

# EL DERECHO PENAL, EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN EL MARCO DEL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE COMUNICACIÓN

Dr. Eduardo FRANCO LOOR, MSc.<sup>1</sup>

## RESUMEN:

En las actuales circunstancias socio-políticas y económicas del país, hay un gran debate sobre la posibilidad de que la Asamblea Nacional posibilite la creación de la Ley Orgánica de Comunicación, instrumento jurídico que en su proyecto ha recibido un amplio rechazo de algunos medios de comunicación social y de actores políticos de oposición al gobierno nacional. Creemos firmemente la necesidad de que el país cuente con una Ley de Comunicación verdaderamente democrática, elaborada y construida por todos los actores sociales y que represente un instrumento expedito para regular y señalar los altos objetivos del periodismo nacional y de la ciencia de la comunicación social. Como está concebido actualmente el proyecto, con errores técnicos-jurídicos e imprecisiones, es importante mejorarlo para que quede nítido su

---

<sup>1</sup> Profesor universitario de Derecho Penal. Doctor en Jurisprudencia. Diplomado en Docencia Superior, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, Magister en Ciencias Internacionales y Diplomacia, egresado de la Maestría en Ciencias Penales y Criminológicas del Instituto "Dr. Jorge Zavala Baquerizo" de la Universidad de Guayaquil. Es Profesor Principal de la FACSO de la Universidad de Guayaquil, Profesor de la UEES, de la Universidad Tecnológica ECOTEC y de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Fue MAGISTRADO de la III Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Director Regional del CONSEP, Subsecretario de Trabajo y Recursos Humanos del Litoral, Subsecretario de Bienestar Social del Litoral e Intendente de Policía del Guayas. Ha publicado: "Derecho de la Comunicación Social en el Ecuador" y "Derecho Internacional de la Comunicación Social". Por publicarse: "Fundamentos Teóricos de Derecho Penal Moderno" y "La Culpabilidad Penal y la Teoría de la Imputación Objetiva en el marco del Derecho Penal Ecuatoriano". Ejerce la abogacía y escribe artículos de Derecho. email: [efranco\\_loor@hotmail.com](mailto:efranco_loor@hotmail.com)

concordancia y apego a la Constitución de Montecristi 2008 que manda a crearse esta Ley. Nos parece, en lo fundamental, si se corrigen sus errores, viable, toda vez que guarda armonía con los principales instrumentos internacionales que el Ecuador es signatario y por tanto se ha comprometido respetar y acatar. Por ello consideramos pertinente el acuerdo que los distintos bloques legislativos han concertado para hacer viable dicha ley. El Consejo de Comunicación e Información, ha crearse según el Proyecto, debe ser un instrumento que garantice la imparcialidad y la idoneidad del procedimiento administrativo que contempla para las resoluciones de las sanciones administrativas que se darán a quienes infrinjan las normas de la ley, y no un ente burocrático al servicio del poder de turno. No es una ley punitiva sino administrativa con respecto a las sanciones en ese orden.

**PALABRAS CLAVES:**

Constitución, Instrumentos Internacionales, Ley Orgánica de Comunicación. Derecho Administrativo, Derecho Penal, Derecho Internacional, Interpretación constitucional y legal, Derechos Humanos, Libertad de expresión y de opinión, libertad de Prensa, censura previa, profesionalización de periodistas y comunicadores sociales.

**SUMARIO:**

1.- Aspectos jurídicos del Proyecto de Ley Orgánica de Comunicación.- 2.- La censura previa.- 3.- La profesionalización de los periodistas.- 4.- La libertad de opinión y de expresión y la libertad de prensa como derecho humano esencial.- 5.- Nuevo organismo a crearse: El Consejo de Comunicación e Información.- 6.- Bibliografía.-

**1.- ASPECTOS JURÍDICOS DEL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE COMUNICACIÓN.-**

El Proyecto de Ley Orgánica de Comunicación que se tramita en la Asamblea Nacional, a mi criterio, (si bien adolece de defectos técnicos-jurídicos en algunos de sus disposiciones, éstos son susceptibles de perfeccionarse) es absolutamente constitucional, toda vez que revisados sus contenidos normativos insertos en los articulados, éstos no atentan

contra norma constitucional alguna, al contrario, es una exigencia contenida en la Primera Disposición Transitoria de la Constitución en vigencia que la Asamblea Nacional expida la Ley de Comunicación.

Hay una aceptación mayoritaria en la doctrina en considerar que una ley o norma es inconstitucional cuando está en contradicción con las normas o principios que figuran taxativamente en la Constitución. Establecer esta divergencia o contradicción entraña un proceso previo de interpretación. Hans Gadamer en su "Verdad y Método" explica que la interpretación no es un acto complementario a la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar y, en consecuencia, la interpretación es la forma explícita de la comprensión".

Rodolfo Luis Vigo en su obra "Interpretación Constitucional" establece que la interpretación jurídica tiene por objeto reconocer o atribuir un significado jurídico a cierto texto jurídico (conductas, cosas, palabras y otros signos). La interpretación no es únicamente una forma científica o técnica de conocer el significado de las palabras empleadas por la ley, sino que es práctica dado que busca resolver un caso buscando la justicia".

En otras palabras, si interpretar es la indagación del significado de una norma utilizando diversos criterios y métodos que el Derecho permite, el significado jurídico que se busca, en el contexto general de una norma, se lo debe de hacer con criterio de justicia, con objetividad, con realismo y sin apasionamiento de ninguna especie. A través de ello, se puede detectar la inconstitucionalidad de una norma inferior con respecto a la Carta Magna, es decir, encontrar la contrariedad existente; en este evento, de acuerdo con la normatividad actual constitucional carecerían de eficacia las normas de menor rango o jerarquía.

De conformidad con el Art. 425 de la Constitución vigente, el orden jerárquico de aplicación de las normas es el siguiente: La Constitución, los Tratados y Convenios Internacionales, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias...etc., etc. Es decir, la Constitución y los Tratados y Convenios Internacionales prevalecen sobre las leyes orgánicas, y sobre el resto del ordenamiento jurídico. Por lo tanto habría que examinar si el proyecto en mención está en contradicción con la Constitución o algún tratado o convenio internacional. Hacerlo presupone una gran tarea de análisis, es

decir de interpretación constitucional, y ello equivale a examinar esta cuestión con los métodos y sistemas modernos de interpretación de la Constitución, en esta época de privilegio y supremacía de las normas constitucionales, que en doctrina se denomina neoconstitucionalismo<sup>2</sup> donde la Constitución, en regímenes de Estado constitucional de derechos, la Carta Magna es omnipresente, y los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva que irradia todo el sistema jurídico y como consecuencia de ello, la Constitución regula plenamente a toda la legislación. En otras palabras toda la legislación debe estar constitucionalizada.<sup>3</sup>

En este aspecto un somero análisis, objetivo y reflexivo, de ponderación estructural, de todo el articulado del proyecto de ley de comunicación, nada nos dice de contradicción o violación de las normas constitucionales.

Anotamos además que el Derecho Internacional público, hoy por hoy, rige la vida jurídica de la comunidad internacional y su vínculo con los Estados se da a través de tratados, pactos o convenios internacionales de diferentes aspectos de utilidad para la convivencia interna y externa de los mismos. Su importancia capital se da, en la historia de la humanidad, después de la segunda guerra mundial, con la creación de la ONU, organismo destinado a mantener la paz y la seguridad internacional. Y es a partir de 1945 que se desarrolla la protección de los derechos humanos en el mundo, es decir es después de la hecatombe de la segunda gran guerra. Por ello, los derechos fundamentales del individuo, como la vida, su integridad física, sus bienes, su derecho de

---

<sup>2</sup> La teoría constitucional actual postula que la norma fundamental ha de ser concebida a partir de una perspectiva neoconstitucionalista, pues ya desde finales de la Segunda Guerra Mundial, y aún más en los inicios del siglo XXI, las tendencias del constitucionalismo y la realidad histórica han dejado patente que la Constitución ya no puede ser entendida como un mero programa de intenciones políticas cuya finalidad era individualizar en el legislador el sujeto que a través de la ley como expresión de la voluntad general, representaba a la nación soberana. Cfr. Artículo en internet: "Algunos apuntes sobre la interpretación constitucional" de Mariano Palacios Alcocer y J. Francisco Castellanos Madrazo. Además véase "Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial" de Luis Prieto Sanchis.

