

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
ESCUELA DE DERECHO**

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO**

“VALORACIÓN JURÍDICA DE LA LEY ORGÁNICA DE COMUNICACIÓN”

AUTOR:

Christian Gabriel Burbano Tumipamba

DIRECTOR:

Dr. Santiago Guarderas Izquierdo

Quito, Junio 2017

*Prof. Por favor agreg
a la carpeta del
estudiante - Gracias*
[Firma]
2017/12/18

Quito, D.M. 13 de diciembre de 2017

Doctor
Iñigo Salvador
DECANO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
Presente.-

De mi consideración:

Mediante oficio No. 118-SJG-2017 de 31 de agosto de 2017 se me remitió un ejemplar de la Disertación de Abogacía intitulada "**VALORACIÓN JURÍDICA DE LA LEY ORGÁNICA DE COMUNICACIÓN**", elaborada por el señor CHRISTIAN GABRIEL BURBANO TUMIPAMBA.

En consecuencia, he procedido a analizar con detenimiento el antedicho trabajo, arribando a las siguientes conclusiones:

1. El trabajo ha sido metodológicamente bien realizado. Es interesante el tema seleccionado, pues analiza desde una perspectiva tridimensional (validez, eficacia y justicia) a la Ley Orgánica de Comunicación (LOC), la cual ha sido objeto de gran debate social y ha generado y continúa generando mucha polémica.
2. El primer capítulo aborda el tema de la validez de la LOC, sin embargo, omite realizar un análisis profundo de dos cuestiones relevantes que serán objeto de discusión en la defensa correspondiente: **a)** el trámite de aprobación de la Ley al interior de la Asamblea Nacional; y, **b)** el análisis de constitucionalidad y compatibilidad con la normativa internacional pertinente de la LOC.
3. El segundo capítulo se dedica al análisis de la eficacia de la LOC. Este capítulo está bastante bien concebido, pues combina aspectos doctrinarios con estadísticas que resultan fundamentales para determinar la eficacia de una norma jurídica.
4. Finalmente, el tercer capítulo aborda el tema axiológico de la LOC de forma acertada, aunque un tanto subjetiva.
5. Las conclusiones son un tanto simples y personalmente me aparto de algunas de ellas, lo cual se discutirá en la defensa correspondiente.

Recibido 15/12/2017

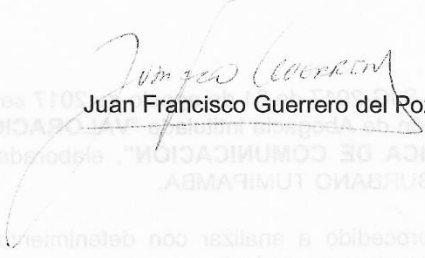
Quito, D.M. 13 de diciembre de 2017

6. La bibliografía utilizada es adecuada y suficiente para tratar un tema de esta naturaleza.

En función de lo señalado, al trabajo realizado le otorgo la nota de **9/10**.

Aprovecho la oportunidad para reiterarle mis sentimientos de consideración y estima.

Atentamente,


Juan Francisco Guerrero del Rozo

Quito, 31 de julio de 2017

Doctor
Gonzalo Vaca Dueñas
SECRETARIO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Ciudad.-

Señor Secretario:

En mi calidad de profesor informante de la disertación de abogacía titulada "Valoración jurídica de la Ley Orgánica de Comunicación" del estudiante Christian Gabriel Burbano Tumipamba, cumplo con presentar mi informe.

El trabajo cumple con todos los requerimientos metodológicos exigidos por la Universidad y la Facultad.

El estudiante, en el primer capítulo, al abordar la validez jurídica de la Ley Orgánica de Comunicación, se extiende innecesariamente en aspectos elementales del Derecho, sin establecer puntos de conexión con el objeto de estudio. Se aprecia confusión cuando aborda la Ley de Comunicación desde el punto de vista de las atribuciones conferidas por el poder originario.

Para el desarrollo del segundo capítulo no realiza una investigación propia, solamente toma como fuentes las investigaciones realizadas por Fundamedios. Cuando analiza las estadísticas hace conclusiones generales sobre la indebida eficacia de la Ley de Comunicación, sin sustenarlas y sin dividir el examen adecuadamente. Se refiere de manera muy superficial a la distinción entre censura previa y responsabilidad ulterior. Confunde las competencias de la SUPERCOM y del CORDICOM, cuando afirma que la LOC está siendo más aplicada para ejecutar una función sancionadora de asuntos contra la moral que para promover la libertad de comunicación e información.

Se analizan los procedimientos y sanciones administrativas de la Ley Orgánica de Comunicación, sin embargo no se encuentra referencia alguna al nuevo marco regulador en el ámbito administrativo. ¿Cambiaría la sustanciación y resolución de los procesos administrativos por parte de la SUPERCOM cuando entre en vigencia el Código Orgánico Administrativo, que ya fue publicado?

La temática centrada en el objeto de estudio apenas inicia en la página 61.

Quito 31/07/2017



La tabla de normas y valores relativas a los derechos de comunicación es un interesante aporte que podía ser profundizado.

Las conclusiones y las recomendaciones no se encuentran adecuadamente formuladas.

Por lo expuesto esta disertación merece una calificación de siete sobre diez puntos (7/10).

Atentamente,



Salim Zaidán
DOCENTE

Dedicado a mis abuelos, Alejandro y Catalina:

*Si fuera posible escoger las vidas que uno vive,
escogería ésta varias veces
sólo para repetir el honor de haberles conocido
y haber sido feliz junto a ustedes.*

Agradecimientos:

Agradezco a Dios, que ha creado el mundo y ha permitido la vida con todas sus complicaciones y placeres; a la Compañía de Jesús, de la que siempre seré parte como un jesuita sin votos; a la PUCE y a mi amada Facultad de Jurisprudencia, en la que dejé parte de mi vida; a mi Director de Tesis, el Dr. Santiago Guarderas Izquierdo, que siempre será mi referente de inteligencia y trabajo; a mis abuelos, que hicieron que la aventura del Derecho sea posible; a mis padres, y con especial cariño a mi madre, a quién a veces puedo imitar en coraje. Y a María José... cuyo cariño me ha dado muy buenas razones para enfrentar la vida con entereza.

ABSTRACT

This study is a legal assessment of the Organic Law of Communication (LOC), which consists of the three-dimensional analysis of the normative body, in which we study the law from the approaches of validity, effectiveness and justice. In the first part of the analysis we focus on the normative dimension of the LOC in order to study its origin, validity and compatibility with the legal system. Then, we review the factual dimension in which we analyze the LOC from a sociological approach, we verify its effectiveness and its application. Finally, we study the axiological dimension of law where we review the compatibility of values with higher laws and we deduce the purposes pursued by our Legal System in terms of communication.

RESUMEN

El presente trabajo es una valoración jurídica de la Ley Orgánica de Comunicación (LOC), que consiste en el análisis tridimensional del cuerpo normativo, en el que revisamos la ley desde los enfoques de validez, eficacia y justicia. En la primera parte del análisis, nos concentramos en la dimensión normativa de la LOC para estudiar su origen, su vigencia y su compatibilidad con el ordenamiento jurídico. Luego, revisamos la dimensión fáctica en la que analizamos a la LOC desde el enfoque sociológico, comprobamos su eficacia y el sentido de su aplicación. Finalmente, tratamos la dimensión axiológica de la ley en el que revisamos la compatibilidad de los valores con las normas superiores y deducimos los fines que persigue nuestro Ordenamiento Jurídico en materia de comunicación.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	12
CAPÍTULO I.....	18
1. VALIDEZ JURÍDICA DE LA LEY ORGÁNICA DE COMUNICACIÓN	18
1.0.1. Definición de norma y ordenamiento en general	18
1.0.2. Definición de norma y ordenamiento jurídico: la Norma Fundamental	20
1.0.3. Validez de una norma jurídica	25
1.1. Origen de la ley	26
1.2. Vigencia de la ley	30
1.3. Compatibilidad con el ordenamiento jurídico	35
CAPÍTULO II.....	41
2. EFICACIA DE LA LEY ORGÁNICA DE COMUNICACIÓN	41
2.0.1. Eficacia: coercibilidad y adhesión espontánea.....	42
2.0.2. Dimensión fáctica: cuando el derecho trasciende la norma y la idea.....	44
2.0.3. Valoración de la eficacia: un estudio del fenómeno jurídico	46
2.1. Generalidades sociológicas de la ley orgánica de comunicación	49
2.1.1. Enfoque sociológico.....	49
2.1.2. Delimitación de lo social.....	50
2.1.3. ¿Qué es un ‘uso’?	54
2.1.4. El fenómeno de la Ley Orgánica de Comunicación.....	58
2.2. Cumplimiento de la ley según los órganos de gobierno	65
2.3. Medios sancionatorios de la ley orgánica de comunicación.....	76
2.3.1. Procedimientos y sanciones administrativo de la LOC.....	77
2.3.2. Dificultades al momento de aplicar la ley orgánica de comunicación	91
CAPÍTULO III	94
3. JUSTICIA EN LA LEY ORGÁNICA DE COMUNICACIÓN	94
3.0.1. El problema de la justicia en la LOC	94
3.1. Dimensión axiológica de la LOC.....	95
3.1.1. ¿Qué son los valores?.....	96
3.1.2. Principios del Derecho y la Ley Orgánica de Comunicación.....	103
3.2. Contenido axiológico de la ley orgánica de comunicación	105
3.2.1. Tabla de normas y valores.....	105
3.3. Incompatibilidades axiológicas de la LOC	111

3.3.1. Incompatibilidades normativas	111
3.3.2. Incompatibilidades axiológicas aplicadas: análisis de casos emblemáticos 115	
3.4. Fines del ordenamiento jurídico en materia de comunicación.....	120
CONCLUSIONES.....	122
RECOMENDACIONES	124
BIBLIOGRAFÍA	125

INTRODUCCIÓN

ASPECTOS PRELIMINARES SOBRE LA VALORACIÓN JURÍDICA

a) Valoración jurídica de la Ley de Orgánica de Comunicación y la tridimensionalidad del Derecho

Desde mucho antes de que la Ley Orgánica de Comunicación (en adelante LOC) fuera promulgada, en julio del 2013, ha generado un sinnúmero de controversias y discusiones que no han cesado hasta el día de hoy. Hay más de una opinión al respecto: las predominantes son, por supuesto, las del gobierno y sus simpatizantes que están a favor; y en contraste, las de los grupos de oposición y medios de comunicación privados que están en contra.

Lejos de pretender que nos dejemos llevar por lo que dice una u otra postura, hemos considerado pertinente realizar una ‘Valoración jurídica de la Ley Orgánica de Comunicación’, que no es más que un estudio objetivo, libre de juicios emotivos enfocado en la validez, la eficacia y justicia de la ley.

Validez, Eficacia y Justicia son tres aspectos que tienen correlación directa con la ‘tridimensionalidad del Derecho’, concepción fundamental para hacer análisis jurídicos integrales en los que se parte de “...*elementos cuya permanencia ha sido una constante en el Derecho por encima de toda evolución, tiempo u orientación cultural.*” (Salgado Pesantes, 2010: p. 32)

Estos elementos constantes, inmanentes e inmutables al cambio del tiempo a los que se refiere la cita de Hernán Salgado son los *hechos, los valores y las normas* que componen una triada de partes con identidad autónoma, divisible sólo para fines de estudios pues sus dimensiones constituyen una realidad monolítica de constante creación, sostenimiento y desarrollo.

