

Fecha de presentación: enero, 2015 Fecha de aceptación: febrero 2015 Fecha de publicación: marzo, 2015

ARTÍCULO 15

EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN: ENTRE LA LIBERTAD NEGATIVA Y EL SERVICIO PÚBLICO

THE RIGHT TO COMMUNICATION: BETWEEN THE NEGATIVE FREEDOM AND THE PUBLIC SERVICE

Dra. C. Gabriela Aguirre León¹

E-mail: gaguirre@umet.edu.ec

¹Universidad Metropolitana del Ecuador. Sede Machala. República del Ecuador.

¿Cómo referenciar este artículo?

Aguirre León, G. (2014). El derecho a la comunicación: entre la libertad negativa y el servicio público. Universidad y Sociedad [seriada en línea], 7 (1). pp. 124-131. Recuperado de <http://rus.ucf.edu.cu/>

RESUMEN

La convergencia histórica entre la comunicación de masas y el aumento poblacional han producido un proceso político de legitimación de las actividades del poder público a través de la comunicación indubitada de la verdad. En el Ecuador, el ascenso al poder de la izquierda, produjo un fuerte cambio en las relaciones de poder entre los sectores de la burguesía tradicional, que evidentemente se expresó en términos de comunicación. En este escenario, se ha promulgado una Ley de Comunicación, ordenada por la propia Constitución de 2008 y posteriormente, se ha propuesto una enmienda constitucional para alterar el contenido del derecho subjetivo a la comunicación desde una libertad negativa hacia un servicio público. La constitucionalidad de esta acción jurídico-política ha sido puesta entre paréntesis, generando en la práctica, una colisión entre dos visiones jurídicas de mundo. En el presente texto, analizaremos las posturas contrapuestas sobre la configuración jurídica de la comunicación, cuya implicación más íntima se halla en la capacidad de expresión del individuo frente al Estado, y su resultado es la vigencia de un saludable sistema democrático.

Palabras clave:

Comunicación, Expresión, Derecho Subjetivo, Democracia, Estado, Servicio Público.

ABSTRACT

The historic convergence of mass communication and population growth have produced a political process of legitimating of the activities of public power through the undoubted communication of truth. In Ecuador, the rise to power of the left was a sharp change in power relations between the sectors of the traditional bourgeoisie, which obviously was expressed in terms of communication. In this scenario, has been enacted Communications Act, mandated by the Constitution of 2008 and subsequently proposed a constitutional amendment to alter the content of the individual right to freedom of communication from a negative to a public service. The constitutionality of this legal and political action has been bracketed, generating in practice, a collision between two legal worldviews. In this text, we will analyze the conflicting views on the legal form of communication, which is more intimate involvement in the ability of expression of the individual against the state, and its result is the existence of a healthy democratic system.

Keywords:

Communication, Expression, Subjective Law, Democracy, State Public Service.

INTRODUCCIÓN

Como es consabido, el Estado es una abstracción jurídica que monopoliza el uso de la violencia. Para construir esa ficción es necesario cuatro elementos: territorio, soberanía, población y gobierno (Trujillo, 2006). La sociedad, es el componente humano que da *vida* al Estado, puesto que le otorga el conjunto de personas sometidas (población), le entrega también a los mandatarios (gobierno) y además, tratándose de un conjunto de hombres libres arraigados a un territorio determinado, son los únicos que pueden otorgar, mediante renuncia parcial de su libertad, la llamada soberanía, que es necesaria para la producción normativa que estructura y habilita al Estado, y que coetáneamente produce el *reconocimiento internacional*, que según algunos criterios doctrinarios opera como quinto elemento del Estado.

Empero, dado que la realidad no es una pura descripción conceptual, sino un flujo vibrante de hechos e interacciones humanas, es evidente que los intereses, deseos y fuerzas individuales convergen en un ambiente políticamente caótico, que intenta ser puesto en orden por la regulación jurídica. Por ello, la interpretación ideológica realizada por los mandatarios y funcionarios dotados de potestad pública normativa, administrativa o jurisdiccional, en cada una de sus competencias, es la que se impone como Derecho vigente y eficaz. En esencia, el Estado es el *Derecho vivo*.