<sup>3</sup> Cfr. Carlos Bernal Pulido. "El Neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho". P. 80

expresión y de opinión, son tutelados en innumerables convenios internacionales que los Estados se comprometen a respetarlos.

En el mundo de la comunidad internacional, en la actualidad, a través de la ONU, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, se han codificado en lo que se denomina la Carta Internacional de Derechos Humanos que comprende los siguientes documentos internacionales: La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos Protocolos Facultativos.

Nuestra Constitución indudablemente privilegia por encima de las leyes orgánicas y del resto de normas del sistema jurídico positivo a los tratados y convenios internacionales. En ese marco conviene señalar lo que es un tratado internacional en su acepción jurídica dentro del Derecho Internacional público. Así tenemos que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que se suscribió el 23 de mayo de 1969<sup>4</sup> expresa que “se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (art 2do, 1 a) de la Convención).

En otras palabras, como bien asegura Monroy Cabra<sup>5</sup> para entender el concepto de tratado, no importa el nombre que tenga. Así, la práctica internacional habla de Convención, carta, pacto, protocolo, canje de notas, concordato, *modus vivendi*, compromiso, pacto de contrahendo (para celebrar otro acuerdo), acuerdo de sede ( entre Estado y Organización Internacional en que se fija el asiento territorial de esta última) armisticio (acuerdo militar), etc.

Ahora bien, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, expedida el 10 de Diciembre de 1948, en su artículo 19 expresa que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión;

---

<sup>4</sup> El Ecuador recién se ratificó en esta Convención el 18 de Julio del 2003, mediante Decreto 619, publicado en el Registro Oficial n. 134 de 28 de julio del 2003.

<sup>5</sup> Marco Gerardo Monroy Cabra. “Derecho de los Tratados”. P. 13

este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión.

Esta norma internacional es congruente con la norma constitucional señalada en el numeral 6 del Art.66 de la Constitución de Montecristi que indica que se reconoce y garantiza a las personas el derecho a opinar y a expresar su pensamiento libremente en todas sus formas y manifestaciones. Y en el artículo 1 del proyecto de ley Orgánica de Comunicación, se establece que el objeto de ésta es garantizar el ejercicio integral y la plena vigencia de los derechos de comunicación que comprenden: la libertad de expresión, la libertad de información, la comunicación y el acceso a la información pública que tienen las personas, comunidades, colectivos, pueblos y nacionalidades en su propia lengua y con sus propios símbolos. Y ello entraña, asevera el proyecto, determinar los deberes y las responsabilidades de todos los actores vinculados con el ejercicio de los derechos de comunicación, reconocidos en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Los derechos de comunicación e información están señalados en nuestra norma suprema desde el artículo 16 al 20. El derecho a la libertad de expresión en el artículo 66 n. 6, y el derecho de réplica por informaciones inexactas en el siguiente numeral del artículo antes dicho.

El Art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de Diciembre de 1966 por la ONU y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976 señala entre otras cosas, que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión (que 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 a su elección) ENTRAÑA DEBERES Y RESPONSABILIDADES ESPECIALES. Por consiguiente, PUEDE ESTAR SUJETO A CIERTAS RESTRICCIONES, que deberán sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos y a la reputación de los demás y b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.

Es decir, la libertad de expresión tiene una limitante, no es absoluta, no es ilimitada como muchos pretenden. Su barrera es la ley misma en los términos señalados en el Art. 19 del Pacto Internacional de los

Derechos Civiles y Políticos. En concreto, el derecho de la libertad de expresión, al tenor de la disposición internacional aludida tiene restricciones señaladas en el marco del artículo 19.

Para mayor abundamiento, tenemos también que en el Pacto de San José de Costa Rica, conocido como Convención Americana de Derechos Humanos, en su Art. 13 establece, entre otras cosas, que el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión no puede estar sujeto a previa censura, SINO A RESPONSABILIDADES ULTERIORES, las que deben estar expresamente fijadas por la ley para asegurar el respeto a los derechos y a la reputación de los demás o a la protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral pública.

En otras palabras también la Convención Americana de los Derechos Humanos señala que la libertad de pensamiento y de expresión está sujeta a responsabilidades ulteriores que deben estar expresamente fijadas por la ley.

En ninguno de los Artículos del Proyecto de ley de Comunicación se transgreden los principios y normas internacionales antes mencionados; al contrario, se reiteran y fortalecen; además, hay que recordar que las recomendaciones de la UNESCO señalan que el derecho a la información es propiedad del pueblo y el deber de los comunicadores es educar, respetar y proteger los derechos humanos.

Cabe resaltar que la Convención Americana de Derechos Humanos creó dos organismos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sede en Washington y la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en Costa Rica. Las sentencias que expidan la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes a las partes en contienda de conformidad con los Arts. 61, 62, 63, 64 y 65 de la antes referida Convención.

\*Hacemos notar que la *Declaración de Chapultepec* tan ampliamente difundida por los medios de Comunicación Social, es un documento de orden privado, no es un tratado o convenio internacional vinculante para el Ecuador, fue elaborado por varias instituciones del sector privado de los Estados y bajo el auspicio de la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), institución privada internacional. La Declaración de Chapultepec

no es un tratado o convenio internacional público que forme parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, al tenor del sistema normativo que nos rige. Si algunos gobiernos la han adoptado como política de información pública y de fundamento filosófico a su quehacer comunicacional, no es determinante ni obligatorio que integre el sistema legal ecuatoriano.

\*El Art. 72 del Proyecto crea un organismo de Derecho Público llamado Consejo de Comunicación e Información cuya finalidad es velar y contribuir al ejercicio de los derechos de la comunicación de conformidad con la Constitución de la República, los instrumentos internacionales y la propia ley, ente cuya conformación está señalado en el Art. 73. Sería deseable que se rectifique la integración de sus integrantes con la finalidad de que hayan menos representantes de la Función Ejecutiva, como está concebido da lugar a suspicacia en el sentido de que la Función Ejecutiva podría controlar el organismo con fines no deseables. Se recomendaría que lo integren decanos de las Facultades de Comunicación Social y/o rectores de las Universidades del país mediante sorteo democrático y se eliminen los representantes de la ciudadanía elegidos por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; este organismo es muy político y podría haber dudas sobre la transparencia del proceso. En su lugar podría estar como delegado al Defensor del Pueblo. Su integración debería ser un mínimo de 5 personas, con la finalidad de que haya voto dirimente en la toma de decisiones. Las funciones están coherentemente fijadas en el Art. 75 del proyecto. Más adelante analizaremos lo idóneo y constitucional de este organismo a crearse.

Es correcto que haya un control a los medios de comunicación en los términos fijados en la ley, control que también se extiende, para que lo ejerciten, las veedurías ciudadanas y Defensor del Público. El fundamento para ello esta en el objeto de la ley que señala que ésta tiene que determinar los deberes y responsabilidades de todos los actores vinculados con el ejercicio de los derechos de la comunicación, reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, (art. 1 del proyecto de ley), y esto nos parece acertado, ya que nadie puede estar por encima de la ley, que debe amparar y regular a todos: personas naturales o jurídicas. Este control deberá ser regulatorio, no inquisitivo, ni impositivo que vulnere la libertad de actuación y de empresa, sino que debe servir para propender al desarrollo y superación, a todo nivel, de

los agentes comunicacionales que operan en una sociedad. No debe constituirse en controlador político de ningún gobierno, porque ello desnaturalizaría la auténtica finalidad de su misión: contribuir al ejercicio de los derechos de la comunicación de conformidad con la Constitución de la República, los instrumentos internacionales y la ley.

No olvidemos que la libertad de expresión y de pensamiento es un derecho humano fundamental y de este derecho se desprende el derecho de comunicación y de información.

