

EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE COMUNICACIÓN (PLOC) Y SU ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

Jorge Zavala Egas¹

RESUMEN:

Los derechos a la comunicación y, a la libertad de expresión son parte esencial de un Estado constitucional de derecho de esta manera, se define la democracia a través de las garantías en las que nos vemos protegidos los ciudadanos a través del texto Constitucional. Es por esto que, si el Estado no es tolerante para que sus ciudadanos sean libres de expresión y puedan definir de una manera autónoma sus preferencias políticas, sociales, religiosas, etc., sería imposible aceptar que se están ejerciendo con plenitud sus derechos humanos. De igual manera es necesario aclarar que el derecho a la libertad de comunicación, no es de exclusividad de comunicadores o periodistas, sino de todos los integrantes de la sociedad.

¹ Doctor Jorge Zavala Egas. Jurista de nacionalidad ecuatoriana, dedica su práctica profesional a la asesoría Jurídica tanto pública como privada además de ser un Catedrático de Derecho Constitucional y Administrativo. Abogado desde 1973 y doctor en jurisprudencia desde 1975, Jorge Zavala Egas ha servido a su país ocupando notables funciones públicas, entre las que se destacan: Abogado de la Presidencia de la República, Subsecretario de Aduanas, Director de Autoridad Portuaria de Guayaquil 2001 y 2004. Subsecretario de Coordinación Política del Ministerio de Gobierno 2005, Diputado por la Provincia del Guayas, Autor del Proyecto convertido en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, Coautor de la Ley de Casación, Miembro de la Comisión de Reformas Constitucionales designada por el Presidente de la República (1995), Vocal del Tribunal de Garantías Constitucionales, Procurador Síndico de la M.I. Municipalidad de Guayaquil, Coautor del Proyecto de Código de Procedimiento Civil, como Consultor de PROJUSTICIA, órgano adscrito a la H. Corte Suprema de Justicia. Sus libros y artículos jurídicos son frente obligada de consulta en áreas de Derecho Constitucional, Derecho Procesal constitucional y Derecho Administrativo.

El Proyecto de Ley Orgánica de Comunicación (PLOC), establece claramente principios que notoriamente son restrictivos y que contradicen los vigentes principios constitucionales.

PALABRAS CLAVES:

Proyecto de ley.- Comunicación.- Información.- Principio de legalidad reforzado.- Ley Orgánica.- Inconstitucionalidad de ley.-

SUMARIO:

I.- Advertencia.- II.- Conclusiones.- III.- La comunicación e información como derecho constitucional y sus garantías normativas.- IV.- Contenido esencial del derecho a la comunicación e información.- V.- Reserva de ley orgánica y principio de legalidad.- VI.- La inconstitucionalidad de leyes regulativas de derechos y garantías.- VII.- Normas inconstitucionales del PLOC y razón de este juicio.- VIII.- La prensa es institución y la comunicación es derecho.- IX.- La garantía del contenido constitucional del derecho a la comunicación e información.- X.- El ámbito de intervención habilitado al legislador.- XI.- Restricciones al derecho encubiertas: falta de tipicidad y quiebra del principio de proporcionalidad.- XII.- Lo que no es parte del contenido esencial del derecho a la comunicación e información.- XIII.- Regulación administrativa.-

I.- Advertencia.-

Se trata este documento de un análisis liviano de la inconstitucionalidad del *Proyecto* del Gobierno Nacional llamado “*Panchana*”, pues, no he agotado los enunciados que contienen sus normas ni tampoco he consumido las fuentes posibles de consulta en Derecho o jurisprudencia comparados.

Por lo dicho, téngase lo que viene como simples comentarios al material leído.

II.- Conclusiones.-

Primera: 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. Estas expresiones son las que se pueden legalmente regular y están desprotegidas de la garantía que otorga la Constitución, así como lo están las difamatorias, las comerciales falsas, las injurias, las obscenidades y otras por el tenor constitutivas de ilícitos y así tipificadas por el legislador.

Segunda: El PLOC contiene normas claramente inconstitucionales por ser restrictivas de la libre comunicación e información en lo que a su contenido esencial se refiere.

Tercero: Se puede legislar contra la Constitución, pero también, en forma igual, se puede hacerlo aprobando el desarrollo legal de un derecho constitucional que desconozca la esencia e identidad propia de éste que sólo es...constitucional.