Por esta razón, las palabras, como signos lingüísticos arbitrarios que edifican socialmente las representaciones del imaginario social, son en la actual comunidad civilizada el vehículo de las voluntades individuales y colectivas que convergen en la política; es decir, son los símbolos que constituyen la información de hechos, las decisiones de poder público y la expresión de ideas que sirven de herramientas racionales para que el imaginario social proyecte su mundo, y así el conglomerado se someta a los retos de la historia y acepte su fatalidad. Es más, en base a la circulación de ideas e informaciones decide aceptar o reemplazar civilizadamente a sus mandatarios mediante el voto, e incluso, decide permanecer en silencio social frente a la muerte, el destierro o la prisión del mandatario. Y no pocas veces en la historia, ha aceptado ir a la guerra, con todos los riesgos morales que implica. Entonces, el flujo de información desde los mandatarios hacia la comunidad de mandantes, y viceversa, constituyen el andar *legitimador* del Estado. No en vano, en la primera mitad del siglo XX se le ha atribuido a los nacionalsocialistas alemanes, la potenciación de un viejo descubrimiento del hacer político: la propaganda.

En política, sabemos no existe otra racionalidad que la lucha, el acaparamiento y el mantenimiento del poder; por otra parte, en el Derecho no existe otra racionalidad que el Derecho vigente, el cual no se limita a la norma escrita, sino a la

interpretación administrativo-judicial de la normatividad y sus conflictos doctrinales con el pensamiento jurídico antagónico. Pero, las decisiones sociales de los mandantes mayoritarios se escriben, en una dimensión más amplia, con la racionalidad de la comunicación, por ende, la legitimidad social de una decisión, un acto, una lucha o una muerte depende en gran medida en cómo se presenta a los ojos del público, porque al final del día una eventualidad cualquiera es un mero hecho del mundo en el gran teatro de la historia, cuya trascendencia dependerá en mayor medida de quien posea la capacidad de elevar su voz hacia las masas y hablar a cargo de la verdad. Esa verdad es la que formará en parte el imaginario social.

Dicho esto, resulta claro que el ejercicio del poder jurídicamente reconocido, si bien hace uso de las armas y los instrumentos jurídicos, se realiza socialmente en términos de comunicación, información y expresión. El poder ejercido por los hombres, para conseguir su legitimidad social y para tener la mayor cantidad de adeptos, necesita construir una verdad. Y no importa si ella se encuentra alejada o cercana a la realidad. Bajo un gobierno civil de partidos, el problema suele solucionarse a sí mismo en términos de mercado, mediante el oligopolio de los medios. La cuestión se complica en términos jurídicos cuando surgen regímenes que apuestan por la lucha de clases y la polarización de la sociedad.

Dado que el ejercicio comunicacional, en la sociedad de masas, es una cuestión de credibilidad social sobre las palabras vertidas institucional o individualmente, es evidente que al Estado en funciones le interesa el control político sobre la comunicación. Y el Ecuador no es la excepción.

La cuestión que queda analizar es, si dentro del sistema normativo vigente, esto es el Estado Constitucional, la actual configuración del *derecho subjetivo constitucional a la comunicación*, la información y la expresión hace posible la transmutación de tal expectativa jurídica hacia un servicio público regulado por el Estado.

DESARROLLO

Para el entendimiento del fenómeno jurídico-político tras la re-interpretación administrativo-judicial del *derecho subjetivo constitucional a la comunicación*, propuesto por el régimen debemos establecer coordenadas que nos den una visión amplia del problema, para lo cual debemos revisar: (i) La naturaleza jurídica del derecho a la comunicación y expresión en el sistema normativo actual; y, (ii) La intención interpretativa estatal sobre la comunicación a través del discurso normativo y comunicacional.

El Estado Constitucional es una categoría doctrinaria que describe la evolución garantista del Estado de Derecho descrito originariamente por Kelsen como una expresión

