 2230.-** La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.
> **Art. 2231.-** Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.
> **Art. 2232.-** En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.
> Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.
> La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la

indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.

Art. 2233.- La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas, en caso de imposibilidad física de aquella, podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrán intentarla sus derecho habientes, conforme a las normas de este Código.

Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes.

Art. 2234.- Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes.

Art. 2235.- Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto".

5.3. LEY DE COMUNICACIÓN

Ahora bien, un punto a parte exige la Ley Orgánica de Comunicación, o más bien dicho, el proyecto de Ley que lleva debatiéndose al interior de la Asamblea Nacional por ya casi cuatro años, sin que mayores avances se hayan logrado. Empero, hay que reconocer que tras el denominado "Acuerdo Ético-político", logrado entre el oficialismo legislativo y los sectores sociales (sobre todo del gremio de la comunicación social), algunos temas se han pulido, sin que esto implique realmente, que se esté elaborando una mejor Ley.

Para efectos de este trabajo, se analizó la argumentación que los legisladores proponentes de este cuerpo legal, han efectuado en sus tres fases decisivas: primera, cuando nace, de mano del oficialista Rolando Panchana, segunda, de mano de la también oficialista, Betty Carrillo y, tercero, tras el mencionado acuerdo, de mano del también oficialista, Mauro Andino.

El impacto social de este cuerpo legal fue de tal trascendencia que la legislatura, incluso, creó una Comisión Ocasional de Comunicación, encargada de debatir los contenidos, socializar propuestas y compilar acuerdos.

Como antes se señalaba, en las argumentaciones para proponer esta Ley Orgánica de Comunicación, se han tomado en cuenta las opiniones de algunos teóricos de las Ciencias Sociales y varios otros del pos estructuralismo y del criticismo clásico de la Comunicación, cómo únicos sustentos para su elaboración. Sin embargo, muy pocos argumentos técnico-legales se han esbozado, nula jurisprudencia se ha revisado (menos aún a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y nula doctrina jurídica se ha incorporado.

Bien, pues es esta la finalidad de este trabajo. Tras haber revisado elementos doctrinarios y jurisprudenciales, resulta imperante que estos se incluyan en este proyecto de Ley, sin quitar de la escena las necesidades sociales, por la trascendencia ciudadana que este tipo de ley implica.

A continuación, se concretará, a manera de análisis, la propuesta en sí de este trabajo: la incorporación de la DOCTRINA DE LA REAL MALICIA como método para definir excesos del ejercicio de la LIBERTAD DE EXPRESIÓN a la vez que entender a este derecho, como fundamental en la vida de las sociedades democráticas, con el fin de efectuar puntualizaciones sobre aspectos no incluidos o mal enfocados, que el proyecto de Ley Orgánica de Comunicación, debería tomar en cuenta.

Cabe destacar que en total se han debatido siete propuestas diferentes, entre las cuáles, únicamente la original (entendida como la primera presentada) entregada por el oficialismo ante el Consejo Adminsitrativo de la Legislatura, ha sobrevivido. Este texto final, producto del segundo debate en la Asamblea Nacional y que, según el presidente de la Legislatura, Fernando Cordero, entrará a votación máximo hasta el mes de abril del presente año y al cual no

se le piensa efectuar mayores modificaciones (excepto si el presidente Rafael Correa, decide vetarlo y hacer que la Corte Constitucional cree una “ley temporal” a medida), es el que constituye el análisis de este trabajo.

5.3.1. TÍTULO I: Disposiciones preliminares y definiciones

Esta primera parte de la normativa establece los conceptos que han de utilizarse y sobre quien se aplicarán. Aquí los primeros 9 artículos que constituyen el Título:

> “Art. 1.- Esta ley tiene por objeto desarrollar, proteger y regular, en el ámbito administrativo, el ejercicio de los derechos a la comunicación establecidos constitucionalmente.
> Art. 2.- Son titulares de los derechos establecidos en esta Ley, individual o colectivamente, las ecuatorianas y los ecuatorianos que habitan en el territorio nacional y los que residen en el exterior en los términos y alcances en que sea aplicable la jurisdicción ecuatoriana.
> Art. 3.- 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.
> Esta ley no regula la información u opinión que circula a través de las redes sociales.
> Art. 4.- Para efectos de esta ley se considera medios de comunicación social a las empresas y organizaciones públicas, privadas o comunitarias que prestan el servicio público de comunicación masiva usando como herramienta cualquier plataforma tecnológica.
> Art. 5.- Los medios audiovisuales adquieren carácter nacional cuando su cobertura llegue al 30% o más de la población nacional.
> Adquieren la misma condición los medios impresos nacionales que emitan un número de ejemplares igual o superior al 0,25% de la

población nacional en cualquiera de sus ediciones en el año inmediato anterior o circule en ocho o más provincias.

Art. 6.- Para efectos de esta ley la plataforma tecnológica está constituida por el sistema informático y la infraestructura tecnológica que usan los medios de comunicación para generar y difundir su señal de audio, de vídeo y/o sus publicaciones.

Art. 7.- Es la información difundida a través de los medios de comunicación acerca de los asuntos públicos y de interés general.

La información o contenidos considerados de entretenimiento, que sean difundidos a través de los medios de comunicación, adquieren la condición de información de relevancia pública cuando en tales contenidos se viole el derecho a la honra de las personas u otros derechos constitucionalmente establecidos.

Art. 8.- Los medios de comunicación generalistas difundirán contenidos de carácter informativo, educativo y cultural, en forma prevalente. Estos contenidos deberán propender a la calidad y ser difusores de los valores y los derechos fundamentales consignados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Art. 9.- Los medios de comunicación públicos, privados y comunitarios deberán expedir por sí mismos códigos deontológicos orientados a mejorar sus prácticas de gestión interna y su trabajo comunicacional. Estos códigos deberán considerar los principios establecidos en el artículo 10. Estas normas no pueden suplir la ley".

Como se puede ver, el artículo 1 establece claramente que el cuerpo legal en cuestión, se encargará de regular el ejercicio de los derechos de comunicación "en el ámbito administrativo", señalando en artículos posteriores que estos "derechos de comunicación" se limitan a informaciones u opiniones que se produzcan, reciban, difundan e intercambien a través de los medios de comunicación social (exceptuándose las redes sociales).

Al respecto hay varias puntualizaciones que hacer: primero, que el concepto de COMUNICACIÓN utilizado en esta ley no es sólo obsoleto, sino que incompleto, esto porque el esquema emisor-mensaje-canal-receptor, está agotado desde principios de la década de los 60's cuando el funcionalismo social dejó de ser un paradigma válido para explicar las dinámicas sociales y la teoría mcluhiana de la "aguja hipodérmica", quedó en desuso. Además, con la aparición y maduración de las escuelas estructuralista y crítica, el concepto en cuestión varió de sobre manera. Posteriormente, la escuela latinoamericana tomará la batuta en ampliar el alcance de este término.

Así, la COMUNICACIÓN debe entenderse como toda práctica simbólica concurrente en un determinado tiempo, lugar, grupo etáreo, dinámica cultural, sector étnico-cultural, manifestaciones quinésicas y proxémicas, y demás. Es conexión, en sí, todo lo que se relacione a un momento y espacio determinados para transmitir, intercambiar o compartir ideas, información, tradiciones, o significados que son comprensibles para ambos a través de una decodificación significado-significante. Es más, la teoría contemporánea (introducida por Jesús Martín Barbero, el principal representante de la Escuela Latinoamericana) ni siquiera habla de medios de comunicación sino de "canales de información" y de "mediaciones", con el fin de poder comprender el trasfondo del significado del término en cuestión.

Si en la Constitución vigente, el Gobierno reconoce las "raíces milenarias", las "diversas formas de religiosidad y espiritualidad", la "sabiduría de todas las culturas", la existencia de "personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos" y el derecho a gozar de una "comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos", entonces cabe señalar que es absurdo que esta ley pese a ser "orgánica de comunicación" se remita únicamente a regular las actividades de los mass-media, entendiéndose que estos no constituyen sino una décima parte de lo que en realidad en la actividad comunicacional. Partiendo de esto, se entiende

una intencionalidad clara: control sobre los medios de difusión masiva (y no regular el ejercicio de la comunicación) y ningún interés en regular la práctica comunicacional, entendida como fundamental dentro de las sociedades contemporáneas, porque regular implica reconocer el alcance de ciertos derechos y la protección de la accesibilidad colectiva, lo que para un proyecto político determinado resulta peligroso.

Ahora sí. Con este panorama claro, cabe apuntar que en el artículo de la ley en cuestión, se considera como de “relevancia pública”, la emisión de contenidos en los que “se viole el derecho a la honra de las personas u otros derechos constitucionalmente establecidos”, sin ahondar el alcance de la palabra “honra” y haciendo relevancia a los contenidos de entretenimiento, excluyendo de aquí a los contenidos de carácter informativo, educativo y cultural, a los cuales los invita, más bien, a ser “difusores de los valores y los derechos fundamentales consignados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos”. Grave error conceptual y práctico, por tratarse de una visión más bien utópica y sesgada del papel de los medios difusores de información, o mass-media, en las sociedades modernas.

5.3.2. TÍTULO II: Principios y derechos

En el artículo 10, se establecen los ***Principios Deontológicos*** de toda persona natural y jurídica que participe en el proceso comunicacional (informar-opinar):

“1.- Referidos a la dignidad humana:

a) Respetar la honra y la reputación de las personas.
b) Abstenerse de injuriar, calumniar, difamar, mediante acusaciones infundadas;
c) Abstenerse de difundir opiniones que mediante el descrédito, menosprecio o humillación a los miembros de un colectivo racial, étnico, sexual, religioso, clase social, posición política, o similares que

contribuyan a un clima social de hostilidad contra aquellas personas que formen parte del colectivo afectado.

d) Respetar la intimidad personal y familiar.

e) Abstenerse de difundir hechos que se vinculen con la intimidad de una persona, sin su consentimiento.

2.- Relacionados con los grupos de atención prioritaria:

a) No incitar a que los niños, niñas y adolescentes imiten comportamientos perjudiciales o peligrosos para su salud; evitar especialmente la incitación al consumo de cualquier tipo de drogas y el culto a la extrema delgadez.

b) Abstenerse de usar y difundir imágenes o menciones identificativas de menores con graves patologías o discapacidades con objeto propagandístico, o contra su dignidad.

c) Evitar la representación positiva o avalorativa de escenas donde se haga burla de discapacidades físicas o psíquicas de las personas.

d) Abstenerse de emitir imágenes o menciones identificativas de menores como autores, testigos o víctimas de actos ilícitos.

e) Evitar entrevistar a menores identificados en situaciones de crisis".

Este punto se refiere a los principios consagrados en la Convención Interamericana de Derechos Humanos y que vale, muy certeramente, que sean reiterados en este cuerpo legal. Esto, tomándose en cuenta que en muchos de los casos, se pelea porque la actividad periodística no se profesionalice y, en caso de que sobre este punto no se llegue a una conclusión académica, pues vale recalcarlos a quienes nunca pasaron por las aulas en la carrera de Comunicación Social y/o afines. Pero requieren de mayor análisis los siguientes puntos:

"3.- Concernientes al ejercicio profesional:

a) Respetar los presupuestos constitucionales de verificación, oportunidad, contextualización y contrastación en la difusión de información de relevancia pública o interés general.

b) Abstenerse de omitir y tergiversar intencionalmente elementos de la información u opiniones difundidas.

c) Abstenerse de obtener información o imágenes con métodos ilícitos, y difundirla.

d) Evitar un tratamiento morboso a la información sobre crímenes, accidentes, catástrofes u otros eventos similares.

e) Reconocer a las personas naturales y jurídicas del sector privado su derecho a no proporcionar información ni responder preguntas, si así lo deciden.

f) Defender y ejercer el derecho a la cláusula de conciencia;

g) Impedir la censura en cualquiera de sus formas, independientemente de quien pretenda realizarla.

h) No aceptar presiones externas en el cumplimiento de la labor periodística.

i) Ejercer y respetar los derechos a la reserva de fuente y el secreto profesional.

j) Inhibirse de aceptar dádivas o cualquier otro privilegio que tenga el objeto de incidir sobre los contenidos comunicativos a su cargo.

k) Abstenerse de usar la condición de periodista o comunicador social para obtener beneficios personales ilegítimos.

l) No utilizar en provecho propio información privilegiada obtenida en forma confidencial en el ejercicio de su función informativa.

m) Abstenerse de difundir información cuando expresamente se ha invocado cualquiera de las siguientes condiciones: que su nombre no sea citado, que la información no sea utilizada públicamente, o que sólo lo sea a partir de una fecha determinada.

n) Respetar los derechos de autor y las normas de citas”

La verificación, oportunidad, contextualización y contrastación, como lo señala el primer punto, son elementos fundamentales en la construcción de una noticia (no de los otros géneros periodísticos como base), de ahí que sin ellos, la “noticia” como tal no existe. Aunque en la práctica de los periodistas y

comunicadores formados, es una puntualización redundante, no está demás para quienes ejercen la profesión como oficio. Lo mismo cabe para el punto b) y c), aunque en este último, vale reiterar porque no en pocas ocasiones se ha conocido casos sobre escuchas y grabaciones ilegales, así como de sobornos o acuerdos por debajo de la mesa, para la obtención de información (como consta, por ejemplo, en el capítulo anterior, sobre el caso News. Corp. International).

En el punto d) pues hay que hacer varias puntualizaciones: primero, que según la Enciclopedia Océano de Psicología (Tomo III, página 1022) y para la psicología en general, el "morbo" es una percepción subjetiva y que despierta el apetito sensual de quien lo observa, por ello, es sumamente complejo poder catalogar de "morboso" a un contenido, excepto si se lo introduce dentro del ámbito de lo "inmoral" que es algo antagónicamente diferente, pues mientras lo uno es subjetivo, lo segundo es un criterio salido del imaginario colectivo; asimismo, lo mal sano de lo "morboso" también es un criterio subjetivo sobre el cual ni los propios expertos en lo psicológico ni en lo psiquiátrico, han podido llegar a un acuerdo. Además, la existencia de amarillismo, o rojismo en la prensa, es algo que ya se ha debatido un sinnúmero de veces en el ámbito de la Libertad de Expresión y, depende el público consumidor su existencia. Los tabloides sensacionalistas como por ejemplo, en nuestro medio, El Extra son tan válidos en el contexto del "tratamiento morboso" como "Un hombre muerto a puntapiés", una cruda crónica del autor ecuatoriano Pablo Palacio, considerada como la primera obra gore de nuestra literatura y que, a decir del propio autor, es una crónica de muerte.

En el punto e) pues se puede dar una doble lectura: primero, que el derecho al silencio es parte, también, de la Libertad de Expresión; y, segundo, que esto no debería caber si es que, pese a tratarse de personas privadas de alguna manera, el hecho sobre el cual son indagados, repercute dentro del interés social. Debería efectuarse una puntualización al respecto.

Los literales f) e i) están intrínsecamente ligados y es importante que sean reconocidos en este cuerpo legal ya que de su efectivo ejercicio depende no sólo la investigación periodística en sí, sino la divulgación de determinada información que generalmente es del interés público. La cláusula de conciencia se ejerce al interior de la empresa de comunicación, mientras que el secreto profesional y la reserva de la fuente, son una protección al momento de la difusión de la información, del alcance de los poderes públicos y sobre todo, del poder judicial y fáctico.

"*De la defensa constitucional de estos principios dependerá la actividad informativa, el pluralismo y una opinión pública libre*", señala el jurista Marc Carrillo (2011). Sin embargo, limitaciones obvias como los secretos de Estado, si el informante está involucrado en la comisión de un delito, el intento de engaño a la autoridad judicial, el delito de encubrimiento, ante la 'exceptio veritatis' (significa 'Excepción de verdad' y es s la facultad que corresponde al acusado de un delito de calumnia de probar la realidad del hecho que ha imputado a otra persona, quedando exento de responsabilidad penal) en casos de injurias, y algunas más que deben precisarse.

Asimismo, debe puntualizarse ciertas aperturas en temas de investigación que generalmente terminan convirtiéndose en 'notitia criminis' (como medio para iniciar un proceso legal penal, de oficio, muchas de las veces, o para al menos, promoverlo), pues gran cantidad de las denuncias y destape de actos de corrupción efectuadas por la prensa, se han efectuado gracias a la defensa de estos dos principios de la Libertad de Expresión, en el marco de la Libertad de Prensa y de Información. El literal m) es parte de estos presupuestos sobre los que nos hemos referido, es decir, el respecto a las condiciones sobre las cuales se llega a obtener la información.

En cuanto al literal g) se debe prohibir, conjuntamente, todo tipo de censura: la directa y la indirecta, la previa y la posterior. Se debe incluir de manera textual, todas las prácticas orientadas a esta tarea para que así se puedan evitar sin

que se deslinde una responsabilidad penal sobre quienes ejerzan cualquier tipo de censura; impedimentos, principalmente, para el Estado (tomando en cuenta que estas prácticas no son ejercidas por el Estado en sí, sino por el gobierno de turno, dependiendo de la tendencia política, ideológica y de la mano dura que decida aplicar). La extensión en este punto, permite una mejor defensa de la Libertad de Expresión, en su esencia. El literal h) es parte de esto mismo, es decir, de las formas indirectas de censura.

Así como para el abogado, el interés de alcanzar la justicia es una de sus más loables vocaciones, la información plural y la libertad de pensamiento/opinión, son las ambiciones más laudables de los comunicadores. Este es el criterio general aunque, sigue siendo una práctica deontológica, sería bueno que se haga extensivo este punto para establecer sanciones sobre ello. Lo mismo debe aplicarse para los literales j), k) y l).

> **“4.- Relacionados con las prácticas de los medios de comunicación social:**
>
> a) Respetar la libertad de expresión, de comentario y de crítica.
>
> b) Rectificar, a la brevedad posible, las informaciones y las opiniones que se hayan demostrado como falsas.
>
> c) Corregir los errores que se constaten en la información difundida.
>
> d) Respetar el derecho a la presunción de inocencia.
>
> e) Abstenerse de difundir publirreportajes como si fuese material informativo.
>
> f) Cuidar que los titulares sean coherentes y consistentes con el contenido de las noticias.
>
> g) Distinguir de forma inequívoca entre noticias y opiniones.
>
> h) Distinguir claramente entre el material informativo, el material editorial y el material comercial o publicitario.
>
> i) Evitar difundir, de forma positiva o avalorativa, las conductas irresponsables con el medio ambiente.

> j) Abstenerse de alterar la información audiovisual grabada originariamente, con fines ilegítimos.
> k) Asumir la responsabilidad de la información y opiniones que se difundan”

Como previamente se señalaba, se trata de puntos que son parte de la práctica cotidiana de la actividad periodística al interior de los medios de comunicación que, por excepción, se dan en la práctica, pero que vale la pena señalarse, pese a que con ello, se podría dar a entender de antemano, que se trata de conductas habitablemente irresponsables y hasta delictivas.

Cabe destacar que en el inciso último de este artículo, se establece que cualquier persona puede denunciar el incumplimiento de los *principios deontológicos* establecidos en este artículo serán sancionados por el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación*,* excepto si se trata de una infracción que amerite sanción en otro ámbito legal o medida administrativa.

Cabe recordar que lo deontológico implica principios y reglas éticas que regulan y guían una actividad profesional, convirtiéndose en deberes mínimamente exigibles a los profesionales en el desempeño de su actividad. La actividad periodística tiene sus propios códigos de conducta (Ver Anexo 16.20.), mundialmente exigibles y aceptados, sin embargo, la tendencia del gobierno actual, ha optado por regular a su parecer, las actividades que consideran socialmente claves (tal es así que desde hace 32 años, los periodistas profesionales del Ecuador, ejercen en base a un Código de Ética Periodística. Para conocer el texto completo. Ver Anexo 14). En el ámbito de la Libertad de Expresión como superior a la de opinión, pensamiento y prensa, pero como esencia de ellas, cabe destacar que recalcar principios deontológicos está demás, por lo que previamente se ha señalado. Empero, la no exigencia de profesionalización de quienes ejercen estas actividades, conlleva a que sea importante colocarlos.

El artículo 11, incluye el **Principio de no discriminación**, prohibiendo cualquier tipo de acto que impida acceder y disfrutar de los derechos a la comunicación *establecidos en la Constitución, los instrumentos internacionales, esta ley y cualquier otra del ordenamiento jurídico*, sin que se puntualice claramente el alcance del término “discriminación”. Cabe destacar que, como se ha señalado en las disposiciones transitorias de la Ley de Control de Poder de Mercado, se da cumplimiento a la imposibilidad de que personas con negocios de cualquier tipo, puedan poseer negocios en medios de comunicación privado, generando, específicamente, un tipo de discriminación práctica contra un segmento de población.

El artículo 12, incluye el **Principio de acción afirmativa**, para garantizar que el Estado tome medidas de política pública para *mejorar las condiciones para el acceso y ejercicio de los derechos a la comunicación a grupos humanos que se consideren, fundadamente, en situación de desigualdad real respecto de la generalidad de las ciudadanas y los ciudadanos*. Esto, dejando absoluta amplitud para determinar quiénes estarán incluidos dentro de este grupo y qué es lo que se entiende como “situación de desigualdad real” y cuál es el objetivo concreto de estas políticas a implementase. A tal punto es ambigua esta disposición, no establece parámetros y abre el *alcance* de la disposición a fin de que éste se defina *para cada caso concreto.*

El artículo 13 establece el **Principio de democratización de la comunicación e información**, orientado a las actuaciones y decisiones de los funcionarios y autoridades públicas con competencias en materia de derechos a la comunicación.

El artículo 14, proclama el **Principio de participación**, como responsabilidad de todos los actores sociales; y el artículo 15, el **Principio de interculturalidad y plurinacionalidad**, que será promovido por el Estado a través de las instituciones, autoridades y funcionarios públicos competentes en materia de derechos a la comunicación. Este último, consiste en una mera declaración de

concordancia con la Constitución sin que en la práctica vaya más allá de lo contenido en el propio Código de Ética Periodística ecuatoriano.

El artículo 16, declara el derecho de las niñas, niños y adolescentes a *expresar sus ideas, pensamientos, sentimientos y acciones* desde *sus propias formas y espacios* y su protección *contra la revictimización en casos de violencia sexual, física, psicológica, intrafamiliar, accidentes y otros*. Lo que demuestra un vasto desconocimiento de la semiótica actual etárea; realmente no se trata más que una declaración para llenar papel debido a que los códigos de menores (niños y adolescentes) son muy disímiles y particulares. Efectuar, producir, controlar, manejar, editar contenidos para estos grupos requiere de trabajos académicos, pedagógicos y comunicacionales especializados más complejos que para cualquier otro segmento social. Dejar esto como un mero artículo de declaración de principios o es inútil o se amplía estableciendo mecanismos claros de funcionamiento y aplicación.

El artículo 17 es complejo, pues señala al **Principio de transparencia,** como la obligación de los medios de comunicación social de difundir *sus políticas editoriales e informativas y su código deontológico* en portales web o en un instrumento a disposición del público. Si así es, todo lo analizado hasta ahora es inútil; es decir, que 17 artículos de esta Ley estarían simplemente demás, sobre todo el artículo 10. No existen “códigos deontológicos” por cada medio de comunicación social. Existe un código deontológico universalmente aceptado y adaptado a la realidad social de cada uno de los Estados en los que se ejerce la profesión del periodismo. Se confunde un reglamento interno del medio con algo tan delicado y esencial para el ejercicio profesional como un *código deontológico.* Ahora, no se puede hablar de la existencia de “políticas editoriales”, pues con esto se está dando paso a posibles formas de control directo del trabajo del periodista y se vuele a confundir el reglamento interno de un medio con la “línea editorial” que es totalmente diferente (excepto que la intención sea ‘saber a qué atenerse’ con qué medio, de antemano, determinar cómo se va a proceder respecto a él, y poder demostrar algún tipo de mala

intención pre existente por parte un un mass-media cualquiera). No existe secretos en el lineamiento editorial de un medio y este se manifiesta claramente en la entonación, por decirlo de alguna manera, de los comentarios, los programas de opinión, los segmentos de análisis y el enfoque de la noticia. En resumen, se trata de otro artículo más con error de fondo y de forma.

5.3.3. CAPITULO II: DERECHOS A LA COMUNICACIÓN.- SECCIÓN I: Derechos de libertad

Con lo analizado hasta el momento es importante destacar que los artículos precedentes podrían ser asumidos como una especie de “relleno” de este articulado, con un fin político más que técnico: visualizar a los profesionales de la comunicación como personas que trabajan sin códigos de ética por lo que hay que ponerles límites de ejercicio a través de este cuerpo legal.

Ahora bien, a partir del artículo 18, se manifiestan otros elementos que contextualizan más las discordancias de esta ley. Aquí se garantiza (y no por obra y gracia de esta ley, sino de la Declaración de Derechos Humanos), el **Derecho a la libertad de expresión y opinión** (Ver Anexo 16.21.) de todas las personas *siendo responsables por sus expresiones de acuerdo a la ley.* Vale apuntar esta última frase del artículo que se desarrollará más adelante.

El artículo 19 tampoco ofrece ninguna novedad, pues señala la **Prohibición de censura previa por autoridades o funcionarios públicos**, igual que en el punto anterior, algo ya garantizado por los tratados internacionales. Se señala la *prohibición de la revisión, aprobación o desaprobación, por parte de una autoridad o funcionario público, de los contenidos previos a su difusión a través de cualquier medio de comunicación*. Sin señalarse ningún tipo de puntualización a cerca de los medios indirectos de censura previa como lo son la interposición de procesos millonarios contra medios, el uso del aparataje estatal para sancionar a un medio no sólo administrativamente sino a la luz del escándalo público, la negativa de autoridades públicas de dar declaraciones a

medios considerados de oposición (a la luz de lo expuesto en el artículo 17), el desprestigio de los periodistas por parte de autoridades públicas a través de medios de comunicación estatales, entre otros. Con esto sobre la mesa, ningún peso tiene que este artículo conste en esta ley.

En el mismo artículo se establece sanciones para las *autoridades o funcionarios públicos que realicen censura previa o ejecuten actos conducentes a realizarla de manera indirecta*, a través del Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación con una multa de dos a seis meses de su remuneración total, sin perjuicio de otro tipo de acciones legales. Sin embargo, si las autoridades o funcionarios proceden de la forma antes señala, imposible será probar la aplicación de formas de censura indirecta, debido a que en la práctica, constituye un límite casi imperceptible.

En el artículo 20, se intenta ir un poco más allá, señalándose, la **Protección contra la censura previa de los medios de comunicación**. Aquí se establece que por censura previa de los medios de comunicación social se entenderá: *la suspensión de la publicación de un artículo previamente establecido, o la cancelación injustificada de la emisión de un programa previsto en la programación regular de los medios audiovisuales*. Ahora, de esto, a la urgencia de publicación, el bajo rating, la escasez de publicidad, un mal enfoque, el incumplimiento con la línea editorial, cabe preguntarse ¿qué diferencia hay? ¿cómo establecer una clara protección para el ejercicio periodístico? ¿qué tratamiento se le da a la prensa de medios públicos cuya línea editorial es más fuerte aún y cuyos contenidos, por ser considerados contra el Estado, pueden ser vetados de forma más abierta? Realmente se trata de un artículo que, como los previos, poco o nada ofrece al ejercicio del derecho de la información.

El artículo 21 contiene la **Responsabilidad ulterior**, que al igual que lo anterior, tampoco tiene nada de novedoso y que constituye uno de los pilares de los códigos deontológicos del ejercicio comunicacional. Aquí se la define de

la siguiente manera: *es la obligación que tiene toda persona de asumir las consecuencias administrativas, civiles y penales posteriores a difundir, a través de los medios de comunicación, todo tipo de contenido que lesione los derechos humanos y la seguridad pública del Estado, de acuerdo a lo que establece la Constitución y la ley*. Si se va al fondo, todo el ejercicio de toda profesión acarrea una responsabilidad ulterior. Ahora bien, cuáles son los límites para reclamar la responsabilidad ulterior, cabe preguntarse. En la práctica se ve un distorsionado concepto y una ligera, por decirlo menos, aplicación de los Derechos Humanos en la legislación ecuatoriana, pero al tratarse de una ley (a menos que el criterio sea lo suficientemente infantil y poco serio como para asumir que en lo posterior se podrán hacer reformas) no se está hablando de coyunturas, sino que el objetivo es construir un cuerpo legal fuerte, coherente, de responsabilidad social que no sea utilizado por un régimen de turno para silenciar a la verdad, so pena de la "responsabilidad ulterior". Para su aplicación se deben establecer criterios serios de determinación, mecanismos eficientes de prueba, y sanciones de acuerdo al principio de la proporcionalidad, procurando que siempre, el derecho a la libertad de expresión (opinión y pensamiento) estén protegidas, por sobre todas las cosas. El criterio de "defensa de la seguridad pública del Estado" es absolutamente abierto y ambiguo (como ya se lo vio en el capitulo precedente, en el caso Palamara Iribarne vs. Estado de Chile) y cualquier contenido que termine siendo de interés público, al punto que en ejercicio de la democracia, este ponga en la palestra del debate a funcionarios públicos protegidos por el poder político, puede ser considerado como tal. Ahora, se sigue insistiendo en la penalización respecto de la difusión de algún contenido que resulte (abiertamente considerado, valga insistir) como atentatorio, convirtiendo a este nivel de sanción, en el principal elemento de censura previa que, en la práctica, existe. La doctrina actual lucha por la despenalización de la Libertad de Expresión, entendida como la capacidad de opinar y de manifestar estas opiniones, pensamientos, análisis, información, porque la cárcel, para el periodista que busca la verdad o para el ciudadano que reclama algo, o para el sujeto que no está de acuerdo con una política de Estado o con un criterio

político, es la más humillante de las sanciones y la llave para esconder un sinfín de actos de corrupción bajo cualquier criterio que permita su manipulación, convirtiéndolo en razón suficiente para encarcelar y multar con sumas obscenas a quien se manifieste en contra, y, por otro lado, aplaudir jocosamente a quien manifieste opiniones a favor del régimen de turno.

El artículo 22, señala la **Responsabilidad ulterior de los medios de comunicación**, *tanto en lo civil como en lo administrativo, cuando los contenidos difundidos sean asumidos expresamente por el medio o no se hallen atribuidos explícitamente a otra persona*. Cabe apuntar que esto implicaría la opinión editorial del medio (en artículos anteriores se da paso a que la opinión sea sancionada y controlada) pues únicamente se señala la palabra “contenido” sin oponer excepciones.

Además, *señala que 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*, excepto si el medio: 1. no informa claramente al usuario sobre su responsabilidad personal respecto de los comentarios emitidos; 2. no genera mecanismos de registro de los datos personales que permitan su identificación, como nombre, dirección electrónica, cédula de ciudadanía o identidad; o, 3. no implemente mecanismos de autorregulación que eviten la publicación, y permitan la denuncia y eliminación de contenidos considerados atentatorios a la ley. Esto da paso, primero, a regular los contenidos a través de la Internet, que es un tema que aún está siendo materia de discusión en el mundo entero, pero a la vez que lo hace, nada establece respecto de quienes crean espacios spam, trolling, cyberbulling y demás, cuyo objetivo es precisamente, afectar a otros. Se trata de una disposición incompleta, insuficiente que busca, únicamente, controlar a través de las redes, los espacios on-line que tienen los grandes medios.

En el artículo 23, se habla sobre la **Responsabilidad solidaria**, *del medio de comunicación, sus propietarios, accionistas, directivos y representantes legales*, respecto de las *indemnizaciones y compensaciones de carácter civil* a que haya lugar *por incumplir su obligación de realizar las rectificaciones o impedir a los afectados el ejercicio de los derechos de réplica y de respuesta ordenados por el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación*, y que *lesionen derechos humanos, la reputación, el honor, buen nombre de las personas y la seguridad pública del Estado*. Ahora, al respecto, hay que hacer varias puntualizaciones: primero, no se señala nada respecto del *principio de proporcionalidad* de las sanciones ni de los mecanismos para establecerlas; segundo, las rectificaciones y el derecho a la réplica están consagrados en los códigos de ética, en la legislación civil y penal y en el sistema internacional, por lo que resulta, al igual que todas las otras funciones hasta el momento señaladas, inútil que el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación las ordene; tercero, ningún medio de comunicación en el mundo, tiene como objetivo lesionar derechos humanos; cuarto, si se establece una responsabilidad solidaria, se está estableciendo, por consiguiente, un mecanismo indirecto de censura previa que (increíblemente) se está legalizando. Quedará, entonces y más allá de la línea editorial, a criterio administrativo interno del medio, si una publicación se difunde o no, so pena de cargar con sanciones que pueden conllevar a la quiebra del medio y por ende, al despido de toda la planta de profesionales y trabajadores; quinto, se vuelve a insistir en el tema de “seguridad del Estado” de manera abierta, dando paso a que cualquier publicación pueda ser sometida a este criterio para acallarla y para amedrentar a un medio; sexto, en caso de que las personas solidarias no tengan como asumir una sanción, está deberá ser asumida por el medio de comunicación (persona jurídica) totalmente (artículo 1527 del Código Civil y siguientes), de manera que en atención a la no inclusión del principio de la proporcionalidad, se puede llegar a la pérdida del bien cómo tal y la persona jurídica no podrá ejercer acciones de compensación contra ninguno de los otros solidario. Cabe destacar que por antecedente en el caso El Universo, en el Ecuador cabe el enjuiciamiento a personas jurídicas (pese a ser ficciones

jurídicas de existencia inmaterial y de que sus actos no son efectuados con conciencia y voluntad sino que son dependientes de sus administradores), con todo, esto primero, sería materia de una reforma de la legislación vigente y que, además, sería tema de otro trabajo de titulación.

Sin embargo, cabe destacar que hasta hace pocos años la expresión “Societas delinquere non potest” (la sociedad, la empresa no puede delinquir) era mundialmente aceptado; sin embargo, las nuevas teorías del derecho, han convertido a la expresión en un cuestionamiento “¿Societas delinquere non potest?”, sobre el cual, las legislaciones nacionales tienen sus propias versiones. Algunas, como la mexicana, que reconoce la imputabilidad de las personas jurídicas, de acuerdo a su última reforma penal, señala que para ello hay que comprobar que a través de ellas se cometieron delitos premeditados de defraudación, crimen organizado, etc. “En los países del common law predominaba la regla de la responsabilidad directa de la persona jurídica; en los países del orden jurídico europeo continental la posibilidad de sancionar directamente a la persona jurídica era rechazada a favor de la responsabilidad penal individual”, señala Luis Miguel Reyna Alfaro (Panorama actual de la responsabilidad penal de las empresas; I Congreso Mundial de Derecho, organizado por el Instituto Latinoamericano de Derecho, el 02 de octubre de 2007 en el Auditorio de la Facultad de Medicina de la Universidad de Guayaquil).

Así, Klaus Tiedemann, uno de los más representativos defensores de la responsabilidad penal empresarial, propone la creación de un sistema de imputación penal de la persona jurídica mediante la reformulación del concepto de acción jurídico penal y la culpabilidad, señala Reyna Alfaro. Los críticos a la propuesta de Tiedemann han sostenido que si bien, las normas jurídicas se encuentran dirigidas también a las personas morales, ello no supone que aquélla deba responder por los delitos cometidos por sus representantes. Frente a éste cuestionamiento, Tiedemann responde que el reconocimiento de capacidad de acción de las personas jurídicas por parte del Derecho penal no

sería más que la consecuencia lógica del reconocimiento de la persona jurídica como destinataria de las normas de orden extrapenal (administrativas, tributarias, etc.), tal cual ocurre, por ejemplo, en la figura del actuar por otro, acota el jurista.