Miguel Reale, filósofo brasileño, que fue pionero en plasmar esta concepción en su obra ‘Teoría Tridimensional del Derecho’ elabora una definición precisa que recoge la interrelación patente entre los elementos inmutables de la triada: “El derecho es una integración normativa de hechos según valores”¹ (Reale, 1997: p. 103)

De acuerdo a lo expresado, este trabajo consistirá en valorar la Ley Orgánica de Comunicación tomando en cuenta su validez, su eficacia y su justicia de manera

¹ El subrayado es nuestro.

independiente. Por tanto, cuando analicemos la *validez*, nuestro estudio recaerá en el aspecto ontológico de la norma; es decir, se analizará sus cualidades formales para validar la Ley Orgánica de Comunicación como jurídica y diferenciarla de otro tipo de normas sociales o enunciados prescriptivos sin obligatoriedad. En las palabras de Norberto Bobbio (2005) “*El problema de la validez es el problema de la existencia de la regla en cuanto a tal, independientemente del juicio de valor sobre si ella es justa o no*” (p. 21)

Así mismo, cuando analizamos la *eficacia*, nos centraremos en los hechos que ha generado la Ley Orgánica de Comunicación y en sus medios sancionatorios. En palabras de Bobbio (2005):

El problema de la eficacia de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (los llamados destinatarios de la norma jurídica) y, en caso de ser violada, que se haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto.” (p.22)

Y finalmente cuando analicemos la *justicia* indagaremos sobre los valores entorno a los cuales la Ley Orgánica de Comunicación se constituye. La Teoría General del Derecho nos dice que “El problema de la justicia es el problema de la correspondencia o no de la norma a los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico.” (Bobbio, 2005: p. 20)

La Ley orgánica de Comunicación debe estudiarse desde la tridimensionalidad para llegar a una conclusión integral que abarque, no solo aspectos filosóficos, pero tampoco limitados los formalismos jurídicos. En palabras de Reale, el estudio tridimensional buscaría ponerse a la altura de las exigencias de la *Ciencia Jurídica Concreta*², que no es más que la integración de *hecho, valor y norma* como realidades que se entrelazan de forma consubstancial en la naturaleza dinámica del Derecho y, de paso también, se armonizarían las constantes divisiones entre Filósofos y Juristas integrando, a su vez, a nuevos investigadores que enriquecen la experiencia del Derecho como los sociólogos y antropólogos. (Reale, 1997)

² Se puede interpretar a la Ciencia Jurídica Concreta como el estudio del Derecho que, además de analizar desde el plano filosófico y teórico, está “estrechamente ligada a los procesos axiológicos e históricos, económicos y sociales.”(Reale, 1997: p. 32)

b) Aplicación del método de Valoración propuesto por Norberto Bobbio a la Ley Orgánica de Comunicación

Para realizar este estudio, usaremos el método de valoración propuesto por Norberto Bobbio cuyo pensamiento se enmarca en los esquemas del 'Positivismo Metodológico o Conceptual': "Según esta tesis las proposiciones acerca de lo que el derecho dispone no implican juicios de valor y son verificables en relación a ciertos hechos observables empíricamente." (Nino, 2003: 37)

Este método se caracteriza por ser práctico, objetivo y sistemático y nos ayudará a evitar todos los equívocos valorativos que se presentan cuando hay situaciones de conflicto político. Esto significa que podremos distinguir si la Ley Orgánica de Comunicación constituye o no Derecho válido independientemente de si es justo o eficaz.

Si utilizáramos, por ejemplo, una concepción naturalista³ para realizar nuestra valoración, deberíamos negar la validez jurídica de la Ley de Comunicación si esta se contrapone a 'los principios jurídicos universalmente válidos'. Esta rigidez fundamentada en la justicia nos impediría ahondar en los elementos cualitativos de una norma ya que cualquier discordancia con las leyes naturales le negaría juridicidad⁴.

Esto tampoco significa que nos apeguemos al positivismo ideológico⁵, extremo opuesto, que legitima cualquier ordenamiento jurídico sin importar que promueva la injusticia o la vulneración de derechos. Es casi imposible encontrar en la actualidad autores que se apeguen a esta teoría. Ni siquiera Hans Kelsen, con su positivismo lógico, que estableció la estricta separación de moral y derecho puede ser encuadrado en los márgenes del positivismo ideológico⁶.

³ "La concepción Iusnaturalista puede caracterizarse diciendo que ella consiste en sostener conjuntamente estas dos tesis:
a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana.

b) Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de "jurídicos" si contradicen aquellos principios morales o de justicia.

Si alguien rechaza alguna de estas tesis, *aun* cuando acepte la otra (suponiendo que ello sea posible), no será generalmente considerado un iusnaturalista." (Nino, 2003: p. 28)

⁴ Nino (2003) cita a Santo Tomás de Aquino: "Ningún orden positivo tiene fuerza obligatoria si no concuerda con los principios de derecho natural." (p.28)

⁵ Nino (2003) indica que la tesis del positivismo ideológico es "que cualquiera que sea el contenido de las normas del derecho positivo, éste tiene validez o fuerza obligatoria y sus disposiciones deben ser necesariamente obedecidas por la población y aplicadas por los jueces, haciendo caso omiso de sus escrúpulos morales." (p.32)

⁶ "Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede en ciertos casos autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir." (Kelsen, 2008: p. 55)

El acierto de Bobbio de tratar la validez, eficacia y justicia como problemas independientes se ganó la crítica de Miguel Reale (1997) que exponemos a continuación de manera textual a fin de defender nuestro método:

Es patente que BOBBIO enfoca la experiencia jurídica según los prismas de fin, medio y forma, dando lugar a tres tipos autónomos de estudios. Dejando aparte las dificultades inherentes a tales criterios distintivos, puestos en función de datos puramente extrínsecos y convencionales, es fácil percibir que tenemos únicamente una tricotomía, y no propiamente una comprensión tridimensional de la experiencia jurídica a cuya luz se evidencia la correlación esencial existente entre fin, medio y forma en cada uno de los campos de conocimiento jurídico. No hay duda de que la diferenciación hecha por BOBBIO –en la que está implícito, por otra parte, un intento de articulación sistemática–, puede tener alcance heurístico y práctico, pero, como todas las clasificaciones intelectualistas y abstractas, no toma en cuenta la concreción de la experiencia jurídica. (p.49)

Queda muy claro que, bajo el juicio de Reale, la aprobación de la categoría de ‘tridimensionalidad del Derecho’ depende de la relación que emana de su concepto de la *dialéctica de la complementariedad*⁷, entendida, en nuestras palabras, como la norma manifestada como síntesis del juego dialéctico entre hechos y los valores en un acto de continua creación de Derecho. La norma (síntesis) generaría a su vez nuevos hechos y valores para continuar con el proceso de creación normativa.

Según Reale, si no consideramos esta concepción no lograremos aprehender el fenómeno jurídico que encierra la Ley; sin embargo, esta suposición resulta imprecisa para este caso, pues la doctrina de Reale no se opone al método que usaremos ya que no es nuestra intención demostrar el proceso dialéctico de complementariedad aplicado a la Ley Orgánica de Comunicación, sino valorar su validez, su eficacia y su justicia de forma estática.

⁷ Miguel Reale dice: “En suma, el término «tridimensionalidad» sólo puede ser comprendido rigurosamente como traducción de un proceso dialéctico, en el que el elemento normativo integra en sí y supera la correlación fáctico-axiológica, pudiendo la norma, a su vez, convertirse en un hecho de un ulterior momento del proceso, pero únicamente con referencia a y en función de una nueva integración normativa, determinada por nuevas exigencias axiológicas y nuevos sucesos fácticos. Así, considerándose la experiencia jurídica estáticamente en su estructura, o en su funcionalidad o proyección histórica, se verifica que sólo puede ser comprendida en términos de normativismo concreto, consubstanciándose en las reglas de derecho toda la gama de valores, intereses o motivos de que se compone la vida humana, y que el intérprete debe procurar captar, no sólo según las significaciones particulares emergentes de la praxis social, sino también en la unidad sistémica y objetiva del ordenamiento vigente.”(Reale, 1997:p.87)

Reale tiene razón cuando califica los alcances independientes, heurísticos y prácticos de la concepción de Norberto Bobbio. Pero no compartimos su afirmación que señala los criterios de Bobbio como una simple ‘tricotomía’ que se queda en el intelectualismo y la abstracción sin llegar a la experiencia jurídica concreta.

Para Bobbio, los criterios de valoración deben ser estrictamente independientes⁸ y esta afirmación de ninguna manera debe interpretarse como una separación que aislada de los elementos de la tridimensionalidad (Reale lo interpretó de esa manera). Bobbio (2005) explica sus razones de manera textual:

“Es claro que esta distinción de problemas no se debe concebir como una separación en compartimentos estancos. Quien desee comprender la experiencia jurídica en sus diversos aspectos, debe tener en cuenta que ella es esa parte de las experiencias humanas cuyos elementos constitutivos son ideales de justicia por lograr, instituciones normativas por realizar, acciones y reacciones de los hombres frente a esos ideales y esas instituciones” (p. 26)

Como está claro, se admite la relación intrínseca que existe de validez, justicia y eficacia. Pero no está demás aclarar que la consideración de independientes de estos elementos se aplica para evitar las confusiones reduccionistas que se originan cuando se lleva al absurdo los planteamientos de las escuelas del Derecho Natural, del Positismo jurídico y del Realismo jurídico⁹.

Estas confusiones reduccionistas vienen dadas a causa de la mezcla entre los elementos sin prestar la debida consideración a su independencia y haciendo que prime uno más que otro. Así por ejemplo:

1) En el derecho natural se podría llegar a una reducción de la validez a la justicia, “...afirmando que una norma es válida sólo si es justa” (Bobbio, 2005:p. 27). Si analizáramos Ley de Comunicación bajo este enfoque tendríamos que negarle el carácter jurídico al descubrir que es injusta en su contenido y aplicación. Esto sería una ingenuidad, pues hay normas que pueden ser válidas (obligatorias y formalmente bien constituidas) sin que estas sean justas.

⁸ “Estos tres criterios de valoración de una norma dan origen a tres clases de problemas, independientes entre sí, en el sentido de que la justicia no depende de la validez ni de la eficacia; la validez no depende ni de la eficacia ni de la justicia, y la eficacia no depende ni de la justicia ni de la validez.” (Bobbio, 2005: p.22)

⁹ Las escuelas citadas son las más predominantes del mundo jurídico a la que se adscriben los juristas más representativos y de las que han emanado nuevas corrientes contemporáneas.

2) En cambio, en el derecho positivo se podría reducir la justicia a la validez si se “...*afirma que una norma es justa por el solo hecho de ser válida*” (Bobbio, 2005: p. 27). Al usar este enfoque tendríamos que presumir la justicia de la Ley de Orgánica de Comunicación por cumplir todos los criterios de validez. La ejemplificación clásica de este absurdo es el Derecho del Régimen Nazi, que de ninguna manera podría ser calificado de justo aun cuando cumpla con todos los criterios de validez jurídica.

3) Y finalmente, en el realismo jurídico se podría reducir la validez a la eficacia si se “*afirma que el derecho real no es el que se encuentra enunciado en una Constitución, en un código, o en un cuerpo de leyes, sino que es aquel que los hombres efectivamente aplican en sus relaciones cotidianas*” (Bobbio, 2005: p. 27) Este enfoque nos llevaría a pensar que las prácticas comunes, incluso las delincuenciales, deberían considerarse Derecho válido, sin observar que toda costumbre para tener validez jurídica necesita de una norma que se remita a ella o al menos que se contemple un medio formal reglamentado para darle validez jurídica. De lo contrario estaríamos hablando de actos simplemente eficaces pero carentes de validez.

Sobre este último punto cabe hacer una precisión: no es lo mismo la condición de validez en una norma jurídica que la condición de validez en el ordenamiento jurídico. Una norma puede ser ineficaz y válida a la vez porque pertenece al ordenamiento jurídico cuya eficacia es reforzada; es decir, que aunque no sea eficaz por el hecho de que su incumplimiento no conlleve una sanción es una norma válida por cuanto su origen se remonta al mismo del ordenamiento jurídico en el cual se usa la fuerza como medio para hacer cumplir otras normas. Es condición necesaria que un ordenamiento normativo use la coerción para poder llamarse jurídico. (Bobbio, 2005);

De esta manera concluimos que el método del positivismo metodológico de Bobbio es apto para el análisis que nos proponemos a continuación porque aborda la problemática desde el enfoque completo de validez, justicia y eficacia y porque trata estas dimensiones de manera independiente y práctica a fin de evitar los equívocos arriba expuestos. Así nos garantizamos un estudio de la Ley Orgánica de Comunicación amplio, claro y concreto.

CAPÍTULO I

1. VALIDEZ JURÍDICA DE LA LEY ORGÁNICA DE COMUNICACIÓN

Antes de entrar en el análisis correspondiente a esta primera sección, es importante que nos detengamos un momento para enmarcarnos en lo que entendemos por ‘validez jurídica’. La claridad del concepto de validez es de suma importancia ya que con esto podremos saber cuándo una norma tiene naturaleza jurídica para diferenciarla de otro tipo de normas como las religiosas, las morales o las sociales.