En nuestra normativa legal toda persona jurídica tiene un organismo de control. Así los funcionarios públicos tienen a la Contraloría General del Estado, los Bancos a la Superintendencia General de Bancos, las empresas so compañías, a la Superintendencia de Compañías, las Universidades al Conesup, etc., ¿Por qué los medios de comunicación social no? Existe el principio universalmente aceptado en el derecho de que toda persona natural o jurídica está sujeta a las responsabilidades que determinen la constitución y la ley. Nadie está EXENTO DE RESPONSABILIDAD ALGUNA. Además el Art. 426 1º.

Inciso de la Constitución señala claramente que todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Todos debemos estar sujetos al Derecho y al imperio de la ley, es un principio básico en una sociedad civilizada.

## 2.- LA CENSURA PREVIA.-

Nótese que en el marco del proyecto que estudiamos, en términos generales no hay censura previa, así lo determina el artículo 11, que dice: "El ejercicio de los derechos de comunicación, no estará sujeto a censura previa, *salvo los casos establecidos en la Constitución, Tratados internacionales vigentes y la ley*, al igual que la responsabilidad ulterior por la vulneración de estos derechos." (las cursivas son mías).

¿Cuándo opera la censura previa de acuerdo con la Constitución 2008? Esta posibilidad se contempla cuando el Presidente de la República decreta el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él, en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural, en esos eventos

puede el Ejecutivo disponer censura previa en la información de los medios de comunicación social con estricta relación a los motivos del estado de excepción y a la seguridad del Estado. (artículos 164 y 165 de la Constitución).

Estas disposiciones se contemplan en casi todas las normas supremas de los estados democráticos, y son necesarias para salvaguardar la seguridad interna y externa del Estado en conflicto. En el caso ecuatoriano, incluso, de considerarlo inconveniente el Decreto de excepción que expide el Presidente de la República, la Asamblea Nacional, y si las circunstancias lo justifican, podrá revocar el decreto en cualquier tiempo. Sin perjuicio del pronunciamiento que sobre su constitucionalidad pueda realizar la Corte Constitucional. (Art. 166)

Ahora bien, El literal a) del art. 75 del proyecto establece que el Consejo de Comunicación e Información tiene la obligación de expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones. Si esta disposición es absolutamente clara, consideramos inconveniente que los artículos 76 al 85 consten en dicha Ley de Comunicación, deberían ser eliminados para que el propio Consejo expida su propia normativa interna de funcionamiento al tenor del literal a) del Art. 75 de la ley que analizamos.

### **3.- LA PROFESIONALIZACIÓN DE LOS PERIODISTAS.-**

Otro aspecto de vital trascendencia es lo relativo a la necesaria profesionalización de los periodistas y comunicadores sociales. Nos parece correcta esta tesis, toda vez que en el mundo moderno, altamente sofisticado y técnico que vivimos, la ciencia de la comunicación social ha progresado a niveles teóricos y prácticos como en ninguna época. Vivimos la era de la sociedad del conocimiento científico y por ende, se hace necesario la profesionalización de los periodistas y comunicadores sociales para elevar a categorías de optimización la calidad de las coberturas periodísticas en los medios de comunicación social, eso exige la sociedad en su conjunto, calidad y versatilidad en el manejo de la información. Son los periodistas profesionales y Comunicadores Sociales los expertos en diseño de estrategias comunicacionales y de información, de redacción periodística, los que conocen los aspectos teóricos de los géneros periodísticos, los que saben, por sus conocimientos académicos,

la distinción, entre una entrevista, un reportaje periodístico, un editorial o un simple artículo de algún tema del acontecer nacional de la sociedad.

Incluso son los profesionales en esta rama del saber quienes dominan los aparatos técnicos sofisticados que utilizan los medios de comunicación social. Cualquier profano, no conoce nada de esto, simplemente porque el grado de avance teórico y práctico de la ciencia de la comunicación social y de los periodistas profesionales se adquiere en las aulas universitarias de pregrado y de postgrado, y se implementa en la práctica cotidiana del quehacer comunicacional o periodístico. Y la profesionalización de esta ciencia no puede constituir en su implementación legal, atentado contra la libertad de expresión y del pensamiento. Sostener ello es un absurdo parecido a quienes, como en la etapa medieval de la humanidad, sostenían que la tierra no era redonda sino sostenida por elefantes o que el sol giraba alrededor de la Tierra; todos estos argumentos absurdos se vinieron abajo con el adelanto técnico científico de la humanidad.

Por ende nos parece que el artículo 47 de la mencionada ley está bien elaborado, el principio de la profesionalización de los periodistas y comunicadores sociales debe mantenerse, no olvidemos que esto no es nuevo en el país. Desde 1975 existe la Ley del Ejercicio Profesional del Periodista, que en la actualidad es obsoleta y no se han cumplido muchas de sus normas y también se hace necesario una reforma sustancial en dicha normativa, para que guarde armonía con la Constitución actual y la Ley Orgánica de Comunicación.

El artículo 47 del proyecto de ley señala que las direcciones editoriales y la elaboración de la noticia en los medios deberán estar a cargo sólo de periodistas profesionales y comunicadores sociales titulados. Ello garantizará una optimización de la información para beneficio de la sociedad ecuatoriana. No debemos olvidar que desde hace varios años, en todo el país, existen Escuelas o Facultades de Comunicación Social en diferentes Universidades públicas y privadas, de la cual egresan profesionales altamente competitivos.

Eliminar este artículo de la profesionalización equivaldría retroceder a épocas pretéritas. No nos imaginamos direcciones editoriales, jefes de información de los medios o personas ajenas al ámbito de la comu-

nicación trabajando en áreas de absoluta competencia para los periodistas profesionales y comunicadores sociales. Y no es un atentado a la libertad de expresión, ni mucho menos restricción de ella la profesionalización de los comunicadores sociales, al contrario, siendo el periodista un soldado de la verdad informativa, debe educarse y formarse técnicamente en las universidades del país con la finalidad de entregar a la sociedad aportación de excelencia informativa; no olvidemos que inclusive existen postgrados en comunicación social en las universidades ecuatorianas y extranjeras.

Inclusive, los comunicadores sociales académicos o periodistas profesionales son absolutamente competentes para implementar campañas publicitarias o de información política, en épocas electorales, asunto de vital importancia en las sociedades que se precien de democráticas en el mundo moderno que vimos.

Consecuentemente con lo expresado anteriormente, lo aseverado por la Relatora Especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA en el sentido que la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística constituye una restricción ilegítima a la libertad de expresión, son criterios absurdos y tendenciosos sin base científica alguna, desconectados con la esencia propia de la libertad de expresión, además de ser opiniones no vinculantes para el ejercicio soberano de los asambleístas del Ecuador, que son autónomos en elaborar las leyes que el país necesita. Forman parte del derecho interno nacional, las normas establecidas en tratados y convenios internacionales, al tenor de lo que establece la Constitución, mas no opiniones individuales, que son subjetivas, de funcionarios de organismos internacionales.

Resaltamos que la sección segunda del capítulo III del proyecto de ley, trata de los Derechos, Deberes y responsabilidades de los Comunicadores Sociales desde el artículo 20 hasta el artículo 27, que nos parece apropiado su inclusión, en virtud de que esta ley no debe ser excluyente de los profesionales titulados en esta área, y nos parece oportuno el concepto de que el Estado debe propiciar la profesionalización de la comunicación social, tal como reza una parte del artículo 23 del proyecto.

Creemos que se pretende mal interpretar la norma constitucional del artículo 18 que señala que todas las personas, en forma individual y colectiva tienen derecho a buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información, veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior. La norma aquí transcrita es absolutamente general, para todas las personas y esta bien elaborada, ya que es genérica, en virtud de que siendo las relaciones sociales interdependientes, el hombre, un ser social, vive permanentemente en sociedad intercomunicándose, en procesos de información y de comunicación. Por ejemplo: si alguien, cualquier persona, observa o es testigo de la perpetración de un hecho delictivo, comunica o informa a otra persona tal acontecimiento, estaría difundiendo la información del cometimiento de un delito, a la policía o a cualquier otra persona o autoridad, no necesita ser periodista profesional o comunicador social profesional para generar ese tipo de información, el sólo hecho de ser un elemento social, comunicable, lo capacita a intercambiar esa información. Distinto es el periodista profesional o comunicador social titulado académicamente, que se forma en sintonía de la ciencia, en estudios superiores en las universidades.