III.- La comunicación e información como derecho constitucional y sus garantías normativas.-

De la *Exposición de Motivos* es importante considerar que los autores del *Proyecto* parten de reconocer que la comunicación y la información es un derecho constituido como *pilar del Buen Vivir*, lo que hace necesario gestionar y regular actividades como la comunicación, que al constituirse en derechos de los ciudadanos se transforman en responsabilidad del Estado. Esto es verdad, pues, es cierto que entre los “Derechos del buen vivir”² constan en la Sección tercera el de “Comunicación e Información”. El PLOC en definitiva pretende regular el derecho a la comunicación e información que es uno de los que conforman el derecho del buen vivir (*Sumak kawsai*) de los ecuatorianos.

Es cierto también que siendo “derecho de los ciudadanos”, debe ser responsabilidad del Estado cumplir su deber primordial de “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”³ y, para ello, “La Asamblea Nacional y todo órgano con poder normativo tendrá la obligación de

² Capítulo segundo del Título II “De los derechos”

³ Art.3.1 CRE

adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución...En ningún caso..., las leyes...atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”⁴ y, para ello, deberá acatar el principio de aplicación de los derechos constitucionales que prescribe que “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”⁵.

En definitiva:

- a) La comunicación e información es un derecho constitucional de los ecuatorianos (Art.16 a 19 CRE);
- b) Como tal constituye un deber prioritario del Estado garantizar su ejercicio efectivo (Art.3.1 CRE); y,
- c) Todo poder normativo, en este caso, la Asamblea Nacional, dictará leyes que se adecuen materialmente a la CRE y no podrán atentar contra los derechos que reconoce la Constitución ni restringir su contenido (Arts.84 y 11.4 CRE).

IV.- Contenido esencial del derecho a la comunicación e información.-

Se trata, para las personas, de un conjunto de creencias, opiniones y convicciones que deben adquirirse a través del conocimiento y la información para conocer la verdad, a través de la exposición e intercambio de ideas que es una finalidad propia del ser humano. Información es el *“conjunto organizado de datos y evidencias procesados que producen conocimiento”* (Art.9 PLOC). Se trata de proteger lo que la metáfora expresa con *“libre mercado de las ideas”*.

Su negación es la imposición de un impedimento que atenta contra la *dignidad* de la persona, pues agrede a su *autonomía* e implica un desconocimiento de la esencial naturaleza de cualquier ser humano.

Por otra parte, su contenido de conocimiento de la verdad es un requisito esencial para el proceso democrático, pues, sin libertad de

⁴ Art.84 CRE.

⁵ Art.11.4 CRE

expresión, de comunicación o de información no puede haber auténtica participación de los miembros de la comunidad en las decisiones política, en el ejercicio del autogobierno. La búsqueda de la verdad política, viabilizar el gobierno de la mayoría, restringir la concentración de poderes, disuadir la corrupción y la ineficacia administrativa, así como promocionar la estabilidad político-social.

V.- Reserva de ley orgánica y principio de legalidad.-

Luego, es una primera conclusión que el legislador está limitado en cuanto a forma y fondo para expedir leyes cuando de derechos constitucionales se trata, pues, por la *forma* está obligado al procedimiento legislativo de producir una categoría específica, esto es, una *Ley orgánica* (Art.133.2 CRE) y, por el *fondo*, está impedido de restringir, menoscabar o desconocer el contenido esencial de los derechos constitucionales.

Los derechos constitucionales, entre éstos el de comunicación e información, y sus garantías tienen reserva de ley orgánica, es decir, están tutelados por un *principio de legalidad reforzado*, con lo que se evidencia la posición preferente y privilegiada del derecho en el Ordenamiento jurídico ecuatoriano.

El principio de legalidad, impuesto por la CRE para la regulación de los derechos constitucionales y su garantías, debe ser cumplido en forma estricta y su delegación al poder ejecutivo se entiende constitucionalmente prohibida, precisamente, para impedir decisiones mayoritarias de asambleas legislativas proclives al Ejecutivo, que puedan ceder a éste la regulación de los derechos y garantías de las personas vía reglamentos.

VI.- La inconstitucionalidad de leyes regulativas de derechos y garantías.-

Por otra parte, el derecho constitucional, garantizado en su contenido esencial por la Constitución, se vulnera cuando las normas jurídicas que expide el legislador para regularlo o a sus garantías producen los siguientes efectos:

- a) Paralizar, provocar retraimiento o disuadir el ejercicio del derecho por temor a sanciones.

