



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LA COMUNICACIÓN COMO UN SERVICIO PÚBLICO: ¿RESTRICCIÓN AL
DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados
de la República

Profesor Guía

Msc. Edison Alonso Fonseca Garcés

Autora

Kristel Karolina Herrera Mosquera

Año

2017

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

Edison Alonso Fonseca Garcés
Magister en Gobernabilidad y Desarrollo
C.C.0602770075

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber revisado este trabajo, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Ximena Alejandra Cárdenas Reyes

Master en Relaciones Internacionales Convención en Derechos Humanos

C.C.1709537078

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

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

Kristel Karolina Herrera Mosquera
C.C.1726057506

AGRADECIMIENTOS

A Dios por ser mi guía y mi fortaleza y por llenarme con su gracia y bendición para recorrer este camino.

A mis profesores por impartir todos sus conocimientos.

A mis padres y hermanos por su apoyo incondicional.

A mis amigos por estos años compartidos.

DEDICATORIA

A Dios.

A mis padres Alberto y Magdalena, este logro es para ustedes. Se lo merecen.

A Christian y Wendy que con su amor me han enseñado a ser quien soy. Gracias por estar en cada momento importante de mi vida.

A Bernardo, Mila y Hanna

RESUMEN

La comunicación es la base de toda organización social, que permite el desarrollo y ejercicio de los derechos de los seres humanos. La comunicación es un proceso participativo, igualitario y no discriminatorio. En este trabajo analizaremos a la comunicación como derecho humano y como servicio público.. Desde esta perspectiva, el primer capítulo se centra en la comunicación desde los derechos humanos. En el segundo capítulo se tratará los servicios públicos y su relación con los derechos humanos. Finalmente, en el tercer capítulo se muestra de forma panorámica si la comunicación como servicio público es viable o si es restrictiva de derechos .

ABSTRACT

Communication is the basis of all social organization, which allows the development and exercise of the rights of human beings. The communication is a participatory and non-discriminatory process. In this paper we analyze the communication as a human right and as a public service. From this perspective, the first chapter focuses on the communication from the human rights. The second chapter will treat the public services and its relation with human rights. Finally, in the third chapter shows a panoramic view if the communication as a public service is viable or if it is restrictive of rights.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPITULO I. LA COMUNICACIÓN: DERECHO HUMANO	3
1.1 Definición de Derechos Humanos	3
1.2 Facultades del derecho a la comunicación	5
1.3 Límites legítimos del derecho a la comunicación	10
2. CAPITULO II. SERVICIOS PÚBLICOS Y DERECHOS HUMANOS	16
2.1 Definición de Servicio Público	16
2.2 Relación entre servicio público y derechos humanos	21
3. CAPITULO III. LA COMUNICACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO: PROPUESTA VIABLE O UN LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	25
3.1 Análisis de la propuesta.....	25
4. CONCLUSIONES.....	31
5.REFERENCIAS	34

INTRODUCCIÓN

Libertad de expresión es todo aquello que la gente se rehúsa a escuchar (Anónimo). El Ecuador a lo largo de la historia y con cada período de gobierno ha ido modificando la Constitución hasta llegar al presente a obtener un número de 20 Constituciones; una cifra bastante alta la cual resume varios años de historia y de malos gobiernos.

En el año 2014, el actual gobierno decide incluir cambios en la Constitución del 2008 por lo que para realizar esta reforma a la Constitución optan por el proceso de la “enmienda” con el objeto de corregir y modificar ciertos errores y vacíos legales de la norma. El proyecto de enmiendas constitucionales fue aprobado lo que dio paso a dos debates con el fin de socializar el mismo; 15 enmiendas fueron aprobadas por mayoría en el año 2015; dentro de estas está la enmienda de comunicación como servicio público la misma que es de interés para la realización de este trabajo.

La enmienda de la comunicación como servicio público es un tema de gran importancia ya que el Ecuador es el primer país en otorgarle a un derecho la connotación de servicio público. Tras este cambio surge la siguiente duda: ¿Es restrictiva de derechos la reforma constitucional que cambia el sentido a la comunicación de un derecho a un servicio público?.

Con el fin de abordar la problemática antes planteada, el presente ensayo se compone de tres capítulos. El primero, presenta un debate sobre derechos humanos. El objetivo de este capítulo es definir a la comunicación como un derecho humano así como también conocer las facultades que se derivan de este derecho. Para este efecto, se contraponen las definiciones aportadas por Aparicio y Pisarello (2008), Herrera (2008) y Perez Luño (2004). A su vez se analizan los límites legítimos a los derechos humanos; y por tanto a la comunicación.

El segundo capítulo, explora el contenido de los servicios públicos. Además, se analizan los elementos esenciales para ser considerados como tal. Para

alcanzar este objetivo , el capítulo revisa el contenido mínimo de los servicios públicos y la relación que existe con los derechos humanos. Para este efecto se revisó a Roberto Drmi(2015), Ariño Ortiz (2003), Julio Cassagne (2010), Agustín Gordillo (2013), Marienhoff (1998) y a la Corte Constitucional Colombiana, y algunos instrumentos internacionales.

En el tercer cpítulo se analiza si la comunicación como servicio público es una propuesta viable en el ejercicio de derechos o al atribuirle esta connotación limita el goce y ejercicio de la libertad de expresión y opinion.

CAPITULO I

1. LA COMUNICACIÓN: DERECHO HUMANO

El análisis del derecho a la comunicación es un tema de gran relevancia en el mundo. A lo largo de los años, la comunicación del pensamiento ha ido evolucionando conforme los medios de comunicación han ido creciendo, permitiendo de esta manera que las personas accedan a la información y de igual manera ejerzan su derecho de expresarse libremente. El presente capítulo, aborda el tema del derecho a la comunicación desde un enfoque sustentado en los derechos humanos. Razón por la cual, resulta primordial determinar su concepto. A su vez, se describen las facultades que se derivan del derecho a la comunicación, haciendo un especial énfasis en el derecho a la libertad de expresión. Finalmente, se abordan los límites legítimos a los derechos humanos; y por tanto a la comunicación

1.1 Definición de Derechos Humanos

Aparicio y Pisarello señalan que los derechos humanos son expectativas que un sujeto tiene de otros para que hagan o dejen de hacer algo en relación a sus intereses (Aparicio y Pisarello, 2008, p.141).

Los derechos humanos “son procesos que las personas ponen en práctica para construir las condiciones necesarias para acceder a los bienes materiales e inmateriales esenciales para tener una vida digna” (Herrera, 2008, p. 98). Esto quiere decir que los derechos humanos cambian progresivamente según las realidades y necesidades de las personas. Por lo tanto, ellos como sujetos de derecho son quienes buscan una lucha encaminada a conseguir bienes materiales e inmateriales para lograr una vida digna.

Finalmente Pérez Luño define a los derechos humanos como:

“un conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la

igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional” (Pérez, 2004 ,p.46).

Con base en lo anterior, se puede determinar que los derechos humanos son pretensiones que permiten a las personas acceder libremente a los bienes materiales e inmateriales que son necesarios para vivir con dignidad, todas estas facultades son reconocidas en los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. Dentro de este debate de conceptos se menciona un elemento característico que es la dignidad. Por este motivo, resulta importante definir este concepto ya que tiene una estrecha vinculación con los derechos humanos.

La dignidad como lo establece Herrera Flores no se refiere únicamente al acceso de bienes sino que este acceso debe ser igualitario y de forma general para todos, sin conceder ningún tipo de privilegio (Herrera, 2008,p.100).

Por otra parte, Agnes Heller y la Escuela de Budapest la definen como "El derecho a tener y a poner en práctica derechos, es la especificación del valor de la dignidad humana" (Heller, 1987, p.241).