pleonástica en sí misma, por la correspondencia constitutiva entre el Estado y el Derecho (Kelsen, 1982). Como el Derecho es el Estado y viceversa, el Estado Constitucional supone una expansión y re-configuración de los derechos subjetivos de las personas en el aparato jurídico, que vincula y limita la conducta estatal, y en caso de divergencias, debe ser resuelto por las garantías administrativas y jurisdiccionales, ubicando a la judicatura como garante del proceso democrático del Estado. Este modelo de Estado es el producto posterior del positivismo legislativo propio de la democracia de propietarios. Al respecto, Avila Santamaría (2011, p.149), explica que *“el diseño normativo y la práctica de las garantías tienen mucho que ver con el modelo de Estado. Un Estado liberal se sustenta en garantías que protegen con particular énfasis los derechos individuales de los propietarios y los derechos derivados de los contratos, en los que jurídicamente las personas tienen igualdad de condiciones; en este Estado, las garantías de los otros derechos, como los sociales o del buen vivir, son protegidos sólo cuando hay daños graves e inminentes. En cambio, en un Estado constitucional de derechos y justicia, las garantías protegen con particular énfasis los derechos de las personas más débiles de la sociedad, que se encuentran en situación de opresión, vulneración, subordinación, sumisión o discriminación. En este Estado se amplían tanto los derechos como las personas protegidas”*.

Para la vigencia de tal modelo, el constituyente ha erigido algunos principios contenidos en la Constitución de la República del Ecuador (2011) que ayudan a visualizar la naturaleza jurídica de este modelo de Estado, que tiene su fundamento en la Dignidad Humana, y por ello, exige al Estado, a fin de mantener el favor social de la legitimidad democrática, mantener la coherencia formal y material en su producción normativa y práctica institucional con el contenido de los múltiples derechos que constituyen la dignidad del ser humano. Al respecto, la Corte Constitucional máximo intérprete de la Constitución (Artículo 436.1) ha manifestado que *“el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Así, el Ecuador, ha adoptado la fórmula del paradigma del Estado Constitucional, que involucra, entre otras cosas, el sometimiento de toda autoridad, función, ley, o acto a la Constitución de la República. El neoconstitucionalismo pretende, entonces, perfeccionar al Estado de derecho sometiendo todo poder (legislador y ejecutivo incluidos) a la Constitución y apelando a la Constitucionalidad y no a la legalidad; vale decir que colocada a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social (...) Entre los caracteres que lo definen tenemos: a) La existencia de una Constitución rígida que, en consecuencia, no sea fácilmente modificable por la legislación ordinaria; b) Garantías judiciales que permitan el control de la conformidad de las leyes con la Constitución; c) Fuerza vinculante de la Constitución que implica el paso de la consideración del texto como un cuerpo*

declarativo a la aceptación de su carácter de norma jurídica real y de efectiva aplicación; d) Interpretación extensiva del texto constitucional que se verifica en la presencia de sus principios y normas, sobre todo el ordenamiento jurídico, haciendo posible a través de los mismos buscar soluciones a los problemas jurídicos más simples; e) Directa aplicación de la Constitución para resolver no sólo los conflictos entre los poderes del estado o entre este y las personas, sino también para resolver los conflictos entre particulares; f) Interpretación constitucional de las leyes; e, g) Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, que se traduce en que los órganos de control de constitucionalidad puedan analizar la fundamentación política de las normas” (República del Ecuador, 2011). Entre los principios más destacados, tenemos la objetividad jurídica de la norma constitucional, su calidad de filtro normativo de eficacia y su carácter progresivo y no-regresivo.

Bajo el cobijo del principio de supremacía constitucional (Artículo 425), la objetividad jurídica está vinculada con la aplicabilidad directa de la norma, al respecto la Constitución (República del Ecuador, 2011) refiere en el artículo 11 numeral que *“los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público administrativo o judicial”*; asimismo, dice: el artículo 426: *“todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos”*. Es decir, las normas constitucionales, incluidos los Derechos, adquirieron la aptitud para ser aplicadas en la práctica jurídica con una metodología propia (Artículo 3 numerales 2 y 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional), a fin de confirmar la vigencia del Estado de Derecho.

En esta misma configuración normativa, los principios y reglas constitucionales sirven de filtro de validez y eficacia en un sistema de control judicial sobre los actos de poder público, esto es, la legitimación necesaria para que un acto o norma estatal pueda ser aceptada por la comunidad jurídica. Al respecto, el artículo 424 señala que *“la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”*. Ferrajoli (2011, p. 17), en forma más específica, expone como el nuevo paradigma constitucional vuelve “sustancial” el papel de los mandatos constitucionales dentro del hacer jurídico cotidiano manifiesta que *“la democracia constitucional, en efecto, es siempre un sistema mono dinámico que incluye normas sobre la producción que, gracias a su colocación en el vértice de la jerarquía de las fuentes y las normas, son idóneas para establecer los requisitos esenciales, tanto*

de forma como de sustancia, de la vigencia y de la validez formal y sustancial de todas las normas producidas”.