La primera cuestión que tomaremos en cuenta para tener claridad sobre cuándo una norma jurídica es válida es que “La pertenencia de una norma a un ordenamiento es lo que se denomina validez” (Bobbio, 2005: p. 169). Es evidente que este enunciado hace referencia a todas las normas y a todos los ordenamientos sin distinción, verbigracia: una norma es religiosa cuando pertenece a un ordenamiento religioso, una norma es moral cuando pertenece a un ordenamiento moral y una norma es jurídica cuando pertenece a un ordenamiento jurídico.

Pero el problema no es tan simple como parece y, por el contrario, planteado someramente como está, deja más interrogantes que certezas. Por eso, para poder manejar el concepto de ‘validez’, es preciso que se haga un breve recorrido en conceptos esenciales para este estudio.

Por tanto, analizaremos a continuación lo que significa ‘norma’ y ‘ordenamiento’ en general, para después profundizar en las cualidades diferenciadoras que le dan carácter jurídico a estos dos conceptos. Una vez distinguido lo que es una norma y un ordenamiento jurídico nos será más fácil comprender qué es eso de la ‘pertenencia de una norma a un ordenamiento’ como sinónimo de validez.

1.0.1. Definición de norma y ordenamiento en general

Una norma, en el sentido general del término, es una “Regla que se debe seguir o a que se deben ajustar las conductas, tareas, actividades, etc.” (Real Academia Española, 2014). Podemos también incluir el concepto de Guillermo Cabanellas de Torres (2010) cuando define una norma como una “Regla de Conducta” (p. 269). Norberto Bobbio (2005) caracteriza a las normas como ‘proposiciones prescriptivas’ (p.39-66) entendiendo ‘proposiciones’ como “un conjunto de palabras que tienen significado entre sí” (p.42) y

‘prescriptivas’ como la función de “...influir en el comportamiento ajeno para modificarlo” (p. 44): sintetizando, podemos decir que para Bobbio las normas ‘son un conjunto de palabras con la función de influir en el comportamiento ajeno para modificarlo’. Con estas tres definiciones hemos podido despejar la función general que tiene toda norma que consiste en ‘cambiar’ o ‘influir’ en el comportamiento de las personas.

Resuelta la primera cuestión, ahora corresponde conocer lo que entendemos por ‘ordenamiento’. Un ordenamiento es, de manera simple, un “conjunto de normas organizadas de forma sistemática que componen unidad”¹⁰ (Bobbio, 2005) Así podemos encontrar ordenamientos de tipo moral, religioso, jurídicos, sociales entre otros. Del análisis de este concepto podemos sacar los siguientes tres elementos:

El primero consiste en que los ordenamientos son un conjunto de normas y Bobbio (2015) rechaza la idea de que puedan existir ordenamientos con una sola norma (siempre hay al menos dos) y presenta solo tres posibilidades de concebir un ordenamiento compuesto por una sola norma: “Todo está permitido”, “todo está prohibido” y “todo está ordenado”, comprobando en cada caso la imposibilidad de su aplicación y exigibilidad en la realidad. (p. 150)

Además, como segundo elemento, tenemos claro que los ordenamientos se componen en organización sistemática. Por ‘conjunto de normas’ no debe entenderse como una agrupación arbitraria y sin sentido de prescripciones. Estas normas están organizadas para componer un sistema, es decir, que las normas que componen el ordenamiento deben tener coherencia entre sí.

Y el tercer elemento es el de ‘composición de unidad’. No se puede hablar de ordenamiento si este no constituye unidad entre sus partes. Determinar la unidad de los ordenamientos simples (que tiene una sola fuente) es muy fácil. Se torna un desafío mayor determinar la unidad de los ordenamientos complejos, como el jurídico que se originan en varias fuentes. Para hacerlo, Bobbio (2005) acoge el criterio de la elaboración gradual del ordenamiento jurídico de Kelsen (p.161). La esencia de esta teoría se explica así: “...las normas de un ordenamiento no se encuentran todas en el mismo plano, pues hay normas superiores y normas inferiores. Las normas inferiores dependen de las superiores.” (p. 161 -162) Lo descrito es lo que, de manera común se conoce como ‘Pirámide de Kelsen’.

¹⁰ Esta definición la hemos deducido de la segunda parte de la Teoría General del Derecho de Norberto Bobbio que trata sobre la Teoría del Ordenamiento Jurídico.

El ejercicio para saber si una norma se compone en unidad consiste en recorrer desde las normas inferiores hasta aquellas que están en un plano jerárquico mayor y se llegará por fin a una norma que no depende de ninguna otra y que le da unidad a todo el ordenamiento. A esta norma se la conoce como Norma Fundamental y será explicada más adelante.

1.0.2. Definición de norma y ordenamiento jurídico: la Norma Fundamental

Ahora que tenemos claro lo que es una ‘norma’ y un ‘ordenamiento’ en el sentido general, contamos con los elementos suficientes para el siguiente nivel de nuestra búsqueda que es el determinar cuándo una norma es jurídica.

Hemos visto que una norma es una proposición prescriptiva; es decir un conjunto de palabras que buscan influir en la conducta de alguien para modificarla. Esta definición general es aplicable tanto a las normas morales, sociales y jurídicas. ¿Qué es lo que les diferencia entre sí? En definitiva ¿Qué es lo que hace que una norma sea jurídica?

Para poder responder a esta pregunta se han planteado criterios de diversos tipos, que no tienen jerarquía y que no son excluyentes. Sino que se pueden aplicar según el caso y la necesidad. Los enunciamos:

Criterio formal: que se enfocan en intentar caracterizar a la norma jurídica desde su composición gramatical. La crítica a este criterio es que la composición que se trata de atribuir a la norma jurídica no es de su exclusividad ya que hay normas de tipo moral que también se pueden enunciar con la misma fórmula. (Bobbio, 2005: p. 100)

Criterio del contenido de la norma: que trata de caracterizar a la norma jurídica por regular relaciones intersubjetivas; es decir por su contenido bilateral: esto quiere decir que una norma establece un derecho para un sujeto y un deber para otro. La objeción a este criterio radica en que, si bien puede servir para diferenciar a la norma jurídica de la moral¹¹, no sirve para diferenciarla de normas sociales cuyo contenido también corresponde a las relaciones intersubjetivas (Bobbio, 2005: p. 100-101).

Criterio de los fines de la norma: concluye que una norma es jurídica mientras su fin sea el de procurar la conservación de la sociedad; el problema de este criterio radica en que lo que sirve para conservar una sociedad no servirá para otra, por lo cual no es criterio unívoco. (Bobbio, 2005: p. 101).

¹¹ La moral es unilateral pues es exigible y sancionada por la misma persona.

Criterio del sujeto que dicta la norma: afirma que una norma es jurídica, independientemente de su forma, contenido o su fin, si ha sido impuesta por quien posea el poder soberano sin importar lo que este ordene ya que una norma siempre es una expresión de poder. El problema con este criterio es la falta de observancia de la justicia lo que nos lleva al siguiente criterio. (Bobbio, 2005: p. 102).

Criterio de justicia: que afirma que una norma es jurídica mientras sea justa; el problema con este criterio es que no hay un acuerdo sobre qué es “justicia” y la relatividad del término más allá de generar orden, trae más cuestionamientos. (Bobbio, 2005: p.103)

Criterio de acogimiento por parte del destinatario: Este criterio diferencia las normas morales, de las sociales y de las jurídicas en cuanto afirma que una norma moral es obedecida por sí misma y una norma jurídica es obedecida por el criterio del cumplimiento del deber, es decir como una adhesión exterior (criterio kantiano); también afirma que una norma es jurídica cuando una persona está convencida de su obligatoriedad, como si fuera un estado de necesidad, y es no jurídica, como la sociales cuando se puede elegir libremente si se cumple o no (criterio de Haesaert). La objeción a este criterio está en que las normas jurídicas son intermedias entre las normas sociales y las morales y se produce el siguiente efecto: Si digo, como Kant, que una norma es jurídica por ser de adhesión exterior, caigo en la trampa de que las reglas sociales también son de adhesión exterior. Si digo, en cambio como Haersaert que una norma es jurídica porque la persona está convencida de su obligatoriedad, en cambio caigo en la trampa de que las reglas morales también conllevan el mismo convencimiento. (Bobbio, 2005: 103-104)

La respuesta a la violación: Este criterio planteado por Bobbio parte del presupuesto de que una norma prescribe lo que ‘debe ser’ y esto no necesariamente corresponde con lo que ‘es’. La naturaleza de toda prescripción es que debe ser violada. A esta violación se le conoce como ilícito. De este punto se puede partir para diferenciar las leyes científicas y las normas. Tanto la ley científica como la norma parten de la relación de la condición y la consecuencia. Si no se verifica la consecuencia de la ley científica, esta deja de ser ley. Mientras que si no se verifica la consecuencia de la norma esta no deja de ser norma.

Aquel enunciado que dice “Nada puede viajar más rápido que la luz” será verdad, y una ley científica, hasta que el hombre invente un mecanismo para violentar esta ley o descubra que en el universo viaja algo más rápido que luz. En el momento en que lo haga, esa ley dejará de serlo y se formulará una nueva ley sobre lo que viaja más rápido en el universo.

En cambio si alguien contraviene una norma que prohíba quitar la vida, habrá como consecuencia una acción que trate de proteger la norma eliminando la conducta transgresora. Esta acción se conoce como ‘sanción’.

Desde luego, si ahora hemos comprendido la diferencia entre una norma y una ley científica todavía no nos queda clara la diferencia de una norma jurídica de una moral y una social. Esta diferencia se encuentra en la respuesta a la violación de cada una de estas normas.

Si se viola una norma moral, la consecuencia será interna manifestada en el sentimiento de culpa. La culpa será la sanción encargada de castigar internamente al sujeto. La consecuencia de violentar una norma jurídica en cambio es externa ya que la sanción es ejecutada por un ente independiente del sujeto transgresor.

Ahora bien, las sanciones sociales también son externas. Van desde la simple reprobación y el aislamiento del individuo reprochable, hasta la expulsión y el linchamiento. Las aplicaciones de estas sanciones dependen de los ánimos de la comunidad de manera que se puede aplicar una misma sanción a dos hechos de distinta gravedad o diferente grado de sanción a un mismo hecho.

Es aquí donde podemos encontrar la distinción definitiva entre una norma social y una jurídica. La sanción jurídica está institucionalizada; esto significa que está “...regulada en general con las mismas formas y por medio de las mismas fuentes de producción de las reglas primarias.” (Bobbio, 2005: p 110-111)

Luego de caminar todo este pasaje por los criterios que caracterizan a la norma, por fin podemos definir a la norma jurídica como “normas cuya violación tiene como consecuencia una respuesta externa e institucionalizada” (Bobbio, 2005: p.111) Es externa por cuanto es ejecutada en el mundo exterior y por un individuo distinto al que infringe, y de este modo se distingue de la moral; y es institucionalizada en cuanto se establece con claridad las conductas y las sanciones que acarrearán el ilícito y así se diferencia de las normas sociales pues estas no tienen sanciones institucionalizadas pues dependen de lo que delibere el grupo social para el caso en concreto según sus ánimos.

En este punto nos preguntaremos ¿Qué sucede con las normas jurídicas cuyo cumplimiento no está garantizado por una sanción? ¿Dejan de ser jurídicas? Basta con echar una mirada simple a cualquier código legal para darnos cuenta de que hay normas que no contienen sanciones y no por ello dejan de ser jurídicas. ¿Por qué sucede esto?

Al introducir el término ‘institucionalizado’ como cualidad de la sanción jurídica evocamos, de manera indirecta, que existe una organización detrás. Las organizaciones, sean simples o complejas están compuestas por más de una norma. Como ya sabemos, el conjunto de normas es un ordenamiento normativo. De esto podemos deducir que la sanción institucionalizada que garantiza el cumplimiento de las normas no se origina en la misma norma sino que es atributo que recibe del ordenamiento al que pertenece. Al respecto Bobbio (2005) dice: “Definir el derecho mediante la noción de sanción organizada significa buscar el carácter distintivo del derecho, no en un elemento de la norma, sino en un conjunto orgánico de normas” (p.147)

Por este motivo, es normal que nos encontremos con normas que pese a ser válidas no sean eficaces o no contenga sanciones. Pero estas normas son parte de un ordenamiento que si contempla sanciones para otro tipo de normas y que puede reivindicar su potestad mediante el uso de la fuerza. De hecho los ordenamientos jurídicos no podría serlo si no tuvieran capacidad coercitiva. En el plano normativo no importa si una norma no es eficaz para que sea válida, pero en el plano del ordenamiento jurídico la validez del mismo equivale a su eficacia.