En cambio,para la Corte Constitucional Colombiana la dignidad “ (...) equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana” (Corte Constitucional Colombiana, 1999).

De acuerdo a lo mencionado, resulta fundamental establecer que la dignidad es una cualidad intrínseca de todas las personas que a más de permitir el acceso y la práctica de derechos, también promueve y exige el respeto incondicional que merece todo individuo para ser tratado como tal. Es así que la dignidad es una facultad generadora de deberes relacionados , en el sentido que el titular tiene la expectativa de recibir el trato merecido , y por otra parte la obligación que tienen los demás de hacer efectivo ese respeto.

En conclusión, la dignidad es un elemento imprescindible de los derechos humanos que se encuentra positivizada en varios instrumentos internacionales los mismos que la reconocen como un atributo de la persona que prevalece no sólo en el ámbito moral sino que trasciende hasta el ámbito legal. Además la dignidad es la autonomía para desarrollar el plan de vida personal.

Es necesario señalar que los derechos humanos poseen ciertos mecanismos para hacerlos efectivos e imponen al Estado la obligación de garantizar, respetar, proteger y promover su goce y ejercicio. (IIDH, 2008,p.14), a fin de que todas las personas puedan acceder de forma igualitaria a bienes y condiciones necesarias para su supervivencia.

1.2 Facultades del derecho a la comunicación

Desde los años 90 la comunicación de las ideas se ha visto alterada por una doble evolución. Por un lado, se encuentra el crecimiento de los medios de comunicación que son cuestionados por su labor, es decir por lo que hacen o dejan de hacer o lo que dicen o dejan de decir. Y por otro lado, está el surgimiento de nuevos medios como es el caso del Internet que permite el ejercicio del derecho a comunicar y a expresar ideas o pensamientos. Es así que la libertad de expresión es más que una libertad de información, sino es el derecho de comunicar.

El derecho a la comunicación se presenta como un derecho particular que le impone al Estado intervenir, según las reglas que garanticen su neutralidad, en el sentido de una mayor multiplicidad de medios, diversidad y pluralidad, y con la mayor accesibilidad a los diferentes públicos (UNESCO,2004, p. 15).

Para Francis Balle, la comunicación es el derecho que tiene cada uno de utilizar libremente el medio de su elección para expresar su pensamiento y comunicarlo a los demás o para acceder a la expresión del pensamiento de otro, independientemente de la forma o finalidad de esa expresión (Balle, 2000, p.292).

En base a lo anterior, la doctrina sobre el derecho a la comunicación manifiesta que participan derechos tanto de libertad como de acceso, como el de libre acceso a la información, la libertad de asociación, la libertad de crear medios de comunicación así como el más importante que se desarrolla y motivo de estudio en la presente investigación que es la libertad de expresión y pensamiento que tienen todas las personas.

El derecho a la comunicación se encuentra consagrado en los instrumentos internacionales de la ONU y OEA, mismas declaraciones que pretenden garantizar el libre goce de este derecho fundamental que persigue tanto la protección de los ciudadanos como de los medios de comunicación que difunden y ejercen el derecho a la libertad de expresión.

La ONU reconoce tanto la libertad de expresión y opinión como la libertad de buscar y recibir información, es decir la libertad que tiene toda persona de emitir información así como la de recepción. Por su parte, en el contexto latinoamericano la Convención Americana sobre Derechos Humanos también reconoce a la libertad de expresión al tenor de lo siguiente :

“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” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art.13).

En los dos enunciados anteriores se contempla que es un derecho fundamental en la vida de los seres humanos que busca garantizar un libre desarrollo a través de la promoción de ideas, criterios , opiniones e información. Muchas veces es visto como una amenaza, pero lo que hay que comprender es que este derecho surge a partir de la concepción misma de los seres humanos, porque es inherente a ellos. A través del ejercicio de la libertad de expresión se puede intercambiar ideas a través de cualquier mecanismo, ya que este derecho al ser reconocido en los instrumentos internacionales permite

fortalecer una verdadera democracia ya que amplía una posibilidad de pensar y hablar libremente. Así se sustenta esta idea cuando la Corte en la Opinión Consultiva 5/85 indica que : “ la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”.

Es claro que el contenido del derecho a la libertad de expresión está vinculado con la democracia y por este sentido es un derecho humano mismo que si se pierde este pone en amenaza a los demás principios que conforman una sociedad democrática. Consecuentemente es muy importante proteger este derecho para el perfecto funcionamiento del resto de derechos humanos.

Todo derecho posee un titular y un deber que cumplir. El titular de este derecho es toda persona que quiera acceder a él en igualdad de condiciones y sin ser discriminado por ningún motivo y su deber principal es el de no violar los derechos de los demás al ejercer esta libertad fundamental e inherente a todos los seres humanos. El contenido de la libertad de expresión no se vincula sólo con el aspecto individual del derecho, sino también está dirigido al ámbito colectivo, ésta es la importancia principal que el Sistema Interamericano le ha otorgado a este derecho.

Eduardo Bertoni explica que la dimensión individual es entendida como esa facultad de que tiene cada individuo para expresar y difundir opiniones , la dimensión colectiva es el derecho que tiene la sociedad para acceder a cierto tipo de información (Bertoni, 2008).

Con lo expuesto, se concluye que ambas dimensiones deben ser garantizadas simultáneamente por lo que si es restringido ilegalmente no solo es el derecho de una persona el que ha sido violentado sino el derecho de toda una sociedad al no poder recibir y conocer cualquier tipo de información, opinión o pensamiento.

Cabe recalcar que el derecho a la comunicación no es lo mismo que el derecho a la información que se traduce en buscar, recibir y difundir información, contenidos y opiniones. (Corte IDH, 2010). En base a lo anterior se puede

explicar que la información supone un contenido del proceso y ejercicio del derecho a la comunicación. Por lo tanto, se concluye que el derecho a la comunicación y el derecho a la información tienen una relación inclusiva, en el sentido que la comunicación constituiría un proceso complejo que tiene como objetivo llegar a la información.

Con todas estas ideas se puede concluir que el derecho a la comunicación es un derecho independiente y por tal razón es primordial que el Estado genere ciertas condiciones para que las libertades que se desprenden de este derecho puedan ser ejercidas por todos bajo el debido respeto a la ley. El Estado tiene el compromiso de asumir obligaciones y deberes que hagan posible la vigencia de estos derechos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 1 determina dos obligaciones pertenecientes a la materia de Derecho Internacional, mismas que le son atribuidas a todos los Estados a manera de mecanismos para hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos humanos. Estas obligaciones son las de respetar y garantizar los derechos.

Obligación de Respeto.

La obligación de respeto significa cumplir directamente la conducta establecida en una norma, que permite Héctor Gross Espiell define el respeto como "la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención" (Gross Espiell, 1991, p.65).

Por su lado González y Sanabria señalan que la obligación de respeto consiste en el deber de abstenerse de cometer acciones que interfieran en el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción (González y Sanabria, 2013, p.46).

De acuerdo a lo expuesto, se puede señalar que, el respeto de los derechos significa que los Estados por cualquier acción no pueden violar ni limitar el

goce de los derechos y libertades que se reconocen en el derecho Internacional. Los Estados no deben interferir en el ejercicio y goce de un derecho. Por otro lado, Claudio Nash argumenta que la obligación de respeto tiene un carácter positivo y uno negativo “Entre las medidas que debe adoptar el Estado para respetar dicho mandato normativo se encuentran las acciones de cumplimiento, que pueden ser positivas (implican una actividad de prestación) o negativas (implican una actividad de abstención) y estarán determinadas por cada derecho o libertad” (Nash, 2010, pág. 59). El respeto significa cumplir directamente lo establecido en la norma para que así el Estado no viole ningún derecho consagrado en los instrumentos internacionales.