Y finalmente, debemos recordar la rigidez constitucional descrita por la Corte Constitucional, ya que esta se basa en dos principios que inmovilizan pro-humanísticamente la interpretación jurídica del poder público. Por una parte tenemos el principio de no-regresividad y no-restrictividad y por otra el principio de progresividad (Artículo 11 numerales 4 y 8), y que son protegidos mediante la garantía normativa, a saber del artículo 84 de la Constitución *“la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”*. (República del Ecuador, 2011).

En este marco, el derecho subjetivo constitucional a la comunicación es un principio jurídico directamente aplicable ante y por cualquier servidor, funcionario o autoridad judicial, y que tal cual fue formulado por el legislador constituyente, es un filtro legitimador de la eficacia jurídica de cualquier ley, reglamento, acuerdo ministerial o resolución administrativa que se expida manipulando su contenido normativo. Y, como dijimos anteriormente, se encuentra afectado por su carácter de optimización, que le impide al poder público restringirlo o regresar su desarrollo hacia una forma menos extensiva. La Constitución reconoce el derecho a la comunicación en su artículo 16 al plantear que *“todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 1. Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos”*. (República del Ecuador, 2011).

De lo expuesto, se desprende que es un derecho constitucional de libertad o expectativa negativa de no-lesión, ya que protege la capacidad del individuo a intercambiar contenidos comunicacionales sin interferencia estatal o privada alguna, en todos los espacios sociales imaginables y no-imaginables. Así mismo, para configurar el proceso comunicacional la aceptación y tolerancia a la multiplicidad de cosmovisiones culturales, divergencias ideológicas, e intervención de todos y todas sin distinción de ningún tipo.

Como sabemos, la comunicación en un mecanismo de transferencia de contenidos. Por lo que, en forma interdependiente (Artículo 11.6) subsisten dos derechos ligados íntimamente a

la actividad comunicacional: la libertad de información y la libertad de expresión.

La libertad de información se encuentra reconocida y garantizada en la Constitución (República del Ecuador, 2011), en el artículo 18 donde se declara que *“todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior”*. Es evidente que la comunicación libre (Artículo 16.1) implica además la libertad de actuación frente al flujo de información, es decir, cualquiera puede sin restricción alguna: buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir el conocimiento de un hecho de interés general y de la forma más objetiva posible. Sin embargo, este tipo de contenido (información) debe cumplir con una serie de requisitos para ser sujeto de protección constitucional. Estos requisitos poseen una alta densidad hermenéutica, porque conllevan epistemológicamente una fuerte carga ideológica y de interés institucional, ora del Estado, ora de la oposición política, ora de los agentes de mercado, ora el ciudadano en particular.

Cuestiones como la veracidad, verificabilidad, oportunidad, contextualización, pluralidad, prohibición de censura, son cuestiones no regladas y que dependen de una interpretación judicial, y que sin embargo, hasta su resolución, podría tener efectos nefastos para la gobernabilidad de un régimen.

Y, en último término, tenemos a la libertad de expresión, que es la forma más individualizada de transmisión de ideas. La Constitución (República del Ecuador, 2011), refiere en el artículo 66 que *“se reconoce y garantizará a las personas: 6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones”*. Este derecho, transforma la libertad de opinión, esto es, el derecho a interpretar y describir la realidad circundante en los términos que le plazcan, hacia una facultad de expansión psicológico-lingüística. La expresión de la opinión y el pensamiento implica la difusión de ideas formuladas lingüísticamente sobre hechos o personas de la comunidad, y que pueden en su formulación ser confundidas con descripciones de la realidad. En términos puramente semánticos, la expresión oral, escrita o audiovisual del pensamiento plantea serias dificultades para distinguir la información y la expresión subjetiva, ya que al fin del día, ambos tipos de ideas poseen un sustrato real y/o hacen referencia a algo o alguien en términos objetivos, y ambas son producto de un proceso psicológico de aprehensión e interpretación de mundo.