¿Cómo nacen los ordenamientos jurídicos? ¿Qué les reviste de la potestad coercitiva que les caracteriza? En otras palabras, ¿Qué les da la potestad de sancionar? ¿Por qué obedecemos lo que es jurídico?

Los ordenamientos jurídicos se originan en el ‘poder soberano’. El poder soberano es, como dice Bobbio (2005), “Un poder sobre el cual no hay, en un determinado grupo social, ningún poder superior” (p.145) Este poder también es conocido como el ‘poder constituyente’ que “ejerce la potestad de crear una Constitución, además de cambiarla o de reformar su texto. La Constitución es, por tanto, producto del poder constituyente” (Oyarte, 2014: p. 73).

El poder constituyente, aunque es anterior al ordenamiento jurídico no supone un poder caótico sino, por el contrario este poder constituyente nos lleva a descubrir a La Norma Fundamental. Bobbio (2005) lo planteó de esta manera: “Determinado el poder constituyente como poder último, debemos presuponer, por tanto, una norma que le atribuye al poder constituyente la facultad de producir normas jurídicas: esta norma es la Norma Fundamental...”¹² (p.168). Este acto de ‘presuponer’, implica que consideramos en nuestra

¹² El subrayado es nuestro.

razón que la ‘Norma Fundamental’ existe sin que podamos encontrarla expresa o escrita en algún texto jurídico¹³.

La Norma Fundamental es un postulado¹⁴ por cuanto no se fundamenta en ninguna otra norma previa (de lo contrario dejaría de ser fundamental). Es la primera norma jurídica de la que deriva todo el poder ordenamiento jurídico. Y como norma jurídica su eficacia reforzada reposa en la fuerza que es capacidad monopólica del poder originario. La Norma Fundamental *no* es la constitución, como se la ha llegado a confundir muchas veces. Más bien, la constitución nace por el poder originario y el poder originario presupone la existencia anterior de la Norma Fundamental.

El poder originario, de manera más concreta, *“Es el conjunto de fuerzas políticas que en determinado momento histórico se imponen e instauran un nuevo ordenamiento jurídico”* (Bobbio, 2005: p. 173). Cuando se habla de la fuerza política capaz de crear un ordenamiento jurídico, encontramos la capacidad coercitiva para poder imponer el ordenamiento jurídico y hacer que se respete. Esta capacidad es lo que se conoce como eficacia reforzada¹⁵. El Derecho por tanto es impuesto por los más fuertes.¹⁶

La Norma Fundamental es atributiva e imperativa, *“...ya que por una parte le atribuye a los ordenamientos constitucionales el poder de producir normas válidas, y de otra, le impone a todas las personas a quienes se dirige la norma constitucional, el deber de obedecerla”*. (Bobbio, 2005: p.168). Si la Norma Fundamental pudiera expresarse de manera escrita estaría enunciada de esta manera: *“El poder constituyente está autorizado para dictar*

¹³ Bobbio (2005) dice al respecto: “El hecho de que esta norma no sea expresa, no significa que no exista, pues a ella nos referimos como el fundamento sobrentendido de la legitimidad de todo el sistema.” (p.169) Más adelante compara a la función de la Norma Fundamental con los postulados científicos. Al respecto dice: “Hemos dicho varias veces que la Norma Fundamental es un presupuesto del ordenamiento, pues ella cumple, en un sistema normativo, la misma función que cumplen los postulados en un sistema científico. Los postulados son proposiciones primarias de las cuales se deducen otras, sin que a su vez sean deducibles. Los postulados se establecen, o por convención o por supuesta evidencia suya. Lo mismo se puede decir de la Norma Fundamental: esta es una convención o, si se quiere, una proposición evidente que se coloca en el vértice del sistema porque con ella se pueden relacionar todas las normas.” (p. 171)

En la filosofía Kantiana se habla de apriorismos o postulados como ideas originarias y necesarias que no requieren demostración: “Una necesidad subjetiva de la razón pura, en su uso especulativo, conduce solamente a hipótesis; en cambio, la de la razón pura práctica, conduce a postulados, porque en el primer caso me elevo de lo derivado, tan alto como quiero, en la serie de los fundamentos y necesito un primer fundamento, no para darle realidad objetiva a ese derivado (por ejemplo, al enlace causal de las cosas y de los cambios del mundo), sino sólo para satisfacer mi razón en su investigación respecto de él” (Kant, 2011: p.169)

¹⁴ “Postulado: Proposición cuya verdad se admite sin pruebas para servir de base en ulteriores razonamientos.” (Real Academia Española, 2014)

¹⁵ La diferencia entre la ‘eficacia’ y ‘eficacia reforzada’ consiste en que la primera es el resultado de la adhesión voluntaria al ordenamiento jurídico. Mientras que la eficacia reforzada es el resultado del uso de la fuerza para obligar a la obediencia del ordenamiento jurídico a todos los que no se adhieren voluntariamente.

¹⁶ “La Norma Fundamental autoriza a quienes tienen el poder para ejercer la fuerza, pero no dice que el uso de la fuerza sea justo, por el solo hecho de provenir del poder originario; constituye una legitimación jurídica y no moral del poder. El derecho es, así, la expresión de los más fuertes y no de los más justos, y será tanto mejor en cuanto los más fuertes sean también los más justos.” (Bobbio, 2005: p. 174)

normas obligatorias para toda la colectividad” (Bobbio, 2005: p.168) o también podría expresarse de esta otra manera: “la colectividad está obligada a obedecer las normas dictadas por el poder constituyente” (Bobbio, 2005: p.168)

Así podemos concluir que una norma jurídica que se caracteriza porque su cumplimiento está garantizado por una sanción externa e institucionalizada, recibe esta atribución sancionatoria del ordenamiento jurídico. Este ordenamiento jurídico a su vez recibe la potestad de sancionar del poder originario. En el poder originario reposa la eficacia de la Norma Fundamental, postulado sin el cual no se podría comprender la validez jurídica de las normas.

1.0.3. Validez de una norma jurídica

Hemos tenido que hacer un recorrido por la norma y el ordenamiento jurídico para llegar al tema que compete a este capítulo: la validez jurídica. Decíamos que se puede definir, de manera general, a la validez como ‘la pertenencia de una norma a un ordenamiento determinado’; por tanto la validez jurídica sería la pertenencia de una norma a un ordenamiento jurídico. Hemos comprobado en el párrafo anterior cómo una norma encuentra su fundamento y fuerza en el ordenamiento jurídico. Este ordenamiento jurídico es el que le da la garantía de su cumplimiento por medio de una sanción institucionalizada.

Si una norma no pertenece a un ordenamiento jurídico no es válida y por tanto carece de existencia¹⁷. La existencia de una norma implica que es imperativa y su observancia es obligatoria para el individuo. Si el individuo la infringe, la validez de la norma exige que los jueces apliquen una sanción para hacer respetar la norma.

Ahora bien, ¿Cuál es el camino para conocer la validez de una norma jurídica? En otras palabras, ¿Cuál es el camino para poder conocer, de manera concreta, la pertenencia de una norma a un ordenamiento jurídico?

Bobbio nos presenta las condiciones para conocer la validez de una norma jurídica: La primera es determinar si la autoridad que la promulgó tenía el poder legítimo para expedir normas jurídicas, la segunda es comprobar si la norma no ha sido derogada y la tercera es comprobar que no sea incompatible con otras normas del sistema. Comprobando si la Ley Orgánica de Comunicación cumple con las condiciones anteriormente mencionadas

¹⁷ “La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia.” (Kelsen, 2008:p. 35)

descubriremos su validez en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Tarea que nos proponemos realizar a continuación.

1.1. Origen de la ley

En esta primera parte que hemos denominado ‘Origen de la Ley’ haremos un ejercicio aplicado a la Ley Orgánica de Comunicación que consistirá en “Determinar si la autoridad que la promulgó tenía *el poder legítimo para expedir normas jurídicas*.” (Bobbio, 2005:p. 21). Este ejercicio nos llevará, por supuesto, a la Norma Fundamental ecuatoriana, que es la que la base de todas las normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Partiremos de la LOC tal cual la conocemos al momento. El fin es conocer si fue promulgada por la autoridad con poder legítimo para hacerlo. Este enunciado encierra dos preguntas: ¿Quién expidió la LOC? y ¿Se expidió en uso de poder legítimo? La primera pregunta es de fácil resolución y de conocimiento general. La LOC fue aprobada por la Asamblea Nacional.

La cuestión que concierne en este momento es la del poder legítimo para hacerlo. ¿Por qué la Asamblea Nacional tiene el poder legítimo para expedir la Ley Orgánica de Comunicación? Una primera respuesta nos sugiere que revisemos la Constitución para establecer la potestad del poder legislativo¹⁸. Revisamos la Constitución porque en ella encontraremos como está organizado el poder: “*La Constitución es un texto solemne a través del cual es organizado el Poder del Estado por medio de sus instituciones políticas y en el que se establece el régimen de garantías de los derechos fundamentales*” (Oyarte, 2014: p.1).

La Constitución de la República, en adelante CRE, atribuye el poder legislativo a la Asamblea Nacional:

“Art. 120.- La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley:

6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.” (CRE, 2008)

¹⁸ Rafael Oyarte, en su obra de derecho Constitucional nos recuerda que el poder legislativo es parte del poder normativo: “Debemos recordar que el poder normativo se divide, principalmente, en potestad reglamentaria y potestad legislativa.” (Oyarte, 2014:p. 75)

Más adelante nos indica también: “La potestad reglamentaria es entregada principalmente al poder ejecutivo, pero no es sólo este poder del Estado quien la ejerce. La potestad legislativa reside en los órganos de la Función Legislativo

Revisar la Constitución, como norma superior a la LOC, es una primera escala hacia la Norma Fundamental ecuatoriana. Cuando buscamos la autoridad con poder legítimo nos forzamos en buscar aquello que es de mayor jerarquía. Esta búsqueda hacia arriba es esencial para determinar la validez de cualquier norma jurídica porque encontraremos el origen del poder al que la norma le debe su eficacia. Al respecto, Rafael Oyarte (2014) citando a Ignacio de Otto nos dice: “Una norma jurídica es válida y eficaz, si proviene de otra norma jurídica de superior jerarquía, emanada de la autoridad estatal” (p. 73)

La Constitución es la norma positiva de la que emana el resto del ordenamiento jurídico y en ella se puede verificar la validez de las otras normas. Esto porque el texto Constitucional está revestido de poder, que es condición necesaria para que cumpla su función. Si no estuviera revestida de poder, el texto Constitucional sería simplemente una declaración sin carácter obligatorio.

El poder con el que se crea o se modifica la Constitución es el poder constituyente. El poder constituyente o poder supremo “Es el conjunto de fuerzas políticas que en determinado momento histórico se imponen e instauran un nuevo ordenamiento jurídico.” (Bobbio, 2005: p. 173). Es supremo pues “...dentro de los poderes públicos que emanan del pueblo es el poder constituyente el superior de todos, el que determina a los demás, el que es respecto de ellos el poder supremo.” (Oyarte, 2014: p. 111)

Nuestra Constitución vigente fue elaborada por la Asamblea Constituyente de Montecristi. Éste órgano especial fue instalado luego del pronunciamiento favorable de la Consulta Popular convocada por el Presidente Rafael Correa¹⁹.

Rafael Oyarte en su texto de ‘Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado’ se pregunta si la mencionada Asamblea Constituyente del 2008 ejercía el poder constituyente, a lo cual, expresamente responde “...tuvimos una Asamblea Constituyente que, sin ejercer el poder constituyente, pues no tenía el poder de aprobar una Constitución, se extralimitó no solo al ejercer poderes ordinarios, sino, lamentablemente al sobrepasar derechos fundamentales” (Oyarte, 2014: p. 182)

Para Oyarte, que hace una implacable referencia a varios Constitucionalistas, el poder constituyente propiamente dicho, debe limitar su ejercicio a establecer la Constitución. “Los

¹⁹ Rafael Oyarte lo resume de la siguiente manera: “Posesionado en la Jefatura del Estado, el segundo decreto que emite el presidente Rafael Correa fue el de convocatoria a consulta popular para que la ciudadanía se pronuncie sobre la instalación de una asamblea nacional constituyente “con plenos poderes”, para lo cual se adjuntaba un estatuto de elección y funcionamiento del órgano extraordinario.” (Oyarte, 2014:p. 173-174)

límites del ejercicio del poder constituyente originario distan de ser poco importantes, y consisten en establecer una constitución o reformarla...” (Oyarte, 2014: p.108)

Se entendería que bajo este enunciado que la Asamblea Constituyente de Montecristi, para cumplir con lo que en principio la vuelve tal, no tenía la necesidad de recurrir al pueblo soberano, mediante consulta popular, para aprobar el texto constitucional sino que podía imponerlo sin más, ya que el ejercicio del poder constituyente, en este caso, originario de simple organización²⁰, implica que el soberano ya ha otorgado el poder para que el órgano especial establezca la nueva Constitución.