Obligación de Garantía.

La obligación de garantía "(...) supone el deber de impedir o hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado por parte de cualquier persona, pública o privada, individual o colectiva, física o jurídica"(Gross Espiell,1991,p.66).

Por su parte la Corte la analiza como “el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Corte IDH, 1988, parr. 166). Esto quiere decir que es una obligación complementaria a la de respeto ya que no solo implica el cumplimiento estricto de la ley sino que obliga al Estado a crear condiciones que permitan el goce y ejercicio de los derechos y libertades.

Claudio Nash señala que “es una obligación positiva de crear condiciones institucionales, organizativas y procedimentales para que las personas puedan gozar y ejercer plenamente los derechos y las libertades consagrados internacionalmente” (Nash, 2010, pág 61).

En una de sus Jurisprudencias más recientes la Corte ha observado que en virtud del principio del *effet utile* o principio del efecto útil, las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de ser efectivas, lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido (Corte IDH, 2003, parr.142).

Desde estas definiciones, se puede establecer que la obligación de garantía es aquella que tiene un Estado a partir de la implementación de medidas que sean necesarias y acordes a las circunstancias de un Estado, para que a través de ellas se pueda asegurar el cumplimiento y correcto ejercicio de los derechos , de esta manera el Estado protege a sus ciudadanos y evita que terceros interfieran en el desarrollo y realización de sus derechos. Es importante mencionar que de esta obligación deriva medidas positivas que aseguran su cumplimiento como : asegurar el pleno goce de los derechos, proteger a las personas frente a amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos , adoptar medidas de prevención general frente a casos de violaciones graves de derechos, reparación de las víctimas y la cooperación con los órganos internacionales con el fin de que estos puedan desarrollar sus actividades de control.

Además, los Estados a través de la ratificación de tratados internacionales en materia de Derechos Humanos se comprometen a tomar medidas y leyes de carácter interno que sean compatibles con las obligaciones y deberes que predominan en estos tratados.

1.3 Límites legítimos del derecho a la comunicación

Los derechos humanos son facultades del ser humano que nacen como medio para proteger la autonomía del individuo frente al Estado y la sociedad. La razón de ser, nace de la necesidad de las personas de hacer frente y proteger sus necesidades ante la sociedad y el Estado. Luis Prieto Sanchis expresa que no existen derechos ilimitados y que todo derecho tiene sus límites (Prieto,2012, p. 62) .Es por ello que existen ciertas limitaciones que afectan los

derechos y su ejecución, de manera que el entorno y las circunstancias de la sociedad mantienen un referente para el desarrollo de los mismos.

Es posible que una persona no pueda ejercer y gozar plenamente algunos derechos , esto sucederá cuando exista una limitación legítima por parte del Estado a los derechos consagrados internacionalmente. Prado sostiene que “es solo en razón de garantizar el ejercicio de esos mismos derechos a los demás individuos y únicamente por medio de la ley, como expresión de la voluntad soberana, abstracta y general”(Prado,2007,p.17).

Con estos antecedentes partiremos de la premisa que un límite es una restricción legítima sobre un determinado derecho; pero bajo ningún concepto la limitación impuesta puede ocasionar una violación al derecho, por lo que para limitarlo se debe tener en cuenta los principios de proporcionalidad, necesidad y que persigan un fin legítimo.

Los requisitos de una restricción legítima son: respeto del principio de legalidad, objetivo legítimo y respeto al principio de proporcionalidad.

Respeto del principio de legalidad

En cuanto a la formalidad, en un Estado de Derecho las limitaciones deben emanar de leyes de modo que el poder ejecutivo no esté facultado para aplicar más limitaciones que no se encuentren recogida por una ley previamente escrita.“Toda limitación debe encontrarse establecida de forma previa y de manera expresa, taxativa, precisa y clara en una ley tanto en su sentido formal como material” (Corte IDH, 2005, párr 79).

Este contenido anterior significa que el texto redactado en una ley debe ser claro y por lo tanto debe establecer las causales que generen una responsabilidad en el ejercicio de este derecho; el lenguaje utilizado para la redacción de estas leyes debe ser preciso sin afectar la seguridad jurídica de las personas; de esa manera se va a lograr cumplir a cabalidad con el principio de legalidad.

“Se entiende que esta regla se refiere especialmente, aunque no de forma a los actos del estado que pueden incidir sobre los derechos subjetivos (de libertad, de propiedad, etcétera) de los ciudadanos, limitándolos o extinguiéndolos. En cuanto tal, el principio de legalidad tiene una evidente función garantista (...)” (Ferrajoli, 2005, pág 99).

La Convención en su artículo 9 establece que “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito (...)” (CADH, 1969) .

Por medio de estas definiciones se puede analizar que la legalidad significa que debe ser conforme a la ley , es decir que las restricciones deben estar tipificadas en la legislación para que cuando una persona cometa alguna acción o abuso al derecho a la libre expresión esta puede ser sancionada conforme a lo que dicta el ordenamiento jurídico.

En cuanto al tema de la formalidad y materialidad de la ley surge un debate en cuanto a la palabra “leyes” y es que si esta expresión abarca el sentido formal es decir una ley que es dictada para casos específicos o en el sentido material misma que es emanada por un órgano competente y además es de cumplimiento obligatorio para la sociedad.

Para resolver esta duda la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-6/86 acerca de la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos define a las leyes como “(...) actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo” (OC-6/86, 1986, párr 35) . Es importante partir de esta premisa para tener en claro que una ley no es cualquier norma jurídica sino es un acto normativo de carácter general que es adoptado por un órgano en este caso el legislativo mismo que fue elegido democráticamente según lo establecido en la Constitución y encaminado al bien común. Por lo tanto la Corte cuando menciona la palabra ley se está refiriendo al sentido formal por lo tanto esta ley que ha sido

adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el poder ejecutivo no puede restringir derechos mediante decretos ejecutivos, reglamentos o a través de algún acto administrativo .

Perseguir un objetivo legítimo

Para el segundo requisito Claudio Nash explica que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquéllas establecidas en los instrumentos internacionales, ya sea como norma general o específicamente para ciertos derechos (Nash,2009,p.34). De manera que, las limitaciones que permite la Convención Americana son: la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público o de la salud o moral públicas.

En cuanto a la protección de los derechos de los demás se entiende que para que el ejercicio de los Derechos Humanos funcione este debe hacerse manteniendo el respeto y la armonización de los demás derechos.

Por otro lado, la Corte Interamericana otorga a los Estados la facultad de establecer responsabilidades ulteriores para lograr un balance y se pueda respetar el derecho de los demás. Además la jurisprudencia interamericana ha hecho un especial énfasis al precisar que es necesario que estos derechos se encuentren lesionados o amenazados , caso contrario es innecesario aplicar responsabilidades ulteriores que no ameritan ese tipo de sanción (Fundamedios, 2012).

Acerca de la protección de la seguridad nacional , del orden público o salud o la moral pública es difícil establecer cuando será legal restringir un derecho por este motivo. Esto sucede al momento de plantear al orden público como un parámetro legal ya que este puede ser utilizado por las autoridades de los Estados como arbitrariedad porque es un concepto que jurídicamente es indeterminado y se puede prestar a muchas interpretaciones ya que son términos subjetivos por lo que pueden conllevar al abuso de poder.

Por este motivo, la Corte IDH define al orden público para explicar cuando es

aplicable como medio legítimo de restricción a un derecho, en este caso se toma de ejemplo a la libertad de expresión, estableciendo que el orden público es:

“(…) las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios” (Opinión Consultiva, 1985, párr.64).

Esta definición de orden público pretende que se garantice una mayor circulación de noticias , ideas, opiniones así como el acceso a la información por parte de una sociedad . Para restringir la libertad de expresión tomando como justificación al orden público debe tener razones suficientes y válidas para que de otro modo no se considere como un abuso al poder .