Entonces, la libertad de comunicación, información y expresión, son derechos subjetivos constitucionales interdependientes, inalienables, irreductibles y de igual jerarquía (Artículo 11.6), que son objetivamente aplicables por parte

de funcionarios, autoridades y servidores (Artículo 11.3 y 426 Constitución), que son un criterio normativo de validez y eficacia material de los actos de poder público, ora resoluciones administrativas, ora productos legislativos, ora enmiendas constitucionales, ora políticas públicas (Artículo 424), y que además están afectados por los principios de progresividad, no restricción y no regresividad (Artículo 11 numerales 4 y 8) (República del Ecuador, 2011). Estos tres derechos son la línea conductora del proceso de expresión de las ideas y formación del pensamiento social en una democracia deliberativa; en donde la comunicación libre es un derecho al libre flujo de ideas, la libertad de información le otorga la iniciativa a cualquier ciudadano a formar parte del proceso de construcción de la historia y la libertad de expresión le permite auto-determinarse en términos psicológicos y sociales, por la difusión de su interpretación de la realidad, que por razones exógenas, no puede realizar todo un proceso investigativo.

¿Subsiste una vulneración a los derechos constitucionales a la comunicación, información y expresión?

La comunicación de hoy no depende tanto de los medios escritos, en tanto y en parte, por la limitada voracidad del conglomerado y la selectividad lúdica de la lectura social. Sin embargo, los medios auditivos y/o visuales son por excelencia, los medios más eficaces para la comunicación de ideas, ora mediante difusión de información de interés general, ora mediante la expresión de nuestras opiniones y pensamientos sobre los hechos de relevancia pública. En ese mismo sentido caminan hoy las formas comunicativas de internet, que se perfila como un serio competidor de la señal televisiva y radiofónica.

Para controlar y/o regular el ejercicio de este proceso psicosocial de alta relevancia histórico-política, el actual gobierno aprobó la Ley Orgánica de Comunicación, en la que destacan algunos de sus considerandos, a saber *“que, es justo impedir el oligopolio y monopolio, directo e indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico; Que, por iniciativa del señor Presidente de la República, Eco. Rafael Correa Delgado, las ecuatorianas y los ecuatorianos fueron convocados a expresarse en la consulta popular del 7 de mayo de 2011 sobre temas relacionados con la comunicación y su regulación, y apoyaron masivamente la erradicación de la influencia del poder económico y del poder político sobre los medios de comunicación, así como el mejoramiento de la calidad de contenidos difundidos por los medios de comunicación, y el establecimiento de las consecuencias jurídicas para evitar un uso abusivo e irresponsable de la libertad de expresión”*.

De las disposiciones transcritas se deduce que la argumentación político-legislativa para la interpretación de los derechos a la libertad de comunicación, información y expresión son: (i) El monopolio del Estado sobre el espectro radioeléctrico, el

cual, es un recurso estratégico (Artículo 313); (ii) La existencia de un oligopolio en el área comunicacional; (iii) La erradicación de la influencia del poder económico y del poder político sobre los medios de comunicación, (iv) El mejoramiento de la calidad de contenidos difundidos por los medios de comunicación, y (v) El uso abusivo e irresponsable de la libertad de expresión.

Para resolver este conflicto, el régimen propone la reinterpretación del contenido de los derechos a la libertad de comunicación información y expresión haciendo de la actividad comunicacional un servicio público regulado por el Estado, en tanto la información –contenidos descriptivos de los hechos de relevancia pública e interés general- es un “bien público”. Al respecto, el Artículo 171 de la Ley Orgánica de Comunicación refiere en el artículo 71: *“responsabilidades comunes.- La información es un derecho constitucional y un bien público; y la comunicación social que se realiza a través de los medios de comunicación es un servicio público que deberá ser prestado con responsabilidad y calidad, respetando los derechos de la comunicación establecidos en la Constitución, los instrumentos internacionales y contribuyendo al buen vivir de las personas. Todos los medios de comunicación tienen las siguientes responsabilidades comunes en el desarrollo de su gestión: 1. Respetar los derechos humanos y promover su plena aplicabilidad; 2. Desarrollar el sentido crítico de los ciudadanos y promover su participación en los asuntos de interés general; 3. Acatar y promover la obediencia a la Constitución, a las leyes y a las decisiones legítimas de las autoridades públicas; 4. Promover espacios de encuentro y diálogo para la resolución de conflictos de interés colectivo; 5. Contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad; 6. Servir de canal para denunciar el abuso o uso ilegítimo que los funcionarios estatales o personas particulares hagan de los poderes públicos y privados; 7. Impedir la difusión de publicidad engañosa, discriminatoria, sexista, racista o que atente contra los derechos humanos de las personas; 8. Promover el diálogo intercultural y las nociones de unidad y de igualdad en la diversidad y en las relaciones interculturales; 9. Promover la integración política, económica y cultural de los ciudadanos, pueblos y colectivos humanos; y, 10. Propender a la educomunicación”*. Esta norma señala a la comunicación, no como un derecho de libertad, sino como una actividad sujeta a regulación proactiva del Estado en razón de la condición de bien público de la información, y además, motivada por los abusos acusados a la libertad de expresión.