El artículo 24, destaca el **Derecho a recibir información de relevancia pública veraz**, es decir, verificada, contrastada, contextualizada y oportuna. Sobre esto cabe decir únicamente que 'no hay ninguna novedad en el frente'.

En el artículo 25 se coloca el **Derecho a la rectificación**, apuntándose que *los medios de comunicación tienen la obligación jurídica de publicar de forma inmediata, gratuita, con las mismas características y en el mismo espacio u horario las rectificaciones a las que haya lugar por haber difundido información no demostrada, falsa o inexacta sobre una persona*. Señalándose que en caso de que el medio de comunicación no viabilice por su propia iniciativa el derecho de rectificación, el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación dispondrá las siguientes medidas administrativas: Disculpa pública del director del medio por escrito a los afectados directos con copia al Consejo, la cual se publicará en su página web y en la primera interfaz de la página web del medio por un plazo no menor a siete días consecutivos; Lectura o transcripción de la disculpa pública en el mismo espacio y medio de comunicación en que se difundió la información no demostrada, falsa o inexacta. Sobre esto, se abre el artículo 23 que señala directamente que el Consejo ordenará la rectificación, permitiéndole al medio de su propia iniciativa y a petición del afectado, corregir un error.

Además, se puntualiza que *sólo en caso de reincidencia se impondrá una multa equivalente del 1% al 10% de la facturación promediada de los últimos tres meses presentada en sus declaraciones al Servicio de Rentas Internas, considerando la gravedad de la infracción y la cobertura del medio* y que *en caso de nuevas reincidencias, la multa será el doble de lo cobrado en cada ocasión anterior.* Así establece cuantiosas sanciones para los medios de

comunicación, periodistas, administrativos, representantes legales y demás responsables solidarios (sin tomar en cuenta que de las ganancias de los medios, se paga a los empleados y que en el Ecuador no hay corporaciones dedicadas al negocio de los medios con News Corp. International o la CNN) y eso, reiterando en este artículo que, además de las medidas administrativas se interpondrán *acciones judiciales* por considerarse afectada una persona, dando apertura al juzgamiento por injurias en materia penal. Es decir, esta ley no permite un tratamiento administrativo de una negligencia en una publicación, sino que además, de lo administrativo aquí constante, da paso a lo penal y a lo civil, fortaleciendo, como nunca antes en la historia democrático-constitucional del Ecuador, sanciones a los medios de comunicación que, como se ha visto en la práctica, son directamente dirigidos a los medios privados. Se trata de una barrera, de un mecanismo directamente indirecto de censura previa que impide el ejercicio al derecho de la información, so pena de que una inexactitud sea severamente sancionada, pues la buena fe se presume en el accionar de cada individuo. No se exceptúa la comprobación de la existencia de intención dolosa para establecer sanciones, sino que se da por hecho que un error es un delito grave, lo que no se establece para ninguna otra profesión existente, ni siquiera para aquellas de incidencia social importante o de delicada ejecución como abogados, médicos, economistas, etc., insistiendo en violentar el "principio de la no discriminación" previamente establecido.

En el artículo 26, se establece el **Derecho a la réplica**, a fin de que *toda persona que haya sido directamente aludida por información u opinión agraviante que afecte sus derechos a la dignidad, honra o reputación o no produzca un contenido preciso o contrastado cuando le afecte directamente, a través de un medio de comunicación, tiene derecho a que ese medio difunda su versión de forma gratuita e inmediata en el mismo espacio de programación*. El ejercicio de este derecho debe nacer del propio medio de comunicación, so pena de que lo ordene el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación. Para esto cabe la misma puntualización que en el artículo anterior.

El artículo 27, faculta *a cualquier ciudadano afectado por informaciones de un medio de comunicación, solicitar a través del Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación copias de los programas o publicaciones y el medio deberá atender el pedido en no más de 5 días,* a riego de una multa de *1 a 4 salarios básicos unificados*. En realidad, en la práctica, esta gestión suele hacerse directamente a los medios: en el caso de los impresos, por medio de archivo y en el caso de audiovisuales, corriendo con el costo de copiado del material; la solicitud se hace a través del Director de noticias (en caso de los noticieros) o de los directores de información de los respectivos espacios. Incluso este tipo de material puede ser solicitado con fines académicos, mediando carta de las respectivas instituciones educativas. Ahora, se pone de intermediario al Consejo, aunque vale la pena la puntualización por si acaso, en alguna vez, tal vez debido a algún tipo de negligencia o de interés privado del medio, se dilatara.

El artículo 28 se refiere a la **Libertad de información**, respecto *del derecho que tienen todas las personas de recibir, buscar, producir y difundir información por cualquier medio o canal y a seleccionar libremente los medios o canales por los que acceden a información y contenidos de cualquier tipo*, con *la ley, la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y el mantenimiento del orden constituido,* como únicos límites. Sin embargo, previamente se sancionan los contenidos de "intencionalidad morbosa" sin precisar el alcance de estos y cómo previamente se apuntó, esto puede ir desde programas de farándula, hasta documentales médicos sobre malformaciones congénitas. Otra puntualización que al respecto se debe hacer es que cualquiera puede producir cualquier tipo de información no atentatoria y cualquiera consumirla, por lo que es perfectamente viable que un programa con contenidos antigobiernistas, por ejemplo, pueda ser transmitido sin que por ello se recaiga en el ataque, la agresión o el insulto. En este plano, este artículo le reconoce a la "información" su calidad de "producto mediático" pese a que en el discurso de sustento de este proyecto de ley, se le niega esa calidad,

basándose en elementos de la teoría crítica de la comunicación (ya obsoleta en la actualidad, pero de importancia, pues sentó las bases neocríticas para la creación de las teorías de la alternatividad y alteratividad).

Además, señala que *toda conducta que constituya una restricción ilegal a la libertad de información será sancionada administrativamente de la misma manera que en los casos de censura previa*, en una confusión conceptual ya que la censura previa en sí es directamente una restricción a la libertad de información, no dos cosas diferentes. En el ámbito práctico, la libertad de información suele ser manipulada de acuerdo al marco ideológico de los diferentes regímenes y calificada de “asertiva” o “reprobable” en relación a esto, por ello es necesario que en el marco de una ley que tiene como objetivo perdurar en el tiempo, no se ponga ninguna restricción y que esto se escriba en el papel, de forma literal y sin que se de ningún tipo de apertura a ambigüedades.

El artículo 29 señala qué tipo de información es de circulación restringida: 1. *Aquella que esté protegida expresamente con una cláusula de reserva previamente establecida en la ley; 2. A cerca de datos personales y la que provenga de las comunicaciones personales cuya difusión no ha sido debidamente autorizada por su titular, por la ley o por juez competente; 3. La información producida por la Fiscalía en el marco de una indagación previa; 4. La información acerca de las niñas, niños y adolescentes que viole sus derechos según lo establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia,* so pena de sanciones administrativas por el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación *de 10 a 20 salarios básicos unificados*, sin perjuicio de *otras acciones judiciales*. Según se pudo ver en la jurisprudencia recopilada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y con base en doctrina constitucionalista, la información sólo puede restringirse en época de guerra, cuando algo sea efectivamente ligado a la seguridad del Estado (secretos de Estado), o cuando de ella dependa el bien colectivo; en general, una ley no debería poder restringir el acceso y la difusión de una información. Tampoco lo

referente a investigaciones judiciales deberían estar restringidas, aunque sí, si es que compete al correcto desarrollo de una investigación en el marco de la garantía del debido proceso; la información privada de una persona es eminentemente suya y nadie puede hacerla pública sin su consentimiento, excepto si el hacerlo abre el debate público respecto de un tema de interés general y las autoridades así como los particulares, por tanto, deberán por el contrario, facilitar el acceso a la información.

El artículo 30, contienen la defensa del **Derecho a la protección de las comunicaciones personales,** previamente consagrado en la constitución y en los tratados internacionales, e incluso, en la legislación penal vigente (artículo 155 del Código de Procedimiento Penal), sin embargo aquí se hace mención a otras sanciones extra. Se trata de un artículo importante para evitar excesos, puesto que si bien la CPP establece la obligatoriedad de una orden judicial a petición del fiscal para interceptar y grabar comunicaciones de terceros, este es un hábito bastante común en el ámbito de la denominada “prensa rosa” o “prensa amarilla” (como se vio en el capítulo previo sobre el caso espionaje de la News Corp.) cabe, por tanto, que la protección a la ciudadanía esté reiteradamente garantizada en este cuerpo de ley, pese a que únicamente es un punto enunciativo.

El artículo 31 reitera la **Protección integral de las niñas, niños y adolescentes**, que ya consta en la legislación de menores, y que ya está señalado previamente en otro artículo. El único aporte a lo previo, es el señalamiento de una multa *de 5 a 10 salarios básicos unificados*, además de la responsabilidad judicial.

5.3.4. SECCIÓN II: Derechos de igualdad e interculturalidad

El artículo 32 reconoce el derecho de todas las personas a formar medios de comunicación, con excepción de entidades o grupos financieros y empresariales, y a sus representantes legales.

El artículo 33 reconoce el derecho de todas las personas al acceso a frecuencias.
El artículo 34, reconoce el derecho al acceso universal a las tecnologías de la información y comunicación.

El artículo 35, reconoce el derecho a la comunicación intercultural y plurinacional de los pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias tanto en la producción como en la difusión de contenidos. Extra, se obliga a todo medio público, privado y comunitario a difundir tales contenidos en, al menos, *el 5% de su programación*, bajo riesgo de sanción administrativamente por el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación *con la imposición de una multa equivalente del 1 al 10% de la facturación promediada de los últimos tres meses presentada en sus declaraciones al Servicio de Rentas Internas*. En este artículo, se obliga a la difusión de un determinado contenido que si bien resulta loable en la teoría, en la práctica podría no ser aplicable para los medios privados que funcionan dentro de otra lógica. Cabe destacar que a la luz del neocriticismo comunicacional, surgen los medios públicos y comunitarios, precisamente, con este tipo de fines inclusivos y altruistas.

El artículo 36, reconoce el derecho al acceso de las personas con discapacidad, a los medios de comunicación y de la aplicación de traducción con subtítulos, lenguaje de señas y sistema braille, como mecanismos inclusivos. Se trata de un esfuerzo que si bien es importante que se incluya en esta ley, en la práctica será de muy larga implementación.

5.3.5. SECCIÓN III: Derechos de participación

El artículo 37, garantiza la **participación ciudadana**, entendida como el derecho de la ciudadanía de organizarse *en veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios u otras formas, a fin de incidir*

en la gestión de los medios públicos y vigilar el pleno cumplimiento de los derechos a la comunicación, así como el desempeño de los medios públicos, privados y comunitarios con arreglo a las normas previstas en la Ley de Control Social y Participación Ciudadana. Otra vez, se comete el error conceptual de confundir los conceptos de medios públicos-privados-comunitarios, al punto de someterlos al misma lógica de fiscalización popular, como si se tratara de un servicio público de interés social. Cabe destacar que otro error de fondo es confundir los contenidos informativos y/o de opinión con los referentes a los demás programas que pueden difundirse a través de un mass-media. El alcance de programas de variedades y hasta de human interesting no pueden ser calificados y/o clasificados con los mismos criterios que se usen para temas, por decirlo sutilmente, más serios.

5.3.6. SECCIÓN IV: Derechos de los comunicadores

El artículo 38, consagra el **derecho a la cláusula de conciencia**, entendido como el derecho de los comunicadores sociales *de garantizar la independencia en el desempeño de sus funciones,* incluso negándose a efectuar una determinada labor. Se señala que está será aplicable cuando:

> "1. Realizar una orden de trabajo o desarrollar contenidos, programas y mensajes contrarios al Código de Ética del medio de comunicación o a los principios éticos de la comunicación.
> 2. Suscribir un texto del que son autores, cuando éste haya sido modificado por un superior en contravención al Código de Ética del medio de comunicación o a los principios éticos de la comunicación.
> El ejercicio de la cláusula de conciencia no puede ser considerado bajo ninguna circunstancia como causal legal de despido del comunicador social. En todos los casos, las y los comunicadores sociales tendrán derecho a hacer público su desacuerdo con el medio de comunicación social a través del propio medio".

Se trata de un principio del ejercicio periodístico reconocido por las legislaciones de avanzada y que constituye un interesante punto de este articulado (pese a que como hasta el momento se ha señalado, se contradice con algunos mecanismos de censura indirecta que se establecen en esta ley) pues su objetivo es salvaguardar la libertad ideológica, el derecho de opinión y la ética profesional del periodista.

En este punto valdría incorporar las reflexiones sobre la materia, efectuadas por el jurista y profesor español, Marc Carrillo, que han sido recopiladas e incorporadas en la Ley Española sobre la Cláusula de Conciencia de los Comunicadores, en las que este derecho se defiende tajantemente por la responsabilidad social y el compromiso con la verdad de esta profesión, como ninguna otra, en particular. De ahí que las razones para la existencia de la cláusula de conciencia principalmente son:

a) Que la empresa informativa es generalmente de carácter privado pero cumple con una función de interés público: proporcionar información veraz y oportuna; la ley debe asegurar que se respete este cumplimiento.
b) Que si la empresa informativa es de carácter público, se puede caer en la manipulación de contenido de una fuerza superior, del poder estatal, dado que como consecuencia del ejercicio del derecho a la información, se maneja de una u otra manera, la opinión pública.
c) Por el interés lucrativo de la empresa informativa se llega a presionar al comunicador para que proporcione la noticia en forma rápida, a veces sin haber tenido tiempo necesario para verificarla y sin que pueda existir el necesario rigor informativo.
d) Por el interés político se puede obligar al comunicador a efectuar labores parcializadas a favor del poder gubernamental de turno, bajo ejercicios de presión directa e indirecta.
e) La especial influencia del comunicador en la sociedad para la conformación de la opinión pública y su visibilización como referente comunitario.

f) El derecho a la información es uno de los pilares de la sociedad democrática, es un derecho que está más allá de las garantías individuales y que primordialmente existe para reforzarlas. Ninguna otra labor social es tan importante para la defensa y exigencia de los demás derechos fundamentales.
g) El ejercicio del derecho a la información por parte del comunicador corresponde al interés público, al interés de la sociedad.
h) El comunicador, al ejercer su profesión, no debe ser violentado intelectual o moralmente, sino debe gozar de libertad. La garantía de la libertad en el ejercicio de una profesión, y todas las garantía legales para que esto sea posible, más allá del lineamiento editorial que no se manifiesta a través de las noticia, sino de la opinión, son indispensables para el ejercicio democrático y ciudadano. La libertad del ejercicio del comunicador, en todo ámbito, es una obligación de un Estado de Derecho y, más aún de un Estado de Derechos.
i) Defensa del sector profesional más violentado de la sociedad.
j) La dignidad del comunicador siempre debe ser respetada, por la trascendencia, la responsabilidad y el peligro que su trabajo implica.
k) El comunicador no debe ser avasallado por el dueño ni por el directivo de la empresa mediática, ni su labor obstaculizada por instrucciones que lesionen la información veraz, objetiva y oportuna. Esto debe ser garantizado por el sistema legal de un Estado que se declare democrático.

Al declararse estos postulados en un cuerpo legal, no sólo se le está reconociendo a este derecho la trascendencia social que realmente tiene, sino que se está visibilizando gran parte de la problemática del ejercicio del comunicador profesional. La cláusula de conciencia es una institución importante del derecho a la información que aún deberá ir perfeccionando y superando sus insuficiencias, pues ni en legislaciones pioneras en el tema como la francesa y la española, ha superado sus inconvenientes prácticos.
En un ejercicio objetivo, muchas empresas pueden utilizar la cláusula de conciencia, así lo señala Carrillo cuando analiza casos sobre el tema:

En ciertos casos, la aplicación de la cláusula de conciencia por parte del informador puede ser considerada como una bendición por la empresa informativa, ya que por una cantidad de dinero que generalmente no tiene ninguna significación económica para la empresa, ésta va a librarse de un comunicador "incómodo" o "escrupuloso" que estorba en esa empresa y constituye un ejemplo no deseado por el dueño o directivo de aquélla.

Sin embargo, para el comunicador, la cláusula en cuestión va a ser un oasis en medio del desierto, algo que lo ayudará a salvar su honor y ética profesional. Por ello, la legislación debe ser enfática en que el ejercicio de la cláusula de conciencia NO debe ser un mecanismo para que el profesional pierda su trabajo, por negarse a tal o cual labor de contenido y/o de forma de obtención del contenido, y, más bien, debe establecer mecanismos para que pueda hacer constar que en determinado momento ha hecho ejercicio de ella y que quede como expediente en contra del medio. Esta debería ser una de las labores fundamentales del Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación, debido a que en ese momento, está, por primera vez, en lo analizado de esta ley, haciéndose ejercicio práctico de la ética del comunicador a la vez que del medio de comunicación para el que trabaja, sea público como privado, sin distinción alguna. Por lo tanto, es imprescindible en la ley, precisar su contenido a fin de asegurar su correcto ejercicio por parte de los profesionales de la información como destinatarios básicos de tal derecho específico y, al mismo tiempo, proporcionar a la libertad de expresión y al derecho a la información, un instrumento jurídico imprescindible que garantice su ejercicio en un Estado Social y Democrático de Derecho.

La cláusula de conciencia es un elemento constitutivo del derecho fundamental de recibir y comunicar información y la ley tiene el objetivo de otorgar a los comunicadores este derecho básico, como elemento fundamental en la producción de la información, y ni los poderes públicos ni las empresas informativas pueden desconocer el indudable componente intelectual del trabajo de los comunicadores, el peligro que implica el ejercicio de la actividad,

la cantidad de riesgos a las que los comunicadores están expuestos, el compromiso de efectuar un trabajo responsable y la implicación social que tiene en que se calle o se difunda una información más allá del ejercicio de fuerzas de poder, en el marco de la verdad y el pluralismo.

La exposición de motivos es muy clara: la razón para la existencia de la cláusula de conciencia de los comunicadores es doble: la protección de la independencia y la dignidad del comunicador, y como elemento esencial del derecho a recibir y comunicar información de manera responsable, lo cual constituye una de las bases fundamentales del propio régimen democrático (Ver Anexo 16.22.).

La ley tampoco fija una indemnización a favor del comunicador en caso de ser víctima de abuso de parte del empleador (público o privado) a causa de lo cual haya tenido que acogerse a la cláusula de conciencia. Se debería, entonces, obligar a que en los contratos de los periodistas/comunicadores en general, se establezca que el medio se acogerá a las sanciones que determine el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación, bajo la premisa de que los profesionales de la información podrán negarse, motivadamente, a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación, sin que ello pueda suponer sanción o perjuicio.

El artículo 39, establece el **Derecho a la reserva de la fuente**. Aquí se señala que "*ninguna persona que difunda información de interés general podrá ser obligada a revelar la fuente de la información; esta protección no le exime de responsabilidad ulterior"* y que "*la información sobre la identidad de una fuente obtenida ilegal y forzadamente carecerá de todo valor jurídico; y, los riesgos, daños y perjuicios a los que tal fuente quede expuesta serán imputables a quien forzó la revelación (…) y a la reparación integral de los daños*".

Este artículo deberían ser dos, de plano. El primer inciso no guarda relación con el primero. Se trata de dos aspectos totalmente diferentes, por lo que resulta insensato que estén dentro del mismo postulado. Lo referente a la obtención ilícita de una información NO tiene nada que ver con la reserva de la fuente: la una es un acto contra la ley y la otra es un derecho democrático, constitucional y supralegal que, en NINGUN momento es consecuencia de un acto desapegado de la ley sino que, por el contrario, nace de una trayectoria de confianza. Además, el interés de un comunicador no es, per se, que sus investigaciones tengan valor jurídico en un proceso (eso llega a ser circunstancial) sino que se ponga sobre la mesa y que se abra a la luz pública, un determinado hecho de incidencia social, con fines de debate ciudadano y de control de poder.

La Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su numeral 8 señala ya que: *todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos profesionales,* pues se trata de elementos de confianza respecto de quien siente temor sobre la emisión de ciertos conocimientos y/o declaraciones y/o revelaciones, en el marco de un posible ejercicio de poder y de fuerza. La sociedad cree en la labor del comunicador social (periodista, investigador, editor, compilador, etcétera) y en ese ámbito de confianza y con la aspiración de que una verdad se sepa, acude a éste para que, él/ella dentro del ejercicio ético y profesional indague a fondo y devele una verdad que es de interés social. La labor del comunicador debe ser protegida por un Estado y no sancionada.

El alcance de la reserva llega más allá de la fuente misma, al punto de alcanza a la información misma que, en cierto momento, y en caso de tratarse de algo de sumo interés judicial y estatal, podría ser solicitado. Pero de ser así, deben establecerse una serie de garantías que permitan la protección del implicado, a riesgo de que el comunicador continúe en el ejercicio de su derecho a la reserva. Cabe recordar que la conservación del anonimato de la fuente, es una

protección, universalmente reconocida, con el fin de protegerla de represalias por haber revelador determinada información, lo que no libera al comunicador de su responsabilidad de buscar otros elementos que fortalezcan sus investigaciones, con base en lo obtenido de su fundamento en reserva. Este derecho busca proteger a la verdad a través de la denuncia de actos de corrupción de los gobiernos de turnos y de conductas ilícitas de los poderes que por ser tales, suelen estar por encima de la sociedad de manera fáctica.

En la tarea de búsqueda de información las fuentes juegan un papel esencial. La licitud de la información obtenida, pese a la reserva de la fuente, es fundamental para una investigación, pues depende de la protección de esta. El artículo debería ampliarse estableciendo que el derecho del periodista/comunicador/investigador, implica: negarse a revelar la identidad del autor de la información al empleador, a los terceros y a las autoridades públicas o judiciales; pero también es el deber que tiene el periodista de no revelar públicamente las fuentes de información recibida confidencialmente. Hay que recordar que la información al pueblo es la única forma de pelear contra la actitud tiránica de un mandatario en una sociedad democrática, según el pensamiento de Germán Bidart Campos (Ver Anexo 16.23.).

La legislación argentina, por ejemplo, según señala la doctora Liliana Piccinini Procuradora General del Poder Judicial, señala que en ese país se ha optado por la tendencia antes señalada, pese a que tanto en derecho como en comunicación, sigue el debate sobre: 1) el carácter absoluto o relativo del derecho a preservar la fuente; y, 2) si la protección de la fuente se extiende a la protección de los registros y de los datos en ellos consignados, bloqueando, a su respecto, la acción de habeas data.

Para Paccinini (2010), se debe distinguir sí se está ante una información relacionada a una causa penal, cuál es la repercusión e importancia de la revelación de la fuente, y cuáles son las garantías (nacionales e internacionales) que se van a dar en caso de que se contemple una excepción

a la protección de la reserva de la fuente, para que esto no constituya un atentado a los Derechos Humanos en sí. "*Hay que tener en cuenta "ceder, excepcionalmente, en el carácter absoluto de la confidencialidad por un interés social comprometido, puede desembocar en la impunidad de un culpable o en la condena de un inocente*".

Al respecto, la ley también debe determinar la aplicación de este derecho desde diferentes situaciones: de acuerdo a si el delito ya se ejecutó o si se está ejecutando. Si es lo primero, se sostiene que debe prevalecer la reserva, si en cambio el delito se está ejecutando, la reserva de las fuentes debe ceder, **excepcionalmente**, porque es más importante que no continúe, que cese y no se produzca un mal mayor, pero, como se ha reiterado, en el marco de un sistema judicial que ofrezca garantías para esta excepción.

Asimismo, debe constar en la ley que, únicamente, en caso de que no exista ninguna otra vía legal, procesal, investigativa, administrativa, o de cualquier otra índole, que permita llegar al conocimiento de determinada información y que esta deba provenir directa y únicamente de la fuente sobre la cual se mantiene reserva, pueda solicitarse el levantamiento de este derecho. La legislación sueca, por ejemplo, permite esta excepción solamente cuando por vía procesal se comprueba un inminente peligro contra la seguridad pública y un atentado incontenible contra la seguridad del Estado. Valga aclararse que esto no implica una repercusión respecto de una sanción penal sobre este derecho, sino únicamente un manejo procesal únicamente aplicable en extraordinarios casos y que debe tener un candado constitucional para su flexibilización (nunca general).

Lo cierto es que muy pocos sistemas procesales contemplan el modo de ejercer o hacer valer el derecho de reserva o secreto profesional del periodista/comunicador, por lo que en el Ecuador aún se necesita un largo debate al respecto, pero si en algo quiere contribuir esta ley, debería tomar en

cuenta observaciones como las previamente realizadas. Muy bien sintetiza lo expuesto, la procuradora Paccinini (2010):

> “Si partimos de la inclusión de la preservación de la fuente de información periodística, cómo vértice institucional de la libertad de expresión e información, como garantía expresa de la constitución, es entonces acertado decir que dicha garantía debe ser reglamentada en su ejercicio, y que las leyes reglamentarias por excelencia de las garantías constitucionales son precisamente los códigos procesales. Lo cierto es que muy pocos sistemas procesales contemplan el modo de ejercer o hacer valer el derecho de reserva o secreto profesional del periodista. De allí que deviene, absolutamente necesaria, la prudencia a la hora de discernir situaciones de prueba en el proceso penal, que pueda estar originada en y por la actividad periodística. En el proceso penal corresponde a la fiscalía aportar prueba y a los jueces valorarla y en todo caso formular las apreciaciones pertinentes, pero no es política y éticamente aceptable en la perspectiva de una sociedad democrática, donde funciona el Estado de Derecho, utilizar normativa legal para coaccionar a los periodistas y suplir con sus informaciones los vacíos de las investigaciones policíacas y judiciales”.

El artículo 40 reconoce al comunicador, el **Derecho a mantener el secreto profesional**, *señalando que ninguna persona que realice actividades de comunicación social podrá ser obligada a revelar los secretos confiados a ella en el marco del ejercicio de estas actividades*. Se trata pues, de un artículo intrínsecamente ligado con los anteriores y significa un reconocimiento legal de que al comunicador/periodista no se le debe dar el mismo trato que a todo ciudadano respecto de la imposición de la obligación de decir todo aquello que sepa y le conste, incluyendo la revelación de la fuente de información, sin ser sometido, bajo ningún concepto, a coerciones judiciales ni políticas. Vale recordar que, el periodista no está incluido entre los profesionales que los códigos de procedimiento señalan con la obligación de abstenerse de declarar

sobre hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón de su profesión, como si lo ocurre con el médico, el abogado, el notario, el militar y el funcionario con relación al secreto de estado, el ministro de culto admitido. Por ello, el tratamiento que se le debe dar a la defensa de este derecho por principio ético, y como ocurre en las diferentes legislaciones -en respeto y defensa de la libertad de expresión- es totalmente aparte. Tiene que constar en esta ley que al no estar incluidos dentro de este grupo, deben tener un tratamiento aparte que impida que esta no-inclusión los coloque en la posición de un testigo cuya reticencia puede ser sancionada, puesto que esto puede ser interpretado como una forma de intimidación, pues como se señalaba previamente, una orden de revelación, irrazonable y arbitraria significa, a todas luces, una violación a la libertad de expresión.

En Argentina, por ejemplo, con el caso Gorriaran Merlo, la Cámara Federal de apelaciones de San Martín rechazó la petición de la fiscalía de citar a periodistas en calidad de testigos. Inicialmente, se señaló en la sentencia del caso (C.N.332/1996) que sólo cuando razones de orden público de relevante jerarquía así lo aconsejen y siempre y cuando no se afecte la garantía constitucional de la Libertad de Expresión, se podría hacer uso del testimonio de un periodista, en otros casos, queda prohibido consagrándose así el secreto de las fuentes de información periodística y el derecho al secreto profesional con un carácter relativo y únicamente determinado a través del nombramiento de un organismo consultivo temporal que aporte con criterios a la administración de justicia, la cual deberá determinar de forma sustentada y garantizando la inexistencia de otras vías posibles, la absoluta necesidad de solicitar declaración a un periodista/comunicador en el ejercicio de su profesión.

Sin embargo, esto significó una flexibilización de la aplicación de estos derechos en esa legislación, que como se señaló previamente, tienen una aplicación absoluta y no relativa, por lo que se apeló el procedimiento en este caso, señalándose como una violación constitucional el haber obligado al periodista a testificar, inicialmente, señalándose después que se debe dejar

librado a la conciencia y ética del periodista/comunicador, la decisión de dar a conocer, o no, las fuentes de información, si éstas han sido obtenidas lícitamente y en el marco del correcto ejercicio profesional, sin que ningún juez pueda obligarlo a dar esa información obtenida bajo reserva.

En este marco, surgió un nuevo debate que al final fue resuelto por la Corte Nacional, estableciendo que: el derecho al secreto profesional es relativo y que el mismo cede ante razones de orden público de relevante jerarquía y cuando ello no vulnere el derecho a no auto incriminarse ni afecte los límites constitucionales, puesto que otorgar carácter absoluto al secreto profesional periodístico podrá afectar intereses del propio Estado a pesar de que en un momento, se vulnere el reconocimiento y la necesidad de una prensa libre.

Sin embargo, no se sentó jurisprudencia sólo desde este lado, pues igual, en Argentina, la Cámara Nacional Federal en lo Criminal y Correccional Sala I, ha reconocido el secreto de las fuentes de información periodística, en el caso Moschini (un caso de defraudación a las finanzas públicas), rechazando el requerimiento de que se solicite a las empresas periodísticas que revelen el origen y/ fuente informativa de los artículos que habían publicado.

De otro lado, igualmente en Argentina, en el caso del periodista Tomas Catan (contra quien se solicitó un registro de llamadas entrantes y salientes para supuestamente, sustentar las investigaciones por él realizadas sobre denuncias de corrupción pública), la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional Sala II (Causa n° 19.480, 28 de octubre de 2002), señaló que la reserva del secreto profesional, se vinculaba a la acción de Habeas Data. Sin embargo, puntualizó en su sentencia que el mero hecho de tratarse de un caso penal no otorga al Estado un automático salvoconducto para proceder al levantamiento del secreto periodístico, pues ello sólo será posible dentro de determinados límites y bajo ciertas circunstancias, puesto que es innecesario afectar el secreto cuando existen otras alternativas probatorias que permiten perseguir el mismo fin. El juez instructor, Claudio Bonadío, planteó la nulidad de que el

periodista Thomas Catan, convocado como testigo en esta causa, con base en una queja presentada por la Asociación para la defensa del Periodismo Independiente y por la Federación Argentina de Trabajadores de Prensa, concluyéndose si bien la Constitución se limita al ámbito de la acción de habeas data no se concluye que el secreto de las fuentes de información periodística carezca de resguardo en contextos diferentes, por ejemplo, en esta investigación criminal y que, por el contrario, la protección también existe en otras situaciones, sólo que no por imperio de aquella norma sino por formar parte esencial de la libertad de expresión.

De ahí la importancia del intento de crear una Ley Orgánica de Comunicación en el Ecuador que permita establecer garantías y mecanismos para la defensa de los derechos del grupo profesional al que se piensa regular y no únicamente restricciones y limitaciones al ejercicio profesional. Ahora que si se reconoce abiertamente este derecho sin que se señale los mecanismos de su ejercicio, se le estaría dando al periodista una calidad de "*amicus curiae*" (Ver Anexo 16.24.) que haría imposible que se impongan limitaciones al ejercicio de su profesión.

El inciso dos de este artículo señala que "*la información obtenida forzadamente carecerá de todo valor jurídico; y, los riesgos, daños y perjuicios que genere para las personas involucradas serán imputables a quien forzó la revelación de los secretos profesionales, quedando obligada a efectuar la reparación integral de los daños*". Con esto, se garantiza la no violación de este derecho so pretexto de fines judiciales. Lo contrario significaría que el periodista no podría cumplir plenamente con su labor investigativa e informativa, dentro del marco de una prensa libre, respecto de los hechos que se suscitan dentro del sistema democrático de gobierno en el que un sinfín de actos de corrupción pueden darse sin que estos puedan salir a la luz, toda vez que el peligro a desnudar sus fuentes pendería sobre el profesional de la información como una 'espada de Damocles'. La libertad de prensa hace a la esencia del régimen republicano

como elemento de información per se, sino además, como elemento de control en la esencia del ejercicio democrático.

El artículo 41 reconoce el **Libre ejercicio de la comunicación** para todas las personas y a través de cualquier medio de comunicación, *sin que sea exigible titulación profesional para tal efecto*. Se trata de un artículo acorde a la opinión consultiva OC-5-85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la colegiación obligatoria de los periodistas, como ya se lo ha citado en el capítulo previo (punto 4.1.4.), en donde se señala que la exigencia de la profesionalización para ejercer funciones informativas, de opinión, periodísticas y comunicacionales, significa un atentado a la libertad de expresión. La postura clara de este trabajo al respecto, sin embargo, es la defensa de la profesionalización de quienes ejercen la labor informativa, pues se trata de un trabajo con exigencias en mayúsculas y de absoluta implicación social, por lo que permitir el poder de la palabra a quien no se haya formado académicamente constituye un despropósito de la ley. Esto no implica que se coarte la facultad de la ciudadanía en general de emitir criterios y de ejercer un proceso de empoderamiento de los medios de comunicación, en palabras de Jesús Martín Barbero, para transformarlos en mediaciones a través, sobre todo, de los medios públicos y comunitarios, en atención de que esa es su función informativa y su compromiso social.

Este es uno de los puntos medulares de esta ley. Es fundamental, entonces, que quede constancia en este cuerpo legal de que el periodismo y la comunicación social, no son oficios (como el de zapatero, tornero, carpintero, etcétera) sino profesiones que se estudian en facultades y escuelas de Comunicación/Periodismo de todo el mundo, con un promedio de formación académica de cinco años, con complejas mallas académicas y con principios deontológicos del por medio. El tener la capacidad de hablar y de razonar no puede ser requisito suficiente para ejercer esta profesión. No cabría lo mismo para programas de variedades, de espectáculo, de concursos, de modas, de farándula, de chismes, revistas familiares, donde probablemente, ser modelo,

bailarina voluptuosa o un guapo animador, bastan como requisitos; empero, para cualquier ejercicio que tenga que ver con el manejo de la opinión pública, de información de hechos de la vida política, social, económica, cultural, de debate, de contenido noticioso, de entrevistas, etcétera, se debe requerir una formación académica, dando prioridad a quiénes mayormente se hayan preparado, con especialidades respecto de los temas a los que su ejercicio se dedica.