En este orden de opiniones es perfectamente entendible que el artículo 18 de la Constitución no es limitante de la información o la comunicación sólo a periodistas profesionales o comunicadores sociales, sino que es general para todas las personas, mayores y menores de edad, considerándolo que es un derecho humano fundamental. Recordemos que los niños también tienen el derecho a la información que está consagrado en el artículo 45 del Código de la Niñez y Adolescencia, que dice:

Art. 45.- Derecho a la información.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a buscar y escoger información; y a utilizar los diferentes medios y fuentes de comunicación, con las limitaciones establecidas en la ley y aquellas que se derivan del ejercicio de la patria potestad.

Es deber del Estado, la sociedad y la familia, asegurar que la niñez y adolescencia reciban una información adecuada, veraz y pluralista; y proporcionarles orientación y una educación crítica que les permita ejercitar apropiadamente los derechos señalados en el inciso anterior.

Nadie puede sostener que los niños y niñas y adolescentes que tienen el derecho de buscar y recibir información, sean periodistas profesionales, ello es un absurdo insostenible. La información que manifiesta la ley es, como se observa nítidamente, genérica, la común a todos los seres humanos que intercambiamos información y comunicación. No es la técnica científica, que proviene de la profesionalización y se la obtiene en las universidades.

La interpretación del artículo 18 de la Constitución es clara, su contenido es general, para todas las personas, sean periodistas titulados o no. Recordemos que al tenor del artículo 427 de la Constitución, las normas constitucionales se interpretaran por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad y que en caso de duda, se interpretaran en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente y de acuerdo a los principios generales de la interpretación constitucional.

Además, desarrollando este concepto de interpretación constitucional, podemos basarnos en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (R. O. N.52 de 22 de Octubre del 2009), que establece los métodos y reglas de interpretación constitucional, donde la interpretación que se ajuste a las normas supremas debe hacerse sobre la base de su integralidad, habiendo varios métodos de interpretación, entre los cuales tenemos a la *interpretación sistemática* que establece que las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía (numeral 5 del artículo 3 de la Ley constitucional antes dicha). En ese sentido el artículo 18 de la Constitución debe interpretárase en conjunción con la integralidad del texto constitucional, especialmente los artículos referentes a la Educación Superior, que analizaremos a continuación, toda vez que el Estado protege y tutela la investigación científica universitaria, en el marco de la profesionalización, como hemos dicho.

Es en atención a la necesaria profesionalización de las distintas ramas del saber, (y la ciencia de la comunicación social lo es) que la propia Constitución señala en su artículo 350 que *“El sistema de educación superior tiene como finalidad la formación académica y profesional con visión científica y tecnológica; la innovación, promoción, desarrollo y difusión de los*

*saberes y las culturas; la construcción de soluciones para los problemas del país, en relación con los objetivos del régimen de desarrollo”*

Esta es la razón que el Estado propende a la protección de la profesionalización en general, de allí se deriva el fundamento de que es misión del Estado fortalecer la educación pública y asegurar el mejoramiento permanente de la calidad, como lo dice el artículo 347.1 de la Constitución.

La profesionalización de los periodistas profesionales implica un proceso educativo y formativo académico de educación superior que no esta desprotegido por el Estado al contrario, se encuentra articulado al Sistema nacional de educación y al Plan Nacional de Desarrollo, y la ley establecerá los mecanismos de coordinación del sistema de educación superior con la Función Ejecutiva, tal como lo consagra el artículo 351 de la Constitución.

En suma, el artículo 47 del proyecto de Ley Orgánica de Comunicación es absolutamente constitucional, es congruente o armonioso con los artículos 18, 347, 349, 350 y 351 de la Constitución.

En definitiva, el artículo 18 de la Constitución debe interpretárselo holística e integralmente, en conjunción, armonía y concordancia con los artículos de la propia Constitución que defienden y protegen la Educación Superior, es decir la profesionalización de las distintos saberes del conocimiento, entre los cuales está la comunicación social.

Como argumentación final en pro de que en la ley que analizamos se apruebe el Art. 47 a favor de que los periodistas profesionales titulados sean quienes manejen los espacios informativos, diremos que la Federación Internacional de Periodistas (FIP) está conforme con esta tendencia hacia la excelencia informativa en beneficio de una buena calidad de información y el derecho individual de las personas y de la sociedad a ser bien informados.

\*Por otro lado, en el capítulo II artículo 96 del proyecto de ley que comentamos, que trata del Procedimiento y de las sanciones, hay deficiencias en la redacción de dicho artículo ya que habla indistintamente de denuncia y de demanda, cuando lo correcto sería utilizar la acepción

queja o demanda, más no utilizar la palabra denuncia, ya que ésta es utilizada en el ámbito penal, y las funciones del Consejo de Comunicación e Información, a crearse por esta ley, son eminentemente administrativas, ellos no serían jueces penales, sino funcionarios de rango administrativo, y por ello el título de este artículo señala: "Procedimiento administrativo".

El artículo 97 debería denominarse: "Tipos de sanciones administrativas" con la finalidad de que no quepan dudas que las sanciones son por faltas administrativas, y no son sanciones penales.

En todo lo demás, salvo ajustes técnicos-jurídicos y de redacción fundamentalmente, el contenido de la ley es importante y necesario, toda vez que nadie en el Ecuador está exento de responsabilidad, de conformidad con la Constitución de la República.

#### **4.- LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y DE EXPRESIÓN Y LA LIBERTAD DE PRENSA COMO DERECHO HUMANO ESENCIAL.-**

Es indiscutible que la libertad de pensamiento expresada a través de las ideas por los hombres tiene una historia milenaria y es fruto de una lucha incesante. Por eso el derecho a la información es un Derecho Humano de gran trascendencia.

La doctrina y la jurisprudencia internacional han sostenido que la libertad de expresión es una figura jurídica más amplia que la del Derecho a la información. Abarca una generalidad que admite especies y, en virtud de la libertad de opinión y de pensamiento, no tiene tantas limitaciones como las que tienen el derecho a la información y el derecho de informar. Así, dice la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-488/93: "El derecho a la información es un derecho que expresa la tendencia natural del hombre hacia el conocimiento. El ser humano está abierto a la aprehensión conceptual del entorno para reflexionar y hacer juicios y raciocinios sobre la realidad. Es en virtud de esta tendencia que a toda persona se le debe la información de la verdad, como exigencia de su ser personal. El sujeto de este derecho es universal: toda persona –sin ninguna distinción– y el objeto de tal derecho es la información veraz e imparcial"<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Cfr. "La Interpretación Constitucional" de Marco Gerardo Monroy Cabra. P. 234 y sgtes.

Y sobre la responsabilidad periodística la Corte Constitucional de Colombia se ha expresado así, en sentencia T-1202/2000: "...el columnista de opinión debe constatar la veracidad de las premisas que fundamentan el objeto de su particular percepción de la realidad, so pena de incurrir en las inconstitucionalidades conductas de desinformar al público receptor de su pensamiento, y de vulnerar injustamente la fama de protagonistas de los hechos que analiza. Este principio general de verificación, sin embargo, encuentra una excepción razonable cuando el respectivo medio informativo sirva de vehículo expreso para la difusión de informaciones que corresponde a la opinión de terceras personas o, del mismo modo, indique que las informaciones divulgadas han sido suministradas por fuentes de información amparadas por la reserva. Sobre este aspecto, la Corte ha indicado que "el ejercicio responsable de la libertad de prensa exige que el medio diferencie claramente las opiniones que le merece cierta información de los datos que obtiene a través de sus investigaciones. La información que se publique ha de corresponder a la verdad. Lo que significa, entre otras cosas, que se atenga a los datos otorgados por las fuentes consultadas; que rectifique la información equivocadamente suministrada o interpretada; y, por último, que se esté en capacidad de demostrar la veracidad de los datos que no se derivan de documentos o fuentes reservadas, en cuyo caso la revelación deberá efectuarse bajo la entera responsabilidad del medio" (Sentencia T-472/96)<sup>7</sup>

Todos estos argumentos de la justicia constitucional de Colombia, son plenamente razonables en nuestro marco ecuatoriano y debe servir de afán inspirador para nuestra Corte Constitucional, y fundamentalmente para justificar la necesidad de aprobar y promulgar la Ley Orgánica de Comunicación con las necesarias reformas que exige la técnica-jurídica en virtud de las deficiencias que indudablemente tiene.