Como detalle adicional, Oyarte también señala que la Asamblea de Montecristi sobrepasó sus funciones de establecer una nueva constitución, en el momento en el que incurrió a ejercer poderes ordinarios²¹:

“...la tendencia a la extralimitación de poderes de la asamblea se producía con una interpretación extensiva de los “plenos poderes”, como en efecto ocurrió con el Mandato Constituyente No. 1, en el que la Asamblea asumía plenos poderes (Art.1) y se facultaba sí misma para dictar mandatos constituyentes y leyes (Arts. 2 y 4) e indicaba que sus decisiones eran superiores a cualquier otra norma del orden jurídico, estableciéndolas como inimpugnables, so pena de destitución del juez que tramite cualquier acción en su contra.” (Oyarte, 2014:p. 174)

Para poder dar nuestra opinión sobre la forma de actuar de la Asamblea Constituyente de Montecristi y el manejo que se dio del poder constituyente es necesario que recordemos que, para determinar si la LOC fue promulgada por un órgano de poder legítimo y de esto deducir su validez, recorreríamos un camino hacia la norma fundamental.

Ya dijimos que la norma fundamental, según los criterios de Bobbio no es la Constitución. La Constitución es la primera norma positiva²² para reconocimiento de validez y basta

²⁰ El poder Originario de simple organización se diferencia del poder originario fundacional en que ejerciendo el primero se revoluciona un Estado ya constituido mientras que ejerciendo el segundo se funda un nuevo estado. La Asamblea Constituyente de Montecristi no fundó otro estado sino que solo reformó el que ya existía.

²¹ Oyarte describe el hecho de la siguiente manera:

“La Asamblea Constituyente, sobrepasando sus facultades y basándose en los “plenos poderes” destituyó y nombró funcionarios; dio disposiciones en materia de remuneraciones y de indemnizaciones por despido, suspendió elecciones; se destinaron bienes decomisados por la aduana; suspendió concesiones mineras; se prohíbe la tercerización e intermediación laboral; estableció la portabilidad numérica; ratificó una incautación de bienes; dispuso pliegos tarifarios por servicios públicos; estableció como política de estado el diseño de un programa: creó una corporación; y, dispuso la cancelación de obligaciones. Tiempo valioso que se debió emplear para discutir el proyecto de Constitución se destinó a variados asuntos, de diversas trascendencia, aunque ajena a la labor de esta clase de órganos”. (Oyarte, 2014:p. 174-175) Todo esto lo hicieron mediante la figura de los famosos ‘Mandatos Constituyentes’.

²² Cuando decimos “positiva” queremos decir que es “expresa”. Que puede ser captada por los sentidos.

cotejar las normas derivadas para saber si hay o no antinomias que den como resultado la expulsión de una norma que le contradiga.

Pero la constitución por sí misma no es de carácter obligatorio a menos de que se presuponga que está revestida de Poder. Si hay un Poder que le antecede a la constitución (el poder constituyente), significa que debe haber una norma que regula ese poder. Esa norma es la norma fundamental que, ya dijimos, actúa como postulado y no es expresa²³.

Si la norma fundamental fuera expresa, según Bobbio (2005) estaría redactada de la siguiente manera: “El poder constituyente está autorizado para dictar normas obligatorias para toda la colectividad” (p. 168), forma atributiva que otorga poder de producir normas válidas. También puede redactarse la norma fundamental de manera imperativa de la siguiente manera: “La colectividad está obligada a obedecer las normas dictadas por el poder constituyente” (p. 168).

Dicho esto podemos concluir que la Asamblea Constituyente se limitó a funcionar como redactora de la Constitución pero no la estableció. El poder constituyente como tal, se trasladó al resultado de la Consulta popular que aprobó el texto constitucional. Es decir, que la Constitución del 2008 es la consecuencia de lo que a juicio de la mayoría²⁴ era correcto. Creemos que el juicio de las mayorías no es garantía de certeza y menos aun cuando su aprobación dependió de una pregunta con una respuesta simple²⁵.

Es claro que se usó como excusa la Asamblea Constituyente para hacer uso del poder constituyente de forma extralimitada. El juicio que podemos hacer sobre si esto es correcto o no, o de manera más específica, si esto es justo o no, cae en el campo de lo deontológico, pero respecto de lo que compete a la relación ‘Poder-Derecho’ se hace patente que las normas dictadas por ese poder en el 2007-2008 (incluidos los extraños mandatos constituyentes) fueron y son eficaces en su totalidad.

La Constitución actual, independientemente de su corrección política o jurídica, fue el resultado del poder originario imperante. Y por tanto la Ley Orgánica de Comunicación es

²³ “Determinado el poder Constituyente como poder último, debemos presuponer, por tanto, una norma que le atribuye al poder constituyente la facultad de producir normas jurídicas: esta norma es la norma fundamental” (Bobbio, 2005:p. 168)

²⁴ Oyarte citando a Tobar Rivadeneira y a Rousseau dice lo siguiente: “...La voluntad general es un mito, pues en verdad es la voluntad de la mayoría, y ésta es esporádica y además “incapaz de resolver los asuntos públicos; no es infalible –como sostenía Rousseau--, pues el “número no es signo de acierto”; dicha voluntad popular pone en peligro la libertad y derechos individuales, y es impracticable por las mismas desventajas que plantea la democracia directa” (Oyarte, 2014: p. 110)

²⁵ “En este mismo sentido, para Tocqueville la democracia contiene el peligro de la tiranía de la mayoría, que puede determinar en un despotismo en el cual se podría llegar a la negación de la libertad.” (Oyarte, 2014: p. 113)

válida bajo el criterio de que fue promulgada por un órgano competente según la Constitución revestida de aquel poder originario independientemente de las formas.

Si ese poder originario fue usado de manera indebida y aun así ha generado normas válidas por eficaces, sólo confirma que el criterio de justicia es un problema distinto del criterio de validez normativo, aunque es intrínsecamente indispensable al hacer el análisis global. Bobbio describe el fenómeno de la siguiente manera:

“La Norma Fundamental autoriza a quienes tienen el poder para ejercer la fuerza, pero no dice que el uso de la fuerza sea justo, por el solo hecho de provenir del poder originario; constituye una legitimación jurídica y no moral del poder. El derecho es, así, la expresión de los más fuertes y no de los más justos, y será tanto mejor en cuanto los más fuertes sean también los más justos.” (Bobbio, 2005: p. 174)

Las normas redactadas y expedidas (tanto la Constitución como los Mandatos Constitucionales), independientemente de su pertinencia o justicia han sido eficaces tanto por la fuerza que le es autorizada a quien disponía del poder como por la adhesión voluntaria de los ecuatorianos que obedecemos lo que dispuso esta fuerza²⁶.

La Constitución que impusieron ordenó los poderes del estado y en base a este orden se creó la Ley Orgánica de Comunicación. Se verifica entonces el poder legítimo con la que la autoridad la promulgó.

1.2. Vigencia de la ley

Ya comprobado que la LOC ha sido aprobada por la Asamblea Nacional, además de ser sancionada por el Presidente y promulgada en el Registro oficial, órgano con la potestad legislativa para hacerlo es momento de pasar a la segunda verificación propuesta.

Esta consiste en “Comprobar si no ha sido derogada, comoquiera que una norma puede haber sido válida, en el sentido de haber sido promulgada por un poder autorizado para hacerlo, pero esto no quiere decir que lo sea todavía, lo que sucede cuando una norma posterior en el tiempo la ha derogado expresamente o ha regulado la misma materia.” (Bobbio, 2005: p.21)

En otras palabras buscamos si la LOC se encuentra vigente, es decir, que esté “En vigor y observancia” (Cabanellas de las Cuevas, 2010: 408). No basta que una norma haya sido

²⁶ De hecho la fuerza física y la adhesión voluntaria atribuyen poder a las fuerzas políticas. A veces los ordenamientos jurídicos nacen de revoluciones armadas que se imponen contra el poder instituido y establecen uno nuevo. Otras veces basta con consultarle a la mayoría para que se reforme el ordenamiento jurídico tal como sucedió en la Constitución del 2008.

promulgada por una autoridad competente sino que, además, es necesario que otra norma no le haya quitado su ámbito de validez o que otro acto jurídico le haya relevado en su función normativa. “Se distinguen cuatro ámbitos de validez de una norma: temporal, espacial, personal y material.” (Bobbio, 2005: p. 188).

A continuación nos proponemos entonces a verificar cada ámbito de validez en la LOC y comprobar si esta se encuentra o no vigente:

Validez temporal: Mediante la validez temporal de la LOC podremos verificar si la ley es aplicable en razón del tiempo. Hay actos jurídicos que tienen un plazo establecido, por ejemplo, el plazo de vigencia de un contrato. También podemos encontrar, en el caso del Estado de Excepción que se tiene como precepto el principio de temporalidad y se exige que se determine el tiempo de duración del estado de excepción²⁷. Esto quiere decir que pasado del tiempo que el propio decreto de estado de excepción determina, este se extinguirá por perder validez temporal.

Ahora, en el caso preciso de la leyes orgánicas “...se debe recordar que esta norma jurídica nace con la promulgación y publicación y deja de existir con la derogación” (Salgado Pesantes, 2010: p. 144)

Eso significa que desde el momento en el que se publica en el Registro oficial se vuelve indefinida en el tiempo hasta que sea derogada. Nuestro Código Civil, en adelante CC, explica cuando una ley se deroga:

“Art. 37.- La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita.

Es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial.” (CC, 2005)

²⁷ Art. 164.- La Presidenta o Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. La declaración del estado de excepción no interrumpirá las actividades de las funciones del Estado.

El estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. El decreto que establezca el estado de excepción contendrá la determinación de la causal y su motivación, ámbito territorial de aplicación, el periodo de duración, las medidas que deberán aplicarse, los derechos que podrán suspenderse o limitarse y las notificaciones que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales. (CRE, 2008)

La derogación expresa puede darse por normas o decisiones posteriores en el tiempo que tengan validez jurídica, por ejemplo las decisiones de la Corte Constitucional²⁸, por decisión de la Asamblea Nacional²⁹ o por la creación de una ley posterior que en sus disposiciones derogatorias exprese que una determinada norma queda derogada.

Y la derogación tácita se da cuando una nueva norma de la misma materia y del mismo grado jerárquico contradiga la norma más antigua, siempre y cuando esta norma no sea inconstitucional.

Mucho se ha hablado de la necesidad de la derogación de la LOC, pero al momento la Asamblea Nacional no ha derogado la Ley, dado que la fuerza política que la ha impulsado sigue teniendo mayoría en el pleno.

Por otro lado, tampoco se ha verificado que las acciones de inconstitucionalidad planteadas en contra de la LOC hayan prosperado para llevarla a su derogación. La resolución de la Corte Constitucional hizo derogaciones parciales, las cuales serán tratadas en el siguiente título cuando analicemos la incompatibilidad de la LOC con el ordenamiento jurídico. Estas, derogaciones, sin embargo, no son relevantes para quitarle validez temporal a la LOC.

Validez espacial: Cuando hablamos de validez espacial entramos al campo del principio de territorialidad. Recordemos que los Estados son territorios en los que radica un poder soberano. Este poder se ejerce dentro de los límites del territorio sobre el que tiene hegemonía un Estado. “En otras palabras, el ordenamiento jurídico o derecho objetivo debe regir dentro de las fronteras de un Estado, en este espacio territorial surte sus efectos y tiene obligatoriedad” (Salgado Pesantes, 2010: p. 152)

La LOC se aplica para todo el país hasta que exista una nueva norma o decisión legislativa que le quite vigencia en el Ecuador.