Los servicios públicos son la red institucional para el otorgamiento de prestaciones permitidas, reservadas o exigidas al Estado por la legislación, y que tienen como finalidad materializar derechos constitucionales necesarios para el funcionamiento social, y estadios más avanzados, favorecen la realización efectiva de la igualdad y del bienestar social. Generalmente los servicios públicos son universales y se

clasifican en divisibles e indivisibles en el régimen tributario. Sin embargo, desde la propia conceptualización, resulta evidente que los servicios públicos obedecen a derechos sociales, es decir, aquellos que implican una prestación, una erogación económica a fin de proveer alguna actividad que por sí sola no puede ser producida por el ciudadano, tal como la seguridad, la administración, la salud, la vialidad, la educación, etc. Las libertades de comunicación, información y expresión no dependen del Estado para llegar a la realidad, sino que son actos auto-determinativos en sí mismos, y en tal sentido, son derecho que proscriben la intervención arbitraria, injustificada o excesiva del Estado en su ejercicio.

Resulta evidente la condición política del razonamiento estatal para re-interpretar los derechos de libertad de comunicación, información y expresión, por la dualidad de poderes que convergen en el manejo mediático de la información: el poder político y económico, lo cual a su vez pretende ser normativizado vía constitucional, mediante la propuesta de enmienda ya mencionada. Hauriou (2003, pg. 165) dice con respecto al respecto de los poderes que convergen y se oponen al interior del Estado que *"existe un poder político que consiste en el gobierno directo de los hombres, bajo la amenaza de sanciones penales. Existen también poderes económicos que consisten en el gobierno indirecto de los hombres por la posesión o la administración de las cosas que necesitan para su subsistencia, y bajo la amenaza de reducirlos a condición de hambrientos. [...] La separación de lo político y lo económico es, en una gran medida, la separación del poder político y la propiedad, porque el poder económico pertenece realmente a los que tienen la propiedad de las riquezas y los medios de producción"*.

Sin embargo, según el texto constitucional, la eficacia de los derechos constitucionales no está sujeta a la lucha política de los mandatarios, ni del Estado, sino a la satisfacción de las expectativas jurídicamente reconocidas a los ciudadanos a través del Estatuto máximo.

Y en este punto es cuando surgen dos visiones jurídicas de mundo. Por una parte, las ideologías de derecha consideran a la erección de un servicio público de comunicación, como una reinterpretación regresiva de los derechos a la libertad de comunicación, información y expresión, y particularmente a este último derecho, puesto que el objetivo de tal transformación es la regulación de los contenidos informativos de acuerdo a la verdad impuesta por las agencias de comunicación del Estado, que excluye las interpretaciones disidentes a la versión oficial, y por extensión, podría reducir a falsedad las interpretaciones que a título de opinión realiza el ciudadano sobre la realidad circundante.

La prestación de un servicio público de comunicación que entienda a la información como un bien público, causaría en la

práctica que las ideas y descripciones de la realidad provengan de una sola fuente, y en tal sentido, todas las demás interpretaciones quedarían desacreditadas, lo cual debilita gravemente la democracia deliberativa y disminuye los insumos para la construcción social de un debate público robusto y lo más importante, restringe al individuo en la formulación de su propia opinión, y en la difusión de criterios disidentes. La Corte Interamericana de Derechos Humanos explica:

El artículo 13 señala que *"la libertad de pensamiento y expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole"*. Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a 'recibir' informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. Esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. *"La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre"*. (La Colegiación Obligatoria de Periodistas, 1985)