No se puede restringir la libertad de expresión como un medio preventivo que evite un abuso, pero para que estas limitaciones sean legítimas deben constar en la ley, tener una justificación y demostrar que son necesarias.

Respeto al principio de proporcionalidad

Para terminar con el análisis y conocer cuando pueden ser legítimas las restricciones se debe tener en cuenta que para privar a alguien del ejercicio de este derecho, se deberán optar por distintas alternativas y aplicar las menos coercitivas. Es decir, no se puede imponer medidas extremadamente fuertes a alguien que abuse de este derecho, siempre se debe tener en cuenta un principio básico que es la necesidad.

Una limitación además de ser idónea o necesaria debe ser proporcional en cuanto a las medidas de uso de este derecho y además ésta proporcionalidad debe asegurar que la restricción sea el medio menos dañino para conseguir el objetivo deseado. La limitación al tener planteado un objetivo específico no va a interferir ni violentar otros derechos; por lo tanto la restricción debe guardar proporción con el interés que se protege.

Para determinar la proporcionalidad de una restricción cuando se limita la

libertad de expresión ,se deben evaluar tres factores: “ el grado de afectación del derecho contrario grave, intermedia, moderada ; la importancia de satisfacer el derecho contrario; y si la satisfacción del derecho contrario justifica la restricción de la libertad de expresión” (Corte IDH, 2009) .

Para poder aplicar este principio no existe una formula y obviamente el resultado de la proporcionalidad en ciertos casos beneficiará a la libertad de expresión y en otros casos al otro derecho. Si resultare desproporcionada automáticamente existiría una violación al artículo 13.2 de la Convención Americana.

En fin, del derecho a la comunicación se desprenden derechos de acceso y libertades, mismos que tienen relación unos con otros, pero los derechos de libertades son la base del presente trabajo, para tratar de comprender si es que la comunicación como un servicio público limita el derecho a la libertad de expresión. Por tal motivo es necesario que desde esta óptica se aborde en el siguiente capítulo los servicios públicos.

CAPITULO II

2. SERVICIOS PÚBLICOS Y DERECHOS HUMANOS

Los servicios públicos son aquellas prestaciones que permiten a un ciudadano acceder o ejercer un derecho. Los derechos demandan obligaciones y a su vez, estas obligaciones necesitan de mecanismos para que los derechos sean exigibles y puedan ser ejercidos. El presente capítulo propone entablar la relación que existe entre los servicios públicos y los derechos humanos desde dos aspectos. En primer lugar, mediante la sistematización de elementos que definen y caracterizan a un servicio público. En segundo lugar, identificando algunas oportunidades que se derivan de los derechos humanos y que son un marco referencial que dan sustento y orientación al cumplimiento de obligaciones del Estado que se generan a través de un servicio público.

2.1 Definición de Servicio Público

Para Roberto Dromi un servicio público es la prestación que cubre necesidades públicas o de interés comunitario que explicita las funciones- fines del Estado, de ejecución per se o por terceros bajo la regulación y fiscalización estatal (Dromi, 2015, p.17).

Ariño Ortíz define al servicio público como “ Actividad propia del Estado o de otra Administración Pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social” (Ortíz, 2003,p.40).

“Servicio público es toda actividad que se efectúa en beneficio de un conjunto de destinatarios quienes, por la existencia de un interés general o común, demandan la prestación de los mismos a los cuales les compete un régimen especial, dada la relevancia social que comporta” (Gaceta Constitucional 009, 2014, pág.54).

De acuerdo a lo mencionado, resulta fundamental establecer que un servicio público es una prestación esencial que permite satisfacer una necesidad de carácter general, cuyo cumplimiento continuo y uniforme sea regulado por medio de la administración pública para beneficio de toda persona. Desde esta perspectiva, se puede señalar que son todas esas prestaciones y actividades que a través de la administración pública se regulan y satisfacen necesidades, permitiendo que los ciudadanos accedan a un derecho.

El servicio público se configura sobre la base de ciertos principios, que son aquellos datos de identidad de tipo administrativo como: continuidad, regularidad, uniformidad, generalidad, obligatoriedad, calidad y eficiencia, y subsidiariedad, tal como lo reconoce la Constitución de la República en su artículo 314.

Principio de Continuidad

De acuerdo a este principio, un servicio público no debe interrumpirse, debe ser constante y necesario para aquel que lo utiliza. La continuidad es el cimiento sobre el cual se sustenta la prestación del servicio público, y se funda en que una determinada actividad que ha recibido dicha consideración se ponga a disposición de los ciudadanos considerados usuarios de forma permanente o regular para que pueda satisfacer aquellas necesidades que le puedan surgir (Valdivia Zegarra, 2013, p.24). Desde este punto no debe tomarse a literalidad la no interrupción, sino al contexto de la necesidad de carácter general, es decir a la posibilidad constante que existe de utilizar un servicio público dentro de las condiciones que la norma lo regula. De este principio se derivan diversas consecuencias por ejemplo Luis Rolland vincula la posibilidad de huelga, la de abandonar el servicio público, la teoría de la imprevisión o la imposibilidad del embargo de bienes (Rolland, 1999, p.18). En la realidad un servicio público puede verse afectado o interrumpido por diversas causas sean fortuitas o de fuerza mayor, pero es ahí donde el Estado hace su intervención y tiene la obligación de buscar medidas de emergencia para restablecer a la brevedad posible la prestación del servicio interrumpido.

Principio de Regularidad

“La regularidad significa que el servicio debe prestarse conforme a reglas preestablecidas o a determinadas normas” (Dromi,2015,p.28).

Un servicio es regular cuando “el servicio público se realiza de acuerdo con las condiciones establecidas en la ley ,(...) El servicio debe manejarse acorde a reglas”(Serra Rojas, 1981, pág.109). Por otro lado, para Juan Carlos Cassagne la regularidad se refiere a la prestación del servicio público de acuerdo con las normas que surgen del reglamento que rige a cada servicio.

En base a estos conceptos, se puede determinar que todo servicio público debe tener un marco regulatorio que le permita establecer los requisitos de calidad que este debe poseer para ser considerado como tal y que las personas puedan acceder al mismo.

Principio de Uniformidad

Este principio demanda que todas las personas tienen la posibilidad de acceder a un servicio público. Para Juan Carlos Cassagne la igualdad es una garantía para los usuarios en el sentido que tienen derecho a que se les brinde un tratamiento jurídico y económico sin discriminaciones (Cassagne,2010,p.420).

La uniformidad o igualdad de trato para los usuarios de un determinado servicio es regla general que no admite excepciones, cualquiera sea la naturaleza del servicio que se trate (Dromi,2015,p.28).

De modo que, la igualdad o uniformidad deriva del principio constitucional de igualdad ante la ley. De manera que, es el derecho a exigir y a recibir el servicio en igualdad de condiciones, sin discriminación y sin privilegio alguno. Todas las personas son iguales, merecen el mismo trato sin ser discriminados, un trato equitativo y digno para acceder a un servicio público.

Principio de Generalidad

Una de las características esenciales del servicio público es la generalidad; es decir el derecho que tienen todos los ciudadanos de beneficiarse y acceder a un servicio público.

Para Agustín Gordillo el principio de generalidad significa que todos los habitantes tienen derecho a gozar del servicio (Gordillo, 2013, p.401).

De acuerdo a Roberto Dromi , el servicio puede ser exigido y utilizado por todos los habitantes sin ser excluidos. El principio de generalidad es para la satisfacción de una necesidad general o colectiva.