²⁸ Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.” (CRE, 2008)

²⁹ El cuarto inciso del art. 53 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, en adelante LOFJ, dice:

“La expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio de las leyes orgánicas requerirán mayoría absoluta de las y los miembros de la Asamblea Nacional.” (LOFJ, 2009)

Validez personal: La validez personal nos indica las personas a las que va dirigida la LOC. En este caso podemos remitirnos a la propia ley para entender a quienes va dirigida la norma en razón de la persona:

“Art. 2.- Titularidad y exigibilidad de los derechos.- Son titulares de los derechos establecidos en esta Ley, individual o colectivamente, todas las personas ecuatorianas y extranjeras que se encuentren en el territorio nacional, sin importar su cargo o función en la gestión pública o la actividad privada, así como los nacionales que residen en el exterior en los términos y alcances en que sea aplicable la jurisdicción ecuatoriana.” (LOC, 2013)

La LOC es aplicable, como se puede ver, tanto para personas ecuatorianas como para extranjeras que se encuentren en el Ecuador. Este artículo, sin embargo fue modificado por la Resolución de la Corte Constitucional No. 3, publicada en Registro oficial Suplemento 346 de 2 de Octubre del 2014³⁰. Antes en lugar de decir “personas ecuatorianas y extranjeras que se encuentren en el territorio nacional”, decía “personas ecuatorianas y extranjeras que residen de manera regular en el territorio nacional”. La Corte Constitucional consideró que ésta última expresión contradecía el art. 9 de la Constitución que concede igualdad en la titularidad de derechos a las personas extranjeras³¹.

Validez material: Nos referimos a la validez material cuando tratamos el contenido de la norma. Las leyes en el Ecuador siempre tratan una materia única, pues es exigencia Constitucional y legal que los proyectos de ley se presenten tratando una sola materia³².

Podemos verificar la materia de la LOC en su primer artículo que ordena lo siguiente:

“Art. 1.- Objeto y ámbito.- Esta ley tiene por objeto desarrollar, proteger y regular, en el ámbito administrativo, el ejercicio de los derechos a la comunicación establecidos constitucionalmente.” (LOC, 2013)

³⁰ Antes de esto la norma estaba redactada de la siguiente manera:

“Art. 2.- Titularidad y exigibilidad de los derechos.- Son titulares de los derechos establecidos en esta Ley, individual o colectivamente, todas las personas ecuatorianas y extranjeras que residen de manera regular en el territorio nacional, sin importar su cargo o función en la gestión pública o la actividad privada, así como los nacionales que residen en el exterior en los términos y alcances en que sea aplicable la jurisdicción ecuatoriana.” (LOC, 2013)

³¹ “Art. 9.- Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución.” (CRE, 2008)

³² “Art. 136.- Los proyectos de ley deberán referirse a una sola materia y serán presentados a la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional con la suficiente exposición de motivos, el articulado que se proponga y la expresión clara de los artículos que con la nueva ley se derogarían o se reformarían. Si el proyecto no reúne estos requisitos no se tramitará.” (CRE, 2008)

Los derechos a la comunicación que hace referencia esta norma se consagran en el artículo 16 de la Constitución que dispone lo siguiente:

“Art. 16.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

1. Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos.
2. El acceso universal a las tecnologías de información y comunicación.
3. La creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas.
4. El acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad.
5. Integrar los espacios de participación previstos en la Constitución en el campo de la comunicación.” (CRE, 2008)

La LOC mantiene su vigencia material pues no se ha creado una norma posterior que regule los mismos contenidos y que en consecuencia la derogue expresa o implícitamente. En conclusión, la LOC conserva su vigencia en los ámbitos material, personal, territorial y temporal al momento de realizar esta investigación. Por tanto, la LOC se encuentra en plena vigencia. Siendo esta la última norma cuya promulgación trajo como consecuencia la derogación de otras normas con las que su contenido era incompatible o por motivo de que al tratarse la LOC de una ley especial por su materia, derogó artículos que trataban la misma materia dispersa en varios cuerpos normativos³³.

³³En la LOC podemos encontrar las normas que se derogaron con su entrada en vigor:

“DISPOSICIONES DEROGATORIAS

PRIMERA.- Deróguense las siguientes disposiciones de la Ley de Radiodifusión y Televisión:

El artículo 5;

Los artículos primero, segundo, tercero y cuarto innumerados, añadidos a continuación del artículo 5;

Los literales f), g), h) e i) del quinto artículo innumerado, añadido a continuación del artículo 5;

Los literales b) y c) del sexto artículo innumerado, añadido a continuación del Art. 5;

Los artículos 6, 7, 8, 9, 10 y el primer artículo innumerado, añadido a continuación del Art. 10;

El último párrafo del Art. 14;

Los artículos 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24;

El segundo párrafo del Art. 27;

Los artículos 35, 39, 40, 41, 43, 43-A, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55;

Los tres últimos párrafos del artículo innumerado, añadido a continuación del artículo 55;

1.3. Compatibilidad con el ordenamiento jurídico

En el primer ejercicio para determinar la validez de la LOC buscamos si fue promulgada por autoridad competente. En el segundo, investigamos sobre la vigencia de la LOC en sus ámbitos temporales, espaciales, materiales y personales. Ahora corresponde:

“Comprobar que no sea incompatible con otras normas del sistema (lo que también se llama derogación implícita), particularmente con una norma jerárquicamente superior (una norma constitucional es superior a una ley ordinaria en una constitución rígida) o con una norma posterior, como quiera que en todo ordenamiento jurídico rige el principio de que dos normas incompatibles no pueden ser válidas a un mismo tiempo (así como en un sistema científico dos proposiciones contradictorias no pueden ser ambas válidas).” (Bobbio, 2005: p. 21)

Con el primer ejercicio en el que buscamos autoridad competente comprobamos si la LOC guarda unidad con el ordenamiento jurídico. Esta unidad se debía a su derivación de la norma fundamental. Ya verificada esa unidad es necesario observar si esa unidad está ordenada para que se conforme un verdadero sistema jurídico. “Entendemos por “sistema, una totalidad ordenada, o sea un conjunto de entes, entre los cuales existe cierto orden.” (Bobbio, 2005: p. 177)

El orden de las partes da como resultado la coherencia del ordenamiento jurídico. “Para poder hablar de orden es necesario que los entes constitutivos no estén tan solo en relación con el todo sino que estén también en relación de coherencia entre sí.” (Bobbio, 2005: p. 177)

No basta, por tanto que las normas tenga un origen común para ser válidas sino que además las normas deben tener funcionalidad entre sí. Para que haya esta funcionalidad las normas no pueden coexistir mientras sean contradictorias o no haya coherencia en el ordenamiento jurídico ya que se volverían enunciados incapaces de ser ejecutados porque uno anularía al otro. En otras palabras, se generaría un sistema completamente disfuncional.

Los artículos 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65 y 66;

Los literales a), b), c), f), g), h) y j) y los párrafos penúltimo y último del Art. 67; y,

Los artículos 68 y 69.

SEGUNDA.- Deróguense la Disposición Transitoria Sexta de la Ley de Propiedad Intelectual, el artículo 16 y 31 de la Ley de Defensa Profesional de Artistas, y todas aquellas disposiciones de igual o menor jerarquía que creen preasignaciones a favor de la Sociedad General de Autores y Compositores -SAYCE- y la Federación Nacional de Artistas Profesionales del Ecuador -FENARPE.” (LOC, 2013)

Si es que por alguna circunstancia dos normas fueran contradictorias una de ellas sería derogada. Aquí cabe hacer una precisión. Derogación significa “Abolición, anulación o revocación de una norma jurídica por otra posterior procedente de autoridad legítima.” (Cabanellas de las Cuevas, 2010: p. 124)

Ya vimos en el título anterior que nuestro código admite dos tipos de derogación, Una expresa y otra tácita³⁴, entendiéndose expresa cuando una ley posterior manifiesta de forma expresa que la ley anterior queda derogada en su totalidad o en parte. Mientras que la derogación tácita es un asunto de incompatibilidad que no se halla declarado expresamente.

Sin embargo, no basta con presumir que una norma ha sido derogada tácitamente, sino que se debe buscar una resolución que aclare y resuelva la pertinencia de la norma en un ordenamiento jurídico. Esto porque son los órganos instituidos en la Constitución los que tienen potestad para expulsar una norma por ser incoherente en relación con la totalidad y con otras normas jurídicas.

En el caso específico de la LOC, al tratarse de una Ley Orgánica que en el orden jerárquico determinado en la Constitución solo tiene por encima a la Constitución y a los Tratados internacionales³⁵

La Constitución porque es la primera norma positiva con la cual toda norma puede cotejar su validez y los Tratados Internacionales³⁶ porque son reconocidos por la Constitución y en aplicación al principio *pacta sunt servanda*. La Constitución prevalece como norma suprema a los tratados internacionales, salvo en el caso de que un tratado internacional contenga derechos más favorables que los consagrados en el texto constitucional se procede de la siguiente manera:

³⁴ “Art. 37.- La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. La derogación de una ley puede ser total o parcial.” (CC, 2005)

³⁵ “Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.” (CRE, 2008)

“Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.”

Este artículo nos ayuda a entender que hay la posibilidad de que los tratados internacionales puedan estar en superioridad jerárquica por contener derechos más favorables. Pero la aplicación de esta norma no puede hacerla un ciudadano común en razón de lo que este considera justo; tampoco pueden hacerlo los jueces, sino que deben consultar a la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional es el órgano encargado de declarar la coherencia de una norma con el ordenamiento jurídico por sus potestades enunciadas en el artículo 436 que enumeramos a continuación de manera ejemplificativa:

“Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias.

Sus decisiones tendrán carácter vinculante.

2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.

(...)” (CRE, 2008)

En virtud de las atribuciones enumeradas, el ciudadano común tiene el derecho de ejercer una acción pública de inconstitucionalidad³⁷ de las normas que le parezcan incompatibles y es la Corte Constitucional el órgano encargado de determinar si tal incompatibilidad existe realmente según lo expresa la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)³⁸.

En efecto, entre el 2013 y el 2014 se presentaron tres acciones públicas por inconstitucionalidad de la LOC ante la Corte Constitucional. Las acciones fueron presentada en este orden: Caso No. 0014-13-IN presentada por Luis Fernando Torres, por sus propios derechos el 28 de Junio del 2013; el Caso No. 0023-13-IN, Diego Rodrigo Cornejo como procurador de varios accionantes, acción que fue aceptada a trámite el 23 de enero del 2014 y se dispuso su acumulación con el caso mencionado arriba; Y caso No. 0028-13-IN que fue presentado el 13 de diciembre del 2013 por varios actores por sus propios derechos, esta también se admitió a trámite el 23 de enero del 2014 y se dispuso igualmente la acumulación.

La Corte Constitucional hizo control formal de la LOC, verificó la unidad de la materia de la LOC, buscó vicios subsanables y ejerció control material según las reglas de la LOGJCC³⁹ Después de todas las consideraciones hechas en aproximadamente 208 páginas de razonamientos jurídicos la Corte Constitucional resolvió lo siguiente:

“III. Decisión

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional expide la siguiente:

Sentencia

1. Negar las demandas de inconstitucionalidad por razones de forma de la LOC (Ley Orgánica de Comunicación)

³⁷ “Art. 98.- Regla general.- La acción pública de inconstitucionalidad podrá ser propuesta por cualquier persona.

La Corte Constitucional conocerá sobre las acciones de inconstitucionalidad respecto de cualquier acto normativo de carácter general y de cualquier acto administrativo con efectos generales, de conformidad con las normas establecidas en el capítulo anterior.” (LOGJCC, 2009)

³⁸ “Art. 113.- Regla general.- La Corte Constitucional ejercerá el control constitucional formal y material sobre las normas legales de origen parlamentario que hayan sido impugnadas a través de una demanda de inconstitucionalidad.” (LOGJCC, 2009)

³⁹ Aplicando el Capítulo VI relativo al Control constitucional de las disposiciones legales de origen parlamentario de la LOGJCC

2. Negar las demandas de inconstitucionalidad por razones de fondo de los artículos: 1, 3, 5, 6, 17, 18, 20, 21, 22, 24, 26, 30, 38, 40, 42, 48, 55, 59, 61, 63, 64, 71, 84, 90 y 96 de la LOC

3. Declarar en el artículo 2 de la LOC, la inconstitucionalidad de la frase

“que residen de manera regular”, sustituyéndose por la frase: “que se encuentren;” por tanto, el artículo permanecerá vigente en el ordenamiento jurídico de la siguiente forma:

“Art. 2: Titularidad y exigibilidad de los derechos.- son titulares de los derechos establecidos en esta Ley, individual o colectivamente, todas las personas ecuatorianas y extranjeras que se encuentren en el territorio nacional, sin importar su cargo o función en la gestión pública o la actividad privada, así como las nacionales que residen en el exterior en los términos y alcances en que sea aplicable la jurisdicción ecuatoriana.”