Damián M. Loreti <sup>8</sup> ha observado que el derecho a la información responde a una concepción más amplia y moderna que el concepto clásico de la libertad de prensa. Para este autor la libertad de prensa garantiza la libertad de publicar las ideas por cualquier medio sin mira-

---

<sup>7</sup> *Ibidem.*

<sup>8</sup> Damián M. Loreti. "El Derecho a la Información, Relaciones entre medios, publico y periodistas". P. 28 y sgtes.

mientos tecnológicos que llevarían a limitar una facultad de importancia fundamental en los regímenes democráticos. Por lo que concluye que en los albores del siglo XXI, el concepto de libertad de prensa debe a la comunicación social –ya sea por medios escritos o electrónicos- la jerarquía que realmente debe tener y tendría para nuestros constituyentes: se trata del ejercicio de la libertad de expresión y prensa por medio de cualquier soporte tecnológico, lo cual no debe servir de excusa para limitar su ejercicio sustancial. Y agrega que sin libertad de prensa, el resto de las libertades cae hasta ponerse en peligro la esencia misma del sistema republicano.

Como lo dijimos en un trabajo anterior<sup>9</sup> diremos que el derecho a la información si bien tiene una historia, milenaria podemos afirmar categóricamente que se consagra como un derecho humano, que pertenece a todos los seres humanos, independientemente de cualquier consideración a partir de la Resolución No. 59 del 14 de Diciembre de 1946, toda vez que en la Declaración de Virginia de 1776 y la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre de 1789, se habló meramente de la libertad de imprenta o de prensa, como baluarte de la libertad, que no podía ser restringido sino por gobiernos despóticos. (Declaración de Virginia) y de la libre expresión de los pensamientos y de las opiniones como derecho precioso del hombre, que no podía hablar, escribir, imprimir libremente, salvo por la responsabilidad por el abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley (Declaración Francesa de los Derechos del Hombre de 1789); más no como consagración de un derecho humano esencial y fundamental. Eso se consagró después.

Debemos mencionar que el término Derechos Humanos recién surge en la técnica jurídica en el siglo XX, a raíz del desastre de la guerra hitleriana. Los derechos humanos, pertenecen a la categoría del jus cogens porque son principios morales y fundamentales que la comunidad internacional los considera esenciales para su existencia. Su validez nace de la práctica de los Estados, como de la jurisprudencia internacional, de la doctrina y tratados internacionales, así como de las resoluciones y declaraciones de los organismos internacionales.

---

<sup>9</sup> Eduardo Franco Loor. "Derecho de la Comunicación Social en el Ecuador". P. 90 y sgtes.

La historia de la libertad de prensa o de pensamiento, como vimos anteriormente, se relacionaba básicamente con castigar el delito de imprenta, pero no señalaba a la libertad de expresión como un derecho humano esencial. Se castigaba el derecho a pensar por ser contrario al orden jurídico y de allí nace "el delito de imprenta".<sup>10</sup>

El profesor Julio Prado Vallejo opina sobre el derecho de la libertad de expresión lo que sigue: "Entre los derechos fundamentales de toda persona humana está la libertad de expresión y de opinión. Sin ella, la personalidad intelectual del hombre no sería completa y no se realizarían plenamente sus virtualidades intelectuales y quedaría menoscabada su integración a la vida social. Las ideas mueven al mundo y las mayores realizaciones de la humanidad han sido alcanzadas a través del ejercicio de este derecho por cuyo respeto y consagración han muerto los hombres y se han sacrificado los pueblos. Bien podemos decir que el derecho de libre expresión es consustancial a la esencia de la naturaleza humana y es condición para la vigencia de la vida democrática. El derecho a la libertad de expresión no sufre menoscabo con la prohibición que la legislación internacional sobre Derechos Humanos establece contra toda propaganda a favor de la guerra y contra toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. Esa prohibición es plenamente compatible con el derecho a la libertad de expresión, toda vez que se trata de un derecho, cuyo ejercicio implica deberes y responsabilidades especiales"<sup>11</sup>

Si bien las raíces de la libertad de prensa se encuentran en la Declaración de Virginia y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano producto de la revolución francesa, después de la Segunda Guerra Mundial se plasma el postulado que la libertad de información es un derecho humano, por primera vez en la historia. Así la

---

<sup>10</sup> El pensamiento y la palabra ya había sido objeto de represión penal rigurosa en Atenas. El caso de Sócrates demuestra cuán temible podía ser para un determinado tipo de organización social (en este caso social) la independencia del juicio y del razonamiento que servían para despertar sentimientos y reflexiones rebeldes, contrarios a un estado de cosas establecido". Dr. Carlos Sánchez Viamonte, en Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XV, Driskill S.A., Buenos Aires, 1977, Pág. 69

<sup>11</sup> Julio Prado Vallejo. "Documentos Básicos de Derechos Humanos". Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito, 1985. Pág. XIV y XV

Asamblea General de la O.N.U. durante su primer periodo de sesiones, en su Resolución #59 de 14 de diciembre de 1946 establece que: *"la libertad de información es un derecho humano fundamental y piedra de toque de todas las libertades a las cuales están consagradas las Naciones Unidas; la libertad de información implica el derecho de recopilar, transmitir y publicar noticias en cualquier parte y sin restricción alguna y como tal es un factor esencial en cualquier esfuerzo serio para fomentar la paz y el progreso del mundo; la libertad de información requiere como elemento indispensable, la voluntad y la capacidad de usar y no abusar de sus privilegios. Requiere además, como disciplina básica, la obligación moral de investigar los hechos y difundir las informaciones sin voluntad maliciosa. La comprensión y la cooperación entre las naciones son imposibles sin una opinión mundial sana y alerta, la cual, a su vez, depende absolutamente de la libertad de información"*.

A partir de esta resolución se incorpora el Derecho de Información como parte del *ethos* universal de la doctrina de los derechos humanos, y se incorporarían en el futuro, instrumentos jurídicos internacionales que se ocupan de tutelar este derecho.

La libertad de prensa encierra dos aspectos que se confunden en la praxis, opinión y expresión. La libertad de opinión, es el derecho que tiene el ser humano de opinar ante los temas que diario se presentan, por tanto opinar es una acción de expresión. La opinión en sí constituye la forma como un individuo enfoca un problema y representa la manera de sugerir soluciones ante conflictos o simplemente la forma de analizar el tema. La libertad de expresión constituye sin lugar a dudas una de las máximas libertades y es el medio como el hombre manifiesta su manera de ver las cosas y donde deja sentir su libertad.<sup>12</sup>

El 10 de Diciembre de 1948, la O.N.U. instituye la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el mismo que en su Art. 19 dice:

*"Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opinio-*

---

<sup>12</sup> Marcela Márquez, artículo "Aspectos fundamentales de la libertad de prensa en Panamá" p.161 y sgtes, en "Justicia Penal y Libertad de Prensa" Tomo I. San José de Costa Rica. 1992

*nes, el de investigar y de recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.*

Posteriormente, la Asamblea General de la O.N.U., adopta el 17 de Diciembre de 1966 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que entró en vigor el 23 de Marzo de 1966, el cual estipula:

*Art. 19: 1.- Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2.- Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende, la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento a su elección. 3.- El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

En la Convención americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969 se consagra la libertad de expresión en el Art. 13 de la siguiente manera:

- 1.- Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
- 2.- El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, ó b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas*
- 3.- No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares*

*de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres o aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.*

Debemos reseñar que también en la Convención Europea de Derechos (Art. 10 num. 1) y en la Carta Africana de Derechos Humanos de los Pueblos (Art. 9) se establecen normas sobre el Derecho de la Comunicación Social. En realidad el desarrollo de la normatividad del Derecho Comunicacional en el mundo se ha expandido a través de numerosos tratados internacionales o en Convenciones. Así por ejemplo en Junio de 1993 con ocasión de la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se hizo una evaluación global de la experiencia internacional acumulada en las últimas décadas en la protección de los Derechos Humanos, en donde se establecieron como recomendaciones la garantía del derecho a la información, comprendiendo el derecho de recibir, producir y tener acceso a informaciones imparciales y sin censura, libres de monopolio. Y el principal documento que resultó de la conferencia de Viena, la Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptado el 25 de Junio de 1993, dispone en el párrafo 29 de la parte operativa: "Al resaltar la importancia de informaciones objetivas, responsables e imparciales sobre cuestiones humanitarias y de derechos humanos, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos estimula el creciente involucramiento de los medios de comunicación, a los cuales se debe garantizar libertad y protección en el ámbito del derecho interno".