Al ser el paradigma de la democracia un principio jurídico constitutivo del Estado (Artículo 1) (República del Ecuador, 2011) es fundamental para su configuración la intangibilidad de la capacidad expresiva de los ciudadanos, y la capacidad de elegir racionalmente por una interpretación libre y pluralmente suministrada sobre los hechos de relevancia pública y de interés general, lo cual se traduce en el derecho constitucional a participar en los asuntos de interés público (Artículo 61.2). Empero, en este mismo punto surge su interpretación opuesta: Los hechos que constituyen la historia de una nación no son contados por entes abstractos y políticamente neutros, sino por personas que poseen ideologías e intereses. Sobre esto resulta instructivo el criterio de Hernández & Reina (2010,

p. 20), *“el discurso del poder constituido nos ha convencido que al hablar de comunicación e información nos referimos necesariamente a medios, a la comunicación como mediación mediática, como mercancía, como negocio o como un asunto que se mide en su rentabilidad, y no como una mediación constitutiva de la condición humana. (...) En el campo de la comunicación, esta es la consecuencia de que el proceso de valorización –como condición de acumulación del capital– subsuma el proceso de trabajo –como condición de vida del sujeto social–, y así como este proceso se legitima mediante el salario y el carácter social del trabajo humano, en el ámbito comunicacional se legitima también por el carácter social de la comunicación bajo la argucia de que los medios facilitan el proceso de información, comunicación y entretenimiento social cuando en verdad solo sirve a los procesos de acumulación de capital de los propietarios mediáticos y a su dominio político”*.

Si bien un servicio público de comunicación posee riesgos políticos, también es cierto que el oligopolio de los medios de comunicación, particularmente los audiovisuales, en sociedades secuestradas por el capital, tampoco son precisamente la opción más adecuada para la formación de una sociedad culta y bien informada.

Un enfoque puramente funcional-positivista, nos entrapa ideológicamente en la idea de que la información, la comunicación y la educación son elementos divergentes y no-constitutivos de la cultura; y que por tal, no requieren de ningún tipo de regulación. Desconocer que el flujo de ideas compone el pensamiento de una sociedad es desconocer que la educación y la formación de la cultura del ser humano es un proceso comunicacional total y unitario.

Al efecto, la pura liberalidad en materia de comunicación implica hoy en día, subsumir a la comunicación humana y social al proceso de alienación originado por la racionalidad mercantil de los medios: No hay otra verdad que la representada en medios masivos.

CONCLUSIONES

Si el Estado es el Derecho. Y la realidad institucional es la práctica jurídica efectiva, entonces, las acciones legislativas o administrativas, deben ser, en el mejor de los mundos posibles, el óptimo reflejo de la normatividad. En el Estado Constitucional, dicha optimización solo es posible en el marco de una administración republicana, plurinacional, multicultural, respetuosa de los derechos subjetivos constitucionales, y sobre todo democrática.

El respeto a la libertad de expresión, y subsidiariamente a la libertad de comunicación e información en el marco del sistema democrático, no son meros caprichos doctrinales o especulaciones dogmáticas, sino el producto de una dilatada

experiencia histórica, que reconoce los vicios y la acelerada descomposición moral y política de cualquier forma gubernamental absolutista o totalitaria.

La comunicación como un servicio público, es una posibilidad de interpretación jurídica que no contradice en forma definitiva el contenido de los derechos, ya que si bien la comunicación se trata de un derecho subjetivo de libertad, en la práctica es un fenómeno social que articula una serie de procesos educacionales y culturales que no pueden quedar a merced únicamente de intereses privados. En la realidad, la comunicación está condicionada por la propiedad sobre instrumentos de trabajo, y de mantenerse así, la verdad histórica dependerá únicamente del criterio de los actores políticos auspiciados por los medios.

Si bien la enmienda constitucional implica la resolución del conflicto político entre los intereses de la clase gobernante y los medios de comunicación vinculados a la oposición política, a lo que se debe prestar especial atención es al proceso de ajuste legislativo, a fin que no se produzcan restricciones a la capacidad del individuo a recibir otras informaciones y expresar su propia interpretación de la realidad bajo los canales comunicacionales disponibles. El servicio público de comunicación no debe desnaturalizar los derechos subjetivos constitucionales a la comunicación, información y expresión, puesto que estos derechos no pueden recibir el mismo tratamiento que los derechos sociales, es decir, a pretexto de brindar el servicio público de comunicación, el Estado no puede limitar el libre flujo de contenidos comunicacionales y producir los suyos como prestación estatal inobjetable.