Con base en lo anterior, se puede determinar que el principio de generalidad es aquel que permite a todas las personas exigir y usar el servicio público ya que su fin principal es la satisfacción de una necesidad colectiva ya que se tratan de prestaciones de interés comunitario. La generalidad resguarda los derechos de los ciudadanos a recibir los servicios públicos de manera ecuaníme; es decir que los ciudadanos tienen un acceso equitativo en cuanto a las prestaciones de un servicio público.

Principio de Obligatoriedad

El principio de obligatoriedad “parte de la noción de que la persona o entidad que presta el servicio público se encuentra obligada a cumplirlo” (Gaceta Constitucional 009, 2014, p.55). De modo que, la obligatoriedad es la relación que existe entre la persona que presta el servicio y la que lo recibe; dicho de otra manera es la obligación que tiene el Estado de brindar un servicio público a sus ciudadanos.

Por otra para Dromi la obligatoriedad es inherente al servicio, por su propia naturaleza, la obligatoriedad de la prestación, que corresponde con el derecho subjetivo del usuario de exigirla (Dromi,2015,p.29).

De acuerdo a este contenido, el principio entraña tanto el deber del Estado de

asegurar su prestación mientras perdure la necesidad como la del prestador del servicio a proporcionarlo para satisfacer una necesidad. Es un sentido de deber que tiene el prestatario de este servicio, es por tal motivo que si se llegase a incumplir esta acción debe ser sancionada.

Principio de Calidad y eficiencia

La calidad y eficiencia son todos aquellos estándares y parámetros que la administración pública establece para que todo servicio público brinde una mayor satisfacción al usuario (Gaceta Constitucional 009, 2014).

Para Roberto Dromi la calidad y eficiencia sirve para lograr una mejor calidad de vida, de manera que los niveles de prestaciones sean exigibles a los prestadores de servicios públicos (Dromi,2015,30).

“Consiste en una filosofía de acción continua por mejorar con el fin de obtener un producto o servicio de valor para el cliente, usuario etc. tratando de satisfacer sus expectativas” (Camarasa, 2004, p.11).

De acuerdo a lo mencionado, es necesario resaltar que el objetivo del principio de calidad y eficiencia es para mejorar la viabilidad del servicio, a través de la innovación de sus políticas públicas con el fin de que el usuario reciba un servicio satisfactorio y acorde a sus necesidades.

Principio de Subsidiariedad

De acuerdo con lo que expresa Roberto Dromi, el principio de subsidiariedad se lo aplica al momento que la necesidad pública no fue satisfecha y por lo tanto el usuario tiene el derecho a que el Estado intervenga de manera eficaz para que el servicio sea prestado, ya sea asumiendo su gestión o por cualquier otro medio (Dromi, 2015,p.31).

Para la Corte Constitucional Colombiana el principio de subsidiariedad “significa, por una parte, que el Estado no requiere intervenir cuando los individuos se basten a sí mismos. El apoyo del Estado se requiere allí en

donde se hace imposible o demasiado difícil poder satisfacer de manera eficaz las necesidades básicas” (Corte Constitucional Colombiana, 2005, p.1).

En base a estas definiciones, se puede determinar que subsidiariamente el Estado debe actuar eficazmente con el fin de satisfacer una necesidad básica que no fue cumplida; esta intervención por parte del Estado debe estar orientada a la prevención de la vulneración de los derechos de los usuarios. De manera que, el Estado al asumir su gestión cumpla con la tarea para que el servicio sea prestado y cubra las necesidades de las personas.

2.2 Relación entre servicio público y derechos humanos

Para determinar la relación que existe entre los servicios públicos y los derechos humanos es importante remitirse al carácter del Estado y a las obligaciones que se derivan de la ratificación de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

La administración pública como la estructura estatal no existe únicamente para abstenerse de violar derechos, su rol va mas allá ya que deben actuar por los principios y derechos para materializarlos a favor de los habitantes.

Como ya se expresó en líneas anteriores los derechos humanos son bienes materiales e inmateriales necesarios para vivir con dignidad. Por su parte, los derechos humanos en un Estado constitucional de derechos y justicia social tienen una doble dimensión. Por un lado, está la dimensión objetiva que es el deber ser y corresponde a los derechos humanos en conjunto y son los principios objetivos que imponen mandatos y deberes de protección (Martínez,2006,p.258). Los derechos humanos cumplen un rol orientado a la actuación de la administración pública y de los poderes públicos, a fin de que la acción que cumplan tenga como fin la protección de derechos humanos.

En cuanto a la dimensión subjetiva “los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí” (Pérez, 1998,p.22). De modo que los derechos humanos establecen reglas acerca de las relaciones de las personas con el

Estado, pero también establecen reglas entre particulares, por lo que se puede concluir que los derechos humanos constituyen límites al estado y a los particulares.

Con base a lo expuesto, se puede establecer que el ámbito de aplicación y exigibilidad de los derechos humanos se extiende tanto para el sector público como para el sector privado; por lo tanto cuando exista una vulneración o amenaza de un derecho que provenga de un ente estatal o de un privado, el Estado tiene el deber de actuar de inmediato para evitar la violación de los derechos humanos.

El Estado tiene el compromiso de asumir obligaciones y deberes que hagan posible la vigencia de estos derechos fundamentales. Por un lado está el deber de respeto que significa que el Estado por cualquier acción no puede violar ni limitar el goce de los derechos y libertades que se reconocen en el derecho Internacional.

A través de la prestación de servicios el Estado el Estado asegura el ejercicio de los derechos humanos . Miguel Marienhoff señala que en un principio el carácter público de un servicio estaba ligado únicamente a las actividades que el estado realizaba a través de la administración pública, sin embargo esta concepción ha evolucionado en la doctrina y en la jurisprudencia y respalda la idea que el servicio público puede ser suministrado también por personas o sujetos privados (Marienhoff,1988,p26.). El Estado es el principal gestor del bien común pero no es el único; ya que la Administración Pública está conformada por entes estatales y no estatales mismos que reciben competencias para constituirse en gestores de la actividad pública.

Bajo este precepto los servicios públicos se han clasificado en propios e impropios. Los servicios públicos propios “son aquellos que ofrecen directamente las instituciones públicas a través de sus órganos” (Marienhoff,1988,p.26). Jorge Fernández lo define como aquella actividad técnica destinada a las personas para satisfacer una necesidad de carácter general bajo un régimen jurídico especial (Fernández,,p.103). De acuerdo a

este aporte, se puede señalar que un servicio público propio es aquella actividad que satisfacen las instituciones públicas a través de su régimen especial, por otra parte si esta actividad a la que se refiere se encuentra reconocida por ley y la desempeña directamente la administración pública estremos frente a un servicio público en estricto sentido.

Por otro lado el servicio público impropio tal como lo determina Cassagne es aquel que se produce cuando el Estado sin renunciar a su potestad le encomienda a un particular la prestación de un servicio público (Cassagne, 2010,p.422). Esta definición trae a relucir que el servicio impropio es una actividad que no está considerada por la ley como tal pero que se deriva de la ejecución de actos por particulares con el fin de satisfacer necesidades, esta actividad se basa por lo general en una desición por la administración pública para que un particular realice esta actividad.

Como ya se expresó en líneas anteriores un servicio público es la actividad del Estado, a través de prestaciones que satisfacen necesidades básicas de las personas,por lo que se deriva una obligación de acción para el Estado que es la prevención del derecho a través de las políticas públicas, con el fin de proteger y prevenir actos violatorios en los derechos humanos de las entidades públicas y privadas a las que el Estado les ha otorgado la prestación de un servicio público.

La Constitución establece ciertas disposiciones que determinan la formulación,ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos en este cuerpo legal (Constitución, 2008, art.85). En primer lugar el principio de solidaridad dispone que es la base para diseñar todas las políticas públicas y que éstas estarán encaminadas a hacer efectivos todos los derechos. Por otro lado, establece que cuando se vulnere o exista una amenaza de vulnerar derechos a consecuencia de la prestación de un servicio público ,estos deben buscar medidas alternativas que concilien estos derechos en conflicto.