- b) Intrusión en el contenido esencial de aquellos para restringirlo o menoscabarlo.
- c) Vaguedad e imprecisión regulativa permitiendo la arbitrariedad de las autoridades públicas en su aplicación.

Por lo expuesto, el cuestionario, test o encuesta de inconstitucionalidad de la ley comienza por distinguir los preceptos que atentan contra el ejercicio mismo del derecho y que provocan que éste no se ejercite por temor a sufrir las sanciones previstas en la misma ley.

Sigue el análisis de invalidez constitucional con la identificación de las normas intrusivas al *contenido esencial del derecho* a la comunicación e información y que lo afectan al calificar la *tendencia* de la información, o determinar un *peligro* que supuestamente conlleva la comunicación de hechos u opiniones o, finalmente, por presumir la norma que una información constituye hipotética *incitación* a que se cometan acciones lesivas a otros derechos de las personas o a intereses de la comunidad.

Finalmente, es necesario precisar también las normas que son vagas, ambiguas e imprecisas en sus enunciados y que determinan regulaciones de hacer, permitir o no hacer que no derivan de la objetividad del texto, sino de la discrecionalidad interpretativa de la autoridad pública a la que corresponde aplicarlas. Reglas de textura abierta o normas que, en su pretensión de acoger en sus supuestos una amplia gama de conductas, no determinan con precisión ninguna, afectando la certeza del derecho y aupando la arbitrariedad administrativa o judicial en su calificación y juzgamiento. Es lo que se imputa al legislador como irracional expresando que pretende *matar mosquitos a cañonazos*.

También es inconstitucional cuando el legislador pondera a priori un derecho o un interés como de mayor peso que otro concurrente o contradictorio en abstracto, esto es, sin que se precise un supuesto concreto. Por ejemplo, en el caso que se pondere el derecho a la intimidad del hombre público como de mayor peso que el derecho a ser informado el público de las acciones del mismo,

Las mencionadas son formas encubiertas de restringir el ejercicio del derecho a la comunicación que utilizan los legisladores para restringirlo, tal como lo reconoce el PLOC en su artículo 3.2

VII.- Normas inconstitucionales del PLOC y razón de este juicio.-

El artículo 6.- insta una *medida cautelar* que se convierte en un arma para paralizar la comunicación o detener cualquier información u opinión sobre un hecho público cuando cualquiera, afirmando ser afectado, instaure una acción administrativa o judicial “*para la reparación de sus derechos afectados*” o “*para el cumplimiento de la rectificación o réplica*” (Art. 5 PLOC), pues, “*ni el medio ni el afectado podrán referirse a la materia de la controversia mientras ésta no se resuelva*”. La norma es inconstitucional por vulnerar el *principio de proporcionalidad* que constituye la medida que la racionalidad jurídica impone para el sacrificio de un derecho, como es el de la comunicación. La regulación normativa, que tiene por efectos inhibir al medio de comunicación de volver a referirse a la *materia de la controversia*, esto es, a los hechos que constituyen noticia, no es idónea o adecuada para defender la honra de la persona afectada, pues, la prohibición cautelar no es vincularla con el hecho o de mencionarla en absoluto para defender su honra, sino de comunicar e informar sobre el hecho *materia de la controversia*, es decir, la información del hecho mismo acaecido. Tampoco es una medida *necesaria* para lograr el respeto a la honra del afectado, pues, hay otras medidas para el mismo fin y sin ser tan graves para el derecho a la comunicación, por ejemplo, que se prohíba nombrar a la persona afectada, que se la ubique en el contexto correcto, etc. Finalmente, porque siempre el afectado puede petitionar esa medida cautelar en un procedimiento judicial independiente, sumario y preferente, de naturaleza constitucional y en caso concreto, tal como lo prescribe el artículo 87 de la CRE y más normas pertinentes de la *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional* (LOGJCC) recientemente aprobada por la Asamblea Nacional.