4. Declarar la inconstitucionalidad aditiva en el artículo 56 numeral 3 de la LOC, debiendo incorporarse la siguiente frase: “respecto de la actividad comunicacional y de conformidad con la ley”, por tanto, el artículo permanecerá vigente en el ordenamiento jurídico con el siguiente texto:

“Requerir a los ciudadanos, instituciones y actores relacionados a la comunicación, información sobre sí mismos, respecto de la actividad comunicacional y de conformidad con la ley, que fuere necesaria para el cumplimiento de sus atribuciones.”

5. Se declara constitucionalidad condicionada del artículo 10 numeral 4 literal i de la LOC, por lo que se deberá interpretar de la siguiente manera.

“El Asumir la responsabilidad de la información y opiniones que se difundan debe entenderse en función de lo establecido en el artículo 20 y 21 de la misma ley, que en su orden contemplan los casos en que los medios de comunicación serán responsables directa o solidariamente por la información que difundan.” (Acción pública de Inconstitucionalidad de la Ley Orgánica de Comunicación, 2014: p. 205-207)

Con esta resolución se corrigió las normas que eran incompatibles con la Constitución y con los tratados internacionales. En relación a la pretensión, apenas se declaró la inconstitucionalidad de 3 artículos, tal como se puede constatar en la resolución. Se negó todo lo que se consideraba como inconstitucionalidad de forma y se negó la inconstitucionalidad de fondo de la mayor parte de los artículos planteados por los accionantes.

La crítica sobre si la resolución de la Corte Constitucional es Justa o no, se vuelve pertinente pero para el capítulo tercero en el que haremos un análisis sobre la justicia y la LOC.

En lo que corresponde al plano ontológico de la LOC, es decir, a lo que 'es' y no a lo que 'debe ser' se puede concluir que esta norma, después de su revisión por la Corte Constitucional no tiene incompatibilidad con el ordenamiento jurídico.

Se aplicaría el principio de legitimidad propuesto por Kelsen en el que se declara que la validez de las normas se encuentra declarado en el mismo ordenamiento jurídico y que estas "Permanecen válidas mientras no son derogadas en la forma que el mismo orden jurídico determine" (Kelsen, 1979:p. 137)

CAPÍTULO II

2. EFICACIA DE LA LEY ORGÁNICA DE COMUNICACIÓN

Habíamos empezado este estudio adoptando los criterios de valoración jurídica que propuso Norberto Bobbio en su ‘Teoría general del Derecho’. En ellos encontramos la pertinencia de valorar las normas jurídicas desde tres dimensiones permanentes en el tiempo y las circunstancias que son las normas, los hechos y los valores.

Estos tres criterios de valoración corresponden a los problemas de validez, eficacia y justicia de manera respectiva. Se aclaró también que los problemas de validez, justicia y eficacia, además de ser independientes, se entrelazan en la composición compleja de lo que llamamos ‘Derecho’.

En el primer capítulo hicimos el análisis de la validez de la LOC que consistió en un examen del plano normativo y en la búsqueda de la armonía de la LOC con el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Ahora pretendemos analizar el ‘problema de la eficacia’ de la LOC en la sociedad ecuatoriana, y para ello, siendo fieles al método que empleamos, nos remitimos a Bobbio para comprender en qué consiste el problema de la eficacia:

“El problema de la *eficacia* de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (los llamados destinatarios de la norma jurídica) y, en el caso de ser violada que se haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto.” (p. 21)

Es pertinente señalar que Bobbio delimita el análisis a la verificación de si se cumple o no una norma excluyendo a las causas de su cumplimiento o incumplimiento⁴⁰.

En este capítulo, para hacer la determinación de la eficacia de la LOC haremos un análisis sobre sus generalidades sociológicas. Analizaremos también cómo se cumple la LOC sus medios sancionatorios y finalmente haremos una exposición de las dificultades de su aplicación.

⁴⁰ Cuando Bobbio (2005) manifiesta que “No es nuestro objetivo investigar cuáles pueden ser las razones para que una norma sea más o menos cumplida.” (p.22), no significa que la valoración de la eficacia se limita a eso. De hecho se puede hacer estudios pertinentes de todo el proceso fenomenológico de la LOC, pero para efectos de la valoración basta con señalar sobre si la LOC se cumple o no.

Antes de todo esto, revisemos, en breve, conceptos básicos que nos ayuden a comprender de mejor forma la eficacia y la dimensión fáctica sobre las que trabajaremos:

2.0.1. Eficacia: coercibilidad y adhesión espontánea

Definido en qué consiste el problema de la eficacia es necesario aclarar que por ‘eficacia’ entendemos a “La capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera” (Real Academia Española, 2014). En principio el derecho pretende generar efectos en la sociedad para modificarla.

Ya insinuamos que tan grandes es la importancia de la eficacia que si el derecho careciera de ella no podría llamarse ‘Derecho’ y sería un conjunto de enunciados con ánimos de influir en la conducta humana, sin respuesta externa e institucionalizada, como lo es la moral⁴¹.

Los ordenamientos jurídicos están hechos para ser obedecidos. Y en el caso de que no se obedezcan espontáneamente el Derecho usará medios coercitivos para penar la desobediencia y obligar al cumplimiento de la norma. Si los ordenamientos jurídicos carecieran de su carácter de obligatoriedad sencillamente perderían la cualidad por la cual se distinguen de otro tipo de ordenamientos.

Como la eficacia se vuelve una cualidad sin la cual el Derecho puede existir, pareciera que eficacia y validez se fusionan de manera indivisible al punto en el que pudiéramos decir que la validez equivale a la eficacia.

Sin embargo, ya analizamos en los aspectos preliminares de este estudio que puede haber normas válidas que no son eficaces como esas que siendo parte del ordenamiento jurídico por emanar de órganos competentes no se cumplen o, por el contrario, normas eficaces que no son jurídicamente válidas como las normas de cortesía que aunque las repetimos constantemente no se convierten en derecho aunque sean una costumbre.

Lo único que si cabe recalcar es que el problema de la independencia entre eficacia y validez se vuelve notorio cuando hacemos el análisis de las normas en concreto, como es este caso. Pero se debe entender que las normas jurídicas aunque no sean eficaces mantienen su carácter de jurídico en cuanto pertenecen a un ordenamiento de éste tipo. Bobbio (2005) resolvió el dilema de la siguiente manera:

⁴¹ Con esto no queremos decir que los ordenamientos morales no son eficaces. Por el contrario creemos que son tan eficaces que no requieren del uso de la fuerza, en la mayoría de los casos, para que las personas de un grupo social lo cumplan.

“(…) cuando se habla de una sanción organizada como elemento constitutivo del derecho, se hace referencia, no a la norma individual, sino al ordenamiento normativo tomado en su conjunto, razón por la cual decir que la sanción organizada distingue del ordenamiento jurídico de todo otro tipo de ordenamiento, no implica que todas las normas del sistema sean sancionadas, sino solamente que lo sean la mayor parte de ellas” (p. 116)

La sanción organizada, característica de los ordenamientos jurídicos, no necesariamente se hace presente en todas las normas que le componen y además, no todas las normas son obedecidas por sanción institucional porque la eficacia en el Derecho se manifiesta en dos maneras: la coercibilidad y la adhesión espontánea.

a. La coercibilidad: El profesor Hernán Salgado (2010), citando al filósofo italiano Giorgio Del Vecchio, define la ‘coercibilidad’ como “(…) la posibilidad jurídica de la coacción” (p. 45). Y más adelante añade que la coacción es “(…) la acción que se ejerce contra quienes violan las normas para constreñirles a obrar como éstas disponen.”⁴² (p.45)

La coercibilidad se materializa de manera concreta en la ‘sanción’ que es “La acción que se cumple sobre la conducta no conforme⁴³ para anularla o, por lo menos, para eliminar sus consecuencias dañosas (…)” (Bobbio, 2005: p. 105) De manera más sencilla, la sanción es “la respuesta a la violación” (Bobbio, 2005:p. 105).

El uso de la fuerza –o sanción– para hacer cumplir el derecho o para restituir el derecho violentado es lo que se conoce como *eficacia reforzada*.

b. La adhesión espontánea: El Derecho no es eficaz únicamente por las sanciones institucionalizadas. El actuar ‘conforme a ley’ es una idea aceptada por los individuos que viven en la sociedad porque consideran que esto garantiza de mejor manera la convivencia ordenada y pacífica. Por tanto, no es necesario que todos los individuos sean castigados para que el Derecho sea efectivo porque:

“(…) un ordenamiento jurídico cuenta, primero que todo, con la adhesión espontánea a sus reglas, o sea con la obediencia dada no por el temor de la consecuencia desagradable de una eventual violación, sino por consenso, por convicción o por mero hábito, de todos

⁴² En este sentido la coercibilidad difiere de la coacción porque la primera es facultad para usar la segunda: La coercibilidad es cualidad permanente independientemente de que haya violaciones y por tanto sanciones, mientras que la coacción se hace patente sólo cuando existe una violación que busca restituir el derecho desobedecido.

⁴³ Se entiende como ‘no conforme a la norma’.

modos por motivos que no presuponen que se ponga en movimiento el mecanismo de la sanción.” (Bobbio, 2005: p. 113)

Cuando no hay necesidad de usar la fuerza, es decir, cuando los individuos actúan respetando la ley sin la necesidad de ser forzados se entiende que existe *eficacia directa*.

Ya definido lo que es la eficacia reforzada y la eficacia directa, procede también mencionar que en el análisis que realizaremos debemos constatar también que el grado de eficacia de una norma se puede medir según la existencia o necesidad de sanción y voluntad de cumplimiento:

“(…) hay normas que son cumplidas universalmente de manera espontánea (y son las más eficaces); que otras se cumplen por lo general solo cuando van acompañadas de coacción; que otras no se cumplen a pesar de la coacción, y las hay que se violan sin que ni siquiera se aplique la coacción (y son las más ineficaces)” (Bobbio, 2005: p.22)

Por todo lo expuesto y en virtud de la categoría de la ‘eficacia’, queda claro que el Derecho tiene impacto directo sobre los individuos y las sociedades. Las normas jurídicas tienen esa capacidad de trascender la tinta y la idea y generar cambios reales en el mundo tangible. Por eso, el problema de la eficacia da origen a la más patente de las realidades jurídicas que es la *dimensión fáctica*⁴⁴ del derecho.

2.0.2. Dimensión fáctica: cuando el derecho trasciende la norma y la idea

Al hablar de la ‘tridimensionalidad del Derecho’ entendemos que éste se compone por tres facetas: normativa, axiológica y fáctica. En el capítulo de la eficacia nos corresponde el estudio de la dimensión fáctica.

¿Qué entendemos por dimensión fáctica?

Por dimensión fáctica debemos entender a esa faceta del derecho que se caracteriza por existir en la realidad sensible: es decir, que se puede percibir por los sentidos. El campo de existencia donde podemos estudiar esta realidad es la sociedad⁴⁵.

La dimensión fáctica “(…) tiene que ver con un contexto social, pues el Derecho es algo que se produce dentro de la vida social y las relaciones jurídicas constituyen un sector, una parte de esa vida social.” (Salgado Pesantes, 2010: p. 34)

⁴⁴ Recordemos que teníamos tres dimensiones: normativa, relativa a las normas jurídicas; axiológica, relativa a los valores que inspiran el ordenamiento jurídico y fáctica, relativa al hecho social, tangible que se puede vivir con la experiencia.

⁴⁵ Lo que entendemos por ‘sociedad’ será explicado más adelante

El plano social es vital para la existencia del Derecho. A este fenómeno se lo puede sintetizar en el latinismo “*ubi societas, ibi ius*”⁴⁶:

“Efectivamente, el Derecho (o Fenómeno Jurídico) no puede ser concebido sin la existencia de una comunidad humana, de la sociedad. Y, viceversa, tampoco es posible imaginar una sociedad que no esté regida por un sistema de normas de derecho aunque tal sistema sea rudimentario” (Salgado Pesantes, 2010: p. 25)

Así, el Derecho expresado como fenómeno jurídico o hecho social se extiende más allá del sistema normativo para tocar el mundo la realidad. Por consiguiente, profundizar en la dimensión fáctica implica trascender al ordenamiento jurídico positivo⁴⁷.