La obligación de garantizar los derechos humanos, conlleva a su vez el deber de reparar en caso de la violación de alguno de esos derechos (IDH, 1988,párr.166). En relación a los servicios públicos la Constitución ha previsto como el deber más alto el de respetar y hacer respetar los derechos garantizados al tenor de lo siguiente:

“El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos” (Constitución,2008,art.9).

En conclusión los servicios públicos tienen una relación entre sí ya que solo los servicios públicos de calidad pueden garantizar los derechos humanos de la población. Estos servicios públicos de calidad solo serán posibles a medida que cuente con las correctas políticas públicas para desempeñar un correcto funcionamiento, y cuente a su vez con trabajadores altamente capacitados, motivados y bien remunerados. Además los servicios públicos deben contar con optimos presupuestos que permitan cubrir la demanda para satisfacer las necesidades de la población con justicia y equidad.

CAPITULO III

3. LA COMUNICACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO: PROPUESTA VIABLE O UN LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En diciembre de 2015 la Asamblea Nacional aprobó 15 enmiendas a la Constitución. Dentro del paquete de las 15 enmiendas existe un cambio en particular y de interés en el presente trabajo, que es convertir a la comunicación en servicio público. En virtud de este antecedente y tomando en cuenta las temáticas desarrolladas en los capítulos uno y dos de este ensayo. El presente capítulo analiza la propuesta de la comunicación como un servicio público con el fin de determinar si es factible o es limitante al derecho de libertad de expresión.

3.1 Análisis de la propuesta

La aprobación de la enmienda constitucional propone una reforma en el artículo 384, con la que se consideraría la comunicación como un servicio público, el mismo que será prestado a través de medios públicos, privados y comunitarios. La comunicación pasa de ser un derecho a ser un servicio público, misma categoría que tienen los sectores estratégicos del país.

Se entiende que un servicio público son prestaciones que permiten satisfacer necesidades básicas de las personas. Por lo que el Estado debe promover las políticas públicas para que la comunicación funcione como tal, a luz de esta propuesta, surge un conflicto entre dos normas de la Constitución , ya que por un lado, garantiza el derecho de los ciudadanos a formar parte de un sistema de comunicación inclusivo y participativo; pero por otro lado le otorga al Estado la gestión en la comunicación. Sin embargo, también permite la gestión a empresas privadas al manifestar que “La comunicación como un servicio público se prestará a través de medios públicos, privados y comunitarios”. En este caso si la gestión recae sobre empresas privadas y se cometiese alguna infracción debe estar aclarado y establecido de quién sería la responsabilidad si del Estado o del privado. La declaración de servicio público, como queda dicho, no implica que sea el propio sector estatal el que gestione

monopolísticamente la actividad, sino que se permite la entrada de particulares en escena a través de la técnica de la concesión administrativa (Rodríguez,2000,p.22).

Por otra parte se encuentra el conflicto entre la norma nacional y la norma internacional , en el sentido que los tratados internacionales reconocen a la comunicación como un derecho y por ende como manifestación del derecho a la libertad de expresión, como consecuencia este debe ser protegido y garantizado.

Si bien es cierto que el servicio público es el medio para acceder a un derecho, considerar a un derecho humano como servicio no es factible , ya que sería una restricción a los derechos de libertad de expresión y opinión protegidos tanto en la Constitución como en las tratados internacionales ratificados por el Ecuador.

En el Ecuador el Gobierno ha impuesto una tendencia para restringir las opiniones de los demás, este hecho se puede evidenciar en las declaraciones emitidas cada semana en los enlaces ciudadanos, frente a este suceso es importante manifestar los siguiente: “(...)Los derechos que deben garantizarse son los del individuo frente al Estado, pues sus relaciones con el poder no son simétricas: quien está amenazado es, en efecto, el ciudadano y no el Estado” (ALDHU,1995,p.44). El Estado al no ser un sujeto de derechos , está obligado a proteger los derechos de los ciudadanos y no los de él mismo.

La libertad de expresión, al tratarse de la manifestación y publicación de opiniones , no debe estar restringida, ni condicionada , solo debe estar garantizada. En este sentido, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión manifestó que “al considerar que el ejercicio de la libertad de expresión mediante cualquier medio de comunicación es un servicio público, el Estado asumiría facultades exorbitantes de regulación sobre el ejercicio del derecho fundamental a expresarse libremente mediante el medio que cada persona escoja para hacerlo” (RELE,2014,párr.424).

Para el jurista Santiago Guarderas la consecuencia de que la comunicación no sea un derecho y sea un servicio público es que pase a ser de titularidad del Estado, por lo que solamente el Estado puede administrar y gestionar la comunicación y para que los particulares puedan prestar este servicio deberían recibir una delegación o concesión (Fundamedios,2015).

A este respecto, es preciso señalar que las consecuencias de este hecho ya se sienten en las redacciones de los medios de comunicación , en donde se autocensuran por temor a caer en problemas judiciales. Tal hecho se lo puede fundamentar con las 342 sanciones emitidas por la Superintendencia de la Información y Comunicación (SUPERCOM). Tal es el caso del caricaturista 'Bonil' y diario El Universo que fueron sancionados, por una caricatura que se refería al allanamiento de la casa del activista Fernando Villavicencio. Se ordenó la rectificación del dibujo y el pago de una multa equivalente al 2% de la facturación del periódico.

Con este antecedente es evidente que tanto con la Ley Orgánica de Comunicación y con la enmienda, el derecho a la libre expresión se ve lesionado y restringido en el sentido que una persona no puede manifestar su opinión a través de un dibujo y tiene que ser sancionado, este es el riesgo que se corre al darle esta connotación al derecho humano de comunicar. En este sentido es propio mencionar que “los derechos no pueden ser objeto de enmiendas ni de reformas, ya que los derechos son progresivos y es obligación de un Estado respetarlos, por lo que no pueden restringirse ni vulnerarse” (Corte Constitucional, 2015).

De tal modo que el Estado ecuatoriano no estaría cumpliendo con la obligación de garantizar y respetar el derecho a la libertad de expresión, ya que al momento de otorgarle la calidad de servicio público lo que provoca es que se le está otorgando al Estado la posibilidad de regular el contenido de la comunicación y más grave aún el limitar el derecho a la libertad de expresión. “El Estado puede invadir los espacios de la sociedad civil, con controles y restricciones a los derechos de los individuos y grupos ciudadanos” (Informe de minoría, 2014 párr.6).

Existen condiciones que las limitaciones deben cumplir para que sean legítimas para la Convención Americana. Razón por la cual a través del desarrollo de jurisprudencia este artículo mencionado anteriormente exige que se cumplan con tres condiciones para que una restricción o limitación al derecho a la libertad de expresión sea legítima y aceptada.

Estas tres condiciones básicas que exige la Convención son: una limitación debe haber sido definida por una ley formal y material; debe estar orientada al cumplimiento de objetivos autorizados por la Convención Americana y ; ser necesaria para el cumplimiento de objetivos imperiosos (Botero, 2010). A continuación se explica de manera breve el contenido de cada una de estas condiciones.

La primera condición es que una limitación debe estar definida de forma clara y precisa por una ley formal y material, esto significa que el texto redactado en una ley debe ser claro y por lo tanto debe establecer las causales que generen una responsabilidad en el ejercicio de este derecho; el lenguaje utilizado para la redacción de estas leyes debe ser preciso sin afectar la seguridad jurídica de las personas.