Se asegura que a los medios de comunicación, y fundamentalmente al Derecho de la Comunicación le está reservado un papel de primer nivel de importancia en el desarrollo y amparo de una cultura universal de observancia de derechos humanos; y para tal fin, el Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Antonio A. Cancado Trindade, observa que "*El derecho a la información, el derecho de participación y el derecho a recursos internos eficaces componen una triada esencial al Estado de derecho*".<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Periodismo, Derechos Humanos y control del Poder Político en Centroamérica. Jaime Ordoñez, editor, 1994, Pág. 9

Quiroga Lavié quién es uno de los exponentes de la teoría de los derechos públicos subjetivos, opina que esta concepción ha venido a llenar un vacío, puesto que parte del criterio de que en el Constitucionalismo individualista clásico, existe una desprotección de la sociedad como ente colectivo, no teniendo tampoco reconocimiento el hecho cierto de que el patrimonio social, carece de un instrumento de protección y de un sistema de control que pudiera ser invocado por cualquiera en nombre de la sociedad, como ocurre con la protección patrimonial de las sociedades privadas. Pasar de una sociedad pasiva a una sociedad activa es la misión primordial de los derechos públicos subjetivos, y los divide en derechos políticos, que son los dirigidos a formar la voluntad del estado. Ellos se expresan como derechos electorales a elegir y ser elegidos como autoridad pública; y derechos cívicos, definidos como aquellos que les permite a los ciudadanos intervenir de modo indirecto en la formación de la voluntad política del estado. Entre los derechos cívicos, el autor cita el derecho a ejercer la ciudadanía, el de peticionar a las autoridades y fundamentalmente el que interesa al Derecho Comunicacional, el derecho a publicar sus ideas por la prensa sin censura previa", como lo establecen la mayoría de las constituciones democráticas en el mundo.<sup>14</sup>

##### **5.- NUEVO ORGANISMO A CREARSE: EL CONSEJO DE COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN.-**

La futura creación de este organismo ha ocasionado divergencias de interpretación jurídica sobre la naturaleza de este ente. Por ello, es importante delimitar claramente su esencia jurídica para evitar confusiones. En primer lugar diremos que en su aspecto medular es de orden administrativo, no sería un "juzgado" para emitir sanciones penales.

Primeramente hagamos la distinción conceptual entre la función del Derecho Penal y el Derecho Administrativo.

Recordemos que hay un consenso en la Dogmática penal en considerar al Derecho Penal, que es eminentemente punitivo y sancionador,

---

<sup>14</sup> En Jorge Zaffore. La Comunicación Masiva. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1990. Págs. 10 y 11

diferente al Derecho Administrativo, que también, en múltiples aspectos es sancionador. Veamos la diferencia:

El Derecho Penal, ha dicho Claus Roxín<sup>15</sup> eminente científico alemán, se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección. Se ocupa por tanto del objeto propiamente dicho, de la “materia” de la justicia penal y se denomina también por ello “Derecho penal material”.

Modernamente se entiende que el Derecho penal, siguiendo a Blanco Lozada, es aquella rama del Ordenamiento legal que, de cara a la tutela de los más relevantes bienes jurídicos, establece unos parámetros mínimos en orden a la convivencia social, prohibiendo las conductas que atentan más gravemente contra tales bienes y estableciendo unas consecuencias jurídicas, las penas y las medidas de seguridad, respectivamente aplicables a los supuestos en que las personas físicas incurran en los comportamientos prohibidos.

En cambio el Derecho Administrativo se puede considerar como el conjunto de reglas que rigen la organización y funcionamiento de los servicios públicos. Eduardo García de Enterría<sup>16</sup> universalmente una autoridad indiscutida de la materia, esboza que conviene recordar la existencia de dos clases de Derechos: Derechos generales y Derechos estatutarios. Así, para este egregio español, un Derecho general se refiere y es aplicable a toda clase de sujetos. Este es el caso, por ejemplo, del Derecho Civil. Hay otros Derechos, en cambio, que sólo regulan las relaciones de cierta clase de sujetos, en cuanto sujetos singulares y específicos, sustrayéndolos en ciertos aspectos al imperio del Derecho común. Por ello, asegura García Enterría, el Derecho Administrativo, no es ni el Derecho propio de unos órganos o de un poder, ni tampoco el Derecho propio de una función, sino un Derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que

---

<sup>15</sup> Claus Roxín. “Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”. p. 41

<sup>16</sup> Eduardo García de Enterría. Tomás-Ramón Fernández. “Curso de Derecho Administrativo” p. 27 y sgtes.

se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho común.

Conviene señalar que de conformidad con la Constitución vigente la Administración Pública está constituida por el Sector Público, cuyos organismos y dependencias están señalados en el Art. 225 de la Carta Magna.

Por otro lado, se ha considerado que el Derecho Penal no es el único medio de control social que se ejerce a través de normas jurídicas que prevén sanciones formalizadas para ciertas conductas. Como asegura el tratadista español Santiago Mir Puig, existen otras formas de control social de carácter jurídico. Por ello, la administración pública puede así imponer a través de sus funcionarios numerosas sanciones administrativas que no están previstas en el Derecho Penal sino en el Derecho Administrativo. “El Derecho Penal – escribe Mir Puig- sólo determina las *penas o medidas de seguridad* que pueden imponerse en un proceso *judicial* penal. El legislador es quien decide qué sanciones puede confiar al Derecho Administrativo y cuáles, en cambio, han de reservarse al Derecho Penal como penas que exigen la intervención de un juez o Tribunal independientes. Debe guiarle en esta decisión el criterio de la gravedad de la sanción y dejar para el Derecho Penal las sanciones que en mayor medida afectan a los ciudadanos. El Derecho Penal ha de limitarse a ofrecer el último recurso –*ultima ratio* -, para cuando los demás medios de control social, jurídicos o no, resultan insuficientes.”<sup>17</sup>

Además ha dicho Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>18</sup> que es más coherente diferenciar claramente entre poder punitivo y derecho penal, considerando que poder punitivo es el que ejercen todas las agencias del sistema penal, y derecho penal es el discurso limitador del poder punitivo por el que se rige y decide la agencia judicial. “Con esta distinción –expresa Zaffaroni- reconocemos al derecho penal una real función tutelar y política que, además, ha sido suficientemente probada en la historia,

---

<sup>17</sup> Santiago Mir Puig. “Derecho Penal. Parte general”. p. 50 y sgte.

<sup>18</sup> Eugenio Raul Zaffaoni, artículo “Las limitaciones a la libertad de prensa utilizando el poder punitivo formal en America Latina”, en “Justicia Penal y Libertad de Prensa” TomoII. P. 5

aunque no siempre la haya cumplido con igual eficacia y pese a que muchas veces renunció a cumplirla.”

Cabe precisar que de *lege lata* (desde el punto de vista del Derecho vigente) las sanciones administrativas se distinguen de las penas por razón del *órgano* llamado a imponerlas. Sólo un juez de Derecho, en nuestro caso, un tribunal de garantías penales, en casos comunes y no de fuero, es el competente para sancionar y penar a una persona que ha cometido un delito previo al procedimiento preestablecido y con las normas y principios del debido proceso en aras de la ejecución de la seguridad jurídica. En cambio, si la sanción la efectúa un funcionario (personal o colegiado) de la administración pública, la sanción es eminentemente administrativa.