La **Ley de Ejercicio Profesional del Periodista**, emitida en 1975, durante la dictadura de Guillermo Rodríguez Lara, reconoce que *los ecuatorianos tienen derecho a expresar su pensamiento sin otras restricciones que las que imponen la Ley, la moral y la seguridad nacional* pero que a la vez, el Estado está obligado a *protegerse al periodista profesional y estimular su superación intelectual y material*. Sin embargo, en el artículo primero se señala que son periodistas profesionales quienes tuvieran "*título académico*" y quienes hubieren obtenido un "*certificado de profesionalización otorgado por el Ministerio de Educación Pública*", en concordancia con esto, la primera transitoria de este cuerpo legal señala que "*el Ministerio de Educación queda facultado para otorgar el correspondiente certificado de profesionalización de periodista a quien justifique haber laborado en el periodismo, por lo menos cinco años ininterrumpidos anteriores a la vigencia de esta Ley*" y siempre y cuando tenga "*pronunciamiento favorable de la Comisión Organizadora de la Federación Nacional de Periodistas del Ecuador*" (y para quienes hubieren laborado 2 años y medio en un medio de comunicación, como mínimo, esta misma transitoria les daba cinco años para titularse sin que pierdan su trabajo). En su momento, entonces, ya la Ley creada para regular el ejercicio profesional de los periodistas dio una oportunidad para que quienes no estaban titulados, lo estén, paralelamente a la creación formal de la Escuela de Ciencias de la Información de la Universidad Central del Ecuador (la primera del país). De ahí a la fecha, han transcurrido 37 años de que la profesionalización debía ser aplicada en el Ecuador. En esta misma ley (Ley de Ejercicio Profesional del

Periodista), desde el artículo 15, hasta el 31, se establece lo referente al ejercicio de la profesión:

> “Art. 15. – Para los fines de esta Ley se consideran cargos de desempeño exclusivo de los periodistas profesionales, los siguientes: jefes, subjefes, secretarios de redacción o de información, reporteros o cronistas, tituladores o correctores de estilo, reporteros gráficos, corresponsales, diagramadores e informadores; y, directores, jefes y reporteros de los programas de información radial, televisada y cinematográfica. Se entiende por reportero gráfico al periodista profesional que ilustra las crónicas o reportajes con fotografías o dibujos de su propiedad.
>
> Art. 16. – Los cargos de editor, director, editorialista, comentarista o redactor que representa la opinión del medio de comunicación colectiva, o el de redactor o columnista de secciones especializadas de ciencias, artes, letras, religión, técnica y, en general, de aquellas que representen la opinión del autor, no son de desempeño exclusivo de periodistas profesionales.
>
> Art. 17. – Los propietarios, directores, subdirectores, gerentes y subgerentes de los medios de comunicación colectiva, serán de nacionalidad ecuatoriana.
>
> Art. 18. – El empleador privado dedicado total o parcialmente a la actividad periodística por cualquier medio, o que dentro de sus actividades mantuviere secciones o departamentos de información periodística, deberá ocupar a periodistas profesionales para los cargos determinados en esta Ley como de desempeño exclusivo de tales periodistas.
>
> Art. 19. – Las remuneraciones de los periodistas a quienes se refieren los artículos anteriores podrán estipularse libremente entre el empleador y el trabajador, pero en ningún caso serán inferiores a las que señalare el Ministerio de Trabajo y Bienestar Social.

Art. 20. – En las entidades públicas y en las privadas con finalidad social o pública, los cargos de relacionadores públicos serán desempeñados por periodistas profesionales o especialistas en la materia.

Art. 21. – Las instituciones públicas, las privadas con finalidad social o pública y los empleadores privados, no están obligados a designar periodistas profesionales para el desempeño de funciones exclusivas, si en el lugar del trabajo no hubiere tales periodistas.

Art. 22. – Tampoco están obligados a contratar periodistas profesionales para el desempeño de funciones exclusivas, los empresarios o propietarios de medios de comunicación colectiva que cumplan dos de los siguientes requisitos: tener un activo fijo neto inferior a un millón de sucres; o que el tiraje promedio de cada edición sea menor de dos mil ejemplares, o tengan una potencia máxima instalada de 5 kilovatios o de 500 vatios, en el caso de las estaciones de radio y televisión, respectivamente; o contar con menos de 25 trabajadores en todas sus dependencias.

Art. 23. – La Dirección Nacional de Personal no inscribirá nombramiento alguno para cargos determinados como exclusivos, que no hubieren sido extendidos a favor de un periodista profesional.

Art. 24. – El Inspector del Trabajo que, previa denuncia escrita, comprobare que un empleador privado ha dado trabajo del calificado como de desempeño exclusivo del periodista profesional a quien no lo es, sancionará al empleador con una multa de tres mil a cinco mil sucres.

Art. 25. – Prohíbase el ejercicio de la profesión de periodista o el desempeño de cargos por personas que no cumplan con las disposiciones de esta Ley.

Art. 26. – Los periodistas profesionales que por cualquier motivo no estuvieren sujetos al régimen obligatorio de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, podrán afiliarse voluntariamente a éste, cumpliendo con las normas legales, estatutarias y reglamentarias pertinentes.

> Art. 27. – Para que el periodista profesional pueda gozar de los beneficios de esta Ley, debe hallarse afiliado a uno de los colegios provinciales.
>
> Art. 28. –Las disposiciones de esta Ley no impiden a las personas naturales o jurídicas dedicadas a transmitir información impresa, oral o televisada, contratar los servicios de agencias noticiosas nacionales o internacionales.
>
> Art. 29. – No están sujetos a las obligaciones impuestas por esta Ley las personas naturales o jurídicas dedicadas, por cualquier medio de comunicación colectiva, a la transmisión de información científica, técnica, política o religiosa, siempre que su actividad no tuviere fines de lucro.
>
> Art. 30. – Los periodistas profesionales, en cuanto a sus producciones intelectuales, estarán sujetos a la Ley de Derechos de Autor y demás disposiciones legales pertinentes.
>
> Art. 31. – Los periodistas extranjeros que ingresaren al país para cumplir funciones profesionales temporales, deberán registrarse en la Secretaría Nacional de Información Pública, y no podrán dedicarse a tareas distintas de aquellas que comprendiere su misión específica. Estarán exentos del requisito de registro los periodistas extranjeros que acompañaren a delegaciones oficiales de Estados amigos, mientras dure el cumplimiento de las misiones.
>
> Las autoridades de migración que tengan conocimiento del ingreso al país de los extranjeros a los que se refiere el inciso anterior, comunicarán inmediatamente a la Secretaría Nacional de Información Pública, la que determinará el plazo para el cumplimiento de su cometido".

Así, resulta ambigua la aplicación, pues se da amplitud para que en algunos casos se pueda no contratar periodistas profesionales para el ejercicio de ciertos cargos. En este contexto, la Ley Orgánica de Comunicación que se busca aprobar en la Asamblea Nacional, constituye un retroceso en lugar de un

avance en materia de comunicación, pues en lugar de clarificar estas ambigüedades incluyendo en la categoría profesional, además de a *jefes, subjefes, secretarios de redacción o de información, reporteros o cronistas, tituladores o correctores de estilo, reporteros gráficos, corresponsales, diagramadores e informadores; y, directores, jefes y reporteros de los programas de información radial, televisada y cinematográfica*, se incluya a *editores, directores, editorialistas, comentaristas, redactores de opinión editorial, columnistas de secciones especializadas*, puesto que cómo se ha dicho, lo que estos digan a través de un medio de comunicación incidirá de forma directa en la formación de la opinión pública y esto requiere de una formación ética y académica en la materia. Con este requisito, seguramente, se eliminarían muchos de los problemas deontológicos y técnicos en los que incurren varios mass-media, casi a diario. Tómese también en cuenta que con la eliminación de la colegiación obligatoria para las diferentes profesiones, mucho de esta Ley de 1975 queda en desuso y varias de las garantías cuyo ejercicio se efectivizaba a través de la Federación Nacional de Periodistas, ya no tienen piso.

Entonces, si para ejercer la profesión de periodista y todo lo que ella implica, no se necesita ser un periodista profesional, todo lo propuesto en la Ley Orgánica de Comunicación queda sin piso: tanto los derechos consagrados, los códigos éticos (principios deontológicos), las restricciones profesionales, la intención de intensificar la formación de los comunicadores, el crear productos serios y de calidad (en fondo y en forma), la creación de programas especializados… en general, todo se convierte en un sinsentido absoluto. Sí se quiere crear un producto de interés social, orientado a formar a través de la seriedad en el tratamiento de los temas y de la veracidad, efectividad, e inteligencia, se debe garantizar la profesionalización; caso contrario, si se busca crear únicamente productos mass-mediáticos que no tengan trascendencia y que caigan constantemente en ilegalidades, atentados e irresponsabilidades, a cualquiera se le debe dar apertura a un micrófono, a una imprenta, a una cámara.

Asimismo, aunque son muchos los campos del saber que pueden ayudar a perfeccionar los sistemas de información escrito, radial o televisivo, esto no se trata más que de aspectos técnicos que poco tienen que ver con el trabajo editorial en la emisión de contenidos. No basta darle a algún profesional en otro ramo, únicamente herramientas del lenguaje periodístico y con eso suponerse que el trabajo comunicacional está hecho.

Esto es subestimar por completo la existencia de una profesión que como ninguna otra, ha cobrado importancia en las últimas décadas; sino, poco tienen que hacer los estudiantes de dicha carrera, matriculados en las diferentes Universidades, y menos aún, debería existir la carrera como tal.

Se ha puesto el criterio de la interdisciplinariedad como pretexto de la no exigencia profesional en la comunicación social. Sin embargo, a quiénes funjan como analistas en un programa de opinión, por ejemplo, no se les va a exigir ser formados académicamente en esta profesión, pero para quien va a hacer las veces de mediador, si debe ser responsabilidad formarse como comunicador y si la actividad lo requiere, en cualquier otra rama profesional: periodista-economista, periodista-abogado, periodista-sociólogo, etcétera. Y que esto no se vea como una restricción, sino como una responsabilidad de quienes están a cargo de formar la opinión pública. Esa es una responsabilidad mínima que debe acarrear el privilegio de estar frente a un medio de comunicación masiva, que será visto por millones de ciudadanos.

El artículo 42, establece los **Derechos laborales de las y los trabajadores de la comunicación**. Se trata de elementos ya constantes en la Ley de Ejercicio Profesional del Periodismo, que previamente ya fueron revisadas. Aquí no se hace un puntualización de lo ya constante en artículos previos, como simple declaración y sin establecer mecanismos mínimos para el ejercicio mínimo de ellos:

> “1. A la protección pública en caso de amenazas derivadas de su actividad.
> 2. A remuneraciones y retribuciones justas, a la seguridad social y demás derechos laborales, según sus funciones y competencias.
> 3. A ser provistos por sus empleadores de los recursos económicos, técnicos y materiales suficientes para el adecuado ejercicio de su profesión.
> 4. En los medios de comunicación social privados, en caso de coberturas de riesgo, a estar cubiertos con seguros privados de vida, accidentes, daños a terceros, asistencia jurídica, pérdida o robo de equipos.
> 5. A contar con los recursos, medios y estímulos para realizar investigación en el campo de la comunicación, necesaria para el ejercicio de sus funciones.
> 6. Al desarrollo profesional y capacitación técnica; para lo cual, las entidades públicas y privadas y los medios de comunicación darán las facilidades que fueran del caso.
> 7. A los demás derechos consagrados en la Constitución de la República y en la ley”.

5.3.7. TITULO III: Sistema de Comunicación Social.- CAPÍTULO I: Alcance

El artículo 43 establece la **conformación del Sistema de Comunicación Social** el cual estará conformado por instituciones de carácter público, las políticas y la normativa, así como por los actores privados, comunitarios y ciudadanos que se integren voluntariamente a él, de acuerdo al reglamento de esta ley.

El artículo 44 señala los objetivos del Sistema: 1. Articular los recursos y capacidades de los actores públicos, comunitarios y privados que lo conforman; 2. Desarrollar e implementar mecanismos de planificación pública participativa y descentralizada sobre políticas públicas de comunicación; 3. Monitorear y

evaluar las políticas públicas y los planes nacionales por establecidos e implementados las en el Plan Nacional de Desarrollo sobre los derechos a la comunicación; 4. Producir permanentemente información sobre los avances y dificultades en la aplicabilidad de los derechos de la comunicación. Ambos contienen una suerte de implementación demagógica de un mecanismo de control del ejercicio de la comunicación social.

Primeramente, hay que hacerse una puntualización: cuando se habla de un "sistema de comunicación" desde una perspectiva eminentemente técnica, se está hablando, según lo universalmente aceptado, de una convención de signos (significados y significantes) adoptados dentro de un grupo particular con una determinada intencionalidad y cuyo sentido de fondo es el acuerdo social. De ahí que se entienden como tales, el sistema lingüístico, el sistema proxémico, el sistema kinésico, el sistema braille, entre otros. En este caso, y desde una perspectiva no técnica, se está estableciendo como "sistema de comunicación" al mecanismo de control del ejercicio periodístico.

Ahora, partiendo desde la perspectiva general de que un sistema es compuesto de elementos que se relacionan con al menos algún otro componente, ya sea desde lo material o de lo conceptual, por lo que tienen que tener una determinada composición, estructura y entorno, vale puntualizar que: el artículo 44 señala objetivos bastante generales que más bien son enunciados sin fondo ni forma y que en la práctica sólo resultarían aplicables (no viables, valga la aclaración) si existiese un organismo de absoluto control. Mientras que en el 43 se señala a los sectores ciudadanos, comunitarios y privados, como integrantes "voluntarios" del sistema y pese a que el peso de esta categoría le corresponde al reglamento, ya se da por sentado una prevalencia del poder público (gubernamental no estatal) en el mismo.

5.3.8. CAPITULO II: Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación.- Sección I: Atribuciones y Conformación

El artículo 45, establece la creación del **Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación** (organismo público con personalidad jurídica, autonomía funcional, administrativa, financiera y desconcentrada); cuyos fines (constan en el artículo 46) son diseñar e implementar las políticas públicas de comunicación; y cuyas atribuciones (señaladas en el artículo 47) son: 1. Proteger y promover el ejercicio de los derechos a la comunicación, 2. Promover la incorporación de los valores y prácticas interculturales en la programación de los medios, 3. Fomentar e incentivar la creación de espacios para la difusión de la producción nacional, 4. Promover la conformación y articulación del Sistema de Comunicación Social, y actuar en dicho sistema como ente coordinador, 5. Participar en la elaboración de la Agenda Sectorial de Comunicación, en el marco del Plan Nacional de Desarrollo, 6. Promover la democratización y fortalecimiento de medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, 7. Elaborar el proyecto de reglamento general de esta ley y ponerlo a consideración del Presidente de la República, 8. Elaborar el informe vinculante, en los casos previstos en esta Ley, para la adjudicación de concesiones de frecuencias del espectro radioeléctrico para el funcionamiento de estaciones de radio y televisión abierta, 9. Elaborar y mantener actualizado el Registro Nacional de Medios de Comunicación, 10. Establecer mecanismos de registro y monitoreo técnico de la programación de los medios, 11. Implementar mecanismos sobre el tiraje y venta efectiva de los medios, la sintonía y niveles de audiencia, 12. Conocer y resolver en el ámbito administrativo los reclamos presentados por violación a los derechos o a las obligaciones establecidas en esta ley, 13. Iniciar de oficio y resolver los procedimientos administrativos por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en esta ley, 14. Remitir a la Fiscalía la información que llegue a su conocimiento en relación a la violación de derechos que evidencien la comisión de delitos de acción pública, 15. Examinar y pronunciarse sobre los resultados de las veedurías ciudadanas sobre medios públicos, comunitarios y privados,

16. Aprobar la proforma presupuestaria del Consejo elaborada y presentada por la Secretaría Técnica, 17. Nombrar y remover al Presidente del Consejo y a su Secretario Técnico, 18. Elaborar y expedir los reglamentos necesarios para el cumplimiento de sus atribuciones y su funcionamiento, 19. Las demás que determine la Constitución y la ley.

El artículo 48, señala que los **integrantes del Consejo** serán designados: uno por el Presidente de la República; uno por las Asociaciones y Consorcios de Gobiernos Autónomos Descentralizados; uno por los Consejos Nacionales de Igualdad; uno por las facultades y escuelas de comunicación social de las universidades públicas; uno elegido entre los candidatos presentados por las organizaciones de comunicación y derechos humanos con personería jurídica. Y para aspirar a ser parte de éste (según el artículo 49) los requisitos son los siguientes: ser ecuatoriano o extranjero legalmente residente en el Ecuador; no tener relación de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad con el Presidente de la República, los ministros y secretarios de Estado; no tener relación de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad con quienes sean o hayan sido accionistas en un porcentaje superior al 6% del capital social, o con propietarios, directivos y administradores de medios de comunicación social, durante los dos años anteriores a la fecha de convocatoria del concurso; no ejercer funciones de administración o gerencia de los medios de comunicación o trabajar bajo relación de dependencia en medios de comunicación social, ni haberlo hecho durante los dos años anteriores a la fecha de convocatoria del concurso; estar en goce de los derechos políticos y de participación (sin que en ningún caso puedan ejercer otra función pública, excepto la docencia universitaria).

En el Artículo 50 se establece que será el Consejo Nacional Electoral quien conformará los colegios electorales para la elección del delegado principal y suplente de las Facultades y Escuelas de Comunicación y de las organizaciones de derechos humanos y comunicación. El artículo 51 señala

que los miembros del Consejo durarán en sus funciones cuatro años y que cesarán en sus funciones en los siguientes casos (artículo 52): a) por renuncia voluntaria formalmente presentada; b) por incapacidad absoluta y permanente; c) por suspensión de los derechos políticos; d) por destitución (según el artículo 53, el Consejo podrá destituir a una de sus consejeros por la comisión de una falta grave sólo con el voto favorable de al menos tres de sus integrantes y esta resolución podrá impugnarse ante la justicia ordinaria.

El artículo 54, señala que causales para esto son: recibir dádivas; realizar proselitismo político; encontrarse comprendido en una de las causales de incompatibilidad; inasistencia injustificada a más de tres sesiones consecutivas del Consejo; las demás para los funcionarios públicos en general); y, e) por muerte.

Además de la gran cantidad de puntos declarativos y repetitivos a lo largo de este cuerpo legal que son parte de los objetivos del denominado Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación, hay un punto clave: la elaboración del Reglamento por parte del poder Ejecutivo, lo cual deja sin piso posibilidad alguna de concertación o de acuerdos probables, en el marco de los diversos sectores interesados en el tema.

Este trabajo ha tenido como objetivo específico, presentar una propuesta técnica para la construcción de una Ley Orgánica de Comunicación democrática, participativa, objetiva, socialmente requerida, de trascendencia para los sectores implicados, por lo que cabe puntualizar que si bien por tradición práctica-teórica le corresponde tradicionalmente al Poder Ejecutivo dictar Reglamentos (potestad reglamentaria), también es cierto que en la mayor parte de ordenamientos jurídicos actuales, en el marco de la descentralización del Estado y del reconocimiento de la participación ciudadana y de la necesidad de volver más eficiente al aparato público, se reconocen potestad reglamentaria a otros órganos del Estado.

Por lo que no se puede dejar de obviar la intencionalidad más política que .apegada a derecho de lo puntualizado en el numeral 7 del artículo, puesto que de la elaboración del Reglamento General no sólo dependerá en funcionamiento del Consejo (y el alcance de sus reglamentaciones específicas), sino, consecuentemente, todo lo que tienen que ver con el ejercicio de derechos y las capacidades sancionadoras contra los medios. Por la incidencia social de este tema, sería importante que se tome en cuenta a los diversos sectores interesados, más allá del marco de la socialización para la composición de la ley, para la elaboración del Reglamento.

Fuera del Consejo se deja a la Universidad privada en general, a representantes de los periodistas/comunicadores en ejercicio, y sectores sociales (delegados del sector indígena, de organizaciones y colectivos, de menores, de mujeres y demás grupos a los que esta Ley pretende regular). En el primer caso señalado, más bien ser parte activa de un medio ya sea como editor, director de opinión, periodista o dueño de medio se convierte en un impedimento, pese a que sus participaciones deberían ser consideradas en el Consejo. Los representantes de los medios también deberían tener presencia en el Consejo, aunque no con voto sino con finalidad consultiva.

5.3.9. SECCIÓN II: Estructura y funcionamiento

El artículo 55, establece la **Estructura administrativa** del Consejo de la siguiente forma: 1. *Pleno*; 2. *Presidencia*; 3. *Secretaría Técnica*; 4. *Dependencias desconcentradas*; mientras que el artículo 56 señala que este organismo se **financiará** con fondos del Presupuesto General del Estado.

El artículo 57 señala que el Presidente(a) será el representante legal, judicial y extrajudicial del Conejo, será elegido de entre sus miembros, tendrá voto dirimente y durará dos años en sus funciones, con las siguientes atribuciones: 1. Presidir las sesiones del Consejo; 2. Cumplir y hacer cumplir todas las resoluciones que expida el Consejo; 3. Suscribir las comunicaciones que se

expidan en el Consejo; 4. Rendir al Consejo, anualmente, un informe de las actividades realizadas; 5. Nombrar y remover funcionarios; 6. Expedir acuerdos; 7. Las demás que señale la Constitución y la ley.

El artículo 58 establece que la **Secretaría Técnica** será el organismo técnico, administrativo y operativo de gestión y ejecución del Consejo y estará dirigido por el secretario técnico (de libre nombramiento y remoción), elegido mediante concurso de méritos por el Pleno, de una terna presentada por su presidenta o presidente. El artículo 59 apunta que sus funciones serán: 1. Dirigir las actividades técnicas, operativas, administrativas y financieras del Consejo; 2. Asesorar al Consejo; 3. Presentar la proforma presupuestaria al Pleno; 4. Certificar los actos, levantar las actas correspondientes y llevar el archivo del Consejo; 5. Preparar los proyectos de estatutos, reglamentos y manuales de procedimiento, y ponerlos a la consideración del Pleno; 6. Las demás que señale la ley.

El artículo 60 establece que las **Dependencias Desconcentradas** serán oficinas a implementarse en cualquier parte del territorio nacional, cuyas funciones se establecerán en los reglamentos.

El artículo 61señala que los **procedimientos administrativos** para que los ciudadanos presenten reclamos y solicitudes sobre el ejercicio de sus derechos a la comunicación, serán establecidos en el Reglamento, lo mismo que las sanciones y demás medidas administrativas para cada caso específico, así como el envío de comunicaciones y amonestaciones escritas.

Las resoluciones del Consejo son vinculantes salvo que los administrados inicien en la jurisdicción contenciosa administrativa las acciones legales que consideren pertinentes contra el acto administrativo emanado del Consejo y en este caso, sólo podrá ejecutarse una vez que el fallo judicial haya confirmado la legitimidad del acto administrativo, según señala el artículo 62. Las acciones para iniciar el procedimiento administrativo caducarán en ciento ochenta días a

partir de la fecha de comisión de la presunta infracción y la potestad para sancionar las infracciones prescribirá en tres años a partir de inicio del procedimiento (Artículo 63).

Ahora, cabe destacar que la creación de un Consejo de Comunicación no es una idea original de este proyecto de ley, aunque hasta el momento, se trata de una propuesta bastante incipiente. En este marco, vale analizar el funcionamiento de la Comisión Federal de Comunicaciones de Estados Unidos (Federal Communications Commission, FCC) que es una agencia estatal independiente del Estado, pero que está bajo responsabilidad directa del Congreso y tiene jurisdicción en los 50 estados, el distrito de Columbia y los territorios de Estados Unidos.

La FCC fue creada en 1934 (Ver Anexo 16.25.), junto con la primera Ley de Comunicaciones de EEUU (de carácter federal) y es la encargada de la regulación (incluyendo censura) de telecomunicaciones interestatales e internacionales por radio, televisión, redes inalámbricas, teléfonos, satélite y cable. Además, asume funciones que en el Ecuador le corresponden a la Superintendencia de Telecomunicaciones como son el otorgamiento de licencias y asignación de frecuencias (bueno, que en este proyecto de Ley también implican al Consejo) el cobro de tarifas, verificación de que los servicios por cable sean razonables, las transmisiones comunes (de redes e inalámbricas), además elabora normativas de Compatibilidad electromagnética que son aplicables a nivel internacional (en productos electrónicos como garantía de calidad).

En cuanto a su organización, cuenta con cinco comisarios designados por el Presidente de la FCC (designado directamente por el presidente de loe EEUU) y confirmados por el Senado para cinco años. El Presidente de EEUU, además, podrá designar a uno de los comisarios y cómo mucho tres miembros (incluido el titular) pueden ser miembros del mismo partido político y ninguno de ellos puede tener interés financiero alguno en cualquier negocio relacionado.

También hay un gerente y un director designados por el presidente y toda actividad del FCC como tal, incluidas las de las oficinas, del personal y del propio presidente, son fiscalizadas por los comisarios.

El personal de la FCC está organizado por funciones: siete Oficinas y 10 Despachos.

Oficinas de la FCC (Ver Anexo 16.26.)

1. De Asuntos Gubernamentales y del Consumidor, desarrolla políticas para el consumidor, incluyendo el acceso a los discapacitados. Se encarga de la difusión comunitaria y la educación, y trabaja directamente con los gobiernos estatales, locales y tribales en áreas críticas como preparación y difusión de programas de emergencias e implementación de nuevas tecnologías. Aquí, además, existe una Oficina de Asuntos y Políticas para los Indígenas, la cual es encargada de crear políticas de inclusión, diversidad, pluralidad y demás requeridas para el respeto de los nativos americanos (existe un Consejo Tribal participativo en temas de comunicación que tiene el carácter de consultivo y vinculante en temas de inclusión); y una Oficina para Discapacidades (con fines inclusivos y de ejercicio de derechos).
2. Para el Cumplimiento de las Normas, es el órgano ejecutor de la Ley de Comunicaciones y las normas de la FCC. Además protege a los consumidores, fomenta el uso eficiente del espectro, favorece la seguridad pública y promueve la competencia.
3. Internacional, administra los programas y las políticas internacionales de telecomunicaciones y satélites de la FCC incluyendo licencias y funciones de reglamentación y promover una infraestructura de comunicaciones de alta calidad.
4. De Medios de Comunicación, recomienda, desarrolla y administra las políticas y programas de concesión de licencias y las transmisiones en EEUU y sus territorios.

5. Para la Seguridad Pública y la Seguridad Nacional, apoya iniciativas que fortalecen la seguridad pública y las capacidades para responder ante emergencias en caso de un desastre natural, una pandemia o un ataque terrorista.
6. De Telecomunicaciones Inalámbricas reglamenta todos los programas y políticas domésticas de las telecomunicaciones inalámbricas, incluyendo las licencias (celulares, radiomensajería, servicios de comunicación personal, seguridad pública y otros) e implementa la licitación competitiva de las subastas del espectro radioeléctrico.
7. Para la Competencia en Telefonía Fija, desarrolla y recomienda metas para las políticas, objetivos, programas y planes al respecto.

Despachos (de carácter técnico de ejecución) de la FCC

1. De Jueces del Tribunal Administrativo, está compuesto de jueces que presiden las audiencias y emiten decisiones.
2. De Oportunidades Empresariales en Telecomunicaciones promueve la competencia e innovación en la provisión y propiedad de los servicios de telecomunicaciones e informaciones con principal apoyo a compañías de pequeños empresarios, mujeres y minorías.
3. De Ingeniería y Tecnología, asesora a la FCC sobre asuntos técnicos y de ingeniería, desarrolla y administra las decisiones de la FCC relacionadas con las asignaciones del espectro radioeléctrico y otorga autorizaciones de equipo, licencias experimentales y facultad especial temporal para operar.
4. Del Procurador General, que es el consultor legal principal de la FCC.
5. Del Inspector General, conduce y supervisa las auditorias e investigaciones relacionadas con los programas y operaciones de la FCC.
6. De Asuntos Legislativos, es el enlace entre la FCC y el Congreso así como de otras agencias federales.
7. Del Director Ejecutivo, es responsable de la administración y gerencia de la FCC.
8. De Relaciones Públicas, informa a los medios de comunicación sobre las decisiones de la FCC y sirve como principal punto de contacto de la FCC con los medios, sus dueños, representantes y trabajadores.
9. De Planeación Estratégica y Análisis de Políticas, trabaja con el Presidente, los Comisionados, las Oficinas y Despachos para desarrollar un plan estratégico e identificar los objetivos de las políticas para la agencia; provee investigación, asesoría y análisis de asuntos avanzados, novedosos y no tradicionales en las comunicaciones.
10. De Diversidad en el Lugar de Trabajo asegura que la FCC proporcione oportunidades de empleo en los medios de comunicación, para todas las

personas a pesar de su raza, color, sexo, origen nacional, religión, edad, discapacidad o preferencia sexual.

5.3.10. TÍTULO IV: Regulación de contenidos

En el artículo 64 se obliga a que los contenidos transmitidos por los medios de comunicación nacionales se clasifiquen en: 1*. Informativos -I;* 2. *De opinión -O;* 3. *Formativos/educativos/culturales -F;* 4*. Entretenimiento -E;* 5*. Deportivos -D; y,* 6*. Publicitarios –P*, señalándose si son o no aptos para todo público, bajo el riesgo de ser sancionados con *multa de 1 a 5 salarios básicos por cada ocasión en que se omita* el cumplimiento de la obligación.

El artículo 69 ordena la clasificación de audiencias y franjas horarias: 1. Familiar: de 06h00 a 18h00 (solo programación de clasificación “A”, Apta para todo público); 2. Responsabilidad compartida, para personas de 12 a 18 años, con supervisión de personas adultas, en el horario de las 18h00 a las 22h00 (programación “A” y “B”: Apta para todo público, con vigilancia de una persona adulta); y, 3. Adultos, para mayores a 18 años, en horario de 22h00 a 06h00 (programación “A”, “B” y “C”: Apta solo para personas adultas). Será el Consejo establecerá los parámetros para la clasificación de audiencias.

El artículo 66 prohíbe la difusión a través de todo medio, de contenidos discriminatorios (que menoscaben o anulen el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos), entendiéndose como tales, todo mensaje que denote distinción, exclusión o restricción basada en razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad o diferencia física y otras que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos, o que incite a la realización de actos discriminatorios o hagan apología de la discriminación, (según establece el artículo 65).

Exactamente lo mismo consta en el artículo 67. Mientras que el artículo 68, apunta que la difusión de este tipo de contenidos ameritarán las siguientes medidas administrativas: 1. Disculpa pública del director del medio, por escrito al afectado con copia al Consejo y que se publicará en su página web y por un plazo no menor a siete días consecutivos: 2. Lectura o transcripción de la disculpa pública en el mismo espacio y medio de comunicación en que se difundió el contenido discriminatorio; 3. En caso de reincidencia, una multa equivalente del a 1 al 10% de la facturación promediada de los últimos tres meses presentada en sus declaraciones al Servicio de Rentas Internas; 4. En caso de nuevas reincidencias, la multa será el doble de lo cobrado en cada ocasión anterior (en los puntos 3 y 4, la aplicación de multa no impide otras sanciones legales, tal es que sí el Consejo considera que hay un delito de discriminación, remitirá a la Fiscalía el respectivo expediente).

El Artículo 71 prohíbe la difusión de todo mensaje que constituya incitación directa o estímulo expreso al uso ilegítimo de la violencia a la comisión de cualquier acto ilegal, la trata de personas, la explotación, el abuso sexual, apología de la guerra y del odio nacional, racial o religioso, y además, prohíbe la venta y distribución de pornografía a menores de 18 años so pena de ser sancionados con una multa de 1 a 5 salarios básicos por cada incumplimiento y de responder judicialmente. Para esto, (artículo 70), se entenderá que un **contenido violento** es aquel que denota el uso intencional de la fuerza física o psicológica, de obra o de palabra, contra uno mismo, contra cualquier otra persona, grupo o comunidad, así como en contra de los seres vivos y la naturaleza.

El artículo 72 ordena que todos los mensajes de **contenido sexualmente explícito**, que no tengan finalidad educativa, deben transmitirse necesariamente en horario para adultos, el incumpliendo de esta disposición será sancionado con multa de 1 a 5 salarios básicos por cada ocasión en que se omita cumplir con esta obligación.

Mientras que el artículo 73, permite la **suspensión de publicidad y programas** con publicidad engañosa, contenidos discriminatorios, incitación a la violencia y comisión de delitos (trata de personas, explotación, abuso sexual, apología de la guerra, odio nacional, racial o religioso), a criterio del Consejo, con resolución fundamentada y sin perjuicio de sanciones administrativas.

Como previamente se señalaba, la FFC establece un régimen de control de contenidos en programas televisivos y audiovisuales en general. Así, entre las cosas que regula están: el volumen excesivo de anuncios comerciales, la transmisión de información falsa, ls transmisiones obscenas, indecentes, y profanas, las transmisión de concursos, loterías y solicitación de fondos, todo lo referente a la actividad de la FCC y la Libertad de Expresión, quejas sobre el periodismo de radio y televisión, quejas sobre la publicidad transmitida por radio y televisión, las normas Payola de la FCC (obliga a que si un medio transmite un producto pagado por alguien, quien quiera que ese sea, debe comunicarlo al público, para que este tome decisiones particulares sobre el contenido de lo transmitido), dar trámite a la queja de todo ciudadano, organización social, sector minoritario y, en general, quien quiera que sea que se sienta ofendido por la transmisión de un determinado contenido, en verificación del completo cumplimiento y defensa de la Libertad de Expresión.

Las normas Payola (universalmente aceptadas en temas de difusión de contenidos), constantes en la FFC (que aplican a todo tipo de programas que se transmiten por radio y televisión e incluso cablevisión), establecen que:

• Cuando el titular de la licencia de una estación de radio o televisión ha recibido o se le ha prometido un pago por transmitir un programa, en el momento que lo transmite, la estación debe comunicar ese hecho e identificar quién pagó por el material o quién prometió pagarlo. Todo material que sea patrocinado debe identificarse como tal en forma explícita en el momento de la transmisión excepto cuando es evidente que la mención de un producto o servicio constituye en sí la identificación del patrocinador.

• Cualquier empleado de una estación de radio o televisión que ha aceptado o acordado aceptar un pago por transmitir el material de un programa, y la persona que hace el pago o la promesa de pago deben divulgar esta información a la estación antes de la transmisión del programa.
• Cualquier persona involucrada en el suministro, producción o preparación de un programa, que recibe o acepta recibir o hace un pago o promete pagar por la transmisión de un programa, o que sabe de estos arreglos, debe dar a conocer esta información antes de la transmisión del mismo. Los titulares de las licencias de las estaciones de radio y televisión deben hacer esfuerzos razonables por obtener de sus empleados y de otras personas con las que tratan para el material del programa, la información necesaria para que se hagan los anuncios que identifican al patrocinador.
• La información debe proporcionarse en la cadena de distribución y producción antes de la transmisión, de tal forma que la estación puede poner al aire la información.

Respecto de un contenido señalado como falso, la FCC prohíbe que los titulares de licencias transmitan información falsa relacionada con un delito o una catástrofe si:

- El titular sabe que la información es falsa;
- El titular sabe de antemano que la transmisión de la información causará un importante “daño público” con las siguientes características: debe empezar de inmediato y causar un daño directo y real a la propiedad o a la salud o seguridad pública en general; y, desviar el cumplimiento de la ley o a las autoridades de seguridad y salud pública de sus funciones.

Respecto del tratamiento de quejas y la defensa de la Libertad de expresión, la FFC (en su página oficial) señala lo siguiente: La Comisión Federal de Comunicaciones recibe numerosas quejas argumentando que los medios, sus empleados o sus invitados, han transmitido declaraciones extremas, incorrectas o de cierta manera política, económica o socialmente incorrectas

(injuriosas); además, con frecuencia, los consumidores se quejan de que ciertas declaraciones que han sido transmitidas puedan poner en peligro a los Estados Unidos y a su gente, o puedan amenazar su forma de gobierno, su sistema económico, o instituciones establecidas como la familia o el matrimonio, emitiendo contenidos que son un ataque a la patria y un abuso de la libertad de expresión; también recibe quejas que argumentan que algunas declaraciones transmitidas critican, ridiculizan, “estereotipan” o degradan a los individuos o a los grupos debido a su religión, raza, nacionalidad, sexo u otras características del grupo o del individuo, o que se transmiten programas obscenos, indecentes, profanos o de naturaleza ofensiva.

Al respecto, según señala la FCC, la Ley de Comunicación de EEUU, le prohíbe siqueira, tratar de evitar la transmisión de algún punto de vista, pues en la generalidad de los casos, se prohíbe censurar cualquier material transmitido y elaborar reglas que puedan interferir con la libertad de expresión. Las expresiones de los puntos de vista que no involucran ‘un peligro inminente claro y concreto’ están protegidas por la Constitución, que garantiza la libertad de expresión y la libertad de prensa. La FCC no puede suprimir dichas expresiones.