En este sentido cuando existan normas que sean vagas, ambiguas o muy amplias van a permitir una interpretación de tipo amplio que pueden llegar a restringir la libertad de expresión, como consecuencia el Estado debe analizar las conductas que pueden generar una responsabilidad ulterior con el fin de evitar una afectación a la libre expresión (Marco Jurídico Interamericano, 2010, párr. 71).

La siguiente limitación debe cumplir con la condición de estar orientada al cumplimiento de objetivos autorizados y esto se traduce de la siguiente manera “Al ser impuesto por razones legítimas, significa que estas limitaciones se van a justificar únicamente para proteger intereses de carácter específico como serían los derechos o la reputación , la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas”(Relatoría para la Libertad de Expresión, año 2015).

La Convención Americana de manera puntual autoriza estos objetivos mencionados anteriormente, pero en los casos que se imponga restricción a la libertad de expresión con el objetivo de proteger otros derechos la Convención estipula que: “es necesario que estos derechos se encuentren claramente lesionados o amenazados, lo cual compete demostrar a la autoridad que impone la limitación. Si no hay una lesión clara a un derecho ajeno, las responsabilidades ulteriores resultan innecesarias” (Marco Jurídico Interamericano, 2010, párr.77).

Finalmente la tercera condición implica que una limitación debe ser necesaria para el logro de los fines imperiosos que persiguen , es decir un objetivo legítimo y útil. Consecuentemente la necesidad para cumplir con un objetivo implica realizar una evaluación de proporcionalidad en cuanto a las medidas de uso de este derecho y además ésta proporcionalidad debe asegurar que la restricción sea el medio menos dañino para conseguir el objetivo deseado. La limitación al tener planteado un objetivo específico no va a interferir ni violentar otros derechos; por lo tanto la restricción debe guardar proporción con el interés que se protege.

A menos que se cumpla con estas tres condiciones se puede limitar al derecho a la libertad de expresión, caso contrario es arbitrario lo que el Estado ecuatoriano estaría haciendo con la enmienda y al restringir la manifestación de pensamiento y opinión de todas las personas no solo de los medios de comunicación ya que la ley orgánica de comunicación como se dijo en el capítulo uno aplica para todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción ecuatoriana.

De acuerdo a la investigación realizada en el presente trabajo, se puede señalar que la comunicación como servicio público restringe el derecho a la libertad de expresión. En tal virtud, se recomienda al Estado ecuatoriano:

Eliminar a la comunicación como servicio público del texto de la Ley Orgánica de Comunicación, con el fin de que el Estado no deba responder por la reparación de derechos vulnerados conforme lo establece la Constitución en sus artículos 314, 11 numeral 9 y 326 numeral 15.

El artículo 261 numeral 10 de la Constitución debe ser reformado, éste establece la competencia exclusiva que tiene el Estado sobre el régimen general de comunicaciones, de manera que si se elimina del mencionado artículo el Estado no puede controlar la comunicación y como resultado se elimine la Superintendencia de la Información y Comunicación y sus atribuciones.

4. CONCLUSIONES

La legislación ecuatoriana reconoce a la comunicación como un servicio público, como si se tratara de la electricidad o el agua potable. Considerar como servicio público a una actividad que proviene de la manifestación de un derecho humano, no debería tener lugar, y tampoco es suficiente argumento el decir que es para mejorar el cumplimiento del interés general.

El Estado regula la comunicación mediante la Ley Orgánica de Comunicación, basado en la Constitución en el artículo 261 numeral 10 en el cual consta como una competencia exclusiva del Estado el régimen general de comunicaciones. Por lo que no debería ser considerada como tal, para ser controlada, ya que el Estado debería garantizar los derechos que establece la ley, especialmente el derecho a la libertad de expresión reconocido por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Ecuador.

Más que un servicio público, la comunicación se encuentra ligada con el derecho de libertad de expresión, el mismo que antes que una regulación, necesita una protección jurídica adecuada. Es decir garantías normativas que impidan la violación de este. Además en el caso que exista una violación, esta debe ser conocida y resuelta por la justicia más no por el poder administrativo como consta en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Comunicación, el mismo que ha introducido para la Función Ejecutiva nuevas potestades de control sobre los medios de comunicación, sobrepasando los límites del derecho público y privado. De tal manera, no es posible considerar a la comunicación como un servicio público que se debe prestar, sino como parte del ejercicio del derecho a la libertad de expresión que se debe proteger.

La doctrina ha establecido cuáles son los principios de un servicio público, con el fin que el Estado tenga parámetros para cumplir y proveer este servicio. Si la Constitución ha optado por declarar que la comunicación como servicio público satisface necesidades básicas de las personas, la prestación de este servicio debe atender a los principios de universalidad, continuidad, generalidad y uniformidad.

La comunicación no cumple con el principio de continuidad de un servicio público, ya que el artículo 77 de la Ley Orgánica de Comunicación se contradice con este principio ya que permite la suspensión de libertad de información por parte del Presidente de la República. Es evidente que provoca una deficiencia y es su interrupción a menos que no fuera ocasionada por un caso fortuito o de fuerza mayor .

La comunicación tampoco cumple con el principio de uniformidad que establece la legislación . De manera que, si el Estado es el proveedor del servicio de comunicación , los medios de comunicación estarían cumpliendo un papel de delegatarios únicamente para reproducir la información estatal, de igual manera si el Estado es el que proporciona directamente el servicio público de comunicación, el ciudadano perdería su capacidad de elegir y no tendría opción que recibir lo que el Estado provéa.

Al ser reconocida la comunicación como servicio publico en función del principio de generalidad , el Estado debería proporcionar el acceso a todos los ciudadanos ya sea por prensa, radio, televisión e incluso a través de internet.

Al no cumplir con los principios de uniformidad y de continuidad, no reúne las características de servicio público, que la doctrina ha determinado para considerarlo como tal. De manera, se puede concluir que la comunicación es un derecho y no un servicio público.

Si bien es cierto que el propósito de las enmiendas es el de ampliar derechos, en la comunicación como servicio público no surtiría el mismo efecto porque lo único que se está permitiendo es que la administración pública tenga mayor poder para determinar las condiciones y el contenido que los medios de comunicación y las personas pueden ejercer al realizar esta actividad. Al otorgarle las condiciones en que se puede ejercer ese derecho se está restringiendo otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión que está reconocido tanto en la Constitución como en los estándares internacionales.

En términos generales, la comunicación como manifestación de la libertad de expresión es un derecho de gran relevancia dentro de toda sociedad democrática ya que este derecho permite que las personas manifiesten libremente su manera de pensar sobre temas políticos , sociales , culturales y religiosos; de igual manera se configura el derecho que tiene toda persona a recibir y difundir información.

REFERENCIAS

- ACNUR. (2014). Ley contra el racismo y toda forma de discriminación. Recuperado el 6 de junio de 2016 de: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9502.pdf?view=1>
- Aguirre, J. (s.f.). El derecho a la comunicación base para la construcción de la humanidad. Recuperado el 12 de septiembre del 2016 de: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1815-02762013000200008
- Ávila, R. y Ávila, M. (2012). Jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el derecho a la libertad de expresión.
- Ávila, R. Grijalva, A. y Martínez, R. (2008). Desafíos Constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Quito, Ecuador : Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ávila, C. (2013). El Sistema de Comunicación en la Ley de Comunicación del Ecuador: Un análisis desde el enfoque de las Teorías de Sociedad y Masas de McQuail. Chasqui. Revista Latinoamericana de Comunicación, (124).
- Aparicio, M y Pisarello, G. (s.f.). Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas. Recuperado el 10 de mayo del 2016 de: http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Aparicio_y_Pisarello_DD_HH_y_Garantias.pdf
- Arévalo, J. (2016). Derecho a la comunicación y libertad de expresión en el Perú. Canalé, (6), 9-16.
- Bertoni, E. (2008). Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. México: Fontamara, S.A.
- Bertoni, E. (2011). La constitución en 2020: La libertad de expresión. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.
- Botero, C. (2014). Libertad de expresión e internet. Recuperado el 20 de junio