El juzgador penal administra justicia en nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República, fórmula válida para dictar sentencias, al tenor del artículo 138 del Código Orgánico de la Función Judicial. No así, los funcionarios de la administración pública, que emiten resoluciones administrativas y no sentencias judiciales, en estricto sentido; pudiendo el perjudicado de una resolución o fallo administrativo apelar, o iniciar un trámite judicial al tenor de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y ello en virtud de que el derecho de las personas a la defensa tiene, entre otras garantías constitucionales, recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.( art. 76. N.7 literal m de la Constitución). Este derecho es aplicable integralmente tanto en procedimientos judiciales o administrativos.

Nótese que de conformidad con el principio de legalidad constitucional señalado en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución sólo de podrá juzgar a una persona ante un juez o *autoridad competente* y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. Es decir, para imponer sanciones, dentro del Derecho Público, en atención a esta normativa constitucional, solamente lo pueden hacer los jueces de Derecho, es decir los órganos jurisdiccionales propios de la justicia ordinaria señalados en el artículo 178 de la Constitución; y, también otras autoridades competentes, autoridades que emanan de la Constitución o de la ley. Las autoridades competentes, en la interpretación de este numeral

del artículo 76 de la Constitución, son de orden administrativo por carecer de poder jurisdiccional, es decir, no son jueces de Derecho.

En cambio, el inciso n. 1 del artículo 11 de la Constitución expresa que los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes y estas autoridades garantizarán su cumplimiento. Aquí el concepto de “autoridades competentes” es genérico, incluyen a todos los funcionarios del sector público, jueces jurisdiccionales de la función judicial o no.

Cuando la norma constitucional diferencia entre jueces de Derecho y autoridades administrativas, lo hace notar expresamente. Así tenemos la norma constitucional, entre otras, de que “En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las jueces y jueces, *autoridades administrativas* y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior”. Esto en cuanto al orden jerárquico de aplicación de las normas, señalados en el artículo 425 de la Constitución 2008.

De *lege ferenda* (desde el punto de vista del Derecho deseable) esta situación de sanciones penales y administrativas, abre la discusión acerca del carácter de *ultima ratio* que tiene y debe tener el Derecho Penal. Acciones o conductas lesivas menores, que no afectan a la sociedad en la peligrosidad de su ejecución deberían señalárselas como conductas propias del derecho administrativo sancionador.

En resumen, el ordenamiento administrativo indiscutiblemente también tiene un régimen sancionador; en tal sentido, como explica Polaino Navarrete, el Derecho Administrativo sancionador ha de comprender el conjunto de infracciones jurídicas que en cuanto contravenciones del ordenamiento no alcanzan a ser subsumidas en ninguno de los tipos legales de incriminación de las conductas contrarias estándar socio-jurídico mínimo de reconocimiento social.

Es indiscutible que la sanción jurídico penal es más contundente y grave que la sanción jurídica administrativa que luce benigna en comparación a la penal, mientras la una la realiza la función judicial, la sanción administrativa emana de un funcionario de la administración pública.

En nuestro ordenamiento jurídico, la distinción entre el Derecho Penal y el Derecho sancionador administrativo es muy clara. Por ejemplo, en la Ley Orgánica de Aduanas las infracciones aduaneras se clasifican en delitos, contravenciones y faltas reglamentarias. La función judicial es competente para conocer y juzgar al delito aduanero, dictando sentencia los Tribunales Distritales de lo Fiscal. En cambio, las contravenciones y las faltas reglamentarias, no son penales sino administrativas y es competente para sancionar el Gerente Distrital de aduanas siguiendo el procedimiento establecido en el Reglamento de esta ley.

En materia tributaria las contravenciones y faltas reglamentarias las sanciona un funcionario administrativo. También se observa que en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero el Superintendente de bancos y seguros, ante faltas administrativas cometidas por funcionarios del sistema financiero está facultado para imponer sanciones administrativas. Y también, a manera de ejemplo, en la ley Orgánica de servicio civil y carrera administrativa, se señalan las autoridades competentes para iniciar los sumarios o procedimientos administrativos sancionadores de las tipificaciones señaladas en esa ley específica.

Por ello, la posible creación del Consejo de Comunicación e Información, que se contempla en el proyecto de ley Orgánica de comunicación que se estudia en la Asamblea Nacional., que tiene como finalidad velar y contribuir al ejercicio de los derechos de la comunicación de conformidad con la Constitución de la República, los tratados internacionales y la específica ley, no atentaría al principio de legalidad constitucional que se encuentra inserto en el numeral 3 del Artículo 76 de la Constitución de Montecristi, toda vez que las sanciones administrativas son de ese orden más no son sanciones penales. Las funciones de este organismo de Derecho público que se crearía están señaladas en el artículo 76 del proyecto que comentamos y en ninguno de sus literales consta que se constituirían en juzgados penales para imponer sanciones penales, y el asunto eminentemente administrativo de resolución de aspectos violatorios de la ley están señalados en el numeral d) que dice expresamente:

Art. 76. d) *“Resolver los asuntos y controversias puestas en su conocimiento por parte de la Defensoría del Público o las personas u organizaciones interesada, de conformidad con lo que establece esta ley. Las resoluciones que dictare el Consejo de Comunicación e Información podrán impugnarse por la vía*

*Contencioso administrativa y no impedirán el ejercicio de otras acciones contempladas en la Constitución o la ley."*

El proyecto de Ley de Comunicación, es claro en este punto, en considerar competencia meramente administrativa para fijar sanciones de ese orden. Y esto lo permite la Constitución de la República. Así, en el proyecto que analizamos, en el artículo 95 dice claramente, para que no haya equívocos, que el Consejo de Comunicación e Información y los Delegados Territoriales, son los únicos competentes para conocer y resolver, EN SEDE ADMINISTRATIVA, las denuncias relacionadas con la violación a las disposiciones establecidas en dicha ley.

Vale la pena puntualizar que el Consejo de Comunicación e Información, como ente colegiado y de Derecho Público no estaría incurso como órgano jurisdiccional que administra justicia, toda vez que no está señalado en el Art. 178 de la Constitución de la República. Además en virtud de la unidad jurisdiccional ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución (num 3, Art. 168, Constitución 2008)

Siendo el Consejo de Comunicación e Información un organismo eminentemente administrativo, en caso de violaciones a la normativa de la Ley Orgánica de Comunicación, sus resoluciones se verían inexorablemente circunscritas al literal 1 numeral 7 del artículo 76 de la Constitución, por lo que sus resoluciones deberán ser suficientemente motivadas ya que los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos.

El Consejo de Comunicación e Información a crearse sería una autoridad competente de naturaleza jurídica administrativa, y sería aplicable la norma establecida en el numeral 5 del artículo 11 de la Constitución que dice: "En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia". Y todo ello en consonancia con el artículo 76.1 de la Carta Magna que puntualiza que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá la garantía básica que corres-

ponde a toda *autoridad administrativa* o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

En otras palabras, la Constitución de Montecristi diferencia a la autoridad administrativa de la judicial, pero ambas en sus *procedimientos* deben aplicar las normas garantistas de la Constitución, de los Tratados internacionales de derechos humanos y la ley, y todo ello en virtud de la naturaleza jurídica del Estado ecuatoriano que es un Estado constitucional de derechos y justicia, como lo consagra el artículo 1 de la Constitución de la República.

Recordemos que por mandato constitucional ninguna persona, natural o jurídica, de Derecho privado o público, está exento de responsabilidad civil, penal, administrativa, laboral, tributaria, etc.

El artículo 96 del proyecto de Ley Orgánica de Comunicación es todavía más claro, ya que expresa el “procedimiento administrativo”. Éste como queda claro suficientemente no es penal.

Además en las sanciones administrativas que señala el proyecto, no hay penas de prisión personal. El Derecho penal sólo contempla esta medida para los delitos o contravenciones de las personas naturales. Las personas jurídicas, que serían los medios de comunicación social, no están sujetas al Derecho Penal.