Según la opinión de la FCC “se responde mejor al interés del público si se permite la libre expresión de diferentes puntos de vista”, así esto implique la transmisión de las opiniones más diversas y opuestas, aunque algunas de ellas sean muy ofensivas, aunque la Comisión tiene la responsabilidad de vigilar en casos extremos. Por ejemplo, señala la propia FCC, los tribunales han dicho que el material indecente está protegido por la Primera Enmienda de la Constitución, y que no se puede prohibir completamente. Sin embargo, su transmisión puede restringirse cuando existe un riesgo razonable de que pueda haber niños en la audiencia.

Como organismo consultivo en temas de contenidos noticiosos, en los que supuestamente se halla violentado en derecho a la honra, la FCC conformará

una mesa en la que participarán catedráticos, representantes de los medios y periodistas de reconocimiento, para determinar si un determinado contenido ha lesionado moralmente a una persona. Esto implicará una sanción administrativa, no penal, excepto si se ha cometido realmente un delito.

5.3.11. TÍTULO V: Medios de comunicación social

El artículo 74, **clasifica** a los medios de comunicación en: 1. Públicos, 2. Privados, y, 3. Comunitarios, sobre los cuales se imponen **responsabilidades comunes** tales como: 1. Respetar los derechos humanos y promover su plena aplicabilidad; 2. Desarrollar el sentido crítico de los ciudadanos y promover su participación en los asuntos de interés general; 3. Acatar y promover la obediencia a la Constitución y las leyes; 4. Promover espacios de encuentro y diálogo; 5. Contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad; 6. Servir de canal para denunciar el abuso o uso ilegítimo que los funcionarios estatales o particulares; 7. Promover el diálogo intercultural; 8. Promover la integración política, económica y cultural de los ciudadanos.
En el artículo 76 se garantiza **el acceso a los medios de comunicación de los candidatos a cargos de elección popular**, durante la campaña electoral, en programas de debate, entrevistas y programas de opinión con la finalidad de dar a conocer a la ciudadanía los perfiles políticos, programas y propuestas para alcanzar los cargos de elección popular, a cargo del Consejo Nacional Electoral.

El artículo 77 obliga a que todo medio de comunicación de alcance nacional, tenga un **Defensor de las audiencias**, financiado por el medio además de establecer mecanismos de interactividad con sus audiencias para la publicación de errores y correcciones. Y en el marco de esta función social, el artículo 78, obligaciones a todo medio de señal abierta a transmitir gratuitamente: 1. Cadenas nacionales o mensajes de interés general que dispongan el Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea Nacional, y los titulares de las demás funciones del Estado hasta por cinco

minutos semanales no acumulables; 2. Transmitir en cadena nacional o local, en casos de estado de excepción; 3. Destinar hasta tres horas por semana, no acumulables en horarios acordados y planificados mensualmente, para programas oficiales o educativos y de relevancia para la ciudadanía, que fortalezcan los valores democráticos y la promoción de los derechos humanos. Complementariamente, el artículo 79, obliga a todo medio a suspender su programación para enlazarse gratuitamente en cadena nacional o local.

En el artículo 81 se permite la **suspensión de la libertad de información y permitirse la censura previa de los medios de comunicación**, por parte del Presidente de la República, cuando se haya declarado estado de excepción en todo o una parte del territorio nacional, sí se cumplen las siguientes condiciones: 1. Que el estado de excepción se haya declarado previamente; 2. Que se verifique la aplicación de los principios, condiciones y alcances de la declaratoria; 3. Que se verifique el cumplimiento constitucional para declarar el estado de excepción; 4. Que se fundamente por escrito la suspensión del derecho a la libertad de información y la censura previa, los alcances de estas medidas y el plazo que van a durar.

Es correcto señalar responsabilidades comunes para los medios de comunicación, al igual que la iniciativa de contar con un defensor de audiencias, sin embargo, el que estén financiados por el propio medio deja en tela de duda su independencia (como en la práctica en su momento, se vio en Ecuavisa, una de las cadenas televisivas más importantes del Ecuador). Ahora, respecto al derecho de todo ciudadano de informarse y de recibir información de cualquier tipo respecto de los candidatos de elección popular, en época de comicios, está violentada por las reformas efectuadas por el Ejectuvo, en recientes días, al Código de la Democracia (legislación electoral) como ya se señaló en el punto previo de este mismo capítulo. El tema de la suspensión de la libertad de información, está contemplado en los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos ya tratados en capítulos previos, sin embargo aquí se deja abierta esa posibilidad (pese a estar contemplado en la

Carta Magna), en claro atentado a la libertad de expresión, a consideración del presidente de la República, en caso de estado de excepción:

> "Art. 164 (Constitución de la república).- La Presidenta o Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. La declaración del estado de excepción no interrumpirá las actividades de las funciones del Estado.
>
> El estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad.
>
> Art. 165.- Durante el estado de excepción la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la Constitución (…) y podrá (…): 4. Disponer censura previa en la información de los medios de comunicación social con estricta relación a los motivos del estado de excepción y a la seguridad del Estado".

5.3.12. SECCIÓN I: Medios de Comunicación Públicos; SECCIÓN II: Medios de comunicación privados; SECCIÓN III: Medios de comunicación comunitarios

El artículo 82 define a los **medios públicos** como personas jurídicas de derecho público, creadas a través de ley, decreto, ordenanza o resolución, con autonomía editorial e independencia del poder político. No están sujetas a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, estarán financiados por recursos del presupuesto general del Estado (artículo 84) y de la venta de publicidad a instituciones del sector público, de la comercialización de sus productos, donaciones, patrocinios y cooperación nacional e internacional. Sus objetivos serán (artículo83): 1. Producir y difundir contenidos de derechos humanos; 2.

Ofrecer servicios de información de relevancia pública; 3. Facilitar el debate democrático y la libre expresión de opiniones; 4. Fomentar la igualdad de género y la interculturalidad; 5. Impulsar el intercambio de información y el conocimiento mutuo entre los pueblos de América Latina y el mundo; 6. Promover la producción y difusión de contenidos audiovisuales nacionales; 7. Buscar y ejecutar mecanismos de cooperación y enlace con medios públicos a nivel nacional e internacional; 8. Implementar espacios para la promoción de las actividades productivas del país; 9. Ofrecer contenidos de entretenimiento y recreación. Los medios públicos de alcance nacional contarán (artículo 85) con un consejo ejecutivo (un titular, un director general de comunicación, un editor general un director administrativo y financiero: artículo 86) (Ver Anexo 16.27), un consejo editorial (director general, editor general, jefe de noticias; y, dos representantes de los periodistas que laboran en el medio: artículo 88) (Ver Anexo 16.28.) y un consejo ciudadano (nombrados bajo la Ley de Participación y Control Social y sin remuneración: artículo 90).

El artículo 91 define a los **medios privados** como personas jurídicas de derecho privado con o sin finalidad de lucro, cuyo objeto es la prestación de servicios de comunicación con responsabilidad social, que por ser tales, no pueden ser sometidos a limitaciones, controles especiales o cualquier otra forma de discriminación que les impida operar en igualdad de condiciones que los demás medios de comunicación.

Mientras que el artículo 92 señala que los **medios comunitarios** son aquellos cuya propiedad, administración y dirección corresponden a comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades, colectivos u organizaciones sociales, y sin fines de lucro. Cuentan con las mismas garantías que los privados (artículo 93) y su creación y fortalecimiento (a través de créditos, tecnología, y demás) le corresponden al Estado (a través del Consejo), que los considerará como mecanismo para promover la pluralidad, diversidad, interculturalidad y plurinacionalidad. Los **fondos para su funcionamiento** (artículo 94) provendrán de la venta de servicios y productos comunicacionales, publicidad,

donaciones, fondos de cooperación nacional e internacional, patrocinios y cualquier otra forma lícita, garantizando la reinversión en el mejoramiento del propio medio, y posteriormente en los proyectos sociales de las comunidades y organizaciones a las que pertenecen.

Cabe destacar que el la práctica, los medios comunitarios terminan confundiéndose con los medios estatales, en el punto en que su subsitencia económica, más temprano que tarde, termina dependiendo de la contribución financiera gubernamental. Tal confusión, en el marco de un país que no tiene mayor experiencia en el manejo y administración de medios comunitarios, termina marcando una línea editorial de acuerdo a los gobiernos de turno como, inevitablemente (salvo muy honrosos casos, como la BBC o la Deutsche Welle) sucede con los medios públicos. Se trata de un desequilibrio, por porcentajes, respecto de la iniciativa privada y una gran inversión de dineros públicos para fortalecer un aparataje publicitario político.

5.3.13. SECCIÓN IV: Transparencia de los medios de comunicación social

El artículo 95 prevé la creación de un **Registro público** o catastro de medios, destinado a permitir a los y las ciudadanas el acceso a información de interés general sobre los mismos (contendrá datos generales, políticas editoriales e informativas, estructura orgánica, composición de su capital social o propiedad y el código deontológico o manual de estilo). En concordancia con esto, el artículo 96 obliga a los medios a notificar al Consejo, todo cambio en la información registrada (los impresos incluirán datos sobre el **tiraje**: artículo 97 y si se comprueba falsedad o inexactitud, el Consejo obligará a rectificar los datos en primera plana de sus ediciones en papel, por el plazo de siete días consecutivos). El artículo 98, obliga además, a la conservación de **archivo de soportes** a conservarse hasta por ciento ochenta días a partir de la fecha de su emisión.

Se trata de una medida administrativa que permitirá conocer, en el marco de la transparencia, lo relacionado al manejo de los medios, privados, sobre todo.

5.3.14. SECCIÓN V: Publicidad

El artículo 99 define a **la publicidad** como la interrelación comercial entre los anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación social y demás actores de la gestión publicitaria y señala que se regulará a través del reglamento de esta ley en *equidad, respeto y responsabilidad social*, *así como evitar formas de control monopólico u oligopólico del mercado publicitario*. También se señala que *la creatividad publicitaria será reconocida y protegida con los derechos de autor y las demás normas previstas en la Ley de Propiedad Intelectual*. La duración de la publicidad en los medios de señal abierta se determinará en el reglamento a la ley, según parámetros técnicos (artículo 100). La publicidad y la propaganda respetarán los derechos garantizados por la Constitución y los tratados internacionales (artículo 101). Se prohíbe la publicidad y propaganda de pornografía infantil, de cigarrillos y sustancias estupefacientes y psicotrópicas. La publicidad de bebidas alcohólicas sólo podrá difundirse en la franja horaria para adultos.

El artículo 102 señala que la **inversión pública en publicidad y propaganda**, se guiarán en función de criterios de igualdad de oportunidades con atención al objeto de la comunicación, el público objetivo, a la jurisdicción territorial de la entidad y a los niveles de audiencia y sintonía. Se garantizará que los medios de menor cobertura o tiraje, así como los domiciliados en sectores rurales, participen de la publicidad y propaganda estatal. Las entidades del sector público elaborarán anualmente un informe de distribución del gasto en publicidad contratado en cada medio y la información será pública (a través de Internet). En caso de incumplimiento, el titular de cada institución pública será sancionado por el Consejo con una multa equivalente al 35% del total de su remuneración mensual, con un plazo de 30 días para rectificar en su omisión.

5.3.15. SECCIÓN VII: Producción nacional

El artículo 103 regula el **espacio para la producción audiovisual nacional**, obligando a que todo medio de señal de origen nacional, *de manera progresiva*, programe al menos el *40%* de sus transmisiones diarias en el horario apto para todo público programas de producción nacional (al menos un 10% de producción nacional independiente (Ver Anexo 16.29), calculado en función de la programación total diaria del medio, no incluidos espacios de televenta).

El artículo 104 señala que la publicidad que se difunda en territorio ecuatoriano deberá ser producida por personas naturales o jurídicas ecuatorianas cuya titularidad de la mayoría del paquete accionario corresponda a personas ecuatorianas o extranjeros radicados legalmente en el Ecuador, y cuya nómina para su realización y producción la constituyan al menos un 80% (este porcentaje de nómina se incluirán las contrataciones de servicios profesionales. Se prohíbe la importación de piezas publicitarias producidas fuera del país por empresas extranjeras) de personas de nacionalidad ecuatoriana o extranjeros legalmente radicados en el país. Un solo productor no podrá concentrar más del 25% de la cuota horaria o de la cuota de adquisiciones de un mismo canal de televisión (artículo 105) y una obra audiovisual se considerará nacional cuando al menos un 80% de personas de nacionalidad ecuatoriana o extranjeros legalmente residentes en el país hayan participado en su elaboración (artículo 106).

Los medios de televisión abierta y los sistemas de audio y video por suscripción, adquirirán anualmente los derechos (para la adquisición de derechos, los medios destinarán un valor no menor al 2% de los de los montos facturados y percibidos y que hubiesen declarado en el ejercicio fiscal del año anterior. Esto se incrementará hasta el 5% según el volumen poblacional al que llegue su señal. En el caso de medios de comunicación públicos este porcentaje se calculará en relación a su presupuesto) y exhibirán al menos dos largometrajes de producción nacional independiente (artículo 108), mas cuando

el volumen de la producción nacional independiente no alcance a cubrir la cuota prevista, las producciones iberoamericanas la suplirán. Mientras que en el caso de **contenidos musicales** (artículo 109), las estaciones de radiodifusión programarán al menos el 50% de los contenidos, en todos sus horarios, de producción nacional, excepto en emisoras de carácter temático o especializado.

5.3.16. SECCIÓN VIII: Espectáculos públicos

El artículo 110 faculta al Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia a emitir el reglamento para el acceso a los espectáculos públicos.

De otro lado, el artículo 111 señala que las transmisiones de espectáculos públicos sobre las cuales un medio de comunicación audiovisual tenga derechos exclusivos, podrán difundirse por los demás medios de comunicación luego de tres horas de finalizada la transmisión, hasta una duración máxima del 25% del total del programa.

5.3.17. TÍTULO VI: Gestión del espectro radioeléctrico

El espectro radioeléctrico, es un bien de dominio público del Estado, inalienable, imprescriptible e inembargable, señala el artículo 112, que también reitera que la administración para el uso y aprovechamiento técnico de este recurso público estratégico la ejercerá el Estado central a través de la autoridad de telecomunicaciones, destacando que en ningún caso, la administración del espectro radioeléctrico implica realizar actividades de control sobre los contenidos de los medios de comunicación.

El artículo 113 regula lo referente a la **Distribución equitativa de frecuencias del espectro radioeléctrico:** *33% para medios públicos, 33% para medios privados, y 34% para medios comunitarios*.

El reconocimiento por inversión y experiencia acumuladas sumarán un puntaje adicional equivalente al 20% respecto del concurso para renovar la concesión de frecuencia (artículo 114). Todas las concesiones de frecuencias que hayan sido o sean obtenidas ilegalmente volverán a la administración de la autoridad de telecomunicaciones (artículo 115), aunque la decisión podrá impugnarse so pena de que se ratifique el acto administrativo de reversión de la frecuencia y que el Estado, a través de la Procuraduría General del Estado, reclame la reparación integral de los daños causados al Estado (Ver Anexo 16.30.).

El artículo 117 establece que la **adjudicación de concesiones** de frecuencias del espectro radioeléctrico de señal abierta, es potestad exclusiva de la autoridad de telecomunicaciones, bajo las modalidades: 1. Adjudicación directa (sector público y con informe del Consejo: artículo 118); y, 2. Concurso público, abierto (medios privados y comunitarios, para lo cual deberán presentar: proyecto comunicativo; plan de gestión y sostenibilidad; estudio técnico: artículo 119. Ver Anexo 16.31.).

Se prohíbe la participación en los concursos públicos a quiénes: a) tengan relación de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquiera de los miembros del Consejo; b) estén asociados o tengan acciones o participaciones superiores al 6% del capital social en una empresa en la que también son socios cualquiera de los miembros del Consejo; c) se encuentren en mora o estén impedidos de contratar con instituciones, organismos y entidades del sector público; d) tengan acciones o participaciones de una empresa que se encuentre en mora o esté impedida de contratar con instituciones, organismos y entidades del sector público; e) personalmente o como accionistas de una empresa hayan sido concesionarios de una frecuencia revertida al Estado; f) las demás que establezca la ley.

Según el artículo 121, se **termina la concesión de una frecuencia**: 1. por vencimiento del plazo; 2. a petición del concesionario; 3. por extinción de la persona jurídica; 4. por pérdida de la capacidad civil del concesionario o

disolución de la sociedad concesionaria; 5. por incumplimiento comprobado de las disposiciones que impiden la concentración de frecuencias y medios de comunicación; 6. por hallarse incurso de manera comprobada en alguna inhabilidad o prohibición para concursar en los procesos de adjudicación de frecuencias; 8. las demás causas establecidas en la ley.
Está prohibido que las personas naturales o jurídicas concentren o acumulen las concesiones de frecuencias o señales para el funcionamiento de estaciones matrices de radio y televisión (artículo 122)

A quienes se les ha adjudicado una estación matriz pueden participar en los concursos públicos para obtener frecuencias repetidoras de su estación matriz en otras provincias (artículo 123). La autoridad de telecomunicaciones reservará del tercio de frecuencias asignadas a los medios públicos, el número necesario de frecuencias repetidoras (artículo 124).

El artículo 125 establece que la concesión para el aprovechamiento de las será efectuiva por un plazo de quince años y será renovable para el mismo concesionario por una vez mediante concesión directa, debiendo para las posteriores renovaciones ganar el concurso. El artículo 126 contempla que las concesiones no se pueden vender, revender, trasladar, transferir o alquilar, so pena de que el Estado las revierta, además de pagar una multa equivalente al 50% de todo lo que hubiese obtenido o pactado obtener por la supuesta venta.

En las concesiones de frecuencias para el funcionamiento de estaciones comunitarias, el cambio de directorios no afecta el derecho de concesión, ni puede interpretarse como una transferencia de la concesión de unas a otras personas (artículo 127).

El artículo 128 permite que *para asegurar la comunicación intercultural y la integración nacional*, los medios de comunicación, sin necesidad de autorización, creen redes eventuales o permanentes para compartir programación hasta por dos horas diarias.

CAPÍTULO VI

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. CONCLUSIONES

6.1.1. Es imperante que en el Ecuador se construya una Ley de Comunicación que no sólo sea eficiente sino que debe ser edificada dese la interdisciplinariedad para que su efectividad perdure en el tiempo. La coyuntura es una pésima amiga de las construcciones sociales que se piensan de trascendencia social, por tanto, es de suma importancia que para crear este cuerpo legal, se tome en cuenta el aporte de todos los sectores sociales involucrados.

6.1.2. La Ley Orgánica de Comunicación que se está debatiendo actualmente en la Asamblea Nacional, es una Ley de Medios, cuyo único objetivo es regular la emisión de contenidos y sancionar la responsabilidad ulterior de las personas que ejercen la actividad informativa-comunicacional, a los directivos de los medios y a los medios de comunicación en sí, con el fin de mantener un extremo control sobre cualquier actividad, relacionada a la libertad de expresión, que pueda salirse de control.

6.1.3. El Ecuador, como nunca antes en su historia, cuenta con un gobierno mediático, que sabe el valor de la transmisión de información, de la generación de debate, de la emisión de opiniones, de la pluralidad en el análisis y del poder de la publicidad.

6.1.4. No hay una experiencia clara en América Latina respecto de la creación de Leyes de Comunicación. Aunque existe jurisprudencia (a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y doctrina (sobre todo en países como Argentina y Colombia), muy poco se ha avanzado en el tema, pues los regímenes de turno que han intentado crear una

regulación en la materia, lo han hecho más bien con la intencionalidad de controlar la emisión de contenidos que con el fin de defender la libertad de expresión.

6.1.5. La Libertad de Expresión es el principal de los derechos reconocidos, no porque sea superior a ninguno, sino porque a través suyo, pueden ser exigibles todos los otros derechos reconocidos por una sociedad democrática, por un Estado de Derecho y, más aún, por un Estado de Derechos.

6.1.6. La Libertad de Expresión constituye el principal mecanismo que tienen los pueblos, en ejercicio del poder democrático, de fiscalizar y controlar el ejercicio del poder de sus mandatarios. Cualquier intención de intimidar esa facultad de control, es una violación de la esencia misma de una sociedad libre, en la que a nivel constitucional como de suscripción de tratados y acuerdos internacionales, protege la libertad de pensamiento, creencia, opinión y del derecho de las sociedades a estar informadas, es decir, de conocer cualquier actividad que los gobernantes realicen y a decir a través de cualquier medio, en cualquier tono y bajo cualquier criterio, que está o no de acuerdo con las decisiones que los servidores públicos, de cualquier jerarquía, adopten sin que se pueda utilizar ningún mecanismo de coerción para impedir ese tipo de manifestaciones.

6.1.7. La Libertad de Expresión es el principal derecho atacado dentro de los regímenes autoritarios y de ahí que siempre tiendan a utilizarse mecanismos de censura y control tanto directos como indirectos. Los indirectos suelen disfrazarse de estados de emergencia, de leyes poco técnicas, de reglamentos intencionalmente elaborados, de sanciones pecuniarias exorbitantes, de penas de prisión, de suspensión del funcionamiento de un determinado medio, del inicio de procesos legales

contra periodistas, de manipulación de instancias de justicia, entre muchos otros.

6.1.8. A través de la historia se ha demostrado que los procesos legales que tienen como fondo silenciar a los periodistas/comunicadores a través de cuantiosas sumas por supuestos daños morales, tienden a convertirse en una especie de “fiebre del oro”, que se vuelven incontenibles y que terminan convirtiéndose en una forma de censura directa para quienes ejercen la actividad informacional.

6.1.9. Se necesitan parámetros técnicos que permitan determinar, dentro de la propia Ley de Comunicación, y no a través de la vía penal, la existencia de temeridad en la emisión de un contenido. Las amenazas de procesos penales por injurias o desacato, no son las ideales para ser utilizadas en estos casos. La generalidad de veces, los periodistas/comunicadores, son los principales denunciantes de hechos ilícitos dentro de la administración pública, de problemas sociales que acaecen directamente en la sociedades, de conflictos dentro de las diferentes nacionalidades o colectividades que confluyen dentro de un Estado, por tanto, debe presumirse la buena fe de sus acciones y no asumirse que la emisión de una información inexacta o errónea (de forma esporádica) sea motivo suficiente para encarcelar; mucho menos si se trata de la emisión de opiniones. Hay que tener en cuenta que los comunicadores manejan un sinfín de fuentes y de informaciones todos los días, muchas de ellas provenientes directamente de quiénes son protagonistas de la noticia y aunque es función suya contrastar la información obtenida y emitirla de manera vera, oportuna y verificada, no le compete efectuar investigaciones que son facultad de la justicia.

6.1.10. La Ley de Comunicación debe servir para que las sanciones a los comunicadores no se vayan a instancia civil ni mucho menos penal, sino para que se resuelvan dentro de lo administrativo. Cabe resaltar que en

las últimas horas, el presidente de la Asamblea Nacional, Fernando Cordero, ha señalado que esta es una posibilidad que están analizando introducir en el proyecto, debido a los últimos acontecimientos de coyuntura: casos El Universo y Gran Hermano. Sin embargo, existe una oposición crítica que no considera real este giro de 180 grados, pues sería con ello, más factible que el Ejecutivo vete totalmente el proyecto y ordene que la Corte Constitucional cree una Ley provisional, hasta que se haga otra dentro de legislatura, tras el archivo de un año de la misma.

6.1.11. La defensa de la Libertad de Expresión como mecanismo per se, de la exigencia de derechos y como forma de reacción y critica ciudadana, debe estar garantizada. No puede permitirse que so pena de la implementación de demandas por injurias y daño moral, esta se vea amenazada porque esto se convertiría en un modo directo de censura, cuya experiencia ya la han vivido muchos Estados desde la implementación de la Sedition Act, pasando por el caso Sullivan vs. New York Times, hasta la actualidad. El tratamiento de una información errada, inexacta, difundida a través de los medios de comunicación debe tener un tratamiento diferente. Sólo en caso de comprobarse la intención maliciosa, debería poderse recurrir a otras instancias. Todas las personas tienen derecho a que rectifique a su favor y a que se les permita en derecho a la réplica sobre una información.

6.1.12. La defensa del derecho a la honra no puede estar por sobre la Libertad de Expresión. Las compensaciones por el primer caso, suelen pasar por la comprobación de la existencia de un daño moral que termina siendo subjetivo, si no se establecen parámetros para su determinación. Sin descartar la importancia de la protección de la honra y el buen nombre de las personas, un interés particular no puede estar sobre un interés colectivo, ya que muchas de las veces, una demanda de este tipo tiene por intención acallar una denuncia.

6.1.13. A pesar de ser el más importante, en su ejercicio, de los derechos que se ejercen en una sociedad organizada, el derecho a la Libertad de Expresión no es absoluto. Tiene que estar reglamentado en tanto y en cuanto el ejercicio a través de los mass-media pueda llegar a ser dañino, para la propia sociedad para la que trabaja, por ello, debe restringirse el acceso a la información (más no de opinión) en casos extremos como lo reconocen los propios tratados internacionales, como por ejemplo en caso de guerra, o de secretos de Estado que de vulnerarse, afectaran la integridad de las personas.

6.1.14. A pesar de ser el más importante, en su ejercicio, de los derechos que se ejercen en una sociedad organizada, el derecho a la Libertad de Expresión no es absoluto. Por ello, debe existir una responsabilidad ulterior de quienes tienen a su cargo la difusión de la información hacia la sociedad. La conciencia de hacer un mal o de violentar derechos humanos a justificación de ejercer este derecho no puede ser permitido, pero la determinación de la existencia de este exceso debe ser determinada por parámetros claros y debe demostrarse. Los intentos legales de cegar a la Libertad de Expresión han sido muchos a través de la historia política de las sociedades.

6.1.15. El ejercicio de la comunicación social no puede seguir siendo tratado en sociedad como un oficio, por la directa incidencia que su ejercicio tiene en la formación de la opinión pública y por las consecuencias que esto acarrea en un sistema democrático. Este ejercicio profesional está reconocido por Amnistía Internacional, las Naciones Unidas, a OEA, Human Right Watch, y otros, como la más peligrosa del mundo.

6.1.16. El Estado debe garantizar el ejercicio de la Libertad de Expresión y buscar mecanismos que garanticen la actividad del periodista/comunicador/informador/investigador, pues del ejercicio de su

profesión depende el prestigio de un Estado de derechos. Los gobiernos autoritarios tienden a acallar las voces que les son opuestas y a cometer crímenes contra estos profesionales para evitar que criterios diferentes a los del poder, sean escuchadas, para evitar la denuncia, el desenmascaramiento, la oposición ciudadana, los juicios de la comunidad internacional, repercusiones económicas, etc.

6.1.17. La Libertad de Expresión permite el ejercicio de formar ciudadanos críticos y fiscalizadores, no elementos obedientes en sociedades represivas.

6.1.18. Aunque no sea manera profesional, todo ciudadano tiene derecho a expresar sus opiniones, criterios, inconformidades y denuncias contra la autoridad pública y respecto de cualquier otro tema sin que por esto sea censurado, enjuiciado, reprimido, agredido, apresado y demás.

6.1.19. El Estado no puede utilizar ningún mecanismo coercitivo, judicial, militar, policial, político, administrativo y demás, para coartar la libertad de expresión y el derecho de todos a la información, el libre pensamiento, la libre opinión.

6.1.20. No puede discriminarse socialmente a un grupo humano por razón de su profesión. Por tanto, no se puede permitir insultos, agresiones verbales, ni físicas, ni morales de parte de ningún funcionario público, autoridad, mandatario, en contra de un periodista, únicamente, por tener una posición ideológica-política contraria al poder coyuntural.

6.1.21. En atención al principio de igualdad, un periodista/comunicador también debería tener el derecho de contrademandar, o por lo menos, de accionar administrativamente a aquel que lo intimide, violente, agreda, amenace, infame, impida sus actividades, etcétera.

6.1.22. El mantener un lineamiento editorial y una posición ideológica contraria al poder no es un acto inmoral. El papel de los medios es poner a conocimiento público, la posición de un determinado grupo de interés. De ahí que la teoría contemporánea asume de plano, la existencia de medios comunitarios y medios públicos, cuyo papel social es totalmente diferente a los primeros. Los esquemas de publicidad y manejo de ingresos de los medios privados, hacen que estos manejen otra lógica en la que los contendidos formativos, educativos, políticos, culturales y demás, sean opcionales, mientras que los públicos y comunitarios deben serlo por obligación. La responsabilidad social de los medios privados en un punto que aún se discute doctrinariamente; sin embargo, esto no aplica para el ámbito informativo-noticioso.

6.1.23. El organismo encargado de regular y de poner en ejecución lo referente a la Ley de Comunicación, es el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación, cuyos objetivos y funciones pasan de lo declarativo a lo ambiguo. Su intencionalidad es similar a la del Consejo Federal de Comunicaciones, pero mucho menos organizado, con menos peso técnico, con mucha menos participación ciudadana (organizaciones sociales, minorías, sectores vulnerables, etcétera). Sus actividades dependerá del Reglamento dictado por el ejecutivo, y estará conformado por 5 miembros de los cuales, en la práctica, el nombramiento de al menos 4 depende del ejecutivo y entre sus funciones está el control de contenidos y la emisión de sanciones administrativas y la facultad de sugerir a la fiscalía el inicio de procesos penales; lo que significa una desproporción inaceptable.

6.2. RECOMENDACIONES

6.2.1. Para que una norma se introduzca en el ámbito de la libertad de expresión, entendida como uno de los principales derechos fundamentales, debe tener en cuenta

1) Distinción de personas públicas y asuntos de interés público y personas y asuntos de interés privado.

2) Aplicación de sanciones administrativas en casos de personas públicas o asuntos de interés público.

3) Aplicación de la doctrina de la "REAL MALICIA", como estándar para la determinación de la existencia de una afectación contra el honor de las personas.

6.2.2. La Real Malicia, como fundamento en el ordenamiento legal a ser utilizado en la protección del honor de los funcionarios públicos o personas públicas, busca imponer sanciones sólo sanciones civiles/administrativas en aquellos casos en que exista información falsa y producida intención expresa de causar un daño, o con pleno conocimiento de que dicha información era falsa, o con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas. Esta doctrina, ampliamente explicada a lo largo de este trabajo, debe ser incorporada en la ley a fin de que el organismo administrativo ejecutor de la misma (Consejo de Comunicación) tenga criterios técnicos, sólidos y fidedignos para poder impartir justicia y no caer en censuras ni ataques a la prensa libre.

6.2.3. También deberá aplicarse el principio de la inversión de la carga de la prueba, a fin de que, quién se sienta afectado por una información falsa o inexacta, debe demostrar la malicia del autor de la afirmación: “la carga de la prueba recae sobre quienes se sienten afectados por una información falsa o inexacta demostrando que el autor de la noticia procedió con malicia. Por ello, es importante que se reconozca en la ley

que siempre, las personas públicas, debido a que sus actividades son de ese carácter y a que deben estar sujetas al escrutinio público, van a estar sometidas en mayor nivel a ojo de los medios de información masivos, por lo que, en referencia a denuncias sobre su actividad efectuadas en mass-medias, deberán demostrar la intención dolosa del comunicador en la emisión de la información.

6.2.4. La Libertad de Expresión y su defensa, toma un rumbo muy distinto cuando se trata de democracias en las que la separación de poderes es frágil. En democracias delegativas como la ecuatoriana, en la que los poderes judicial y legislativo son débiles y no ofrecen contrapesos efectivos frente a ejecutivos todopoderosos, donde el poder se centra en un líder carismático, escogido en elecciones aparentemente libres y tras el cual hay un aparataje estratégico y mediático que mueven la euforia y el entusiasmo popular, y que gobierna sin los contrapesos tradicionales de las democracias representativas, volviendo su administración autoritaria desde el concepto de lo absoluto, dentro de la teoría política, es fundamental la defensa de la prensa independiente como único contrapeso para este desequilibrio absoluto de poder. Por ello, lo referente a limitaciones, extralimitaciones, errores y demás, referente al ejercicio informacional no deben judicializarse, sino tratarse únicamente en instancia administrativa.

6.2.5. El Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación, debe contar con la participación directa de periodistas y comunicadores sociales y de representantes de la Universidad privada. También debe tener un órgano consultor técnico de cabecera, más allá de los otros organismos que prevé para su funcionamiento, para debatir respecto de la posibilidad de emitir criterios y sanciones respecto de un contenido.

6.2.6. Es imperante que en la ley se exija la profesionalización de la actividad comunicacional-periodística, en todos sus ámbitos, incluso el editorial y

hasta la actividad de ancore de noticieros. No puede retrocederse con respecto a leyes previas respecto de este ejercicio profesional. Con la aplicación de este punto, la mayor parte de inconvenientes en el ejercicio de la información, la opinión, el análisis, la entrevista y los demás géneros periodísticos, alcanzarían un alto estándar y sería cabal poner mayores exigencias deontológicas, caso contrario, ni la ley, ni las restricciones, ni las declaraciones de principios, ni ningún otro esfuerzo tendrá sentido alguno. Cabe aclarar que la titulación no debe ser exigida a presentadores de programas de variedades, de farándula, revistas familiares, de modas, de concursos, de televentas y demás de ese tipo.

6.2.7. La creación y emisión de programas de contenido educativo, didáctico, infantil, entre otros, deberán contar, obligatoriamente, con la participación de comunicadores especializados y de profesionales adjuntos en las materias sobre las que se está creando el producto: por ejemplo, pedagogos, psicólogos, biólogos, etcétera.

6.2.8. Introducir en la normativa, articulados específicamente dedicados a la protección de la integridad del periodista/comunicador, como por ejemplo: seguros especiales, capacidad de pedir protección policial, facilidad de acceder a información de instancias públicas y de exigir que estas le sean entregadas en plazos prudenciales sin que ninguna autoridad pueda negarse, capacidad de exigir la ejecución de los derechos que la misma ley le reconoce en base a los códigos deontológicos internacionales y tratados internacionales, protección especial para hacer pública una determinada información ligada con personajes de reconocido poder (públicos y privados) sin que deban temer pos su vida, creación de una veeduría adjunta al Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación y con capacidad de pedir la apertura de expedientes e investigaciones en relación a agresiones, amenazas, atentados, impedimentos, restricciones, efectuadas contra periodistas/comunicadores, entre otros.

6.2.9. Impedir que sea de libre potestad de una autoridad pública el insulto, agresión e injurias contra un periodista/comunicador por estar en desacuerdo ideológico y, mucho menos, de ridiculizarlo en medios públicos y/o comunitarios por la emisión de una opinión, de un criterio o por un enfoque de análisis.

6.2.10. Que se prohíba el uso de fondos públicos para campañas publicitarias y planes comunicacionales locales y/o nacionales de funcionarios y mandatarios, respecto de: la emisión de mensajes personales sobre situaciones privadas; ataques a grupos políticos de oposición fuera de espacios destinados a la opinión y el debate; uso de cadenas nacionales con fines políticos no informativos y no emergentes, por ejemplo, en caso de estado de excepción, no educacionales-culturales, no inclusivos, no comunitarios, ni para con fines confrontativos entre sectores raciales, ideológicos, políticos, profesionales, etcétera. Lo mismo debe regir para los medios públicos y comunitarios en general.

6.2.11. Debe constar la imposibilidad de prohibir la libre circulación de ideas.

6.2.12. No debe quedar ninguna puerta abierta a la posibilidad de restringir información, opiniones, ideas, imágenes, y demás, a través de la Internet.