El artículo 8.- contiene una norma inconstitucional que vulnera el principio de legalidad por su vaguedad, indeterminación e imprecisión, pues, el enunciado “*información veraz*” no se determina con ningún parámetro objetivo, además, que la veracidad de una opinión o información no se determina en la «acción» de la comunicación e información que siempre tiene pretensión de validez, es decir, se pretende justificada, sino que se determina a través de la argumentación o discurso que sobre la opinión o la información se produce entre varios protagonistas. Es en esa dialéctica que se evidencia la justificación en el contexto que fue emitida. Por eso, el Derecho no impone la prohibición que se informe,

sino, por el contrario, que ésta se produzca para fines de justificar la pretensión de validez de la misma. La garantía de la información que no contiene una verdad apodíctica es un experimento que protege la Constitución y *“cada año, si no cada día, tenemos que apostar nuestra salvación a alguna profecía basada sobre nuestros conocimientos imperfectos. Mientras este experimento sea parte de nuestro sistema, creo que debemos estar siempre vigilantes contra los intentos de impedir la expresión de las opiniones que aborrecemos”*⁶.

En el mismo artículo 8.- se contiene la norma que prohíbe afectar *“los derechos fundamentales de otras personas, consagrados en la Constitución, leyes, pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales”*. Esta proposición jurídica es de efectos letales al derecho a la comunicación e información, pues, generalmente éste cuando se produce como hecho concreto hace concurrir otros derechos que van en dirección contraria a su ejercicio y con los cuales colisiona. Por ejemplo, si se informa de un juicio de alimentos que se sigue contra el diputado “X” éste ve afectada su intimidad, si se opina sobre la dependencia intelectual del Presidente a la ideología que publicita el Presidente Chávez, se puede afectar el interés del honor nacional, si se comunica las violaciones en serie de menores de edad se puede afectar la sicología de las familias, etc., etc. La solución que propone la norma es una ponderación previa que hace el Estado-legislador por la que se sepulta el derecho a la comunicación frente a cualquier otro derecho eventualmente concurrente contradictorio y esto es manifiestamente inconstitucional. La ponderación no pasa de ser un método o una técnica para dimensionar los pesos entre derechos que concurren y colisionan en un caso concreto y que se utiliza para buscar entre ellos una estricta proporcionalidad, donde se pueda contextualizar las limitaciones jurídicas y fácticas de los derechos en juego. Respuesta que hallada sólo derrota al derecho postergado o sacrificado en ese caso tempo-espacialmente determinado, pero cuya validez y pleno ejercicio se mantiene hacia futuro sin mácula alguna que afecte su validez preferente. Así lo prevé nuestra LOGJYCC en el artículo 3.2 y 3.3.

El artículo 10.- no contiene una regulación que tenga pertinencia con el derecho a la comunicación e información, se trata de una regla

⁶ HOLMES, *Abrams v. United States*. 250 US 616 (1919).

sancionatoria que prevé un supuesto de conducta del medio de comunicación que vulnere el ejercicio del derecho de conciencia del periodista, se supone porque lo obliga a que preste su concurso para comunicar informaciones que van contra las convicciones éticas, religiosas, políticas o jurídicas del empleado del medio. Éste puede oponerse a ejecutar directrices que vayan contra tales creencias, eso lo garantiza la CRE (Art.-66.12) y ello no debe afectar su relación laboral ni es admisible que el empleador pueda conculcar o restringir el ejercicio pleno de ese derecho de conciencia. Hasta este punto se ha configurado una situación jurídica de respeto al derecho de conciencia del periodista. Luego, ¿por qué se pretende instituir un procedimiento fuera de la relación patrono – empleado para hacer viable el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia?, ¿con qué fin la objeción fundamentada debe ser presentada al defensor adscrito a la defensoría del pueblo? Lo primero que salta a la razón es que es un modo para que el poder público pueda conocer el contenido de las noticias y de informaciones antes que se produzcan, pues de otro modo, si la oposición del empleado, por ejemplo, a proporcionar noticias sobre lo saludable que es para el hombre comer carne de vaca porque es creyente en la esencia divina de estos animales de acuerdo al *Rig-veda* hindú, y esta objeción es aceptada con beneplácito por el empleador, ¿para qué la necesidad de *fundamentarse* (la objeción de conciencia) por escrito a su empleador y al defensor público adscrito a la defensoría del pueblo? Y, ¿acaso tiene racionalidad que si el empleado se opone después a transmitir la noticia del reclutamiento militar porque es pacifista y, en otra ocasión, se opone a transmitir la noticia sobre los beneficios de la riqueza petrolera para la gente pobre porque es ecologista, el medio de comunicación sea llevado a mediación del Consejo Nacional de Comunicación e Información y finalmente *sancionado conforme esta ley?* Se trata de una norma irracional que restringe la libertad y la independencia de los medios de comunicación, así como vulneradora de la libertad para decidir el contenido de las informaciones frente a sus empleados.