De acuerdo con el Derecho Penal sólo las personas físicas, naturales, pueden ser sujetos activos del delito o de alguna contravención y, por tanto, punibles. Otras personas o entes jurídicos no son consideradas *sujetos* del Derecho penal, por lo tanto no pueden tener responsabilidad penal, pero sí de otra naturaleza jurídica: tributaria, civil, societaria, aduanera, laboral, administrativa, etc, etc. En este sentido, se ha dicho por la doctrina, la jurisprudencia penal y por la ley que en el Derecho Penal rige de forma general la máxima: *societas delinquere non potest*.

En otras palabras en el Derecho penal rige el principio de imputación penal individual o personal.

En definitiva, el Consejo de Comunicación e Información a crearse mediante la Ley Orgánica de Comunicación, no tendría facultades

jurisdiccionales ni aplicaría normas sancionadoras penales, sino que sería un ente colegial de Derecho Público de naturaleza administrativa que funcionaría con procedimientos establecidos en dicha ley; y sería constitucional, porque la Carta Suprema del Estado permite, como se ha analizado suficientemente en este comentario jurídico, la existencia de autoridades administrativas dentro del ordenamiento jurídico. Y sus actos pueden ser impugnados, toda vez que los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán hacerlo, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, como expresamente lo consigna el artículo 173 de la Constitución de la República. Por ello celebramos el acuerdo ético-político en la Asamblea Nacional de todas las bancadas políticas, con la finalidad de viabilizar una ley consensuada y democrática.

Finalmente, por su importancia en el momento actual, transcribo algunos artículos de la Declaración de Principios de la Primera Cumbre de la Sociedad de la Información que se realizó en Ginebra en el 2003.

DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS DE LA Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información

Documento WSIS-03/GENEVA/4-S

12 de mayo de 2004

### **Declaración de Principios**

#### **Construir la Sociedad de la Información: un desafío global para el nuevo milenio**

- A. Nuestra visión común de la Sociedad de la Información
  1. Nosotros, los representantes de los pueblos del mundo, reunidos en Ginebra del 10 al 12 de diciembre de 2003 con motivo de la primera fase de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, declaramos nuestro deseo y compromiso comunes de construir una Sociedad de la Información centrada en la persona, integradora y orientada al desarrollo, en que todos puedan crear, consultar, utilizar y compartir la información y el conocimiento, para que las personas, las comunidades y los pueblos puedan emplear plenamente sus posibilidades en la promoción de su desarrollo

sostenible y en la mejora de su calidad de vida, sobre la base de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y respetando plenamente y defendiendo la Declaración Universal de Derechos Humanos.

3. Reafirmamos la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluido el derecho al desarrollo, tal como se consagran en la Declaración de Viena. Reafirmamos asimismo que la democracia, el desarrollo sostenible y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como el buen gobierno a todos los niveles, son interdependientes y se refuerzan entre sí. Estamos además determinados a reforzar el respeto del imperio de la ley en los asuntos internacionales y nacionales.

4. Reafirmamos, como fundamento esencial de la Sociedad de la Información, y según se estipula en el Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, que este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir información y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. *La comunicación es un proceso social fundamental, una necesidad humana básica y el fundamento de toda organización social. Constituye el eje central de la Sociedad de la Información. Todas las personas, en todas partes, deben tener la oportunidad de participar, y nadie debería quedar excluido de los beneficios que ofrece la Sociedad de la Información.*

5. Reafirmamos nuestro compromiso con lo dispuesto en el Artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, a saber, que toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad, y que, en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios

de las Naciones Unidas. De esta manera, fomentaremos una Sociedad de la Información en la que se respete la dignidad humana.

#### 6. Medios de comunicación

55. Reafirmamos nuestra adhesión a los principios de libertad de la prensa y libertad de la información, así como la independencia, el pluralismo y la diversidad de los medios de comunicación, que son esenciales para la Sociedad de la Información. También es importante la libertad de buscar, recibir, difundir y utilizar la información para la creación, recopilación y divulgación del conocimiento. Abogamos por que los medios de comunicación utilicen y traten la información de manera responsable, de acuerdo con los principios éticos y profesionales más rigurosos. Los medios de comunicación tradicionales, en todas sus formas, tienen un importante papel que desempeñar en la Sociedad de la Información, y las TIC deben servir de apoyo a este respecto. Debe fomentarse la diversidad de regímenes de propiedad de los medios de comunicación, de acuerdo con la legislación nacional y habida cuenta de los convenios internacionales pertinentes. Reafirmamos la necesidad de reducir los desequilibrios internacionales que afectan a los medios de comunicación, en particular en lo que respecta a la infraestructura, los recursos técnicos y el desarrollo de capacidades humanas.

#### B10) Dimensiones éticas de la Sociedad de la Información

56. La Sociedad de la Información debe respetar la paz y regirse por los valores fundamentales de libertad, igualdad, solidaridad, tolerancia, responsabilidad compartida y respeto a la naturaleza.

57. Reconocemos la importancia de la ética para la Sociedad de la Información, que debe fomentar la justicia, así como la dignidad y el valor de la persona humana. Se debe acordar la protección más amplia posible a la familia y permitir que ésta desempeñe su papel cardinal en la sociedad.

58. El uso de las TIC y la creación de contenidos debería respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales de otros, lo que incluye la privacidad personal y el derecho a la libertad de

opinión, conciencia y religión de conformidad con los instrumentos internacionales relevantes.

59. Todos los actores de la Sociedad de la Información deben adoptar las acciones y medidas preventivas apropiadas, con arreglo al derecho, para impedir la utilización abusiva de las TIC, tales como actos ilícitos o de otro tipo motivados por el racismo, la discriminación racial, la xenofobia, y las formas conexas de intolerancia, el odio, la violencia, todo tipo de maltrato de niños, incluidas la pedofilia y la pornografía infantil, así como la trata y la explotación de seres humanos.

#### **6.- BIBLIOGRAFÍA.-**

- 1.- Marco Gerardo Monroy Cabra. "La Interpretación Constitucional". Librería Ediciones del Profesional Ltda. Segunda edición. 2005. Bogotá- Colombia.
- 2.- Hans-Georg Gadamer. "Verdad y Método". Ediciones Sígueme-Salamanca.1998. tercera edición.
- 3.- Rodolfo Luis Vigo. "Interpretación Constitucional". Abeledo Perrot, Buenos Aires 1993.
- 4.- Julio Prado Vallejo. "Documentos Básicos de Derechos Humanos". Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito, 1985.
- 5.- Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU.
- 6.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- 7.- Pacto de San José de Costa Rica.
- 8.- Constitución de la República del Ecuador. 2008
- 9.- Proyecto de Ley Orgánica de Comunicación.
- 10.- Jorge Zaffore. La Comunicación Masiva. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1990
- 11.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XV, Driskill S.A., Buenos Aires, 1977
- 12.- IDDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Periodismo, Derechos Humanos y control del Poder Político en Centroamérica. Jaime Ordoñez, editor, 1994,
- 13.- Eduardo Franco Loor. "Derecho de la Comunicación Social en el Ecuador". Ediciones Lumarso. Primera edición 2005- Guayaquil-Ecuador.

- 14.- Eduardo Franco Looor. "Derecho Internacional de la Comunicación Social". Ediciones Lumarso. Primera edición 2005. Guayaquil-Ecuador.
- 15.- Carlos Blanco Lozano. "Derecho Penal. Parte General" Editorial La Ley. Madrid- España. 2003.
- 16.- Claus Roxín. "Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del delito". Thomson civitas. 2003
- 17.- Santiago Mir Puig. Derecho Penal. Parte General. 7ma edición. Editorial Bd F. 2005.
- 18.- Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I Civitas ediciones S.L. . 2001
- 19.- Marco Gerardo Muñoz Cabra. "Derecho de los Tratados". Editorial Temis. Bogotá- Colombia. 1978.
- 20.- Carlos Bernal Pulido. "El Neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho". Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2009
- 21.- "Justicia Penal y Libertad de Prensa" Tomo I. y II .varios autores. San José de Costa Rica. Litografía e Imprenta Lil S.A. Ilanud 1993.
- 22.- Damián M. Loreti. "El Derecho a la Información. Relación entre medios, publico y periodistas". Editorial Paidós. Buenos Aires-Argentina. 1997.