6.2.13. Que se incluya la definición del DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN en términos similares a los siguientes: Libertad de Expresión es precisamente el derecho de todo individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad, de las actividades y decisiones de las autoridades

estatales, del cuestionamiento de la actividad privada y demás, que muchas veces pueden ser críticos y hasta ofensivos, para quienes ocupan cargos públicos o están vinculados a la formulación de la política pública, o para quienes ejecutan actividades particulares, porque su calidad de “sujetos públicos” como tales, los pone en la palestra del ejercicio del poder de la palabra, por lo que tales actividades no deben tener restricción alguna, excepto sanciones administrativas en el marco de la responsabilidad ulterior siempre y cuando se cumpla con los parámetros de la real malicia.

6.2.14. La aplicación del principio de la ponderación permite salir del debate respecto de la primacía del interés público vs. el interés privado (en el marco del debate respecto del derecho a la libertad de expresión vs. el derecho a la honra). Y aunque hay criterios judiciales muy interesantes al respecto, por el momento, y hasta sentar las bases para la creación de una teoría sólida que permita buscar otra vía para salir de esta dicotomía, esta es la más viable.

6.2.15. Las experiencias obtenidas de procesos seguidos a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte Europea, también y el sistema del Common Law, pese a que a ellos se hizo referencia en el capítulo IV) y de casos particulares dentro de las legislaciones nacionales de varios países, deben servir de referentes para pulir una serie de contradicciones molestas y hasta insulsas que existen en el texto de la ley de Comunicación que en los próximos días se va a votar en la Asamblea Nacional. No son viables cambios de última hora para alcanzar votos en el Pleno, pues lo responsable es pulir el cuerpo legal hasta que en su contenido se logre abarcar en buena parte, las reales necesidades de lo que debe ser legislado y no esconder entre líneas (o entre artículos) herramientas para el control de los contenidos informativos.

BIBLIOGRAFIA

Libros:

1. ALEXY, Robert. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Madrid, España. Editado por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid; Colección Derecho y Justicia.
2. ALVAREZ GARDIOL, Ariel. (2009). *Manual de Introducción al Derecho.* Rosario, Argentina. Editorial Juris, Segunda Edición.
3. ARIAS CASTAÑO, Abel. (2009). *La Criminalización de la Libertad de Expresión*. Madrid, España. Publicaciones de Historia Constitucional.
4. ARJONA, Sebastiá. (2006). *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes.* Madrid, España. Ediciones Iustel.
5. BADENI, Gregorio. (2005). *Doctrina De La Real Malicia*. Editado por la Academia Nacional de Periodismo de Buenos Aires.
6. BARRANCO, María del Carmen. (2001). *El concepto republicano de libertad y el concepto constitucional de derechos fundamentales*. Madrid, España. Anuario de Filosofía del Derecho.
7. BERTONI, Eduardo Andrés. (2011). *Libertad de información: ¿Tres palabras inofensivas? Leyes de acceso a la información y rol de la prensa.* Washington, EEUU. Editado por el Banco Mundial.
8. BIAGI, Shirley y COLE, Jeffery. (2005). *El impacto de los medios.* EEUU-México. Editado por Cencage Learning, séptima edición en español.
9. BOBBIO, Norberto. (1992). *Igualdad y Libertad*. Barcelona, España. Ediciones Paidós.
10. BOBBIO, Norberto. (1993). *Teoría General del Derecho*. Madrid, España. Editorial Debate
11. BOBBIO, Norberto. (1998). *Algunos argumentos contra el Derecho Natural*. En SOLOZÁBAL, Juan José. *Principialismo y orden constitucional.* Madrid, España. Editado por la Universidad Autónoma de Madrid.

12. BORDA, Guillermo. (2008). *Una ley estéril.* En CASTRILLI, Javier; *La Doctrina de la 'real malicia' y sus fronteras*. p. 26. Buenos Aires, Argentina. Editorial Atlántida.
13. BOTERO BERNAL, Andrés. (2005). *La Jerarquía entre Principios Generales del Derecho: la historicidad y la culturalidad del Principio de Justicia*. Medellín, Colombia. Editado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín; Revista de Derecho, Universidad del Norte.
14. CASTRILLI, Javier. (2008). *La doctrina de la 'real malicia' y sus Fronteras*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Atlántida.
15. DONNA, Edgardo. (2007). *Derecho Penal Parte especial*. Santa Fe, Argentina. Ediciones Rubinzal Culzoni, Tomo 1.
16. ELY, J.H. (1998). *Democracy and Distrust*. En SOLOZÁBAL, Juan José. *Principialismo y orden constitucional.* p. 36. Madrid-Barcelona. Editado por la Universidad Autónoma de Madrid.
17. FOCAULT, Michel. (2004). *Vigilar y Castigar*: *el origen de la prisión*. Buenos Aires. Siglo XXI Editores.
18. GASSET, R. B. (1959). *Metodología del Derecho*. Barcelona, España. BOSCH Casa Editorial.
19. GROSSMAN, Claudio. (2007). *La libertad de expresión en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*. San José de Costa Rica. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Volumen.
20. HALL. K. (1992). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. NewYork, EEUU. Editado por The Oxford University Press. En ARIAS CASTAÑO. La Criminalización de la Libertad de Expresión. pág. 301. Madrid, España. Publicaciones de Historia Constitucional.
21. KOFFLER, J y GERSHMAN, B. (1984). *The New Seditious Libel*. Cornel.Law Review, Nº 69. En ARIAS CASTAÑO. La Criminalización de la Libertad de Expresión. pág. 816. Madrid, España. Publicaciones de Historia Constitucional.

22. LOEWENSTEIN, Kar. (1970). *Teoría de la Constitución*. Barcelona, España. Ediciones Ariel.
23. LOMBANA, Jaime. (2009). *Injuria, Calumnia y Medios de Comunicación*. Bogotá, Colombia. Editado por la Universidad del Rosario, Biblioteca Jurídica DIKE, Tercera Edición.
24. MADISON, James. (1906). *Writings of James Madison*. New York-EEUU. Ediciones Putnam (traducción personal), Vol. VI.
25. MARÍAS Julián. (1979). *Historia de la Filosofía*. Madrid, España. Revista de Occidente, 31ª.Ed.
26. MEABE, Joaquín E. (1994). *El derecho y la Justicia del Más Fuerte*. Corrientes, Argentina. Instituto de Teoría General del Derecho.
27. MEABE, Joaquín E. (1997). *La norma y la práctica, una introducción Crítica al conocimiento jurídico*. Asunción, Paraguay. Ediciones Bijupa.
28. NINO, Carlos. (1991). *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona, España. Editorial Ariel.
29. NOBOA BEJARANBO, Ricardo y FLORES AGUIRRE, Xavier. (2004). *Derechos Humanos: Entre la Libertad de Expresión y el Derecho a la Honra*. Quito, Ecuador. Revista Jurídica.
30. O'DONNELL, Guillermo. (1994). *Delegative Democracy*. Estados Unidos. Publicado en el Journal of Democracy National Endowment for Democracy and The Johns Hopkins University Press, Volumen 5; No.
31. PASCAL, Blaise. (1996). *Pensamientos: Nº 655*. Madrid, España. Editorial Alianza.
32. PIZARRO, Ramón. (1999). *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Hammurabi, Segunda Edición.
33. PONZETTI DE BALBÍN, Indalia (2008). *Análisis de los fallos de la Corte Suprema Argentina (1892-1984),* Editorial Atlántida. En CASTRILLI, Javier. *La doctrina de la 'real malicia' y sus fronteras*. p. 10. Buenos Aires. Editorial Atlántida.

34. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. (1999). *Delitos Contra el Honor*. Lima, Perú. Editorial Jurídico Portocarrero.
35. SALDAÑA DÍAZ, María Nieves. (2002). *A Legacy Of Suppression.* España. Universidad de Huelva-Facultad de Derecho. Publicaciones de Derecho Constitucional, Volumen II.
36. SOLOZÁBAL, Juan José. (1998). *Principialismo y orden constitucional*. Madrid-Barcelona. Editado por la Universidad Autónoma de Madrid.
37. VERNENGO, Roberto J. (1977). *Teoría General del Derecho*. México. Publicado por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana de Azcapotzalco, Volumen 23.

Artículos:

1. ARROYO JIMÉNEZ, Luis. (2009). *Ponderación, proporcionalidad y Derecho Administrativo*. España. Universidad de Castilla-La Mancha; Revista para el análisis del Derecho-INDRET, versión digital.
2. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. (1993). *Ensayo: Efectos civiles del ejercicio ilegítimo de la libertad de prensa*. Buenos Aires. Universidad de Buenos Aires, versión digital.
3. CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. (2010). *Aproximación a los Conceptos de Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales*"; Cartagena. Colección Saber, Ciencia y Libertad. Universidad Libre de Colombia; Volumen 5. 28-33
4. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2010). *Agresiones Contra la Libertad de Expresión en México*. Washington D.C. Informe presentado por ARTICLE 19 Oficina para México y Centroamérica Centro Nacional de Comunicación Social (Cencos), versión digital.
5. COMISIÓN INTERAMERICANA. (2010). *Informe sobre compatibilidad Entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Capítulo IV, 26-34.
6. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (1985). *Opinión Consultiva OCS/85*, versión digital.
7. Fiscalía General del Estado del Ecuador. (2011). *Proyecto de Código de Conducta de los Abogados en Libre ejercicio.*
8. LOPEZ MEDINA, Diego. (2010). *Hermenéutica legal y hermenéutica Constitucional: antecedentes históricos y perspectivas contemporáneas*. Colección Saber, Ciencia y Libertad. Cartagena. Universidad Libre de Colombia, Volumen 5, p. 43
9. PACCININI, Liliana. (2010). *La reserva de las fuentes periodísticas; Revista Judicial de la provincia de Río Negro*. Argentina. Procuradora General de la Provincia de Río Negro. Seriado: el poder judicial en los medios de comunicación, versión digital.

10. PÉREZ SAUCEDA, José Benito y ZARAGOZA HUERTA, José. (2009).*La interdisciplinariedad y multidisciplinariedad como modelos a seguir en la enseñanza del Derecho*. España. Colección Letras Jurídicas; Nº 8, Versión digital.
11. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. (2009). *La ponderación de Bienes e Intereses en el Derecho administrativo*. España. Universidad de Castilla-La Mancha. Revista para el análisis del Derecho-INDRET, versión digital
12. VON ARNAULD, Andreas. (2009). *Die normtheoretische Begründung des Verhältnissmässigkeitsgrundsatzes*. En ARROYO JIMÉNEZ, Luis. *Ponderación, proporcionalidad y Derecho Administrativo*. Universidad de Castilla-La Mancha. Revista para el análisis del Derecho-INDRET, versión digital.
13. ZAVALA EGAS, Jorge. (2010). *Ensayo: Análisis de los derechos de Comunicación*. Editado por Revista La Hora Jurídica, versión digital.

Tratados Internacionales y leyes vigentes:

1. Carta Democrática Interamericana
2. Código Civil Ecuatoriano
3. Código de Conducta del periodista – UNESCO
4. Código de la Democracia
5. Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano
6. Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano
7. Código Penal Ecuatoriano
8. Constitución de la República del Ecuador-2008
9. Constitución de Suecia
10. Convención-Pacto de San José
11. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión
12. Declaración Universal De Los Derechos Humanos
13. Ley de Comunicación de Estados Unidos 1934 y 1976
14. Ley de Control de poder de Mercado
15. Ley de Ejercicio Periodístico del Ecuador
16. Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos
17. Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales De La Naciones Unidas
18. Protocolo adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales "Protocolo De San Salvador".
19. Texto final de la Ley orgánica de Comunicación

Cuerpos Normativos,

1. Acuerdo ético-político sobre la Ley Orgánica de Comunicación – Ecuador.
2. Código de Ética profesional del periodista-Ecuador
3. Informe de primer debate de la Ley Orgánica de Comunicación presentada por la asambleísta Betty Carrillo.
4. Ley de Comunicación de Argentina.
5. Propuesta alternativa al texto de Ley Orgánica de Comunicación presentada por el asambleísta César Montúfar.
6. Propuesta alternativa al texto de Ley Orgánica de Comunicación presentada por la asambleísta Lourdes Tibán.
7. Proyecto de ley especial para la penalización de delitos mediáticos de Venezuela.
8. Proyecto de Ley Orgánica de Comunicación presentada por el asambleísta Rolado Panchana – Ecuador (texto original debatido el primera instancia en el Pleno Legislativo.

Páginas web:

1. AGUILAR CUEVAS, Magdalena. (2012). *Las Tres Generaciones de Derechos Humanos*. Ediciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México; páginas 93 a 99; versión digital; http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr20.pdf
2. ALEXY, Robert. (2011). *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*. Revista DOXA. http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/
3. AMNISTÍA INTERNACIONAL (2011). *Libertad de Expresión: Situación en el mundo*. http://www.es.amnesty.org/temas/libertad-de-expresion/situacion-en-el-mundo/
4. BATISTA, Sebastiao. (2011). *Aproximación al concepto del Derecho desde la perspectiva triádica: Descripción de su estructura, su dinámica y su finalidad*. Clasificación de los principios jurídicos; Revista Digital Eumed; http://www.eumed.net/tesis/sb/3h.htm
5. CARRILLO, Marc. (2010). *Cláusula de Conciencia y Secreto Profesional de lo Comunicadores*. Cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra. Ediciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México; http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/7/21.pdf
6. CONCHA, Miguel. (2007). *Derechos humanos y libertad de expresión*. México. Diario La Jornada. http://www.jornada.unam.mx/2007/06/02/index.php?section=opinion&article=016a1pol
7. Diario Judicial. (2011). Argentina. Corte Suprema de Argentina. http://www.diariojudicial.com/contenidos/2010/05/20/noticia_0007.html
8. Doctrinas sobre la libertad de expresión y el derecho. (2009). ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES DE LA ARGENTINA. www.periodismosocial.org.ar/documentos/Doctrinas.doc
9. FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. (2006). *Opinión Pública y Libertades de Expresión en el Constitucionalismo Español*; Historia

Constitucional (revista electrónica); Nº 7, página 161. http://hc.rediris.es/07/index.html

10. FFC, página oficial. (2012). versión español. http://transition.fcc.gov/cgb/consumerfacts/spanish/aboutfcc.html
11. MAGALONI, Ana Laura. (2009). *El juez norteamericano ante la ley*, versión digital, p. 134. http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_07.pdf
12. Miramientos jurídicos sobre el secreto profesional. (2009). Argentina. http://http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/argentina/cijs/sec4002b.htm
13. Resumen de: *Post etiquetado 'Doctrina Campilla*y'. (2011). Todo Sobre la Corte-Argentina. http://todosobrelacorte.com/tag/doctrina-campillay/
14. RONCHETTI, Fernando. (2011). *La Doctrina como Fuente Real del Derecho.* Universidad Nacional del Centro. Buenos Aires, versión digital. http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/948/778
15. RUIZ BALCÁZAR, Mónica. (2007). *El precio del honor.* Diario Jurídico de la Universidad de Veracruz, versión digital. http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/18/ruiz18.pdf
16. SMITH, James Morton. (1956). *Freedom's Fetters: The Alien andSedition Laws and American Civil Liberties*. Ithaca, NY. Cornell University Press (traducción personal). http://www.loc.gov/rr/program/bib/ourdocs/Alien.html
17. UNIVERSIA. (2004). *En 1810 las Cortes de Cádiz conceden por primeravez la libertad de imprenta en España*. http://noticias.universia.es/en-portada/noticia/2011/11/10/886131/1810-cortes-cadiz-conceden-primera-vez-libertad-imprenta-espana.html

ANEXOS

ANEXO 1

Texto de la carta publicada el 29 de marzo de 1960, en el diario The New York Times. La publicación tuvo un tiraje de 650.000 ejemplares y fue firmada por 64 personalidades conocidos por su actividad política, religiosa, científica o artística, tales como Harry Belafonte, Algernon Black, William Branch, Marlon Brando, Richard Cox, Nat King Cole, Sammy Davis Jr., Philip Elliot, Anthony Franciosa, Lorraine Hansbury, Eartha Kitt, Edward Klein, John Lewis, Vince Lindfors, Don Murray, Clarence Pickett, Sidney Poitier, Bayard Rustin, Robert Ryan, Maureen Stapleton, Frank Sinatra, George Tabori, Shelley Winters y hasta la viuda del ex presidente Franklin Delano Roosevelt, Eleanor Roosevelt.
El texto decía lo siguiente[1]:

> "Como el mundo entero ya lo sabe, millares de estudiantes sureños negros están enfrascados en amplias demostraciones no violentas en apoyo activo del derecho de vivir con la dignidad humana que garantizan la Constitución de los EE.UU. y la Declaración de Derechos. Pero, en sus esfuerzos por defender esas garantías, se han topado con una ola de terror sin precedentes, desatada por quienes desean negar –y negarles– ese documento que, a los ojos de todo el mundo, ha establecido la norma de la libertad moderna.
>
> En Orangeburg, Carolina del Sur, cuando 400 estudiantes recabaron pacíficamente el derecho de comprar café y rosquillas en distintos mostradores del distrito comercial, se los expulsó por la fuerza, entre nubes de gases lacrimógenos, empapados –en temperaturas bajo cero– por el agua de las mangueras de los bomberos, se los arrestó y se los acorraló tras cercas de alambres de púas donde debieron permanecer de pie durante largas horas, en el intenso frío.

[1] Traducción de BADENI, Gregorio; *Doctrina De La Real Malicia;* Editado por la Academia Nacional de Periodismo de Buenos Aires; 2005; págs. 31-34

En Montgomery, Alabama, después que los estudiantes entonaron ‘My Country Tis of Thee’ en la escalinata del capitolio estatal, sus líderes fueron expulsados de sus escuelas, y camiones repletos de policías armados con escopetas y gases lacrimógenos rodearon el campus de la Universidad Estatal de Alabama. Cuando el estudiantado en pleno protestó a las autoridades estatales al negarse a volver a matricularse, éstas respondieron haciendo cerrar el comedor con candado para intentar rendirlos por hambre.

En Tallahassee, Atlanta, Nashville, Savannah, Greensboro, Memphis, Richmond, Charlotte y numerosas otras ciudades en el Sur, jovencitos norteamericanos han desafiado el poder de la maquinaria oficial y de la policía y han dado un paso al frente como protagonistas de la democracia.

No es de extrañarse, pues, que los que en el Sur violan la Constitución le teman a esta nueva modalidad no violenta de luchadores por la libertad del mismo modo que le temen a la creciente marea en favor del derecho al sufragio. No es de extrañarse que estén determinados a destruir al hombre que, más que ningún otro, simboliza el nuevo espíritu que se está adueñando del Sur, el reverendo Dr. Martin Luther King, Jr., el líder, mundialmente famoso, de la protesta contra los ómnibus de Montgomery.

Porque ha sido su doctrina de no violencia la que ha inspirado y guiado a los estudiantes en su ola arrolladora de sentadas; este mismo Dr. King es el fundador y presidente de la Conferencia Sureña de Liderazgo Cristiano, la cabeza de lanza del naciente movimiento que exige el derecho al voto. Dirigida por el Dr. King, la Conferencia de Liderazgo realiza seminarios y círculos de estudio sobre los principios filosóficos y las técnicas de la resistencia no violenta.

Una y otra vez, los que en el Sur violan la Constitución han respondido con intimidación y violencia a las protestas pacíficas del Dr. King. Han hecho detonar bombas en su casa que casi les causaron la muerte a su esposa y su hijo. Lo han agredido físicamente. Lo han detenido siete veces –por “exceso de velocidad”, por “vagancia” y por otros “delitos” parecidos–.

Y ahora lo han acusado de “perjurio”, un delito grave por el que podrían imponerle diez años de prisión. A todas luces, su propósito real es eliminar físicamente como líder a quien los estudiantes –y millones más– acuden en busca de guía y apoyo, intimidando así a todos los líderes que pudieran surgir en el Sur. Su estrategia consiste en decapitar a este movimiento de reafirmación cívica, desmoralizar a los negros norteamericanos, y debilitar su voluntad de lucha. La defensa de Martin Luther King, líder espiritual del movimiento de las sentadas estudiantiles, es claramente, pues, parte integral de la lucha que en el Sur se libra por la libertad.

Los norteamericanos decentes aplauden la osadía tan original de los estudiantes y el heroísmo callado del Dr. King. Pero éste es uno de esos momentos en la azarosa historia de la Libertad en que hombres y mujeres de buena voluntad deben hacer algo más que aplaudir la gloria que otros alcanzan. Los Estados Unidos cuyo buen nombre está en tela de juicio ante los ojos del mundo; los Estados Unidos cuyo legado de Libertad estos defensores sureños de la Constitución protegen son también nuestros Estados Unidos. Debemos escuchar, sí, sus voces que claman, pero debemos sumarles las nuestras.

Debemos trascender el respaldo moral y brindar la ayuda material que tan urgentemente precisan los que corren los riesgos, los que afrontan la cárcel y hasta la muerte en gloriosa reafirmación de nuestra Constitución y la Declaración de Derechos. Los instamos a que se solidaricen con

nuestros conciudadanos en el Sur y que apoyen con su dinero este Llamado Conjunto que busca satisfacer las tres necesidades –la defensa de Martin Luther King, el apoyo de los estudiantes acosados, y la lucha por el derecho de votar”.

ANEXO 2

Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos

(Enmiendas I a X inclusive, popularmente conocida como la Declaración de Derechos, fueron propuestas y se envía a los estados en la primera sesión del Primer Congreso. Fueron ratificados 15 de diciembre 1791.)

I Enmienda

El Congreso no hará ninguna ley respecto al establecimiento de religión, o prohibiendo el libre ejercicio de los mismos o que coarte la libertad de expresión o de prensa o el derecho de las personas que pacíficamente se reúnen para, y para pedir al gobierno la reparación de agravios .

Enmienda II

Una milicia bien regulada, siendo necesaria para la seguridad de un Estado libre, el derecho del pueblo a poseer y portar armas, no será infringido.

Enmienda III

Ningún soldado en tiempo de paz, ser acuartelado en casa alguna sin el consentimiento del propietario, ni en tiempo de guerra, sino en la forma que prescriba la ley.

Enmienda IV

El derecho del pueblo a la seguridad en sus personas, domicilios, papeles y efectos contra registros e incautaciones irrazonables, será inviolable, y no se garantiza tema, pero cuando exista causa probable, apoyada por juramento o afirmación, describiendo particularmente el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas a ocuparse.

Enmienda V

Ninguna persona será obligada a responder por un delito capital o infamante si no en una denuncia o acusación por un Gran Jurado, salvo en los casos que se

presenten en las fuerzas terrestres o navales, o en la milicia, cuando estén en servicio en el momento de guerra o de peligro público, ni ninguna persona estará sujeta por el mismo delito a ser el doble de poner en peligro la vida o la integridad física, ni se le obligará en ningún caso criminal a declarar contra sí mismo, ni se le privará de la vida, la libertad, o la propiedad sin el debido proceso de ley, ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin justa compensación.

Enmienda VI

En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho a un juicio rápido y público, por un jurado imparcial del Estado y distrito donde el delito se haya cometido, Distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley, y de ser informado de la naturaleza y causa de la acusación, a ser careado con los testigos de cargo, para que se obligue a comparecer a los testigos en su favor, y tener la asistencia de un abogado para su defensa.

Enmienda VII

En los juicios de derecho consuetudinario, siempre que el valor en controversia exceda de veinte dólares, el derecho a juicio por jurado será garantizado, y ningún hecho juzgado por un jurado, será objeto de nuevo examen en tribunal alguno de los Estados Unidos, de acuerdo a las reglas del derecho común.

Enmienda VIII

Fianza excesiva no será necesaria, ni se impondrán multas excesivas, ni castigos crueles e inusuales.

Enmienda IX

La enumeración en la Constitución, de ciertos derechos, no podrá entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo.

Enmienda X

Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos por ella a los Estados, están reservados a los Estados, respectivamente, o al pueblo.

*Enmienda XI

(La enmienda propuesta fue enviada a los estados 5 marzo de 1794, por el Tercer Congreso. Fue ratificado 07 de febrero 1795.)

El poder judicial de los Estados Unidos no se interpretará como extensiva a cualquier litigio de derecho o de equidad que se inicie o prosiga contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otro Estado o por ciudadanos o súbditos de cualquier Estado extranjero.

Enmienda XII

(La enmienda propuesta fue enviada a los estados del 12 de diciembre 1803, por el Octavo Congreso. Fue ratificado 27 de julio 1804.)

Los electores se reunirán en sus respectivos Estados y votarán mediante cedulas para Presidente y Vicepresidente, uno de los cuales, al menos, no deberá ser habitante del mismo Estado que ellos; designarán en sus papeletas a la persona que eligen para presidente , y en cedulas diferentes la persona que eligen para Vicepresidente, y se hacen listas separadas de todas las personas que reciban votos para Presidente, y de todas las personas que eligen para Vicepresidente, y del número de votos para cada uno, que las listas que se firmar y certificar, y remitirán sellada a la sede del gobierno de los Estados Unidos, dirigida al Presidente del Senado, el Presidente del Senado, en presencia del Senado y la Cámara de Representantes, abrirá todos los certificados y el votos, entonces se contará, la persona que tenga el mayor número de votos para Presidente será Presidente, siempre que dicho número represente la mayoría del número total de electores nombrados, y si ninguna persona tiene mayoría, entonces de las personas que tienen la mayor número no superior a tres en la lista de quienes han recibido sufragio para Presidente

de la Cámara de Representantes elegirá de inmediato, por votación, el Presidente.

Pero en la elección del Presidente, la votación se hará por Estados y que la representación de cada Estado un voto; el quórum necesario para tal fin estará integrado por un miembro o miembros de dos tercios de los Estados, y será una mayoría de todos los estados necesarias para una elección.

Y si la Cámara de Representantes no eligiere Presidente, cuando el derecho de elegir recaiga sobre ella, antes del día cuatro de marzo inmediato siguiente, entonces el Vicepresidente actuará como Presidente, como en el caso de la muerte o la invalidez constitucional de otros del Presidente.

La persona que obtenga el mayor número de votos para Vicepresidente, será el Vicepresidente, si dicho número constituye la mayoría del número total de electores nombrados, y si ninguna persona tiene mayoría, entonces de los dos números más altos en la lista, el Senado elegirá al Vicepresidente, el quórum necesario para la finalidad consistirá en dos terceras partes del número total de Senadores y la mayoría del número total serán necesarios para una elección.

Pero ninguna persona inelegible para el cargo de Presidente será elegible para el de Vicepresidente de los Estados Unidos.

Enmienda XIII
(La enmienda propuesta fue enviada a los Estados Unidos 01 de febrero 1865, por el Congreso de treinta y ocho. Fue ratificado 06 de diciembre 1865.)

Sección 1

Ni la esclavitud ni la servidumbre involuntaria, excepto como castigo por un delito del que el responsable haya quedado debidamente convicto, será vinculante dentro de los Estados Unidos o en cualquier lugar sujeto a su jurisdicción.

Sección 2

El Congreso tendrá facultades para hacer cumplir este artículo mediante leyes apropiadas.

Enmienda XIV

(La enmienda propuesta fue enviada a los Estados Unidos 16 de junio 1866, por el Congreso de treinta y nueve. Fue ratificado 09 de julio 1868.)

Sección 1

Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos, y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en que residen.

Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos, ni tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso de ley, ni negará a ninguna persona dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes.

Sección 2

Los representantes se distribuirán proporcionalmente entre los diversos Estados de acuerdo con su población respectiva, contando el número total de personas en cada Estado, excluyendo a los indios que no paguen contribuciones.

Pero cuando el derecho a votar en cualquier elección para la elección de los electores para Presidente y Vicepresidente de los Estados Unidos, los representantes en el Congreso, los funcionarios ejecutivos y judiciales de un Estado, o los miembros de la legislatura del mismo, se le niega a cualquiera de los habitantes varones de dicho Estado que tengan veintiún años de edad, y los ciudadanos de los Estados Unidos, o de cualquier manera abreviada, a excepción de la participación en la rebelión u otro delito, la base de la representación de dicho Estado se reducirá en la proporción que el número de los ciudadanos varones

guarde con respecto al número total de ciudadanos varones de veintiún años de edad en dicho Estado.

Sección 3

Ninguna persona podrá ser Senador o Representante en el Congreso, o elector de Presidente y Vicepresidente, ni desempeñará cargo civil o militar, en los Estados Unidos, o de cualquier Estado, que, después de haber prestado juramento como miembro del Congreso, como funcionario de los Estados Unidos, o como miembro de cualquier legislatura estatal, o como funcionario ejecutivo o judicial de un Estado, para apoyar la Constitución de los Estados Unidos, se han involucrado en la insurrección o rebelión en contra de la misma , o dado ayuda o consuelo a sus enemigos. Pero el Congreso puede, por una mayoría de dos tercios de cada Cámara, podrá subsanar esa incapacidad.

Sección 4

La validez de la deuda pública de los Estados Unidos, autorizadas por la ley, incluidas las deudas contraídas para el pago de las pensiones y recompensas por servicios prestados al sofocar insurrecciones o rebeliones, será incuestionable.

Pero ni los Estados Unidos ni ningún Estado asumirán ni pagarán deuda u obligación alguna contraídas para ayuda de insurrecciones o rebeliones contra los Estados Unidos, ni reclamación alguna por la pérdida o emancipación de esclavos, pues todas las deudas, obligaciones y reclamaciones serán se considerarán ilegales y nulas.

Sección 5

El Congreso tendrá facultades para hacer cumplir una legislación apropiada, las disposiciones del presente artículo.

Enmienda XV

(La enmienda propuesta fue enviada a los Estados Unidos 27 de febrero 1869, por el Congreso de los cuarenta. Fue ratificado 03 de febrero 1870.)

Sección 1

El derecho de los ciudadanos de los Estados Unidos a votar no será negado ni limitado por los Estados Unidos o por Estado alguno por razón de raza, color o previa condición de servidumbre.

Sección 2

El Congreso tendrá facultades para hacer cumplir este artículo mediante leyes apropiadas.

Enmienda XVI

(La enmienda propuesta fue enviada a los Estados Unidos 12 de julio 1909, por el Congreso de sesenta y uno. Fue ratificado 03 de febrero 1913.)

El Congreso tendrá facultades para establecer y recaudar impuestos sobre los ingresos, cualquiera que sea fuente de que provengan, sin prorrateo entre los diferentes Estados y sin atender a ningún censo o enumeración.

Enmienda XVII

(La enmienda propuesta fue enviada a los Estados Unidos 16 de mayo 1912, por el Congreso de sesenta segundos. Fue ratificado 08 de abril 1913.)

El Senado de los Estados Unidos se compondrá de dos senadores por cada Estado, elegidos por el pueblo del mismo por seis años, y cada senador tendrá un voto. Los electores de cada Estado deberán poseer las condiciones requeridas para los electores de la rama más numerosa de la legislatura del Estado.

Cuando ocurran vacantes en la representación de cualquier Estado en el Senado, la autoridad ejecutiva de dicho Estado convocará a elecciones para llenar dichas vacantes, que la legislatura de cualquier Estado puede autorizar a

su Ejecutivo a hacer el nombramiento provisional hasta que el pueblo llene las vacantes por elección como la legislatura.

Esta enmienda no será interpretada en modo alguno que afecte la elección o período de cualquier senador elegido antes de que adquiera validez como parte de la Constitución.

Enmienda XVIII[2]

(La enmienda propuesta fue enviada a los estados del 18 de diciembre 1917, por el Congreso de sesenta y cinco años. Fue ratificada por tres cuartas partes de los estados por el 16 de enero 1919, y entró en vigor el 16 de enero 1920.)

Sección 1

Después de un año desde la ratificación de este artículo la fabricación, venta o transporte de licores embriagantes dentro de la importación de los mismos en, o la exportación de ellos, de los Estados Unidos y todos los territorios sometidos a su jurisdicción para fines como bebidas.

Sección 2

El Congreso y los diversos Estados tendrán facultades concurrentes para hacer cumplir este artículo mediante leyes apropiadas.

[2] Derogada por la Enmienda 21: (La enmienda propuesta fue enviada a los estados de febrero 20 de 1933, por el Congreso de Setenta y dos. Fue ratificado 05 de diciembre 1933.)
Sección 1
El decimoctavo artículo de enmienda a la Constitución de los Estados Unidos queda derogado.
Sección 2
El transporte o la importación en un Estado, territorio o posesión de los Estados Unidos para la entrega o utilización dentro de bebidas embriagantes, en violación de las leyes del mismo, queda prohibida.
Sección 3
Este artículo quedará sin efecto a menos que haya sido ratificado como una enmienda a la Constitución, por convención, en los diversos Estados, conforme a lo dispuesto en la Constitución, dentro de los siete años a partir de la fecha de la presentación del mismo a los Estados por el Congreso.

Sección 3

Este artículo quedará sin efecto a menos que haya sido ratificado como una enmienda a la Constitución por las legislaturas de los diversos Estados, conforme a lo dispuesto en la Constitución, dentro de los siete años a partir de la fecha de la someta a los Estados por el Congreso.

Enmienda XIX

(La enmienda propuesta fue enviada a los Estados Unidos 04 de junio 1919, por el Congreso de sesenta y seis. Fue ratificado 18 de agosto 1920.)

El derecho de los ciudadanos de los Estados Unidos a votar no será negado ni limitado por los Estados Unidos o por Estado alguno por razón de sexo.

El Congreso tendrá facultades para hacer cumplir este artículo mediante leyes apropiadas.

Enmienda XX

(La propuesta de modificación, a veces llamado la "Enmienda de Lame Duck", fue enviado a los estados 3 marzo de 1932, por el Congreso de Setenta y dos, fue ratificado 23 de enero 1933;. Pero, de acuerdo con la Sección 5, las secciones 1 y 2 no entrarán en vigor hasta 15 de octubre 1933.)

Sección 1

Los períodos del Presidente y el Vicepresidente terminarán al medio día a los veinte días de enero, y el de los Senadores y Representantes al mediodía del tercer día de enero, de los años en que dichos períodos habrían terminado si este artículo no se había sido ratificado, y los términos de sus sucesores comienzan entonces.

Sección 2

El Congreso se reunirá por lo menos una vez al año, y esa sesión comenzará al mediodía del tercer día de enero, a menos que por ley se fije una fecha diferente.

Sección 3

Si el Presidente no han sido elegidos antes de la hora fijada para el inicio de su mandato, o si el Presidente electo no han podido calificar, entonces el Vicepresidente de los requisitos constitucionales, y el Congreso podrá prever mediante una ley el caso en el que ni un presidente electo ni el Vicepresidente electo se han calificado, declarando quién hará entonces las veces de Presidente, o la manera en que el que ha de actuar, se elegirá, y dicha persona actúe en consecuencia hasta que un Presidente o Vice-Presidente se han clasificado.

Sección 4

El Congreso podrá prever mediante una ley el caso de la muerte de cualquiera de las personas de las cuales la Cámara de Representantes puede elegir un presidente cada vez que el derecho de elección que recaiga sobre ellos, y para el caso de la muerte de cualquiera de las personas de las cuales el Senado puede elegir a un vicepresidente siempre que el derecho de elegir que recaiga sobre ellos.

Sección 5

Las secciones 1 y 2 entrarán en vigor el día 15 de octubre tras la ratificación de este artículo.

Sección 6

Este artículo quedará sin efecto a menos que haya sido ratificado como una enmienda a la Constitución por las legislaturas de tres cuartas partes de los distintos Estados, dentro de siete años desde la fecha de su presentación.

ANEXO 3

En esa oportunidad, el juez Holmes[3] sustituyó la fórmula de “peligro real y actual” por la de peligro real e inminente”.

Destacó: “Es únicamente el peligro presente de un mal inmediato o de la intención de producirlo que justifica que el Congreso imponga límites a la expresión de opiniones que no atañen a Derechos privados.