El artículo 11.- sienta la regla del derecho al secreto profesional del periodista y el de la reserva de la fuente de la información, pero, al mismo tiempo los anula al prescribir que carece de tales derechos el periodista cuya información *“vulnere o ponga en peligro derechos fundamentales de las personas”*. Sin embargo, primero, ¿dónde se encuentra la definición y cuáles son los *derechos fundamentales?* Al menos en la

Constitución no existen, tampoco en la LOGJYCC. Segundo, ¿quién califica el *peligro* y la *vulneración de un derecho fundamental*? Se debe entender que cualquier autoridad pública y, por tanto, cualquiera puede exigir que se quiebre el secreto profesional y se rompa la reserva de la fuente de la información. Para calificar la vulneración o el supuesto peligro a los derechos de las personas el que juzga debe hacerlo de acuerdo a sus propias convicciones o a su propia concepción de vulneración o peligro, ello es un subjetivismo que raya en la arbitrariedad. La expresión sólo puede ser restringida en un contexto donde se torne en estímulo para acciones inmediatas lesivas de derechos o de intereses comunitarios. Todo lo cual conduce a la vulneración de la norma contenida en el artículo 20 de la CRE.

El numeral 4 y la discriminación enunciada en el 5 del artículo 14.- y el artículo 22 en sus números 1, 3 y 4 son inconstitucionales, en cuanto sus supuestos de conducta constituyen vulneraciones a derechos constitucionales de las personas y, en consecuencia, están garantizados o protegidos jurisdiccionalmente de manera preferente y sumaria (Arts. 86, 87, 88, 92 y 93 CRE). Por esta vía de mera legalidad, se les pretende dar tutela mediante procedimientos administrativos que se inician no por los titulares de los derechos vulnerados, sino por el Estado que los sustituye por mandato de esta ley. Este procedimiento administrativo sancionador, como se conoce, carece de un cúmulo de garantías de defensa para el medio de comunicación y siempre los que ejecutores del mismo carecerán de independencia para decidir, condición necesaria de imparcialidad. Es decir, lo que se pretende es que el juzgamiento de estas conductas imperativas de hacer (deberes) y de no hacer (prohibiciones) se juzguen en sede administrativa (Arts. 57 y 58 PLOC) y no en la judicial como ordena la CRE. Lo adecuado a la CRE es que las personas afectadas por la violación de sus derechos constitucionales sean las que incoen los procesos constitucionales que estimen necesarios y no sean utilizadas como instrumentos para el ejercicio del poder administrativo sancionador.

VIII.- La prensa es institución y la comunicación es derecho.-

La prensa vista como la conjunción de medios escritos, radiales o audiovisuales que trabajan procesando la información como un acervo organizado de datos y evidencias que producen conocimiento, es una institución jurídico-política de la sociedad democrática y cumple su

función desarrollando la actividad de concretar la libre circulación de las ideas, condición necesaria para alcanzar uno de los fines de las personas: la convivencia democrática-

De aquí que la comunicación sea *instituto* y, a la vez, *derecho*, pues, las constituciones reconocen y garantizan el derecho de todas las personas, en forma individual o colectiva, a una comunicación libre y a la creación de medios de comunicación social, así como a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones. Como derecho la comunicación e información debe ser respetado y es materia no decidible o restringible en su contenido esencial, vale decir, en su esencia constitucional, la que no puede ser restringida o menoscabada por la actuación del legislador, de la administración pública o del juez.

En conclusión, la prensa como institución social, jurídica y política requiere de *garantías* para el ejercicio de su actividad propia que es la de concretar el *derecho* a buscar y comunicar *información* a las personas y, por ello, la Constitución las enuncia en los artículos 17 y 18. Éstas son las *garantías institucionales* de la actividad de la prensa, son las que blindan y protegen el desarrollo de su *actividad* para poder cumplir con su *función* que persigue el *fin público* de informar al público. Son *garantías, tutelas o amparos normativos* cuya vulneración por parte del poder legislativo, administrativo o judicial trae aparejada la inexorable inconstitucionalidad del acto lesivo.