- de 2016 en :
http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_interne_t_web.pdf
- Botero, C. (2011). Problemas persistentes y desafíos emergentes en materia de libertad de expresión en las Américas. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.
- Botero, C. (2011). Diversidad Pluralismo y Libertad de expresión. Quito, Ecuador: V& M Gráficas.
- Botero, C y Uprimny ,R. (2000). Libertad de información, democracia y control judicial: la jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada. Buenos Aires, Argentina: Ciedla.
- Boudeguer, B. (2013). Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la corte interamericana de derechos humanos por el estado de chile. Estudios constitucionales, 11(1), 275-332. Recuperado en 22 de junio de 2016, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000100008&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-52002013000100008.
- Carbonell, M. (2011). Ruptura N.45. El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional. Quito, Ecuador: Cevallos.
- Camarasa. J. (s.f.). La calidad en la administración pública. Recuperado el 2 de febrero de 2017 de http://servicios.educarm.es/templates/portal/images/ficheros/revistaEducarm/9/revista8_02.pdf
- Cassagne, J. (2010). Derecho Administrativo. Lima Perú: Palestra Editores.
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Quito, Ecuador: CEEP.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (s.f.). Recuperado el 25 de mayo del 2016 de: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Convención americana de derechos humanos comentada. (2014). Recuperada el 22 de junio del 2016 de

<https://www.scjn.gob.mx/libreria/Documents/ConvencionAmericanaSobreDerechos20141209.pdf>

Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales. (s.f.). Recuperado el 19 de junio del 2016 de: <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/cultural-diversity/cultural-expressions/the-convention/convention-text/>

Cordero, J. (s.f.). Los servicios Públicos como derechos de los individuos. Revista Ciencia y Sociedad, numero 4 (682-701). Recuperado el 19 de junio de 2016 de: <http://www.redalyc.org/pdf/870/87022786005.pdf>

Corte IDH. (s.f.). Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica: Sentencia 2 de julio de 2004. Recuperado el 12 de agosto del 2016 de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

Corte IDH. (s.f.). Caso Kimel vs Argentina: Sentencia de 2 de mayo de 2008. Recuperado el 24 de agosto del 2016 de: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.doc

Corte IDH. (s.f.). Caso Olmedo Bustos vs Chile: Sentencia de 5 de febrero de 2001. Recurepado el 24 de agosto del 2016 de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf

Corte IDH. (s.f.). Opinión Consultiva 85: La colegiación obligatoria de periodistas. Recuperada el 8 de octubre del 2016 de: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf.

Corte IDH. (s.f.). Opinión Consultiva 86: La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recuperada el 16 de octubre del 2016 de: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf

Defensoria del Pueblo. (s.f.). Observación al Proyecto de Ley Orgánica de Comunicación. Recuperado el 21 de julio del 2016 de: <http://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/140>

Dictámen 001-14-DRC-CC. (s.f.). Recuperado el 25 de mayo de 2016 en : <http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacionalnameuid-28/DICTAMEN%20ENMIENDAS%20001-14-DRC-CC.pdf>

- Dromi, R. (2015). Derecho Administrativo Tomo II. Madrid, España: Dysan.
- Enmiendas a la Constitución de la República, Registro Oficial 653 de 21 de diciembre de 2015.
- Faúndez, H. (s.f.). El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Recuperado el 8 de abril de 2016 de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23853.pdf>
- Ferrajoli, L. (2000). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 4a edición, Madrid, Trotta .
- Fundamedios. (2012). Criminalización de la expresión en América Latina. Recuperado el 16 de diciembre del 2016 de: http://www.fundamedios.org/wp-content/uploads/2012/06/la_ley_y_la_palabra.pdf
- Garagarella, R. (2011). Constitucionalismo y libertad de expresión. Quito, Ecuador: V&M Gráficas.
- Gonzalez, J. (2014). Libertad de expresión y de prensa. Asunción, Paraguay: Eco New Graph.
- Herrera, J. (2008). La reinención de los derechos humanos. España: Atrapasueños.
- IIDH. (2008). Protección Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. San José, Costa Rica: Editorama S.A.
- Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). Informe de la Relatoría especial para la Libertad de Expresión. Recuperado el 8 de abril de 2016 de <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/InformeAnual2015RELE.pdf>
- Informe de minoría para el primer debate. (2015). Recuperado el 15 de junio del 2016 de: <http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacionalnameuid-29/Informe%20do%20debate%20enmienda%20constitucional%20%2824-11-2015%29.pdf>

- Informe de minoría para el segundo debate.2015). Recuperado el 15 de junio del 2016 de: <http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacionalnameuid-29/Informe%20do%20debate%20enmienda%20constitucional%20%2824-11-2015%29.pdf>
- Jurado, R. (s.f.) . Hechos y Derechos sobre la Comunicación. Recuperado el 3 de mayo de 2016 de: <http://www.slideshare.net/checksandbalances/hechos-y-derechos-de-la-comunicacin-romel-jurado>
- Jurado, R. (2009). Dialogo y Debates sobre Derechos Humanos.El reto a la formulación del derecho humano a la comunicación. Quito, eCUADOR: Abya- Yala.
- Jurado, R. (2010). Develando el desencanto. El estado de los derechos de la comunicación. Universidad Andina Simón Bolívar.
- Jurado, R. (2009).Reconstrucción de la demanda por el derecho humano a la comunicación. Quito, Ecuador: Intiyan- Ciespal.
- La Rue , F. (2011). Libertad de expresión de los pueblos indígenas, minorías y grupos vulnerables. Quito, Ecuador: V&M Gráficas.
- Ley Orgánica de Comunicación. Registro Oficial 22 de 25 de junio de 2013 .
- Londoño, M. (s.f.). El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la corte interamericana de derechos humanos. Recuperado el 24 de noviembre del 2016 de : <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4626/5965>
- Loreti, D y Lozano, L. (2014). El derecho a comunicar: Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.
- Navas, M. (2013). Constitución y teorías de la democracia: una aproximación desde los derechos a la comunicación. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Navas, M.(2008). Los derechos de la comunicación. Quito, Ecuador: INREDH.

- Navas, M.(2009). Derechos fundamentales de la comunicación: una visión ciudadana. Quito, Ecuador: Abya-Yala.
- Nash, C. (s.f.). Derechos Humanos y Juicio Justo. Recuperado el 6 de abril de 2016 en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/27187.pdf>
- Nash, C.(2015). Derechos Humanos y Juicio Penal en Chile. Santiago, Chile: Centro de Documentación Defensoría del Pueblo
- Organización de las Naciones Unidas. (2010). Desigualdad e Inclusión Social en las Américas. Recuperado el 6 de junio del 2016 en: <https://www.oas.org/docs/desigualdad/LIBRO-DESIGUALDAD.pdf>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).
- Pou, F. (s.f.). La libertad de expresión y sus límites. Recuperado el 14 de noviembre de 2016 de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3567/36.pdf>
- Prieto Sanchís, L. (2003). Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid, España: Trotta
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, (s.f.). Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión. Recuperado el 2 de junio de 2016 de <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>
- Romo, M. (2015) .Con transitoria o sin transitoria: la reforma constitucional es para darle más poder al poder. (16 de noviembre de 2015). Recuperado el 19 de junio de 2016 de: <http://paularomo.blogspot.com/2015/11/con-transitoria-o-sin-transitoria-la.html>
- Zegarra, D. (s.f.). Del Servicio Público a los servicios de interés general: la evolución del service public en el sistema jurídico. Recuperado el 19 de junio del 2016 de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/viewFile/13487/14114>