El Congreso, ciertamente, no puede prohibir todos los esfuerzos por hacer cambiar de parecer al país. Nadie puede suponer que la publicación subrepticia de un folleto absurdo por un hombre desconocido, de no mediar algo más, presente el peligro inmediato de que sus opiniones entorpezcan el éxito de las armas del gobierno o tengan la más mínima tendencia apreciable de hacerlo.

En este caso se han impuesto penas de veinte años por la publicación de folletos que, en mi opinión, los acusados tenían derecho de publicar como el gobierno tiene de publicar la Constitución de los Estados Unidos que ahora invoca [...] me parece que todo lo que podría imponérseles es el castigo más puramente nominal, a menos que se quiera hacer sufrir a los acusados no por lo que se alega en la acusación sino por el crédito político que profesan, un credo que, cuando se sustenta sinceramente, es en mi opinión el credo de la ignorancia y la falta de madurez, que nadie tiene el derecho de considerar cuando se trata de los cargos que se ventilan ante la Corte”.

Añadió: “Estoy en pleno desacuerdo con el argumento del gobierno de que la Primera Enmienda dejó intacto y en vigor el derecho común en lo que hace al libelo sedicioso. Me parece que la historia va en contra de ese argumento. Creo que Estados Unidos, desde hace muchos años, ha mostrado su arrepentimiento de la Ley de Sedición de 1798 al devolver las multas que en aquel entonces impuso”.

---

[3] BADENI, Gregorio; *Doctrina De La Real Malicia;* Editado por la Academia Nacional de Periodismo de Buenos Aires; 2005; páginas 23-24

ANEXO 4

DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN-PREÁMBULO

REAFIRMANDO la necesidad de asegurar en el hemisferio el respeto y la plena vigencia de las libertades individuales y los derechos fundamentales de los seres humanos a través de un estado de derecho;

CONSCIENTES que la consolidación y desarrollo de la democracia depende de la existencia de libertad de expresión;

PERSUADIDOS que el derecho a la libertad de expresión es esencial para el desarrollo del conocimiento y del entendimiento entre los pueblos, que conducirá a una verdadera comprensión y cooperación entre las naciones del hemisferio;

CONVENCIDOS que cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones se limita la libertad de expresión y el efectivo desarrollo del proceso democrático;

CONVENCIDOS que garantizando el derecho de acceso a la información en poder del Estado se conseguirá una mayor transparencia de los actos del gobierno afianzando las instituciones democráticas;

RECORDANDO que la libertad de expresión es un derecho fundamental reconocido en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Resolución 59(I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Resolución 104 adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, La Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos, así como en otros instrumentos internacionales y constituciones nacionales;

RECONOCIENDO que los principios del Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos representan el marco legal al que se encuentran sujetos los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos;

REAFIRMANDO el Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que el derecho a la libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas sin consideración de fronteras y por cualquier medio de transmisión;

CONSIDERANDO la importancia de la libertad de expresión para el desarrollo y protección de los derechos humanos, el papel fundamental que le asigna la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el pleno apoyo con que contó la creación de la Relatoría para la Libertad de Expresión, como instrumento fundamental para la protección de este derecho en el hemisferio, en la Cumbre de las Américas celebrada en Santiago de Chile;

RECONOCIENDO que la libertad de prensa es esencial para la realización del pleno y efectivo ejercicio de la libertad de expresión e instrumento indispensable para el funcionamiento de la democracia representativa, mediante la cual los ciudadanos ejercen su derecho a recibir, difundir y buscar información;

REAFIRMANDO que los principios de la Declaración de Chapultepec constituyen un documento básico que contempla las garantías y la defensa de la libertad de expresión, la libertad e independencia de la prensa y el derecho a la información;

CONSIDERANDO que la libertad de expresión no es una concesión de los Estados, sino un derecho fundamental;

RECONOCIENDO la necesidad de proteger efectivamente la libertad de expresión en las Américas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en respaldo a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, adopta la siguiente Declaración de Principios;

PRINCIPIOS

1. La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.

2. Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.

4. El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales

que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.

5. La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.

6. Toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma. La colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión. La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados.

7. Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales.

8. Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales.

9. El asesinato, secuestro, intimidación, amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción material de los medios de comunicación, viola los derechos fundamentales de las personas y coarta severamente la libertad de expresión. Es deber de los Estados prevenir e investigar estos hechos, sancionar a sus autores y asegurar a las víctimas una reparación adecuada.

10. 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.

11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como "*leyes de desacato"* atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.

12. Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes anti monopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.

13. La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.

ANEXO 5

PACTO DE SAN JOSÉ

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.
4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Artículo13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. 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.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. 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 frecuencias 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.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Artículo 16. Libertad de Asociación

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.
2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.
3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

ANEXO 6

El **SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS** se integra por el conjunto de normas sobre derechos humanos aplicables en el hemisferio occidental.

Las leyes aplicables consisten principalmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (Convención Americana) y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana). Las instituciones involucradas son los órganos encargados de supervisar su cumplimiento: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte).

Además de estos organismos de supervisión, se agregan los órganos políticos de la Organización de Estados Americanos (OEA) –el Consejo Permanente y la Asamblea General– que son responsables de garantizar el cumplimiento de normas que protegen los derechos humanos, incluyendo la libertad de expresión. La tarea de garantizar la protección de los derechos humanos, incluyendo la obligación de incorporar las decisiones de la Corte y la Comisión y que la legislación sea modificada de conformidad con las mismas, recae especialmente en la Asamblea General.

El resultado es que la Corte y la Comisión presentan los informes a la Asamblea General para su aprobación. Para asistir en la tarea de garantizar el cumplimiento de las normas relativas a la libertad de expresión, la Comisión creó una oficina especial dedicada a la protección de la libertad de expresión en 1998, llamada la Relatoría Especial para la Libertad de expresión (Relator Especial). El derecho a la libertad de expresión esta primordialmente establecido en los artículos 13 y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

El artículo 13 de la Convención Americana expresamente establece:

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones o 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.

2. *El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a censura previa sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:*

a) *el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o*

b) *la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.*

3. *No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y circulación de ideas y opiniones.*

4. *Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.*

5. *Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.*

El artículo 14 por su parte agrega:

1. *Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentada y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.*

2. *En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.*

3. *Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.*

Por último, el artículo 4 de la Declaración Americana señala*: "Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio*". El Pacto de San José se aplica a los países del hemisferio que lo han ratificado: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dominica, Chile, **Ecuador**, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Republica Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela. En cambio, la Declaración Americana se aplica a los Estados Unidos, Canadá y en los siguientes países del Caribe: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Cuba, Guyana, Saint Kitts, Santa Lucia, San Vicente y las Granadinas, y Trinidad y Tobago.

A pesar de estar contemplado en la Declaración Americana, el derecho a la libertad de expresión quedó formulado de manera genérica, carente del nivel de especificidad que recoge la Convención Americana, normativa fundamental de ese importante derecho y que permite establecer su contenido y alcance.

La Comisión supervisa el cumplimiento de las normas sobre la libertad de expresión a través de su sistema de casos, visitas in loco, recomendaciones a los Estados, y las actividades del Relator de Libertad de expresión.

La Corte recibe los casos que le presentan la Comisión y los Estados Partes que hayan reconocido su competencia. Hasta el momento se han resuelto aproximadamente 66 casos contenciosos, todos presentados por la CIDH, excepto uno presentado por el gobierno de Costa Rica. La Corte, al igual que la Comisión, puede adoptar medidas de carácter cautelar cuando existe un peligro "grave e inminente".

Estas medidas han sido adoptadas en sesenta y dos (62) oportunidades. Finalmente, la Corte emite "opiniones consultivas" interpretando tratados sobre derechos humanos en el hemisferio o analizando la compatibilidad de tratados y leyes internas de los Estados con la Convención. Hasta el momento se han

adoptado 19 opiniones consultivas, siendo de principal importancia para la protección de la Libertad de expresión la Opinión consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de los periodistas” (Opinión consultiva OC-5/85)35 y la Opinión consultiva OC-7/86, “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta” (Opinión consultiva OC-7/86)36.

La oficina del Relator Especial fue creada por la Comisión en 1998 para proteger y promover la libertad de expresión en las Américas. En octubre del 2000, la Comisión –interpretando la Convención Americana– adoptó la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión para guiar las actividades del Relator38. Las principales actividades del Relator incluyen:

1) la elaboración de informes generales e informes especiales temáticos;
2) la creación de una red hemisférica para la protección de la libertad de expresión;
3) visitas a los Estados miembros de la OEA a fin de observar la situación de la libertad de expresión, y
4) la promoción del derecho a la libertad de expresión en los países miembros de la OEA39. Subrayando la importancia que la Comisión otorga a la libertad de expresión, su Relator es el único que trabaja tiempo completo40. Además, al no ser uno de los siete comisionados que deben supervisar el conjunto de derechos protegidos por la Convención, puede dedicarse exclusivamente a la protección y promoción de la libertad de expresión específicamente.

TOMADO TEXTUALMENTE DE: GROSSMAN, Claudio; “*La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*”; Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Volumen 46; 2007, San José de Costa Rica, página 163-165

ANEXO 7

NO a las mentiras

Esta semana, por segunda ocasión, la Dictadura informó a través de uno de sus voceros que el Dictador está considerando la posibilidad de perdonar a los criminales que se levantaron el 30 de septiembre, por lo que estudia un indulto.

No sé si la propuesta me incluya (según las cadenas dictatoriales, fui uno de los instigadores del golpe); pero de ser así, lo rechazo. Comprendo que el Dictador (devoto cristiano, hombre de paz) no pierda oportunidad para perdonar a los criminales. Indultó a las mulas del narcotráfico, se compadeció de los asesinos presos en la Penitenciaría del Litoral, les solicitó a los ciudadanos que se dejen robar para que no haya víctimas, cultivó una gran amistad con los invasores de tierras y los convirtió en legisladores, hasta que lo traicionaron. Pero el Ecuador es un Estado laico donde no se permite usar la fe como fundamento jurídico para eximir a los criminales de que paguen sus deudas. Si cometí algún delito, exijo que me lo prueben; de lo contrario, no espero ningún perdón judicial sino las debidas disculpas.

Lo que ocurre en realidad es que el Dictador por fin comprendió (o sus abogados se lo hicieron comprender) que no tiene cómo demostrar el supuesto crimen del 30 de septiembre, ya que todo fue producto de un guión improvisado, en medio del corre-corre, para ocultar la irresponsabilidad del Dictador de irse a meter en un cuartel sublevado, a abrirse la camisa y gritar que lo maten, como todo un luchador de cachacascán que se esfuerza en su show en una carpa de circo de un pueblito olvidado.

A esta altura, todas las “pruebas” para acusar a los “golpistas” se han deshilvanado:

El Dictador reconoce que la pésima idea de ir al Regimiento Quito e ingresar a la fuerza fue suya. Pero entonces nadie pudo prepararse para asesinarlo ya que nadie lo esperaba.

El Dictador jura que el exdirector del Hospital de la Policía cerró las puertas para impedir su ingreso. Pero entonces tampoco allí hubo ningún complot porque ni siquiera deseaban verle la cara. Las balas que asesinaron a los policías desaparecieron, pero no en las oficinas de Fidel Araujo sino en un recinto resguardado por fuerzas leales a la Dictadura.

Para mostrar que el 30 de septiembre no usaba un chaleco blindado, Araujo se colocó uno delante de sus jueces y luego se puso la misma camiseta que llevaba ese día. Sus acusadores tuvieron que sonrojarse ante la palpable demostración de que los chalecos blindados simplemente no se pueden ocultar.

Podría seguir pero el espacio no me lo permite. Sin embargo, ya que el Dictador entendió que debe retroceder con su cuento de fantasmas, le ofrezco una salida: no es el indulto lo que debe tramitar sino la amnistía en la Asamblea Nacional.

La amnistía no es perdón, es olvido jurídico. Implicaría, si se la resuelve, que la sociedad llegó a la conclusión de que el 30 de septiembre se cometieron demasiadas estupideces, de parte y parte, y que sería injusto condenar a unos y premiar a otros.

¿Por qué el Dictador sí pudo proponer la amnistía para los “pelucones” Gustavo Noboa y Alberto Dahik, pero en cambio quiere indultar a los “cholos” policías? El Dictador debería recordar, por último, y esto es muy importante, que con el indulto, en el futuro, un nuevo presidente, quizás enemigo suyo, podría llevarlo ante una corte penal por haber ordenado fuego a discreción y

sin previo aviso contra un hospital lleno de civiles y gente inocente. Los crímenes de lesa humanidad, que no lo olvide, no prescriben.

ANEXO 8

Hasta mayo de 2011, el presidente de la República del Ecuador, Rafael Correa, emitió 189 epítetos negativos contra la prensa y la oposición política. Todos efectuados durante sus enlaces mediáticos sabatinos, según publica el legislador Gorki Aguirre Torres, en su página web. Y aunque hay muchos otros listados, por referencia, se ha tomado este. Puede ser encontrado en: http://gorkiaguirre.com/2011/05/03/los-epitetos-favoritos-del-senor-presidente/ . Estos son:

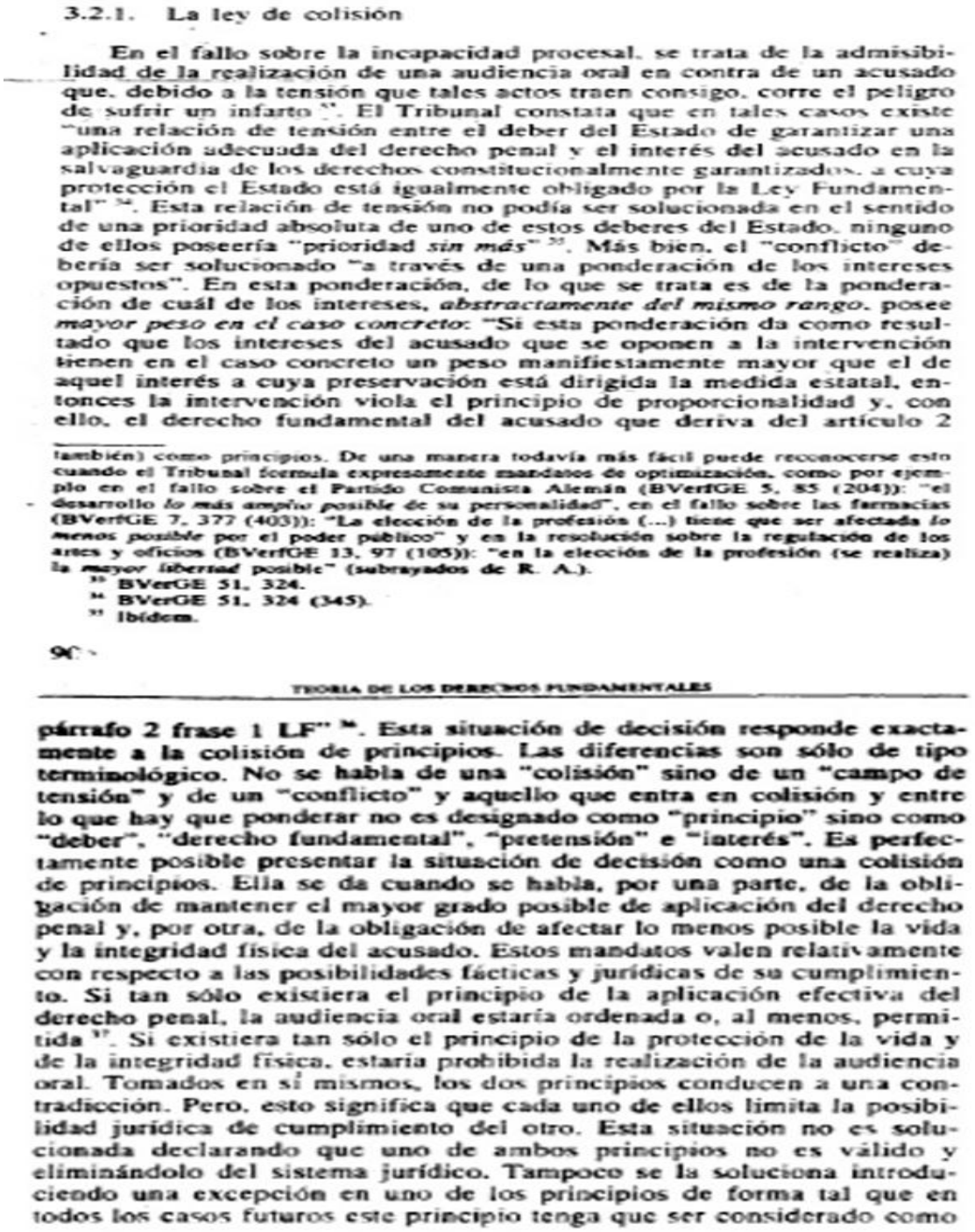
1. enano
2. corrupto
3. líder cantonal
4. momias cocteleras
5. vendepatrias
6. amarillistas
7. gordita horrorosa
8. anacrónica
9. anarquistas
10. aniñaditas
11. aniñados
12. aniñados de Guayaquil
13. anti progresistas
14. antiéticos
15. antipatriotas
16. argolla
17. arribistas
18. arrogante
19. atropellador de derechos humanos
20. babosada
21. basura
22. bocones
23. bruto
24. buitre
25. buitres especuladores
26. burocracia engatuzadora
27. cachetón
28. cadáveres políticos
29. canalla
30. cara de estreñido
31. care gil
32. care tuco
33. cavernícolas
34. charlatanes
35. cheerleaders del neoliberalismo
36. chiflado
37. chismoso
38. cínico
39. cizañoso
40. cloaca con antenas
41. cobarde
42. consejeros sexuales siendo vírgenes
43. conspiradores
44. corrupto
45. cueva de ladrones
46. demagogos
47. burocracia dorada
48. derecha conspiradora
49. descalificados
50. descarado
51. desequilibrado por la codicia
52. desinformadores
53. diario de vergüenza

54. disfrazado de periodista
55. doble moral
56. enano fachín
57. encuestadora chimba
58. enano latin lover
59. enfermo
60. envidioso
61. especuladores
62. estafador
63. estafadores
64. estertores agónicos de mafias
65. estúpido
66. explotadores
67. falaz
68. falsetas
69. fantoche
70. farsante
71. fascista de la camisa negra
72. fascistas
73. fundamentalistas
74. gallinazos
75. garroteros
76. gente de la peor calaña
77. grandes delincuentes
78. habladores
79. hijos de la oligarquía
80. hipócrita
81. idiota
82. ignorante
83. imbéciles
84. incapaz
85. incapaz de pensar
86. incompetentes
87. indigno
88. ineficiente
89. inestable
90. infantil
91. inmoral
92. insensato
93. insignificante
94. investigadores mediocres
95. irresponsable
96. izquierda boba
97. la cabeza no le da
98. ladinos
99. ladrón
100. lelo
101. limitadito
102. locos furiosos
103. Lourdes del Ecuador
104. mafia
105. majadero insolente
106. majaderos
107. masón que pega a la mujer
108. matón de barrio
109. medio hombre, medio mujer
110. mediocre
111. melenudos
112. mentiroso
113. mercenaria
114. miserables
115. mitómano
116. momias cocteleras
117. mujer nefasta
118. narco políticos
119. no paga impuestos
120. no puede caminar y masticar chicle al mismo tiempo
121. no servían para un carajo
122. noveleros
123. oligarquía laboral
124. parapolíticos
125. pasquín
126. payasos
127. pelafustanes
128. pelagatos
129. pelucolandia

130. pelucones
131. pequeñitos de siempre
132. perdedor
133. periodicuchos
134. periodiqueros
135. periodista perverso
136. periodistas semi ignorantes
137. perro
138. perros rabiosos
139. perseguidor
140. pillos
141. pitufo
142. pitufo gruñón
143. político corrupto
144. politiquero alcalde de media cuadra
145. politiquero barato
146. pobre hombre
147. ponchos dorados
148. porquería
149. prensa corrupta
150. prensa mezquina
151. prepotente
152. podredumbre
153. pseudo analistas
154. puercos
155. quicuyos
156. revoltosos
157. ridículos
158. rey del mundo
159. ridículos
160. sabidos
161. sapos
162. sátrapas
163. se la tira a muy bacán
164. sepultureros de la educación
165. sinvergüenza
166. traidor
167. terroristas
168. tiene un zapato en la cabeza
169. tipejo
170. títere
171. tonto astrólogo
172. tontos
173. torpes
174. trogloditas
175. trompudos
176. universidades de garage
177. vacas sagradas
178. vende patria
179. Violador
180. Viuda de la partidocracia
181. Traidora Mala fe
182. Oportunista
183. Colorada
184. Infiltrado
185. Cadáver insepulcro
186. Infantiles de Izquierda
187. Actúa con urticaria
188. Alcalde de 20 cuadras
189. amorfo

ANEXO 9

Alexy en su obra "*Teoría de los Derechos Fundamentales*" propone la siguiente fórmula, o aplicación técnica para la ponderación de derechos:



3.2.1. La ley de colisión

En el fallo sobre la incapacidad procesal, se trata de la admisibilidad de la realización de una audiencia oral en contra de un acusado que, debido a la tensión que tales actos traen consigo, corre el peligro de sufrir un infarto [33]. El Tribunal constata que en tales casos existe "una relación de tensión entre el deber del Estado de garantizar una aplicación adecuada del derecho penal y el interés del acusado en la salvaguardia de los derechos constitucionalmente garantizados, a cuya protección el Estado está igualmente obligado por la Ley Fundamental" [34]. Esta relación de tensión no podía ser solucionada en el sentido de una prioridad absoluta de uno de estos deberes del Estado, ninguno de ellos poseería "prioridad *sin más*" [35]. Más bien, el "conflicto" debería ser solucionado "a través de una ponderación de los intereses opuestos". En esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, *abstractamente del mismo rango*, posee *mayor peso en el caso concreto*: "Si esta ponderación da como resultado que los intereses del acusado que se oponen a la intervención tienen en el caso concreto un peso manifiestamente mayor que el de aquel interés a cuya preservación está dirigida la medida estatal, entonces la intervención viola el principio de proporcionalidad y, con ello, el derecho fundamental del acusado que deriva del artículo 2

también) como principios. De una manera todavía más fácil puede reconocerse esto cuando el Tribunal formula expresamente mandatos de optimización, como por ejemplo en el fallo sobre el Partido Comunista Alemán (BVerfGE 5, 85 (204)): "el desarrollo *lo más amplio posible de su personalidad*", en el fallo sobre las farmacias (BVerfGE 7, 377 (403)): "La elección de la profesión (...) tiene que ser afectada *lo menos posible* por el poder público" y en la resolución sobre la regulación de los artes y oficios (BVerfGE 13, 97 (105)): "en la elección de la profesión (se realiza) la *mayor libertad* posible" (subrayados de R. A.).

[33] BVerfGE 51, 324.
[34] BVerfGE 51, 324 (345).
[35] Ibídem.

90

TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

párrafo 2 frase 1 LF" [36]. Esta situación de decisión responde exactamente a la colisión de principios. Las diferencias son sólo de tipo terminológico. No se habla de una "colisión" sino de un "campo de tensión" y de un "conflicto" y aquello que entra en colisión y entre lo que hay que ponderar no es designado como "principio" sino como "deber", "derecho fundamental", "pretensión" e "interés". Es perfectamente posible presentar la situación de decisión como una colisión de principios. Ella se da cuando se habla, por una parte, de la obligación de mantener el mayor grado posible de aplicación del derecho penal y, por otra, de la obligación de afectar lo menos posible la vida y la integridad física del acusado. Estos mandatos valen relativamente con respecto a las posibilidades fácticas y jurídicas de su cumplimiento. Si tan sólo existiera el principio de la aplicación efectiva del derecho penal, la audiencia oral estaría ordenada o, al menos, permitida [37]. Si existiera tan sólo el principio de la protección de la vida y de la integridad física, estaría prohibida la realización de la audiencia oral. Tomados en sí mismos, los dos principios conducen a una contradicción. Pero, esto significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. Esta situación no es solucionada declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se la soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que en todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como

una regla satisfecha o no. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.

El concepto de relación de precedencia condicionada que se acaba de utilizar tiene importancia fundamental para la compresión de la colisión de principios y, con ello, para la teoría de los principios. Para poder explicarlo con mayor detalle, serán designados los dos principios opuestos de la resolución de la incapacidad procesal como "P_1" (derecho a la vida y a la integridad física) y "P_2" (aplicación del derecho penal). Tomados en sí mismos, P_1 y P_2 conducen a juicios concretos de deber ser jurídico recíprocamente contradictorios: P_1 a "Está prohibido realizar la audiencia oral" y P_2 a "Está ordenado realizar la audiencia oral". Esta colisión puede ser solucionada mediante el establecimiento de una relación de precedencia incondicionada o condicionada. Como símbolo para la relación de precedencia se utilizará el signo "**P**" [36]. Para las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro, se utilizará "C". Hay cuatro posibilidades de decidir el caso mediante una disolución de una colisión de principios:

(1) P_1 **P** P_2
(2) P_2 **P** P_1
(3) (P_1 **P** P_2) C
(4) (P_2 **P** P_1) C

(1) y (2) son relaciones de precedencia incondicionadas. Se puede hablar también de relaciones "abstractas" o "absolutas" de precedencia. El Tribunal excluye la aceptación de una tal relación de precedencia incondicionada con la frase: "ninguno de estos intereses merece *sin más* la precedencia frente al otro" [37]. Esta frase vale, en general, para las colisiones de principios del derecho constitucional. Sólo a primera vista, el principio de la dignidad humana, sobre el que se volverá más adelante, constituye una excepción. Por lo tanto, quedan sólo las posibilidades designadas con (3) y (4) de una relación de

[36] Cfr. al respecto, G. H. v. Wright, *The Logic of Preference*, Edimburgo 1963, pág. 19.
[37] BVerfGE 51, 324 (345).

precedencia condicionada o, como podría también decirse, concreta o relativa. La cuestión decisiva reza, pues, bajo cuáles condiciones cuál principio tiene precedencia y cuál debe ceder. En este contexto, el Tribunal se sirve de la muy difundida metáfora del peso. Según sus palabras, lo que importa es si "los intereses del acusado en el caso concreto tienen manifiestamente un peso esencial mayor que el de aquellos intereses a cuya preservación debe servir la medida estatal" [38]. Este tipo de intereses no puede tener peso en un sentido cuantificable. Por ello, cabe preguntar qué se quiere decir con el discurso de los pesos. El concepto de relación de precedencia condicionada permite una respuesta simple. El principio P_1 tiene, en un caso concreto, un peso mayor que el principio opuesto P_2 cuando existen razones suficientes para que P_1 preceda a P_2, bajo las condiciones C dadas en el caso concreto. Más abajo se llevará a cabo una precisión al respecto.

La ponderación del Tribunal consiste, totalmente en el sentido de lo aquí presentado, en la mención de las condiciones de precedencia (C) y la fundamentación de la tesis de que bajo estas condiciones P_1 precede a P_2. La condición de precedencia de P_1 (es decir, del principio establecido en el artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF) obtiene su formulación más general en la frase: "Si existe el peligro concreto, manifiesto, que el acusado en caso de llevarse a cabo la audiencia oral, pierda su vida o experimente graves daños en su salud, entonces, la continuación del proceso lo lesiona en su derecho fundamental del artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF" [39]. Este enunciado conduce a un punto importante para la teoría de las relaciones de precedencia condicionadas. Llama la atención que en ella no se hable de la precedencia de un principio, interés, pretensión, derecho o de algún otro objeto similar; más bien se mencionan *condiciones*, bajo las cuales se produce una *lesión de un derecho fundamental*. Pero que una acción lesiona un derecho fundamental significa que está prohibida desde el punto de vista iusfundamental. El citado enunciado puede, por lo tanto, ser entendido como la formulación de una regla de la forma: "Si una acción satisface las condiciones C, entonces pesa sobre ella una prohibición iusfundamental".

Lo que aquí fuera caracterizado como "condición de precedencia" y designado por la letra "C" juega, pues, un papel doble. En el enunciado de preferencia:

[38] BVerfGE 51, 324 (346).
[39] Ibidem.

(3) $(P_1 \mathbf{P} P_2)\ C$

C es la condición de una relación de precedencia. En la formulación de regla:

(5) Si la acción *a* cumple *C*, entonces pesa sobre *a* una prohibición iusfundamental.

C es un presupuesto de un supuesto de hecho de una norma. El que *C* tenga este carácter doble resulta necesariamente de la estructura del enunciado de preferencia. Pues el que P_1, es decir, el principio establecido en el artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF, tenga preferencia bajo las circunstancias *C* significa que la consecuencia jurídica que resulta de P_1 vale cuando se dan las circunstancias *C*[42]. Así pues, de un enunciado de preferencia sobre una relación de precedencia condicionada se sigue una regla que prescribe la consecuencia jurídica del principio que tiene preferencia cuando se dan las condiciones de preferencia. Por lo tanto, puede formularse la siguiente ley sobre la conexión de relaciones de precedencia condicionadas y reglas:

(K) Si el principio P_1, bajo las circunstancias *C*, precede al principio P_2: $(P_1 \mathbf{P} P_2)\ C$, y si de P_1 bajo las circunstancias *C* resulta la consecuencia *R*, entonces vale una regla que contiene a *C* como supuesto de hecho y a *R* como consecuencia jurídica: $C \rightarrow R$.

Una formulación algo menos técnica reza:

(K') Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente.

Esta ley, que será llamada "ley de colisión", es uno de los funda-

[42] En el caso analizado, de lo que se trata es de saber si la consecuencia jurídica que resulta de P_1 se presenta en toda su amplitud o no. Pueden haber casos en los cuales sea necesario recortar las consecuencias jurídicas del principio que tiene precedencia. En estos casos, P_1 precede a P_2 bajo las condiciones del caso (*C*) sólo con respecto a una limitada consecuencia jurídica (R'), cuya notación es "$(P_1 \mathbf{P} P_2)$ *C*, *R*'". La cuestión de la precedencia con respecto a una consecuencia jurídica limitada debe ser distinguida del problema de la adecuación y de la necesidad, que se refiere a las posibilidades de la realización fáctica del principio y que será analizado más adelante.

mentos de la teoría de los principios aquí sostenidos. Refleja el carácter de los principios como mandatos de optimización entre los cuales, primero, no existen relaciones absolutas de precedencia y que, segundo, se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables. Al mismo tiempo, constituye la base para restar fuerza a las objeciones que resultan de la proximidad de la teoría de los principios con la teoría de los valores[43, 44].

TOMADO DE: ALEXY, Robert; "*Teoría de los Derechos Fundamentales*"; Editado por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid; Colección Derecho y Justicia; España; 1993

EDITORIAL ¡NO MÁS!

Que los politiqueros de siempre, de la noche a la mañana, vuelvan con aspiraciones de llegar al Senado de la República, no es nada extraño ya que constitucionalmente todo ciudadano puede elegir y ser elegido.

Es bien conocido que ciertas figurillas que se creen personajes y que nada han aportado ni le han servido Fusagasugá ni al Departamento de Cundinamarca, nos vengan a decir falazmente que regresan, ahora sí, a redimir las sentidas necesidades de las gentes humildes e incautas que apenas sobreviven en esta región.

Nos ocupamos, sin tapujos y frenteramente, de María Leonor Serrano, que "otra vez" se presenta en forma descarada y hasta amenazante, a decirle al pueblo fusagasugueño que aspira a un escaño en el Senado de la República, y que, por sus desveladas, honestas e incontables acciones, obras y favores en favor de los menesterosos tenemos que volverla a elegir al parlamento nacional.

Será que ella está pensando que hemos olvidado su imperativa manera de tratar a las gentes, su arrogancia, sus humillaciones, sus rencillas, su despotismo miserable, tanto como la forma como dilapidó los recursos del Departamento especialmente los de la Beneficencia de Cundinamarca, entidad que enterró y dejó en la ruina? Será, acaso, que los cundinamarqueses hemos olvidado que en un arranque demente e irresponsable, conductas propias de su psiquis alterado, Serrano entregó a particulares el "Palacio de San Francisco" sede histórica del gobierno departamental, sólo por vengarse de la clase política departamental a la cual detesta y desprecia sin medida?

...Creemos que ya es hora que hagamos un alto en el camino y, por fin, pongamos fin a esta clase de gamonales que creen que Fusagasugá es un hato privado...

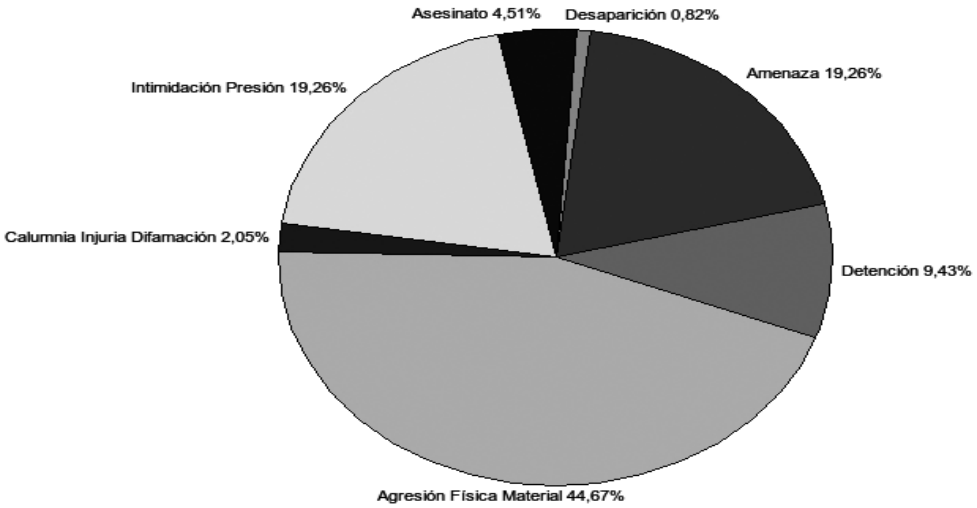
Igualmente, ella cree que los fusagasugueños hemos olvidado que por capricho, extravagancia y desafío burlesco, invirtió centenares de millones de pesos del erario público en la construcción de una inutilizada plaza de toros en La Aguadita, que no ha servido sino como monumento al despilfarro descarado de la señora del cuento.

Y hay algo más grave aún que los habitantes de Fusagasugá se siguen preguntado: ¿Qué pasó con el asesinato y los desaparecidos del año 1989, cuando María Leonor era alcaldesa del municipio? Será que eso se va a quedar así? Seguramente que la Corte Penal Internacional no dejará tales crímenes en la impunidad. Por lo menos así lo esperamos quienes hemos denunciado estos atropellos de lesa humanidad.