IX.- La garantía del contenido constitucional del derecho a la comunicación e información.-

El desarrollo del derecho constitucional, una vez definido por las normas constitucionales, se traslada al campo de la Ley, concretamente al de la *ley orgánica*, pasando por los tratados y convenios internacionales que se hayan celebrado sobre la materia. Sin embargo, no hay que perder de vista que el ámbito de actuación disponible para el acto legislativo comienza donde termina el *contenido esencial* del derecho a la libre comunicación e información y ese es el que tiene para actuar, decidiendo su optimización y, además, las limitaciones o restricciones que no afecten ese contenido.

¿Qué es el *contenido esencial* de un derecho constitucional? Es la materia propia de un interés subjetivo, la que lo hacer ser y sin la cual no es y, también, el núcleo de la norma, si bien ambos se encuentran garantizados por la Constitución (la libertad, el honor, la vida, etc.), es evidente que la faz subjetiva del derecho es la que estamos analizando y no la norma que enuncia el derecho. El contenido esencial del derecho es lo que permanece vivo pese al tiempo, lo que permanece cuando se produce el cambio, reconocible siempre. Es lo que lo hace reconocible desde el punto de vista de una cultura jurídica amplia.

Con lo que sólo hemos dicho que el *contenido esencial* de un derecho es su *contenido constitucional*, que se trata su definición de una *garantía* constituida por la Constitución y que, en consecuencia, ningún poder normativo del Estado sea el legislativo, transformándolo; el administrativo, regulándolo o el judicial, interpretándolo puede *restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales* (Art. 11. 4 CR). El contenido esencial o constitucional de un derecho, en cuanto que normativamente garantizado, es lo que jurídicamente le es exigible al poder público y a los particulares. La Constitución lo que prohíbe es que el legislador restrinja el contenido constitucional de los derechos, sin que ello signifique que no lo pueda desarrollar y configurar. Luego, es evidente que, en este caso, debemos preguntarnos por el contenido constitucional del derecho a la comunicación e información para saber qué es lo que se encuentra garantizado o protegido normativa, administrativa y jurisdiccionalmente y, consecuentemente, prohibido de restricciones o limitaciones legislativas, administrativas o judiciales.

En nuestro país la comunicación e información es un derecho constitucional que comprende una actividad libre, en todos los ámbitos de la sociedad, por cualquier medio o forma, sin prohibición expresa para que se dicte regulación por ley orgánica para la creación y funcionamiento de los medios de comunicación social y con prohibición específica de *censura previa* para la búsqueda, recepción, intercambio, producción y difusión de información veraz acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general y con responsabilidad posterior (Art.16 CR).

En definitiva, el contenido esencial derecho se reduce a la libertad de:

- a) Opinión;
- b) Búsqueda de la información;
- c) Recepción de informaciones o ideas; y,
- d) Comunicación o difusión de éstas,

Sobre estas libertades no existen restricciones jurídicamente válidas que no autorice expresamente la Constitución de la República.

El legislador viola el derecho constitucional cuando invade, restringiendo o menoscabando, el contenido esencial del mismo y, también, cuando quiebra el principio de proporcionalidad que le exige considerar otros parámetros distintos al del contenido.

X.- El ámbito de intervención habilitado al legislador.-

Nuestra Constitución tiene dos normas que son las que confieren expresa habilitación al legislador para regular la actividad de la comunicación e información, entendiendo que le está vedada cualquier otra restricción, pues, la propia Constitución asume la tarea de señalar lo que esta prohibido hacer en materia de comunicación e información en forma previa a la realización de la actividad, sin perjuicio de la responsabilidad posterior y enuncia, primero, la publicidad calificada y descrita por la norma del Art.19, inciso segundo. La segunda es que toca al legislador determinar la *prevalencia* de contenidos con *finés informativos, educativos y culturales* en la programación de los medios y dictar medidas de *fomento* para la creación de espacios para la difusión de la producción nacional (Art.19 CR, inciso primero).

En consecuencia, el legislador sólo puede regular la creación y funcionamiento de los medios de comunicación social y determinar las sanciones para la actividad publicitaria prohibida. Todo lo demás es propio del contenido esencial garantizado por la Constitución y puede ser ejercido por las personas con absoluta libertad, sin perjuicio de la determinación de la responsabilidad civil, administrativa y penal ulterior.

En conclusión: la habilitación al legislador para su injerencia en el ámbito de este derecho es limitada, precisa y siempre debe, sobre ella, efectuarse una interpretación restrictiva.