No debe perderse de vista que la comunicación, esto es, la transferencia psicológico-lingüística de contenidos informativos o reflexivos es un fenómeno históricamente libre, diverso y rebelde. Es decir, la prestación unidireccional de contenidos informativos a cuenta de verdad indiscutida, parcial y gratuita es incompatible con la naturaleza democrática del Estado, la cual requiere que sus ciudadanos estén plenamente informados, y así se cumpla el objetivo poliárquico, esto es la toma de decisiones y presiones colectivas sobre los mandatarios desde la sociedad civil, al respecto la Corte Constitucional e Colombia explica:

Una de las formas en que mejor se observa el aporte del servicio público de comunicación es a través de los medios públicos, porque ellos son los portavoces y emisarios del régimen y son la ventana para la expresión y discusión de los temas que no interesan a la racionalidad mercantil, es decir, son la proyección de la dimensión informativa del gobierno y de los ciudadanos que acuden a solicitar la prestación del servicio público de comunicación. Por ello, los medios privados y comunitarios, no pueden estar sometidos en su contenido a

otra regulación que la responsabilidad ulterior y la eliminación de contenidos sexistas, discriminatorios, desestabilizadores o violentos, porque ellos representan otra dimensión del hacer y reconocimiento social. Solo así se puede asegurar que la sociedad pueda exigir cuentas a los funcionarios, autoridades y servidores públicos por sus actuaciones en el marco de la sociedad democrática.

Finalmente cabe rescatar que la libre determinación comunicacional, informativa y expresiva no pueden ser afectadas en su esencia irreductible por los actos de poder público, sea la motivación política que tengan. En un estado Constitucional, la rigidez sistémica exige un respecto irrestricto a los contenidos constitucionales. Ferrajoli (2008, p. 66), explica que los derechos de libertad y sociales poseen una: *“esfera de lo indecible, esto es, aquello que ninguna mayoría puede decidir o no decidir: de un lado, los límites y prohibiciones en garantía de los derechos de libertad; de otro, los vínculos y obligaciones de los derechos sociales”*. Por ello, hacer en la práctica del servicio público de comunicación un instrumento político para la intromisión en la capacidad expresiva, informativa y comunicacional es incompatible con el actual Estado Constitucional, trayendo como resultado: a) Que la comunicación sea un servicio público tratándose únicamente de medios públicos y de la regulación *in extremis* de los medios privados; b) El único límite a los derechos de comunicación, información y expresión es la responsabilidad ulterior por dolo o negligencia grave y la eliminación de contenidos sexistas, discriminatorios, desestabilizadores o violentos; y, c) Cualquier mecanismo para formar una verdad unidireccional es regresiva a los derechos invocados, y por ende constitucionalmente ofensiva; por lo que se tenderá en todo momento al debate público robusto de los asuntos de interés general, sin propaganda.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ávila Santamaría, R. (2008). Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008. Desafíos Constitucionales. Serie Justicia y Derechos Humanos. Quito: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. pp. 89-110.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1985). La Colegiación Obligatoria de Periodistas, Opinión Consultiva OC-5/85.
- Ferrajoli, L. (2008). Democracia y Garantismo. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). Principia Iuris (Tomo II). Madrid: Trotta S.A.
- Hauriou, M. (2003). Principios de Derecho Público y Constitucional. Madrid: Reus.
- Hernández, D., & Reina, O. (2010). Elementos para la definición de una Política de información y comunicación de Estado en Políticas de Comunicación en el Capitalismo Contemporáneo. Buenos Aires: CLACSO.
- Kelsen, H. (1982). Teoría Pura del Derecho. México D.F.: Universidad Autónoma de México.
- New York Times vs. Sullivan, U.S. 264-1964 (Corte Suprema de Estados Unidos 3 de marzo de 1964).
- República de Colombia. (2005). Proyecto de referendun modificatorio de la Constitución, C- 1040. Corte Constitucional de Colombia.
- República del Ecuador. (2011). Constitución de la República del Ecuador. Recuperado de http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Trujillo, J. C. (2006). Teoría del Estado en El Ecuador. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.