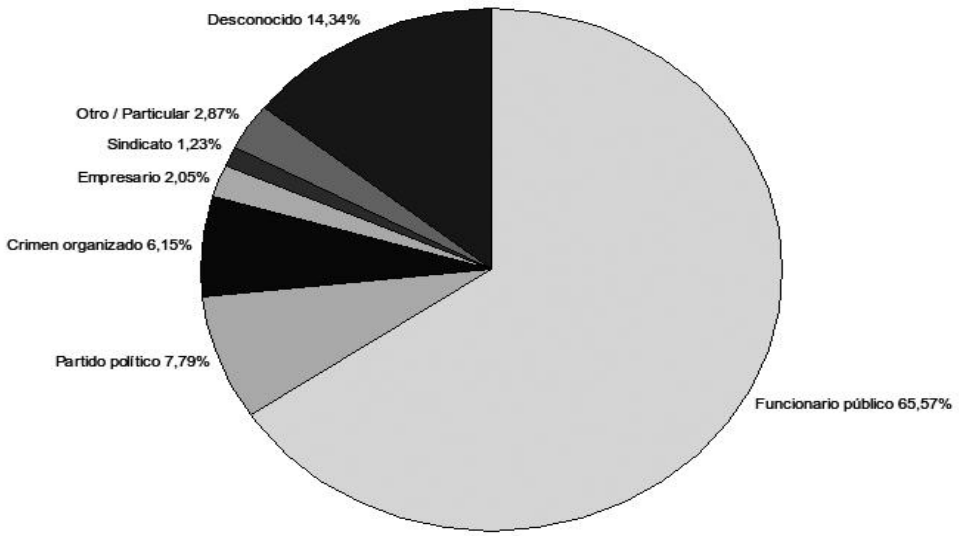
Creemos que ya es hora que hagamos un alto en el camino y, por fin, pongamos fin a esta clase de gamonales que creen que Fusagasugá es un hato privado y que como tal quieren manejarlo a su antojo, apartándose de los intereses colectivos de la comunidad. Reflexionemos: ¿Qué obra, qué labor positiva para los fusagasugueños dejó la mencionada señora cuando ocupó una curul en el Senado de la República?

ANEXO 11

Agresiones perpetradas a periodistas



Quienes han perpetrado la agresión



Caso mexicano (capítulo IV, sobre jurisprudencia). Fuente: Comisión Interamericana de Derechos Humanos; AGRESIONES CONTRA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN MÉXICO; Informe presentado por ARTICLE 19 Oficina para México y Centroamérica Centro Nacional de Comunicación Social (Cencos); Washington D.C.

ANEXO 12

Título X
Régimen Sancionatorio
Capítulo 1
De las Infracciones y Sanciones

Artículo 122.- Ámbito Subjetivo.- El control de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y el régimen sancionatorio establecido en la presente Ley se aplicará a las personas naturales o jurídicas que comentan las infracciones establecidas en la presente Ley, estén o no debidamente habilitadas para la realización de actividades de telecomunicaciones de conformidad con lo dispuesto en esta Ley.

Sin perjuicio de las sanciones aplicables de conformidad con las normas que regulen el abuso de poder de mercado y prácticas restrictivas a la competencia, así como de las que regulen los derechos de los consumidores o usuarios.

Artículo 123.- Infracciones y Sanciones Leves.- Se consideran infracciones leves que serán sancionadas con multas entre uno (1) y setecientos cincuenta (750) Salarios Básicos Unificados para los Trabajadores en General del Sector Privado, las siguientes conductas:

1. No informar a la Agencia y a los usuarios sobre modificaciones en las tarifas, en los plazos establecidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.
2. La comercialización, instalación o activación de equipos, aparatos o terminales bloqueados que no puedan ser utilizados por los usuarios cuando deseen contratar el servicio a otro operador o no puedan ser activados o utilizados en las redes de éstos.
3. La falta de notificación sobre la interrupción total o parcial del servicio por causas programadas o no programadas y, de las derivadas de causas extrañas no imputables al operador, caso fortuito o fuerza mayor,

de conformidad con el procedimiento que emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones a tal efecto.

4. No remitir a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, el listado contentivo del inventario de infraestructura de telecomunicaciones instalada y autorizada, en los plazos establecidos por la referida Agencia.
5. La comercialización y utilización de equipos o aparatos que no hayan sido homologados o no cumplan con las condiciones técnicas autorizadas.
6. Si dentro del plazo de treinta días hábiles, los operadores no informan sobre los cambios en las condiciones económicas, legales o técnicas de la interconexión. Esta sanción procederá sobre los dos operadores involucrados.
7. Suministrar a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones información inexacta o incompleta sobre aspectos que ésta haya solicitado, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y sus reglamentos.
8. La instalación de estaciones de radiodifusión sonora, televisión abierta y audio y video por suscripción, sin contar con dispositivos de seguridad humana, señalización para navegación aérea y rótulos de identificación o sin los instrumentos de medición debidamente identificados.
9. La instalación de estaciones matrices y repetidoras sin los correspondientes instrumentos de medida debidamente identificados.
10. La falta de notificación a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones sobre el inicio de operaciones o el cambio de representante legal.
11. No notificar sobre los cambios realizados a los estatutos del concesionario.
12. Cualquier otro incumplimiento a las obligaciones impuestas a las operadoras de redes o de servicios de telecomunicaciones o de sus usuarios, previsto en las leyes vigentes, particularmente las

incorporadas en artículo 21 de esta Ley, salvo que deba ser considerado como infracción grave, muy grave o gravísima.

13. No atender, en los plazos establecidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, los pedidos de ampliación de capacidad realizados por las operadoras interconectadas a su red, cuando ello sea factible.
14. La facturación en exceso o por servicios no prestados.

Artículo 124.- Infracciones y Sanciones Graves.- Se consideran infracciones graves que serán sancionadas con multas entre seteciento- cincuenta y un (751) y tres mil setecientos cincuenta (3750) Salarios Básicos Unificados para los Trabajadores en General del Sector Privado, las siguientes conductas:

1. Interrumpir de forma total o parcial el servicio, sin autorización o por causas imputables al operador, cuando no exista caso fortuito o de fuerza mayor.
2. Obstaculizar la fiscalización por parte de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones o negarse a permitir el acceso de los funcionarios, debidamente autorizados e identificados, a las instalaciones, equipos o documentación realizada en ejercicio de las funciones de control y fiscalización.
3. Causar interferencias perjudiciales.
4. Cobrar tarifas superiores a las pactadas con el usuario.
5. La carencia de planes de contingencia en casos de desastres naturales o conmoción interna o, no cumplir con los servicios requeridos en casos de emergencia, tales como llamadas de emergencia gratuitas, provisión de servicios auxiliares para seguridad ciudadana y, cualquier otro servicio definido como de servicio social o de emergencia por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.
6. Interconectarse sin cumplir con lo establecido en los acuerdos de interconexión previamente suscritos o lo dispuesto por la Agencia de

Regulación y Control de las Telecomunicaciones. Dicha sanción podrá aplicarse a cualquier operadora o a ambas, según el caso.

7. Realizar la interconexión sin la aprobación del acuerdo de interconexión por parte de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.
8. No llevar la contabilidad separada de conformidad con los lineamientos establecidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.
9. La suscripción de contratos de servicios no aprobados por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.
10. El incumplimiento de los parámetros de calidad contenidos en los títulos habilitantes, concesiones, planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.
11. El incumplimiento de la obligación de garantizar la portabilidad numérica en los términos y condiciones establecidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.
12. No suministrar información o documentos previstos en esta Ley y sus Reglamentos, a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en los términos y plazos fijados por ésta.
13. El incumplimiento de los planes, normas técnicas y resoluciones de carácter general emitidas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.
14. Instalar o cambiar los estudios principales o auxiliares o transmisores de una estación de radiodifusión sonora o televisión fuera del área autorizada.
15. La instalación de estaciones de radiodifusión sonora y televisión abierta y, en general, la prestación de servicios de telecomunicaciones fuera del área objeto de la concesión.
16. La realización de cambios técnicos o modificaciones técnicas básicas a las estaciones de radiodifusión sonora y televisión y las redes de

telecomunicaciones, sin notificar previamente a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

17. La suspensión de las transmisiones de los servicios de radiodifusión sonora y televisión por más de tres días, sin la obtención previa de la autorización correspondiente.
18. La retransmisión de programas de estaciones de radiodifusión sonora y/o televisión abierta en forma simultánea y con carácter permanente, sin la obtención previa de la autorización correspondiente.
19. Modificar unilateralmente los contratos de servicios.
20. La negativa por parte de un operador de servicios de audio y video por suscripción de transmitir la programación de las estaciones de televisión abierta, de conformidad con lo establecido en esta Ley.
21. La reincidencia en la comisión de cualquier infracción leve en un período de seis meses continuos, contados a partir de la declaración del incumplimiento en sede administrativa.

Artículo 125.- Infracciones y Sanciones muy Graves.- Se consideran infracciones muy graves que serán sancionadas con multas entre tres mil setecientos cincuenta y uno (3751) y diez mil (10.000) Salarios Básicos Unificados para los Trabajadores en General del Sector Privado, las siguientes conductas:

1. Incrementar las tarifas por encima de los topes tarifarios aprobados por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones
2. Instalación de redes, la prestación de servicios de telecomunicaciones o la utilización de frecuencias sin la obtención previa del título habilitante o concesión correspondiente, así como la prestación de servicios no autorizados por personas naturales o jurídicas que posean títulos habilitantes para otros servicios.
3. Realizar la interconexión a redes de telecomunicaciones que no hayan sido autorizadas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

4. No acatar la disposición de interconexión o de compartición de infraestructura emitida por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en los términos y plazos establecidos por ésta.
5. Realizar la facturación utilizando el sistema de redondeo de tarifas en lo que respecta a la cuantificación de los servicios prestados y el tiempo real de uso.
6. El incumplimiento de los actos de trámite o definitivos emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con ocasión de un procedimiento sancionatorio.
7. El incumplimiento de los actos de trámites o definitivos emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones destinados al cese de interferencias perjudiciales.
8. Causar la interrupción de servicios prestados por otros concesionarios de manera deliberada.
9. Retardar u obstaculizar injustificadamente la interconexión con otros operadores, previa determinación de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.
10. Transmitir de forma permanente la programación de una estación extranjera para justificar su funcionamiento.
11. La reincidencia en la comisión de cualquier infracción grave en un período de seis meses, contados a partir de la declaratoria de incumplimiento en sede administrativa.
12. El incumplimiento de normas sobre radiaciones no ionizantes.

Artículo 126.- Infracciones y Sanciones Gravísimas.- Se consideran infracciones gravísimas que serán sancionadas con la revocatoria de los títulos habilitantes o de la concesión, las siguientes conductas:

1. Ceder, enajenar, gravar o transferir de cualquier forma el título habilitante o establecer cualquier gravamen a los bienes afectos sin la autorización previa de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones
2. Ceder, enajenar, gravar o transferir de cualquier forma el título habilitante para la prestación de servicios de radiodifusión sonora y televisión abierta o establecer cualquier gravamen a los bienes afectos a éstos.
3. El incumplimiento de obligaciones de Servicio Universal, de conformidad con la ley.
4. Cuando el titular de un título habilitante o concesión, no preste el servicio objeto de tales títulos en el tiempo pactado o no haga uso efectivo del espectro radioeléctrico asignado.
5. La realización de operaciones que, de cualquier forma, impliquen cambio de control sobre el titular de un título habilitante o concesión, sin haber solicitado y obtenido previamente la autorización de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, único ente autorizado para el efecto.
6. Cuando el operador de telecomunicaciones no implemente, en el plazo establecido por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, las recomendaciones expresas emitidas o dispuestas por ésta para evitar o minimizar el uso de sus redes y servicios de telecomunicaciones autorizados u otorgados en concesión, como medio para la comisión de delitos. A los fines de la aplicación de este numeral, las recomendaciones de la Agencia deberán ser específicas.
7. La mora en el pago de más de noventa días calendario de los derechos, tarifas y contribuciones especiales exigibles de conformidad con esta

Ley, sus reglamentos y lo estipulado los títulos habilitantes o contratos de concesión.

8. El incumplimiento de requisitos de domiciliación y participación extranjera establecidos en esta Ley.
9. Cuando los concesionarios de servicios de radiodifusión sonora y televisión abierta o sus estaciones reciban subvenciones o donaciones de gobiernos, entidades gubernamentales del extranjero.
10. Reincidir en un incumplimiento muy grave en el periodo seis meses, contados a partir de la fecha de la declaratoria de incumplimiento en sede administrativa.
11. No realizar el pago de la contribución en atención al cumplimiento de obligaciones de cobertura y sociales, en las condiciones, plazos y términos establecidos en esta Ley, sus reglamentos y las resoluciones emitidas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones

Artículo 127.- Intervención.- Sin perjuicio de la imposición de la sanción de revocatoria, la Agencia de Regulación i y Control de las Telecomunicaciones a fin de precautelar el interés público y la continuidad del servicio, podrá ordenar la intervención de la concesión cuando:

1. De cualquier forma, se realice la cesión, enajenación, hipoteca, gravamen o transferencia el título habilitante, las estaciones de radiodifusión sonora y televisión abierta, los bienes afectos a la prestación del servicio, sin la autorización previa de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.
2. Se enajene de más del treinta por ciento de las acciones de la operadora, sin la obtención previa de la autorización de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.
3. Se presente mora en el pago, por más de noventa días calendario de los derechos, tarifas y contribuciones especiales exigibles de conformidad con esta Ley, sus reglamentos y lo estipulado los títulos habilitantes o contratos de concesión.

4. No prestar las facilidades para la realización de fiscalizaciones o auditorias por parte del ente de control de forma reiterada.
5. La abstención o negativa a suministrar información o documentos que hayan sido solicitados por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en la normativa que resulte aplicable o suministrar información inexacta o incompleta sobre aspectos que se hayan solicitado, de conformidad con lo dispuesto en la normativa que resulte aplicable.
6. El uso de los servicios prestados en contra de la seguridad nacional.
7. Interrumpir injustificadamente y el servicio por más de diez días, en contravención con la normativa que resulte aplicable, siempre que dicha interrupción afecte, al menos, al quince por ciento de los usuarios del presunto infractor.
8. Cuando el operador cometa cualquier infracción sujeta a revocatoria y, en atención al interés público sea necesario intervenir previamente a la empresa.

Artículo 128.- Procedimiento de la Intervención.- En la resolución del procedimiento administrativo sancionatorio, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones podrá ordenar la intervención administrativa de la concesión, designando para ello a un interventor que, conjuntamente con el órgano de dirección de la empresa, se encargará del cumplimiento de las obligaciones y derechos de la operadora que sean necesarias para garantizar el interés público y los derechos de los usuarios. La intervención durará hasta que, a criterio de la Agencia y; sobre la base de los informes del interventor, se haya remediado el incumplimiento, sus efectos o hasta que la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones de forma efectiva su labor de control. En caso de no haberse remediado el incumplimiento, se procederá a la revocatoria de la concesión concesiones.

El procedimiento de intervención se realizará de conformidad con los siguientes parámetros:

- La intervención únicamente podrá realizarse previa sustanciación del procedimiento administrativo correspondiente.
- El acto administrativo deberá contener la procedencia de la intervención, requiriendo su ejecución en el plazo indicado a tal efecto.
- El interventor designado por la Agencia deberá asumir sus funciones en el término de diez (10) días contados a partir de la emisión del acto administrativo que ordene la intervención.
- El interventor no será considerado como administrador permanente de la operadora, sin perjuicio del ejercicio de potestades de investigación, revisión y recopilación de la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones.
- El interventor deberá emitir informes periódicos sobre la situación de la Sociedad Concesionaria en relación con los motivos que originaron la intervención.
- En caso de que, el interventor, con ocasión de las labores inherentes a su cargo obtuviere alguna información relativa a presuntos incumplimientos distintos a aquellos que motivaron la intervención, deberá comunicarlo de forma inmediata a la Agencia, so pena de destitución y sin perjuicio de las responsabilidades derivadas de la omisión.

Artículo 129.- Revocatoria y Reversión.- La revocatoria de concesiones conllevará a la terminación del contrato respectivo y, la reversión de todos los activos tangibles e intangibles afectos a la concesión, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, sus reglamentos y las resoluciones emitidas por la Agencias de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. La reversión constituirá título traslativo de dominio de todos los bienes afectos a la concesión.

Artículo 130.- Parámetros de la Reversión.- Sin perjuicio de lo que disponga la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones mediante

resolución, a efectos de la reversión deberá cumplirse con los siguientes parámetros:

1. La Reversión únicamente podrá realizarse previa sustanciación del procedimiento administrativo correspondiente.
2. Notificado el acto administrativo que contenga la orden de : revocatoria, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, establecer.., mediante resolución, el cronograma para la toma de posesión de todos los activos tangiles e intangibles afectos al servicio y la concesión, a fin de garantizar la continuidad del servicio y los derechos de los usuarios y, procederá a su ejecución.
3. La valoración de los activos será realizada por una firma evaluadora independiente de prestigio y experiencia en el sector de las telecomunicaciones, designada de común acuerdo entre la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y el operador en el lapso de cinco días hábiles contados a partir de la emisión de la Resolución de intervención por parte de la Agencia. A falta de acuerdo, la Agencia procederá a la designación unilateral.
4. Culminada la valoración antes referida, se firmará un acta de entrega definitiva contentiva de un inventario de los bienes objeto de reversión. Dicha Acta deberá anexarse a los documentos traslativos de la propiedad que se suscribirán, en el término de quince (15) días contados a partir de la realización del Acta de Entrega.
5. Una vez finalizada la valoración respectiva, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, pagará el valor original, depreciado y amortizado de todos los bienes afectos al servicio y a la concesión de que se trate, en atención a lo indicado en los libros que utilice la operadora a los fines de la declaración del Impuesto a la Renta.
6. La valoración realizada de conformidad con lo establecido en este artículo no será susceptible de impugnación alguna en sede administrativa y en sede judicial.

Artículo 131.- Valoración y Cálculo.- Para la determinación del monto que el Estado pagará a la operadora por concepto de reversión de los bienes afectos a la concesión, se atenderá al valor original de los bienes, depreciado y, amortizado, según libros usados por el concesionario para el pago del impuesto a la renta. Dicho valor será determinado por expertos independientes.

Artículo 132.- Rebajas.- Sin perjuicio de la aplicación de las atenuantes y agravantes establecidas en esta Ley, los operadores de servicios de radioaficionados u otros operadores de servicios cuyos ingresos anuales sean inferiores a doscientas remuneraciones básicas unificadas para el trabajador privado, que incurran en cualquiera de las infracciones establecidas en esta Ley que generen la sanción de multa, se les impondrá una rebaja del cincuenta por ciento sobre el mínimo de la multa establecida para la infracción de que se trate.

Artículo 133.- Destino de las multas.- Los montos derivados de la imposición de las multas establecidas en la presente Ley ingresarán al Presupuesto General del Estado, al momento de su pago, se destinarán al diseño y ejecución de programas y proyectos que constituyen su objeto, de conformidad con lo establecido en la presente Ley y sus reglamentos.

Artículo 134.- Inhabilitación.- Las personas naturales o jurídicas que hayan sido objeto de una sanción de revocatoria de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley, no podrán solicitar ni obtener títulos habilitantes o concesiones, para prestar servicios de telecomunicaciones o usar el espectro radioeléctrico por un lapso de diez años contados a partir de la fecha en que haya quedado firme el acto de revocatoria.

Artículo 135.- Decomiso de Equipos y Clausura.- Sin perjuicio de la aplicación de las demás sanciones establecidas en esta Ley, se impondrá la sanción de decomiso de equipos cuando:

1. Se realice la instalación de redes, la prestación de servicios de telecomunicaciones o el uso del espectro radioeléctrico, sin la obtención previa del título habilitante o concesión correspondiente.

2. Exista reincidencia en la instalación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones, sin la obtención previa del título habilitante o concesión correspondiente.
3. No se acaten las órdenes de revocatoria del título habilitante o concesión emitidas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.
4. Cuando el operador utilice las redes, equipos o los servicios para la comisión de delitos o se permita el uso de las redes para tales fines, sin cumplir los correctivos sugeridos por la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones.

Sin perjuicio de lo establecido en este artículo, las personas naturales o jurídicas que arbitrariamente instalen y operen servicios de telecomunicaciones, estaciones de radiodifusión, televisión, sistemas de audio y video por suscripción en sus diferentes modalidades y/o cualquier tipo de estación o sistema que el avance tecnológico lo permita, sin autorización del la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, serán clausuradas por el Director de la Agencia, para lo cual contará con el apoyo de la Fuerza Pública.

Los equipos de la estación serán requisados por la Agencia y pasarán a ser de propiedad de la misma y por tanto, constituirán parte de su patrimonio.

Al infractor no se le concederá ninguna frecuencia de radiodifusión o televisión, ni autorización o concesión de sistemas de audio y video por suscripción en sus diferentes modalidades y/o cualquier tipo de autorización para instalar y operar estación o sistema que el avance tecnológico lo permita.

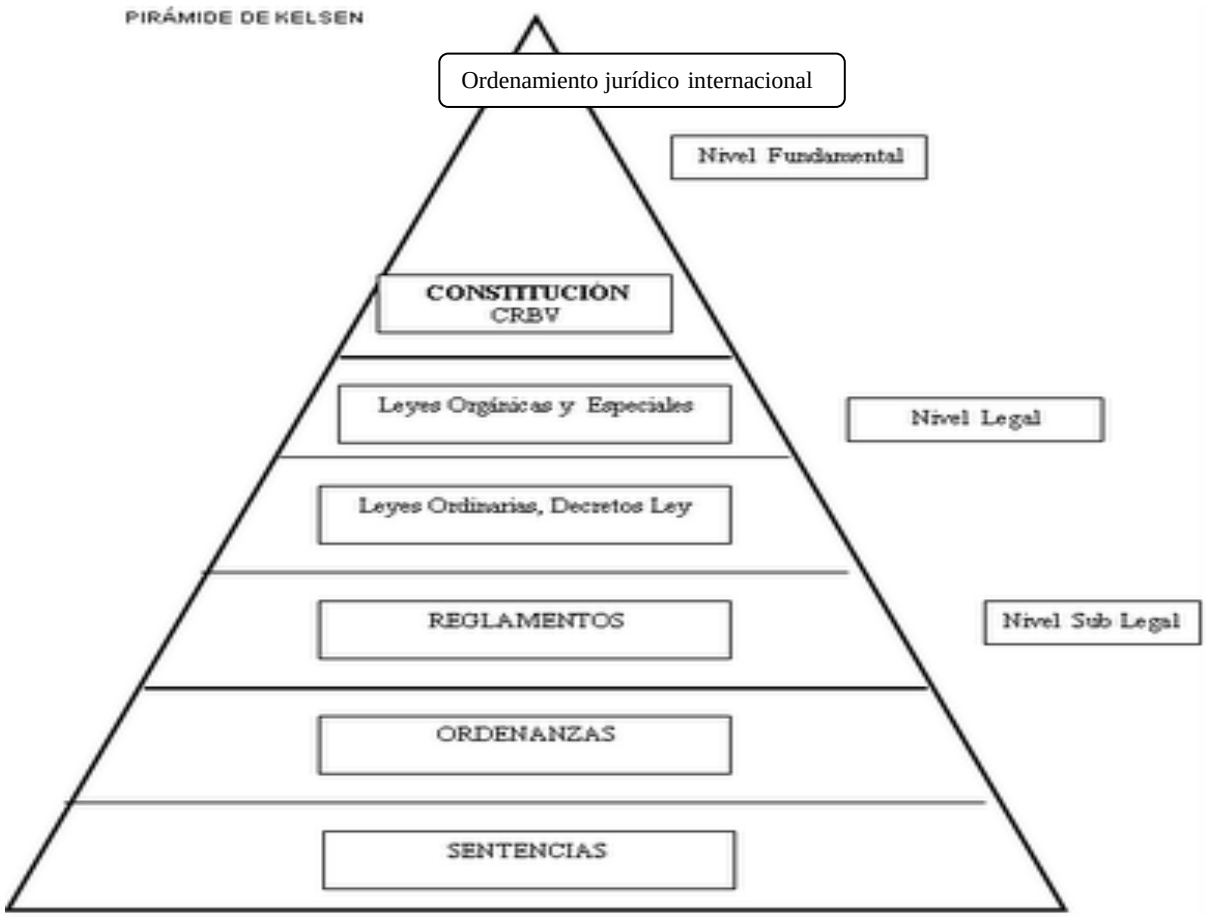
Artículo 136.- Atenuantes.- A los fines de la gradación de las sanciones a ser impuestas, la Agencia d< \ Regulación y Control de las Telecomunicaciones tomará en cuenta, además de la situación económica del infractor, las siguientes circunstancias atenuantes:

1. No haber sido sancionado con anterioridad a la apertura del procedimiento sancionatorio.
2. Haber admitido la infracción en el curso del procedimiento administrativo sancionatorio.
3. Haber subsanado la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción.
4. Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción.

Artículo 137.- Agravantes.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de su potestad sancionatoria igualmente deberá valorar las siguientes circunstancia agravantes:

1. Haber sido sancionado con anterioridad a la apertura del procedimiento sancionatorio.
2. La utilización de equipos no homologados.
3. La obstaculización de las labores de fiscalización o inspección por parte de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, antes y durante la sustanciación del procedimiento sancionatorio.
4. La obtención de beneficios económicos con ocasión de la comisión de la infracción.
5. El carácter continuado de la conducta infractora.
6. Cuando el nivel de afectación del servicio sea superior al diez por ciento de los usuarios del infractor.
7. El usuario perjudicado esté ubicado en una zona rural o urbano-marginal.

ANEXO 13



Kelsen defiende que la validez de todas las normas jurídicas emana y depende de otra norma superior, a la que el resto deben su validez y su eficacia, y la cúspide la ocupa la Constitución como norma suprema del sistema normativo de un Estado. Más allá, sólo más estaría el orden jurídico internacional, en cuya superioridad Kelsen creía firmemente.

Este modelo de revisión constitucional es el origen de los Tribunales Constitucionales nacidos a la luz de las primeras constituciones europeas del siglo XX y fundamento esencial para los regímenes neoconstitucionalistas de la actualidad.

ANEXO 14

CÓDIGO DE ÉTICA PERIODÍSTICA EN EL ECUADOR

La libertad de expresión del pensamiento es derecho fundamental del hombre y piedra angular de todas las libertades consagradas en la Constitución Política de la República y es, por tanto, una necesidad vital del pueblo ecuatoriano. Un derecho irrenunciable del periodista profesional y una obligación ineludible de los medios de comunicación social y del Estado

La libertad de expresión se plasma esencialmente en la libertad de información y de opinión, a través de los medios de la comunicación social. Este derecho es, en consecuencia, inalienable, por lo que le corresponde al periodista profesional su plena aplicación práctica, ya para satisfacer el anhelo comunitario de una información oportuna, veraz y objetiva, ya para contribuir a la correcta interpretación y orientación de los problemas en el complejo mundo en que vivimos, ya para ofrecer distracción constructiva y útil; ya, en fin, para reforzar e impulsar los programas y planes de desarrollo social y para luchar por la soberanía, independencia y dignidad nacionales.

El periodista profesional debe cumplir en este contexto un rol esencial. Está obligado a ser leal y consecuente con los principios y las aspiraciones de su pueblo, de su comunidad y de su familia. No es ni puede ser neutral, porque en la sociedad humana es imposible esa neutralidad, como no sea para favorecer directa o indirectamente, intereses antipopulares. Es y debe ser esencialmente objetivo, de manera especial para interpretar los acontecimientos de la vida diaria y darle a la información la categoría, el volumen, la importancia y la interpretación que realmente merece.

La delicada tarea que cumple el periodista profesional le obliga también a ser altamente responsable con los principios universales de la convivencia pacífica entre los países del mundo y el respeto mutuo con los fundamentos sociales de su propio pueblo y sus legítimas aspiraciones y con las libertades y derechos de la persona humana. No puede, en consecuencia, prestarse para alentar acciones o planes que atenten contra estos principios fundamentales. Deberá

ser ajeno al sensacionalismo irresponsable, a la mercantilización de la noticia o cualquier tipo de manipuleo de la información o de la opinión que falsee, tergiverse, niegue o limite la verdad.

Personalmente el periodista profesional, así como tiene derecho a garantías y facilidades para el mejor cumplimiento de su función, está obligado a respetar los derechos de los demás y la integridad moral de las personas, especialmente su vida privada y a guardar una conducta ejemplar que avale precisamente su autoridad para informar, orientar, denunciar o exigir a través de los medios de comunicación social.

Vista esta Declaración de Principios, la Federación Nacional de Periodistas del Ecuador dicta el siguiente CODIGO DE ETICA PROFESIONAL para normar la conducta profesional de los periodistas ecuatorianos:

CAPITULO I

EL PERIODISTA Y LA COMUNIDAD

Artículo 1.- El periodista tiene la obligación de proporcionar a la comunidad una información objetiva, veraz y oportuna.

Artículo 2.- El periodista debe lealtad a las aspiraciones y a los valores fundamentales de su comunidad.

Artículo 3.- El periodista está obligado a promover el desarrollo integral del país, la educación, la ciencia, la cultura y a luchar por la liberación del hombre y los pueblos.

Artículo 4.- La comunidad tiene derecho a ser correctamente informada y el periodista está obligado a evitar la deformación y tergiversación de las informaciones.

Artículo 5.- El periodista no debe utilizar su profesión para denigrar o humillar la dignidad humana.

Artículo 6.- El periodista está obligado a respetar la convivencia humana. Le está prohibido preconizar la lucha racial o religiosa. Defenderá la supervivencia de los grupos étnicos y sus derechos a la integración y al desarrollo del país.

Artículo 7.- El periodista está obligado a defender el derecho y el ejercicio de la libertad de expresión de todos los sectores de la comunidad, especialmente de los marginados de la comunicación social.

Artículo 8.- El periodista está obligado a luchar por la comunidad en la que se desenvuelve y defender el equilibrio ecológico y el medio ambiente.

Artículo 9.- El periodista debe oponerse y denunciar las campañas promocionales y publicitarias que atenten contra los valores humanos y sociales de la comunidad.

Artículo 10.- El periodista tiene la obligación de utilizar correctamente los idiomas oficiales.

CAPITULO II
EL PERIODISTA Y EL ESTADO

Artículo 11.- El periodista está obligado a defender la soberanía y la integridad territorial, sus símbolos patrios, su historia, su cultura y sus tradiciones.

Artículo 12.- El periodista exigirá del Estado una política nacional de comunicación que impida el monopolio de la información.

Artículo 13.- El periodista demandará del Estado la defensa de los derechos de los trabajadores, su capacitación, salarios justos, seguridad social y estabilidad.

Artículo 14.- El periodista exigirá del Estado la plena vigencia de la libertad de expresión, el libre acceso a las fuentes de información y el derecho del pueblo a una información objetiva, veraz y oportuna.

Artículo 15.- El periodista debe luchar para que el Estado garantice la plena vigencia de la Ley de Ejercicio Profesional del Periodista.

Artículo 16.- El periodista debe rechazar cualquier presión del Estado que pretenda obligarle a adoptar determinada posición o identidad política, religiosa o ideológica.

Artículo 17.- EI periodista debe impulsar y promover los programas del Estado destinados a fomentar el desarrollo integral del país.

Artículo 18.- El periodista luchará por la plena vigencia de los derechos humanos y se manifestará contrario a los regímenes fascistas o que no respeten la dignidad humana.

CAPITULO III
EL PERIODISTA Y LA FENAPE

Artículo 19.- El periodista debe cumplir y hacer cumplir este Código, la Ley de Ejercicio Profesional del Periodista, los Estatutos, Reglamentos, así como las resoluciones de la Federación Nacional de Periodistas del Ecuador, FENAPE.

Artículo 20.- El periodista será leal militante de la FENAPE y defensor de los principios profesionales.

Artículo 21.- El periodista está obligado a fomentar la fraternidad y el respeto mutuo entre colegas.

Artículo 22.- El periodista está obligado a defender a sus colegas que, en razón de su ejercicio profesional o creencias políticas, ideológicas o religiosas, sufrieran persecución, cárcel, tortura, exilio o cualquier otro acto represivo del sector público o privado que atente contra su libertad y dignidad.

Artículo 23.- Al periodista le está prohibido promover o participar en actos contrarios a la Federación Nacional de Periodistas.

CAPITULO IV
EL PERIODISTA Y EL EJERCICIO PROFESIONAL

Artículo 24.- El periodista guardará estricto secreto en el ejercicio de su profesión respecto de las fuentes de información.

Artículo 25.- El periodista debe verificar sus informaciones y recurrir a fuentes que garanticen una información veraz.

Artículo 26.- Le está prohibido al periodista recibir bienes o valores destinados a interferir o tergiversar su labor informativa y de opinión.

Artículo 27.- Le está prohibido al periodista utilizar prácticas desleales para desplazar a un colega y ocupar su puesto.

Artículo 28.- Al periodista le está prohibido aceptar remuneraciones inferiores al mínimo establecido por la ley.

Artículo 29.- El periodista denunciará ante la FENAPE las presiones que las fuentes ejerzan sobre el patrono para removerlo injustificadamente o impedir el ejercicio de su profesión.

Artículo 30.- Le está prohibido al periodista comunicar de mala fe informaciones que atenten contra la dignidad, el honor o prestigio de personas, instituciones y agrupaciones.

Artículo 31.- El periodista está obligado a rectificar las informaciones probadas como falsas. Los rumores y las noticias no confirmadas deben identificarse y tratarse como tales.

Artículo 32.- Al periodista le está prohibido utilizar como suyo material informativo en cuya elaboración no haya participado, no prestar su nombre para amparar publicaciones o programas donde no tenga participación efectiva.

Artículo 33.- El periodista debe informar a su Colegio Provincial casos de ejercicio ilegal de la profesión, a fin de que el Colegio denuncie el incumplimiento de la ley a las autoridades correspondientes.

Artículo 34.- Los periodistas que tienen funciones directivas no pueden ejercer acciones que perjudiquen a sus colegas subordinados por discrepancias políticas, ideológicas, religiosas, enemistad personal o consignas empresariales injustificadas.

Artículo 35.- Al periodista le está prohibido usar el anonimato, las publicaciones apócrifas y la divulgación de rumores falsos o tendenciosos.

CAPITULO V
EL PERIODISTA Y LA EMPRESA

Artículo 36.- El periodista está obligado a velar porque se cumplan las disposiciones de la legislación laboral.

Artículo 37.- El periodista exigirá a la empresa respeto para sus creencias políticas, ideológicas y religiosas.

Artículo 38.- El periodista exigirá a la empresa respeto a su producción, cuyo sentido no podrá ser cambiado sin su consentimiento.

Artículo 39.- El periodista debe asumir conjuntamente con la empresa la responsabilidad de toda información elaborada por él y difundida sin que ésta haya sufrido alteración ajena a su voluntad.

Artículo 40.- El periodista debe propender a que se le reconozca el derecho a intervenir en la elaboración y ejecución de la política editorial e informativa del medio en que trabaja.

Artículo 41.- El periodista debe exigir en sus relaciones con la empresa un tratamiento ajustado a su dignidad y al valor e importancia que tiene su profesión en la sociedad.

CAPITULO VI
EL PERIODISTA Y LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Artículo 42.- El periodista está obligado a cumplir las decisiones y acuerdos que la institución tome estatutariamente en sus relaciones internacionales.

Artículo 43.- El periodista debe luchar por la libertad de los pueblos, contra el colonialismo, el neocolonialismo y toda forma de discriminación ideológica, religiosa y racista.

CAPITULO VII
DISPOSICION FINAL

Artículo 44.- El presente CODIGO DE ETICA PROFESIONAL fue aprobado por el Comité Ejecutivo Nacional de la Federación Nacional de Periodistas del Ecuador, en la ciudad de Cuenca, el 17 de noviembre de 1978.

Promulgado en el Registro Oficial No. 120, de 4 de febrero de 1980

ANEXO 15

DECLARACIÓN DE CHAPULTEPEC

Adoptada por La Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión celebrada en México, D.F. el 11 de marzo de 1994

PREAMBULO

En el umbral de un nuevo milenio, América puede ver su futuro afincada en la democracia. La apertura política ha ganado terreno. Los ciudadanos tienen mayor conciencia de sus derechos. Elecciones periódicas, gobiernos, parlamentos, partidos políticos, sindicatos, asociaciones y grupos sociales de la más variada índole, reflejan más que en ningún otro momento de nuestra historia las aspiraciones de la población.