XI.- Restricciones al derecho encubiertas: falta de tipicidad y quiebra del principio de proporcionalidad.-

Son aquellas que esquivando el texto de la norma constitucional producen el mismo resultado restrictivo del contenido del derecho prohibido. Un ejemplo de este modo de legislar es la creación de un régimen administrativo sancionador, previo y general, que tipifica conductas mediante su descripción utilizando palabras ambiguas e imprecisas, conceptos jurídicos indeterminados, frases vagas y susceptibles, por su contenido abierto, de interpretaciones irracionales y, por ende, arbitrarias, carentes de justificación normativa jurídica. Tal forma de legislar, además de no cumplir con la exigencia del debido proceso que demanda la aplicación de un principio de legalidad estricto en materia sancionadora, tiene por efecto final la potencial inhibición del agente de comunicación e información, produce como resultado un temor paralizante del flujo informativo y un congelamiento del derecho. Este proceder legislativo es inconstitucional por su propia morfología, forma o diseño del enunciado (carencia de tipicidad), como por el resultado obtenido: la inutilización o ineffectividad del derecho constitucional.

Desde este punto de vista, son inconstitucionales los enunciados del Proyecto de Ley Orgánica de Comunicación contenidos en las normas del artículo 63, numerales 4, 7 y 10 y, con toda evidencia, la del numeral 1 del artículo 64 y ambas conducen a la inconstitucionalidad del precepto del artículo 65 por ser presupuestos de su realización.

El principio de proporcionalidad constitucional es el que determina que el legislador sólo puede limitar el ejercicio de un derecho si encuentra causa necesaria en otro interés o derecho de igual rango. Si se adopta el principio, para adecuar a la Constitución el Proyecto en su normativa administrativa sancionadora, habría que definir las contravenciones de los comunicadores como las acciones u omisiones que causan daño a las personas y al orden público y de las que es preciso precautelar a la sociedad democrática. Y tales conductas contravenacionales de los comunicadores son las que:

- a) Están desprovistas de alguna finalidad constitucionalmente amparable;
- b) Son idóneas para producir daño inminente a las personas y a la sociedad; y,
- c) Son necesariamente sancionables cuando concurren los elementos a) y b).

Por ejemplo, las injurias, las obscenidades, la apología del delito, el llamado a la sublevación contra el Ordenamiento jurídico, informaciones sobre la seguridad nacional, etc. difícilmente conllevan el cumplimiento de una finalidad constitucional, son *a priori* adecuadas para producir daño a las personas o a la sociedad y nadie racionalmente niega la necesidad de su sanción y, por ello, el legislador las tipifica y sanciona, pero su juzgamiento, caso por caso, *a posteriori*, queda en manos de la administración y de los jueces quienes determinan, para el caso concreto, la concurrencia los parámetros de proporcionalidad en los hechos. De esta forma el Ordenamiento obliga a que los juzgadores realicen el juicio de proporcionalidad, caso por caso, para proceder a la interpretación y aplicación de las normas creadas por el legislador e imponer la sanción que es lo que, generalmente, el poder administrativo sancionador se despreocupa de hacer, incurriendo en una conducta indiscutiblemente inconstitucional.

XII.-Lo que no es parte del contenido esencial del derecho a la comunicación e información.-

Todo ejercicio abusivo del derecho de comunicación e información está desprotegido del contenido constitucional del mismo y, en consecuencia, la comunicación e información que se produzca en este contexto no es ejercicio del derecho constitucional y si se lesionan, con esta conducta, intereses del Estado o derechos de los demás, la regulación es sobre responsabilidades y no sobre el derecho mismo. En esta línea de pensamiento, también es preciso destacar que las normas que regulan el abuso en el ejercicio del derecho no se deben considerar limitativas del derecho, pues, el derecho termina donde el abuso comienza.

XIII.- Regulación administrativa.-

Debe incluirse como norma rectora que el Estado, a través del Consejo Nacional de Comunicaciones, está autorizado a solicitar registros

y autorizaciones administrativas a los medios, pero sólo referidas a los aspectos técnicos de organización de las comunicaciones como institución, pero no a los contenidos y preferencias ideológicas de la información como derecho. No es lo mismo regular la actividad de la institución-prensa que configurar el derecho-comunicación, pues, la libertad del legislador sobre la primera es mucho más amplia que para la segunda en la que encuentra limitaciones férreas.

Estos breves comentarios se reducen a ser reflexiones de un jurista que está consciente que en nuestro país el proyecto totalitario avanza, que cualquier esfuerzo por detenerlo vale la pena, toda lucha es un aporte a favor de la libertad.