En el ejercicio democrático, varios logros suscitan el optimismo, pero también aconsejan la prudencia. La crisis de las instituciones, las desigualdades, el atraso, las frustraciones transformadas en intransigencia, la búsqueda de recetas fáciles, la incomprensión sobre el carácter del proceso democrático y las presiones sectoriales, son un peligro constante para el progreso alcanzado. Constituyen también obstáculos potenciales para seguir avanzando.

Por todo ello, es deber de quienes vivimos en este hemisferio, desde Alaska hasta Tierra del Fuego, consolidar la vigencia de las libertades públicas y los derechos humanos.

La práctica democrática debe reflejarse en instituciones modernas, representativas y respetuosas de los ciudadanos; pero debe presidir también la vida cotidiana. La democracia y la libertad, binomio indisoluble, solo germinarán con fuerza y estabilidad si arraigan en los hombres y mujeres de nuestro continente.

Sin la práctica diaria de ese binomio, los resultados son previsibles: la vida individual y social se trunca, la interacción de personas y grupos queda cercenada, el progreso material se distorsiona, se detiene la posibilidad de cambio, se desvirtúa la justicia, el desarrollo humano se convierte en mera ficción. La libertad no debe ser coartada en función de ningún otro fin. La

libertad es una, pero a la vez múltiple en sus manifestaciones; pertenece a los seres humanos, no al poder.

Porque compartimos esta convicción, porque creemos en la fuerza creativa de nuestros pueblos y porque estamos convencidos de que nuestro principio y destino deben ser la libertad y la democracia, apoyamos abiertamente su manifestación más directa y vigorosa, aquella sin la cual el ejercicio democrático no puede existir ni reproducirse: la libertad de expresión y de prensa por cualquier medio de comunicación.

Los firmantes de esta declaración representamos distintas herencias y visiones. Nos enorgullecemos de la pluralidad y diversidad de nuestras culturas, y nos felicitamos de que confluyan y se unifiquen en el elemento que propicia su florecimiento y creatividad: la libertad de expresión, motor y punto de partida de los derechos básicos del ser humano.

Sólo mediante la libre expresión y circulación de ideas, la búsqueda y difusión de informaciones, la posibilidad de indagar y cuestionar, de exponer y reaccionar, de coincidir y discrepar, de dialogar y confrontar, de publicar y transmitir, es posible mantener una sociedad libre. Sólo mediante la práctica de estos principios será posible garantizar a los ciudadanos y grupos su derecho a recibir información imparcial y oportuna. Sólo mediante la discusión abierta y la información sin barreras será posible buscar respuestas a los grandes problemas colectivos, crear consensos, permitir que el desarrollo beneficie a todos los sectores, ejercer la justicia social y avanzar en el logro de la equidad.

Por esto, rechazamos con vehemencia a quienes postulan que libertad y progreso, libertad y orden, libertad y estabilidad, libertad y justicia, libertad y gobernabilidad, son valores contrapuestos.

Sin libertad no puede haber verdadero orden, estabilidad y justicia. Y sin libertad de expresión no puede haber libertad. La libertad de expresión y de búsqueda, difusión y recepción de informaciones sólo podrá ser ejercida si existe libertad de prensa.

Sabemos que no toda expresión e información pueden encontrar acogida en todos los medios de comunicación. Sabemos que la existencia de la libertad de prensa no garantiza automáticamente la práctica irrestricta de la libertad de

expresión. Pero también sabemos que constituye la mejor posibilidad de alcanzarla y, con ella, disfrutar de lasdemás libertades públicas.

Sin medios independientes, sin garantías para su funcionamiento libre, sin autonomía en su toma de decisiones y sin seguridades para el ejercicio pleno de ella, no será posible la práctica de la libertad de expresión. Prensa libre es sinónimo de expresión libre.

Allí donde los medios pueden surgir libremente, decidir su orientación y la manera de servir al público, allí también florecen las posibilidades de buscar información, de difundirla sin cortapisas, de cuestionarla sin temores y de promover el libre intercambio de ideas y opiniones. Pero, cuando con el pretexto de cualesquiera objetivos se cercena la libertad de prensa, desaparecen las demás libertades.

Nos complace que, tras una época en que se pretendió legitimar la imposición de controles gubernamentales a los flujos informativos, podamos coincidir ahora en la defensa de la libertad. En esta tarea, muchos hombres y mujeres del mundo estamos unidos. Sin embargo, también abundan los ataques. Nuestro continente no es una excepción. Aún persisten países con gobiernos despóticos que reniegan de todas las libertades, especialmente, las que se relacionan con la expresión. Aún los delincuentes, terroristas y narcotraficantes amenazan, agreden y asesinan periodistas.

Pero no solo así se vulnera a la prensa y a la expresión libres. La tentación del control y de la regulación coaccionante ha conducido a decisiones que limitan la acción independiente de los medios de prensa, periodistas y ciudadanos que desean buscar y difundir informaciones y opiniones.

Políticos que proclaman su fe en la democracia son a menudo intolerantes ante las críticas públicas. Sectores sociales diversos adjudican a la prensa culpas inexistentes.

Jueces con poca visión exigen que los periodistas divulguen fuentes que deben permanecer en reserva. Funcionarios celosos niegan a los ciudadanos acceso a la información pública. Incluso las constituciones de algunos países democráticos contienen ciertos elementos de restricción sobre la prensa.

Al defender una prensa libre y rechazar imposiciones ajenas, postulamos, asimismo, una prensa responsable, compenetrada y convencida de los compromisos que supone el ejercicio de la libertad.

PRINCIPIOS

Una prensa libre es condición fundamental para que las sociedades resuelvan sus conflictos, promuevan el bienestar y protejan su libertad. No debe existir ninguna ley o acto de poder que coarte la libertad de expresión o de prensa, cualquiera sea el medio de comunicación.
Porque tenemos plena conciencia de esta realidad, la sentimos con profunda convicción y estamos firmemente comprometidos con la libertad, suscribimos esta Declaración, con los siguientes principios:

1. No hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa. El ejercicio de ésta no es una concesión de las autoridades; es un derecho inalienable del pueblo.
2. Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir información, expresar opiniones y divulgarlas libremente. Nadie puede restringir o negar estos derechos
3. Las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público. No podrá obligarse a ningún periodista a revelar sus fuentes de información.
4. El asesinato, el terrorismo, el secuestro, las presiones, la intimidación, la prisión injusta de los periodistas, la destrucción material de los medios de comunicación, la violencia de cualquier tipo y la impunidad de los agresores, coartan severamente la libertad de expresión y de prensa. Estos actos deben ser investigados con prontitud y sancionados con severidad.
5. La censura previa, las restricciones a la circulación de los medios o a la divulgación de sus mensajes, la imposición arbitraria de información, la

creación de obstáculos al libre flujo informativo y las limitaciones al libre ejercicio y movilización de los periodistas, se oponen directamente a la libertad de prensa.

6. Los medios de comunicación y los periodistas no deben ser objeto de discriminaciones o favores en razón de lo que escriban o digan.
7. Las políticas arancelarias y cambiarias, las licencias para la importación de papel o equipo periodístico, el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión y la concesión o supresión de publicidad estatal, no deben aplicarse para premiar o castigar a medios o periodistas.
8. El carácter colegiado de periodistas, su incorporación a asociaciones profesionales o gremiales y la afiliación de los medios de comunicación a cámaras empresariales, deben ser estrictamente voluntarios.
9. La credibilidad de la prensa está ligada al compromiso con la verdad, a la búsqueda de precisión, imparcialidad y equidad, y a la clara diferenciación entre los mensajes periodísticos y los comerciales. El logro de estos fines y la observancia de los valores éticos y profesionales no deben ser impuestos. Son responsabilidad exclusiva de periodistas y medios. En una sociedad libre la opinión pública premia o castiga.
10. Ningún medio de comunicación o periodista debe ser sancionado por difundir la verdad o formular críticas o denuncias contra el poder público.

La lucha por la libertad de expresión y de prensa, por cualquier medio, no es tarea de un día; es afán permanente. Se trata de una causa esencial para la democracia y la civilización en nuestro hemisferio. No sólo es baluarte y antídoto contra todo abuso de autoridad: es el aliento cívico de una sociedad. Defenderla día a día es honrar a nuestra historia y dominar nuestro destino. Nos comprometemos con estos principios.

ANEXO 16

ANEXO 16.1.

Gertz v. Robert Welch, Inc., (EE.UU.-1974), fue un caso en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció el estándar de la Primera Enmienda de la protección contra la difamación de las reclamaciones presentadas por particulares.

ANEXO 16.2.

Del latín Camera stellata, cámara estrella, fue una corte de derecho inglés que se reunía en el Palacio Real de Westminster hasta 1641 y estaba conformada por el Consejo Privado del Reino Unido y por jueces de derecho común anglosajón, y suplementaba las actividades de las cortes de derecho común y las cortes de equidad, tanto en materias civiles como penales: Tomado de Wikipedia; http://en.wikipedia.org/wiki/Star_Chamber

ANEXO 16.3.

Según datos de la ONG periodistasenlínea.org sólo en el período 2000-2007, se confirmó la muerte de 39 periodistas mientras que la cifra de desaparecidos en el ejercicio de su profesión no logró ser determinada. La ONU y sus organismos derivados, dependientes y adjuntos respecto a Derechos Humanos han hecho un señalamiento claro a cerca del “peligro” del ejercicio periodístico en ese país. Inclusive, se llegó a reconocer al periodismo como la profesión-oficio más peligrosa existente. Según cifras de la CIDH, la cifra de periodistas asesinados en México a septiembre de 2011, fue de 74 aunque ese gobierno no lo reconoce.

ANEXO 16.4.

La sentencia “Campillay fue dictada el 15 de mayo de 1986. Se trató de la primera doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia de Argentina con un fin: ayudar a dirimir entre el derecho a la honra y el derecho de crónica e información, cuando la prensa reproduce declaraciones de terceros.

Julio César Campillay fue detenido y luego señalado en un boletín de prensa de la Policía Federal como autor de diversos delitos. La información fue publicada por diversos medios. Campillay luego fue liberado y sobreseído, y demandó a los medios por la lesión ocasionada a su reputación. En primera y segunda instancia se hizo lugar a la demanda y se condenó a los demandados al pago de una indemnización. Dos de los condenados interpusieron recurso extraordinario ante la Corte Suprema ya que alegaron haber copiado un comunicado policial. El Fallo del caso "Campillay, Julio César / La Razón y otros medios/ responsabilidad civil" resolvió confirmar la sentencia de Cámara. El voto mayoritario se fundamentaba en que en la redacción de notas periodísticas que pueden lesionar el honor de una persona, el medio de prensa se puede eximir de responsabilidad cuando atribuye el contenido de la nota a una fuente pertinente, cuando utiliza el tiempo de verbo en potencial y cuando se deja en reserva la identidad de los implicados en la publicación."
Resumen de: "*Post etiquetado 'Doctrina Campillay'*", Todo Sobre la Corte-Argentina; 2011: http://todosobrelacorte.com/tag/doctrina-campillay/

ANEXO 16.5.

El autor refiere la sentencia en el caso Abrams vs. Estados Unidos (1919), que fue una decisión de la Corte Suprema basada en la Ley de Espionaje de 1917 y la Ley de Sedición de 1918. Los acusados fueron condenados sobre la base de dos folletos impresos y se lanzaron desde las ventanas de un edificio en Nueva York: uno, firmado por "revolucionarios", denunció el envío de tropas estadounidenses a Rusia; y, otro, escrito en yidish, denunciando los esfuerzos de guerra y intentos de EE.UU. para impedir la revolución rusa y abogando por el cese de la producción de armas para ser usadas contra la Rusia Soviética. Los demandados fueron acusados y condenados por incitar a la resistencia a la guerra y por instar a reducción de la producción de material de guerra esencial. Fueron condenados a 20 años de prisión, tras considerarse que la sentencia no viola la libertad de expresión protegida por la Primera Enmienda y luego de que el juez John Hessin Clarke los acusara con base en la Sedition Act (para ese momento ya inaplicable" de promover la "resistencia" en EEUU contra la guerra

y la economía a través de la instigación al cese de la producción de armas. Sin embargo, los Jueces Oliver Wendell Holmes y Louis Brandeis no estuvieron de acuerdo, permitiendo que al final, el caso fuera anulado en última instancia.
Holmes salvó su voto alegando que una condena de veinte años contra los acusados era un castigo inconstitucional y que penaba sus creencias. Al respecto, Holmes escribió (no textualmente pero sí esencialmente): la persecución por la expresión de opiniones me parece perfectamente lógico si el fin del poder es barrer con toda oposición, pero cuando los hombres se han dado cuenta que el tiempo ha molestado a muchas religiones y luchas, ellos creen que el fundamento mismo de su propia conducta y que el bien deseado es la libre producción de ideas (ver ANEXO III).

ANEXO 16.6.

La Constitución de Suecia se compone de cuatro leyes fundamentales (en sueco: grundlagar):

* El Instrumento de Gobierno (1974) (en sueco: Regeringsformen)
* La Ley de Sucesión (1810) (en sueco: Successionsordningen)
* La Ley de Libertad de prensa (1949) (en sueco: Tryckfrihetsförordningen)
* La Ley de libertad de expresión (1991) (en sueco: Yttrandefrihetsgrundlagen)

ANEXO 16.7.

Cuando se habla de un criterio prima facie se debe distinguir entre una norma como tal y el principio que la origina. Así, los principios son posibilidades jurídicas y fácticas que no contienen mandatos definitivos, es decir, son prima facie, pues pueden ser desplazados por otras razones en un determinado momento histórico-social; mientras que las reglas, en un ordenamiento positivo, son de obligatorio cumplimiento y la existencia de una en contraposición de otra puede invalidar a una de ellas, por lo que son definitivas y no prima facie.

ANEXO 16.8.

El texto puede ser conocido íntegramente en la siguiente dirección: http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es/legalcode.es

ANEXO 16.9.

Cuando en el capítulo I de este trabajo, se hacía referencia a la Sedition Act, en su análisis histórico a cerca de la criminalización de la libertad de expresión, Arias Castaño refiere que únicamente durante los primeros años de la aplicación de esa normativa, durante el gobierno de John Quincy Adams (EEUU), se apresó al menos a 25 personalidades de cuyos casos queda constancia.

El autor escribe que “no se sabe con certeza en cuántas ocasiones se aplicó la Sedition Act, aunque F. M. ANDERSON [ARIAS CASTAÑO, ABEL; Cita: F. M. ANDERSON “The enforcement of the Alien and sedition laws”, Annual Report of the American Historical Association, 1912, pág. 120] afirma que bajo tal legislación fueron detenidas 24 o 25 personas, de las cuáles fueron acusadas 15, y que las 10 que fueron juzgadas, fueron finalmente declaradas culpables (…) De todos los procesos los más importantes tuvieron como encausados a relevantes personalidades del momento como, Mathew Lyon, Anthony Haswell, Thomas Cooper y James Callender. El político republicano Matthew Lyon, por ejemplo, fue la primera persona acusada bajo la Sedition Act. Lyon era un político visceral que había protagonizado acaloradísimas discusiones parlamentarias debido a las cuales se había granjeado una pésima reputación en los periódicos federalistas. Cuando se aprobó la Sedition Act, Lyon afirmó: ‘Sin duda, yo seré uno de los primeros a los que se aplique esta Ley’. Sus pronósticos se cumplieron y el 7 de octubre de 1798 comenzó el juicio en que se le acusaba de haber difamado al presidente y al gobierno de los EEUU con un propósito sedicioso. El motivo concreto de la acusación fue una Carta en la que Lyon decía del Presidente Adams que ‘no tenía en cuenta ninguna consideración de interés público en su continua ambición de poder, en su inextinguible sed de pompa ridícula, de adulación necia y de avaricia egoísta’.

Anthony Haswell, director de un influyente periódico del momento, el Vermont Gazette, fue juzgado bajo la Sedition Act, tras haberse encargado de organizar una colecta popular dirigida a pagar la multa que se le había impuesto a Lyon. Haswell utilizó su periódico para anunciar la colecta y para explicar sus motivaciones en un artículo, en que afirmaba que 'la mano opresiva del poder usurpado tiene a vuestro representante (Mathew Lyon) en una odiosa prisión, privado casi del derecho de la razón y sufriendo todas cuantas indignidades puede acumular sobre él un salvaje de pétreo corazón que, para desgracia del federalismo, ha sido elevado a un puesto desde el que puede saciar su barbarie en la miseria de sus víctimas'. Por tales afirmaciones Haswell fue enjuiciado bajo la Sedition Act, y condenado a una multa de 200 dólares, y 2 meses de prisión. Por su parte, Thomas Cooper era el director de un periódico de Pennsylvania -el Northumberland Gazzete- que en 1799 se había convertido en uno de los diarios norteamericanos más críticos con el gobierno federalista de Adams. El 26 de octubre de 1799, en un periódico republicano se difundió el rumor de que la animadversión política que Cooper mostraba a través de su periódico hacia el gobierno de Adams podía deberse a un rencor personal, motivado porque dos años antes Cooper había pedido –sin éxito- la recomendación de Adams para conseguir un trabajo en la Administración. Cooper quiso entonces dar una explicación a sus lectores y publicó un artículo en su periódico en el que explicaba que: 'No considero impropio hacer una petición al Sr Adams para trabajar en su Administración.

En el tiempo en que el Sr Adams accedió a su cargo estaba apenas en la infancia del error político, los mismos que dudaban de su capacidad le creían bienintencionado. No llevábamos todavía a cuestas el gasto de una armada permanente ni estábamos amenazados con la creación, bajo sus auspicios, de un ejército también permanente. Nuestro crédito no había llegado a ser tan extremo como para tomar dinero prestado a un interés del ocho por ciento en tiempos de paz…' Las afirmaciones contenidas en esta Carta hicieron que se le juzgase bajo la Sedition Act y que, finalmente, se le condenase a una pena de prisión de 6 meses y a abonar una multa de 400 dólares. Por último, en el caso

de James Callender, su procesamiento bajo la Sedition Act vino motivado por la publicación de su libro The prospect before us (‘Lo que nos espera’). Se trataba de un libro de contenido claramente electoral, en el que se desacreditaba al Presidente Adams, y en el que se pedía el voto para Jefferson en las próximas elecciones como única solución para frenar la grave decadencia en que a su juicio el Gobierno federalista había sumido a los EEUU. Con tal propósito se afirmaba entre otras cosas que Adams era ‘un aristócrata declarado que había resultado leal servidor de los intereses británicos’. Por esas afirmaciones, James Callender fue declarado culpable y condenado a una pena de prisión de 9 meses, y a una multa de 200 dólares” [ARIAS CASTAÑO, Abel; “La Criminalización de la Libertad de Expresión”; 2009; Publicaciones de Historia Constitucional; Madrid; páginas 306-307].

ANEXO 16.10.

En realidad, la Corte ha otorgado una serie de medidas cautelares en defensa de la Libertad de Expresión en el Estado venezolano. Algunas de estas son:

- El 11 de enero de 2002 otorgó medidas cautelares para proteger la vida, integridad personal y libertad de expresión de los periodistas que laboran en el Diario “El Nacional”, quienes fueron objeto de amenazas y agresiones por parte de personas con vínculos con el gobierno.
- El 28 de enero de 2002 otorgó medidas cautelares para proteger la vida, integridad física y libertar de expresión de Andrés Mata Osorio, periodista del Diario “El Universal”, quien “en un clima de hostigamiento hacia los medios de prensa”, fue víctima de amenazas contra su vida y la de su familia; y de la periodista Alicia La Rotta Morán, quien fue víctima de agresiones físicas por causa de su labor periodística.
- El 28 de febrero de 2002 otorgó medidas cautelares para proteger la vida, integridad personal y libertad de expresión de Luis Alfonso Fernández, Julio Gregorio Rodríguez García y demás trabajadores y periodistas de Venevisión, quienes fueron víctimas de ataques verbales, acoso y vandalismo en ocasión de cubrir eventos periodísticos.

- El 12 de marzo de 2002, otorgó medidas cautelares en favor de Ybéyise Pacheco, Patricia Poleo, Marta Colombina y Marianella Salazar, periodistas del diario "Así es la Noticia", luego de que las instalaciones del diario sufrieron un atentado con explosivos, tras lo cual los periodistas recibieron amenazas telefónicas y escritas.
- El 28 de mayo de 2002 otorgó medidas cautelares en favor de Dubraska Romero, periodista del vespertino "Tal Cual" quien recibió amenazas por causa de su actividad periodística.
- El 5 de noviembre de 2002 otorgó medidas cautelares en favor de José Ángel Ocanto, jefe de información del Diario El Impulso, de Barquisimeto, por amenazas y actos de hostigamiento.
- El 4 de diciembre de 2002 otorgó medidas cautelares en favor del Padre Juan Manuel Fernández, secretario del Arzobispado de Caracas, y representante de ValeTV, tras ser objeto de amenazas y de un atentado en el cual resultó herido de bala junto a un menor de edad.

ANEXO 16.11.

El PRINCIPIO DEL STOPEL, es la doctrina del hecho de que los sujetos se encuentran vinculados a sus actos y a las consecuencias propias de los mismos. Es una institución que procede del Common Law. De forma estricta el principio de Estoppel es la prohibición que se le hace a una parte para contradecirse, incluso lícitamente, respecto a lo que ella misma ha dicho, hecho o dejado creer a los demás. La jurisprudencia ha puesto dos condiciones para poder alegar el Estoppel ante un tribunal: existencia de una conducta por una de las partes que incite a la otra a adoptar una posición; existencia de un perjuicio en la parte que ha actuado con buena fe.

ANEXO 16.12.

La libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general,

quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre, según señala la Corte en el texto de su Opinión Consultiva OC-5/85, a la que ya se ha hecho referencia previamente.

ANEXO 16.13.

Para apoyar este criterio, la Corte Interamericana, cita a la Corte Europea de Derechos Humanos que sostiene, de manera consistente que: los límites de la crítica aceptable son respecto de un político, más amplios que en el caso de un particular. A diferencia de este último, aquel inevitable y conscientemente se abre a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia. El criterio de protección de todas las personas, comprende también a los políticos, aún cuando no estén actuando en carácter de particulares, pero en esos casos los requisitos de dicha protección tienen que ser ponderados en relación con los intereses de un debate abierto sobre los asuntos políticos.

ANEXO 16.14.

Diario El Universo, Artículo “NO a las mentiras”, Autor: Emilio Palacio Urrutia; publicado el 6 de febrero de 2011.
El texto completo puede ser hallado en
http://www.eluniverso.com/2011/02/06/1/1363/mentiras.html

ANEXO 16.15.

Esta declaración puede encontrarse en cualquier medio ecuatoriano, ya sea virtual, visual, radial o impreso. En esta ocasión ha sido tomado de:
http://www.ecuadortimes.net/es/2011/11/29/correa-rindio-su-juramento-en-caso-%E2%80%9Cel-gran-hermano%E2%80%9D/

ANEXO 16.16.

Cronología sobre en caso El Gran Hermano, 29 de noviembre de 2011; Ecuador Times on-line; http://www.ecuadortimes.net/es/2011/11/29/correa-rindio-su-juramento-en-caso-%E2%80%9Cel-gran-hermano%E2%80%9D/

ANEXO 16.17.

Véase: http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/Votaciones/60/tabla3or2-61.php3

ANEXO 16.18.

El artículo 93 de este mismo cuerpo legal señala: A toda elección precederá la proclamación y solicitud de inscripción de candidaturas por las organizaciones políticas y su calificación a cargo de la autoridad electoral competente, las candidatas y candidatos deberán reunir los requisitos y no encontrarse comprendidos en las prohibiciones determinadas en la Constitución de la República y en la ley. Las candidaturas se considerarán inscritas de forma oficial únicamente luego de la resolución en firme que las califique, que constituye el acto por el cual el organismo electoral competente acepta su inscripción.

Los dignatarios de elección popular podrán reelegirse por una sola vez, consecutiva o no, para el mismo cargo.

Las autoridades de elección popular que se postulen para un cargo diferente deberán renunciar al que desempeñan antes de presentar la solicitud de inscripción de su candidatura. Los dignatarios que opten por la reelección inmediata podrán hacer uso de licencia sin remuneración desde la inscripción de sus candidaturas hasta el día siguiente de las elecciones.

Esta disposición no rige para las autoridades de elección popular que ostenten la calidad de alternos que al momento de la inscripción de su candidatura no estén en el ejercicio de las funciones de principales; sin embargo, si participan para una dignidad diferente de la de su alternabilidad no podrán principalizarse durante el proceso electoral y automáticamente perderán su condición de alternos en el caso de ser electos.

Se entenderá por reelección, igualmente, la de las autoridades que habiendo sido elegidos para un cargo han pasado a desempeñar por subrogación definitiva otro cargo de elección popular, siempre que tal subrogación se haya producido con dos años de anticipación por lo menos, a la fecha de presentación de sus candidaturas para su inscripción.

ANEXO 16.19.

Artículo 104.- Definición de Radiodifusión Sonora y Televisión Abierta-. Los servicios de señal abierta están conformados por los servicios de radiodifusión sonora y los servicios de televisión abierta.

A los efectos de esta Ley, se entiende por radiodifusión sonora al servicio de radiocomunicación unidireccional, que permite la difusión de programación de audio y datos (RDS), para ser recibida directamente por el público en general, mediante frecuencias del espectro radioeléctrico. Tales servicios operan a través de un canal de frecuencia que corresponde a la banda atribuida para los servicios de radiodifusión sonora en el Plan Nacional de Frecuencias.

A los efectos de esta Ley se entiende por televisión abierta al servicio de radiocomunicación unidireccional, que permite la difusión de programación de audio, video y datos, para ser recibida directamente por el público en general, mediante frecuencias del espectro eléctrico. Tales servicios operan a través de un canal de frecuencia que corresponde a la banda atribuida para los servicios de televisión abierta en el Plan Nacional de Frecuencias.

ANEXO 16.20.

El código deontológico del periodista es un documento universalmente aceptado y de práctica generalizada que engloba los siguientes puntos:

1. El respeto a la verdad.
2. Estar abierto a la investigación de los hechos.
3. Perseguir la objetividad aunque se sepa inaccesible.
4. Contrastar los datos con cuantas fuentes periodísticas sean precisas.
5. Diferenciar con claridad entre información y opinión.

6. Enfrentar, cuando existan, las versiones sobre un hecho.
7. Respeto a la presunción de inocencia.
8. Rectificación de las informaciones erróneas.

A esto, la UNESCO proclamó un decálogo de principios que es enseñado, por práctica ética, en todas las Facultades de Comunicación Social del mundo (además de las anteriormente señaladas) en la primera clase (por tradición académica) al inicio de la carrera.

Deberes:

- Con el pueblo, por una información verídica
- Emitir una imagen objetiva de la realidad por medio de una información precisa y completa
- Adhesión del periodista a la realidad objetiva
- Favorecer el acceso del público a la información y a la participación del público en los medios
- Respetar el derecho de las personas a la vida privada y a la dignidad humana, así como a la propiedad intelectual
- Respeto total a la comunidad nacional, a sus instituciones democráticas y a la moral pública
- Práctica irrestricta de los valores de: el respeto a los valores universales y a la diversidad de culturas; propender a la eliminación de la guerra y otras grandes plagas de la humanidad y confrontarlas como realidad; y la promoción de un nuevo mundo de la información y la comunicación.

Derechos: conectados a los deberes.

- Derecho a abstenerse de trabajar en contra de sus convicciones (ligado intrínsecamente al principio de la objeción de conciencia, protegido en los sistemas internacionales y sobre todo, en las legislaciones europeas, como casi ningún otro derecho fundamental).
- Derecho a abstenerse de revelar sus fuentes de información

Derecho a abstenerse de participar en la toma de decisiones en los medios de comunicación en que está empleado.

ANEXO 16.21.

Es el Instituto Internacional de Derechos Humanos en Estrasburgo, Francia, a cargo de Karel Vasak, quien elabora, por primera vez, la división de los derechos humanos en tres generaciones: **Primera Generación**, Derechos civiles y políticos, que tratan esencialmente de la libertad y la participación en la vida política y tienen como objetivo la protección del individuo de los excesos del Estado (incluyen, la libertad de expresión, el derecho a un juicio justo, la libertad de religión, y el sufragio, entre otros), constando en texto, por primera vez, en la Carta de Derechos de los Estados Unidos, y en Francia por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en el siglo XIX, y fueron consagrados por primera vez a nivel global por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; **Segunda Generación**, Derechos económicos, sociales y culturales, relacionados con la igualdad de condiciones y de trato (incluyen el derecho a ser empleados, a la educación, los derechos a vivienda y a la salud, así como la seguridad social y las prestaciones por desempleo, entre otros) surgidos de la revolución Industrial, también fueron incluidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, además, incorporados en los artículos 22 al 27 de la Declaración Universal y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y, **Tercera Generación,** Derechos de solidaridad, que incluyen el derecho a un medio ambiente sano y libre de problemas, surge en la doctrina en los años 80's del siglo XX, e incluye todos los aspectos de cooperación internacional para evitar guerras, conflictos, el derecho a la paz, la justicia social internacional, la identidad de los pueblos, la vida digna, el patrimonio común de los pueblos, entre otros. Y aunque el tema del Desarrollo de los pueblos es parte de este último grupo, hay otros que hablan de una **Cuarta Generación** de Derechos, que incluye el derecho de los Estados al Desarrollo (AGUILAR CUEVAS, Magdalena; "*Las Tres Generaciones de Derechos Humanos*"; Ediciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México; páginas 93 a 99; versión digital;
http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr20.pdf)

ANEXO 16.22.

En la legislación española (1997) antes señalada, en el artículo 2o., se señalan dos causales para la procedencia de la cláusula de conciencia:

a) *Cuando en la empresa informativa se produce un cambio sustancial de orientación informativa o de línea ideológica.*

Causal clásica y de tendencia francesa (sistema europeo continental) cuando habla de un cambio notable en el carácter u orientación de la empresa informativa que atente contra su honor o reputación, o si de un modo general se afectan sus intereses morales. sin embargo, ya para 1935, la legislación francesa, pionera en la defensa de este derecho de las sociedades de información, protegía más ampliamente el ejercicio de este principio haciendo alusión *a la afectación de sus intereses morales*; expresión dentro de la cual pueden caber diversas situaciones que vulneren la independencia del informador y dando amplitud para que estos sean considerados a nivel de una Mesa de Práctica Ética.

b) *Cuando al comunicador se le traslade a otro medio del mismo grupo y con lo cual se "suponga una ruptura patente con la orientación profesional" de aquél*.

En la doctrina del constitucionalista Marc Carrillo, se propone una visión más amplia, en la que en este mismo punto se incluya a una forma indirecta de sesgo que incluye el traslado arbitrario de una sección informativa a otra, a fin de lesionar la estima y de controlar la labor del comunicador.

ANEXO 16.23.

Jurista y pensador argentino, abogado recibido en la Universidad de Buenos Aires (1949) y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la misma casa de estudios. Fue asesor de la Convención Nacional Constituyente de 1994 en la reforma de la constitución argentina y miembro de la Comisión Asesora para la Redacción de la Constitución Nacional en 1972. Nunca estuvo afiliado a ningún partido y no fue funcionario de ningún gobierno, pero era permanentemente consultado por el Estado, fue profesor de universidades argentinas y extranjeras y sus obras son materia de estudio obligatorio en las Facultades y

Escuelas de Derecho del mundo, escribiendo bastos documentos sobre sociología jurídica, filosofía jurídica, historia Jurídica, teoría política, derechos fundamentales y garantías, amparo, hábeas corpus, entre otros.

ANEXO 16.24.

El amicus curiae (amigo de la corte/tribunal) es un tercero ajeno a un litigio, que ofrece voluntariamente su opinión frente a algún punto de derecho u otro aspecto relacionado, para colaborar con el tribunal en la resolución de la materia objeto del proceso. La información proporcionada puede consistir en un escrito con una opinión legal, un testimonio no solicitado por parte alguna o un informe en derecho sobre la materia del caso y su admisibilidad sólo puede estar determinada por el criterio del respectivo tribunal que lleva el caso.

ANEXO 16.25.

En 1966 se creó la Ley de Comunicaciones, con incidencia directa en la desregulación en el tema del manejo empresarial de las comunicaciones. Una de sus principales reformas sobre la Comunation Act de 1934, fue la eliminación de los límites legales con respecto al número de emisoras de televisión por parte de un mismo grupo, ampliando así los límites de la propiedad cruzada, hasta los que sean posibles.

ANEXO 16.26.

Para mayor información se puede ingresar a la FFC, página oficial, versión español: http://transition.fcc.gov/cgb/consumerfacts/spanish/aboutfcc.html

ANEXO 16.27.

Art. 87.- El Consejo tendrá las siguientes funciones: 1. Aprobar las estrategias generales y las políticas específicas del medio. 2. Aprobar las líneas generales de programación. 3. Definir los servicios comunicacionales que desarrollará el medio. 4. Aprobar el presupuesto general del medio. 5. Expedir, reformar y/o aprobar los reglamentos internos del medio. 6. Aprobar el plan de inversiones del medio 7. Las demás que le asigne la ley y reglamentos.

ANEXO 16.28.

Art. 89.- Funciones del consejos editorial.- El consejo editorial tendrá las siguientes funciones: 1. Fijar la línea editorial del medio bajo la visión constitucional del buen vivir. 2. Vigilar que los editoriales y los mensajes comunicacionales tengan una elevada calidad y mantengan fielmente su identidad ciudadana e institucional. 3. Elaborar el código deontológico o manual de estilo; 4. Buscar, revisar y jerarquizar la información; 5. Proponer la inclusión de coberturas especiales y temas relevantes; 6. Decidir la no publicación de contenidos que violen los principios deontológicos; 7. Decidir la no publicación de contenidos sesgados por tendencias partidistas o políticoelectorales; 8. Evaluar anualmente el cumplimiento de lo planificado en materia editorial; 9. Las demás que le otorgue esta ley y reglamentos.

ANEXO 16.29.

Art. 107.- Productores nacionales independientes.- Productor nacional independiente es una persona natural o jurídica que no tiene relación laboral, vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, ni vinculación societaria o comercial dominante con el medio de comunicación audiovisual al que licencia los derechos de difusión de su obra.
Se entenderá que existe vinculación societaria o comercial dominante cuando:
1. El productor nacional independiente y el medio de comunicación audiovisual pertenezcan al mismo grupo económico.
2. El productor nacional independiente sea titular de más del 10% del capital social del medio de comunicación audiovisual, o viceversa.
3. Una misma persona sea titular de más del 6% del capital social del medio de comunicación audiovisual y de la empresa productora.
4. Más del 50% de la facturación bruta de la empresa productora corresponda al mismo medio de comunicación audiovisual.
Habrá vínculo entre el productor nacional independiente y los propietarios, representantes legales, accionistas o socios mayoritarios del medio de

comunicación audiovisual, cuando haya parentesco de hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Las sociedades productoras de capital extranjero o que dependan de una empresa extranjera en función de sus órganos ejecutivos, su capital social o su estrategia empresarial, no se considerarán productores nacionales independientes.

ANEXO 16.30.

Art. 116.- Exención a concesionarios irregulares.- Todas las personas que recibieron frecuencias de forma ilegal hasta la entrada en vigencia de esta ley podrán devolverlas voluntariamente al Estado en el plazo de seis meses. En estos casos, el Estado se abstendrá de reclamar reparación alguna ni devolución de los beneficios obtenidos por los concesionarios. Esta exención no afecta el derecho de terceros para formular los reclamos judiciales que consideren convenientes.

ANEXO 16.31.

Realizado el concurso, se remitirá al Consejo los expedientes de hasta los 5 solicitantes mejor puntuados para que evalúe y emita informe vinculante para la adjudicación