Por ello, estudiar el Derecho de forma global es posible “(...) *en cuanto se trascienda el ordenamiento jurídico positivo y se tenga en consideración un ordenamiento más amplio (...)*” (Bobbio, 2005, p. 171)

Esa consideración de un ordenamiento más amplio es una verdad que pone en evidencia que el derecho en efecto, no se queda en el plano de las normas solamente y para ser comprendido en su integridad requiere del uso de otras ciencias sociales que nos ayuden a entender de mejor manera esa realidad jurídica que se hace presente en la dimensión fáctica.

El entendimiento de la dimensión fáctica del derecho es relativamente nuevo. Miguel Reale le dedica un capítulo entero⁴⁸ a relatar cómo a fines del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX, la dimensión fáctica era ignorada; es decir, no se consideraba a los hechos como composición del Derecho: una realidad que por ser tan clara, pasaba desapercibida.

El estudio de lo jurídico, por cierto reñido, era exclusivo de Juristas y Filósofos del Derecho quienes solo se centraron en la ciencia normativa y las cuestiones valorativas. Los juristas se ocupaban “(...) *casi exclusivamente a los aspectos técnicos y formales del derecho, en los límites de sus aplicaciones prácticas inmediatas, revelando cierto margen de desconfianza o de reserva hacia las especulaciones filosófico-jurídicas.*” (Reale, 1997, p.

⁴⁶ La traducción del latinismo es “Donde hay sociedad no hay derecho”.

⁴⁷ Recordemos, por ejemplo, que para descubrir la validez de una norma, nos remontábamos siempre a una norma superior que respalde a la norma inferior hasta llegar la NORMA FUNDAMENTAL. Del mismo modo es necesario recordar que esa norma fundamental es un postulado y por tanto es carente de concreción y de causas previas. Esto es posible en el plano normativo pues su naturaleza es abstracta y sus causas no deben extenderse “ad infinitum”. Sin embargo, es posible estudiar ‘el fundamento’ de la Norma Fundamental, siempre y cuando salgamos del pensamiento y del sistema normativo para adentrarnos en los fenómenos sociales que producen el Derecho.

⁴⁸ Nos referimos al capítulo Filosofía del Derecho y Ciencia del Derecho de su libro “Teoría Tridimensional del Derecho” (Reale, 1997)

27). A esto se le conoce como la ‘Ciencia del Derecho’ a la que le era suficiente el plano normativo.

A la par y a veces en contraposición con la Ciencia del Derecho estaba la Filosofía Jurídica a la que le eran reservadas dos tipos de estudio: “*uno de alcance preliminar o propedéutico, concierne en particular a la metodología del Derecho; otro de carácter más general, destinado a esclarecer las conexiones entre la Ciencia del derecho y las Ciencias sociales e históricas.*” (Reale, 1997: p. 27)

El problema de las dimensiones del derecho, que hasta ese entonces se trataba por separado, empezó a difuminarse cuando se buscó la *ciencia jurídica concreta*⁴⁹, esto, porque según Reale (2010) “*(...) se comenzó a percibir que había poderosas razones de conflicto entre los hechos y los códigos*⁵⁰ (...)” (p. 30), lo que generó que se dé fin a la dogmática jurídica pura, hermética y resistente a las reflexiones filosóficas sobre la dimensión social del Derecho. Desde entonces, y para ponerse a la altura de los tiempos, se requiere del uso de nuevas ramas de investigación para tratar un objeto distinto al normativo y al filosófico.

2.0.3. Valoración de la eficacia: un estudio del fenómeno jurídico

Decíamos que, para profundizar en el estudio concreto del Derecho, debemos valernos de herramientas que nos ayuden a comprender la dimensión fáctica manifestada en el fenómeno jurídico⁵¹. Esto, porque el objeto de estudio se traslada de la realidad abstracta de las normas al plano concreto de lo social⁵²:

Ese problema que se traslada al campo de aplicación de las normas jurídicas es considerado, por Bobbio, como el problema *fenomenológico del Derecho* (2005, p. 22). La fenomenología es una disciplina filosófica compleja y extensa que ha revolucionado el pensamiento

⁴⁹ La ciencia jurídica concreta es la integración de diversas disciplinas como la Etnografía Jurídica, la Antropología Jurídica, la sociología jurídica y la psicología jurídica que se añadían a las ya tradicionales ciencias jurídicas puras y la filosofía del derecho con el fin de estudiar lo que Reale llama ‘la experiencia jurídica concreta’ (Reale, 1997)

⁵⁰ Pese a que Reale señala que se hizo notorio que los hechos entraron en conflicto con las normas a fines del siglo XIX, en nuestra opinión, reflexiones originadas cuando terminaron las guerras mundiales dieron el boom definitivo para que se trate el problema de la eficacia como un asunto independiente del problema filosófico y normativo, surgiendo la necesidad de la utilización de nuevas ciencias sociales para el estudio del derecho.

⁵¹ Bobbio decía al respecto: “El Problema de la eficacia nos lleva al terreno de la aplicación de las normas jurídicas, o sea al terreno de los comportamientos efectos de los hombres que viven en sociedad, de sus intereses opuestos, de las reacciones frente a la autoridad, y da lugar a las investigaciones en torno a la vida del derecho, en su nacimiento, en su desarrollo, en sus cambios, investigaciones que de ordinario están relacionadas con el análisis de carácter histórico y sociológico.” (Bobbio, 2005, p. 25)

⁵² Salimos del plano de los entes abstractos del derecho para entender cuáles son los efectos del mismo en la realidad: “La investigación para determinar la eficacia o ineficacia de una norma es de carácter histórico-social, y mientras se orienta al estudio del comportamiento de los miembros de un determinado grupo social, diferenciándose tanto de la investigación de carácter filosófico sobre la justicia de la norma, como de la más típicamente jurídica acerca de su validez.” (Bobbio, 2005: p.22)

filosófico en los últimos siglos. Esta trata el problema del conocimiento de las cosas y el problema de la conciencia que las conoce (Husserl, 1982).

Varios filósofos, como Husserl o Heidegger, han desarrollado teorías fenomenológicas. El pionero en el tema, Husserl, incluso trataba a la fenomenología como un método⁵³, pero en nuestra opinión, creemos que cuando Bobbio hace referencia a la eficacia, como problema fenomenológico, debemos entenderlo de la manera más simple y adecuada para el caso de la valoración⁵⁴ de la LOC.

No creemos, por tanto, que Bobbio sugiera de forma estricta el uso del método fenomenológico propuesto por Husserl para analizar la eficacia de una norma jurídica, sin perjuicio de que se pueda hacer estudios futuros muy interesantes fundamentados en los importantísimos aportes que el filósofo moravo hizo.

Creemos, más bien, que el estudio fenomenológico del derecho, en el sentido que quiso expresar Bobbio, hace referencia al análisis de *cómo se manifiestan los fenómenos jurídicos* libres criterios valorativos (pertenecientes al plano de lo que cada quien pudiera considerar 'justo') que distorsionen el conocimiento de los hechos tal cual como se presentan.

Así podremos aproximarnos con mayor cercanía a lo que sucede en la realidad como efecto o eficacia de la Ley Orgánica de Comunicación en la sociedad ecuatoriana; es decir, podremos ver el fenómeno jurídico de la LOC purgado de dogmatismo o juicios de valor.

Ahora para poder entender lo que son los 'fenómenos jurídicos' citamos al filósofo del derecho italiano quién define al fenómeno jurídico como:

“(...) los comportamientos de los seres humanos en un determinado sistema de derecho positivo y el modo en que éste concretamente funciona. Estos fenómenos no son únicamente hechos lingüísticos ni mucho menos son solo proposiciones normativas. Consisten, en lugar de normas, en actividades, acaecimientos, personas, relaciones entre

⁵³ Husserl, considerado el padre de la fenomenología, en sus lecciones se aproximó a lo que sería una definición de “fenomenología”: “<<Fenomenología>> designa una ciencia, un nexo de disciplinas científicas. Pero, a un tiempo, y ante todo, <<fenomenología>> designa un método y una actitud intelectual: la actitud intelectual específicamente filosófica; el método específicamente filosófico.” (Husserl, 1982: p. 33)

Cuando Husserl hace énfasis en aclarar que la actitud y el método son específicamente filosóficas quiere dar por sentado que se diferencia del conocimiento simplemente natural al que era posible acceder por medio del método científico. Recordemos que Husserl la obra de Husserl salvó a la filosofía de volverse obsoleta pues con el auge del positivismo se creía que todo puede ser explicado con el uso del método científico incluso el ‘conocimiento’ que pretendía ser acaparado por las corrientes psicologistas. Husserl logró separar al acto de conocer del objeto que se conoce, idea bajo la cual desarrolló su concepción de fenomenología en los distintos estadios de fenomenología descriptiva y trascendental.

⁵⁴ Bobbio lo describe con las siguientes palabras: “También aquí, para usar la terminología docta, aunque en un sentido diferente al acostumbrado, se puede decir que el problema de la eficacia de las reglas jurídicas es el problema fenomenológico del derecho” (Bobbio, 2005: p 22)

personas, procedimientos, orientaciones interpretativas, prácticas legales o ilegales de los órganos públicos y en particular de aquellos responsables de las decisiones jurisdiccionales; esto es, en el conjunto de todas las cosas y las experiencias de las que habla (y tal vez de las que no habla) el discurso del legislador y que en cualquier caso, son en relación con dicho discurso jurídicamente calificables”. (Ferrajoli, 2004, p. 21)

Esta definición de Luigi Ferrajoli ayuda a corroborar lo que hemos dicho antes respecto a cómo el fenómeno jurídico es trascendente a las proposiciones normativas. Recordemos que Ferrajoli distingue a dos “hechos observados” que componen la experiencia empírica del Derecho: las normas y los fenómenos jurídicos. Estos dos ‘hechos observados’, a su vez, componen dos modelos de ciencia jurídica respectivamente:

Por un lado, las normas se enmarcarían en una teoría normativista y su estudio constituiría la ciencia normativa cuyo método específico de observación es el análisis del lenguaje legal, de lo cual no nos ocuparemos en esta sección.

Y, por otro lado, tenemos el estudio de los fenómenos jurídicos que estaría más apegado a la teoría realista y su estudio se constituiría como una ciencia sociológica puramente descriptiva que es un universo extralingüístico y requiere como métodos de investigación los instrumentos de la observación sociológica.⁵⁵ (2004, p. 21-24)

Así queda más claro lo que quiso decir Bobbio cuando manifestó que en el problema de la eficacia “nace el aspecto de la filosofía del derecho que lleva a la sociología jurídica” (Bobbio, 2005, p. 25)

Para el caso que nos ocupa en concreto, nuestra intención será valernos de las herramientas sociológicas para observar los fenómenos jurídicos de la Ley Orgánica de Comunicación: con ello, haremos la descripción de los hechos y fenómenos sin carga ideológica pues, llenar de gravar de axiología a nuestra observación de los hechos haría que este estudio se vuelva una simple opinión y no un estudio de corte fenomenológico.

⁵⁵ Ferrajoli explica además la distinción entre los dos modelos: “El primer modelo es aquel que representa la dogmática jurídica, que tiene por campo de observación inmediato las normas vigentes puestas por el legislador de las cuales determina el sentido y las condiciones formales de validez, y sólo mediante los fenómenos jurídicos de los cuales las normas hablan. El segundo modelo está representado por la sociología jurídica, que tiene como campo de observación inmediato los comportamientos humanos, con referencia a los cuales ella establece las condiciones sustanciales y el grado de efectividad de las normas que a dichos comportamientos se refieren.” (Ferrajoli, 2004:p. 22-23)

2.1. Generalidades sociológicas de la ley orgánica de comunicación

2.1.1. Enfoque sociológico

Hemos dicho, citando a Bobbio, que del problema de la eficacia nace la rama sociológica del Derecho. La sociología en términos muy simples es el estudio de la sociedad, o de las sociedades. Entenderíamos por tanto que ‘sociología del derecho’ es la valoración del Derecho manifestado en la sociedad. El Derecho, en general, y por tanto la Ley Orgánica de Comunicación es un hecho de naturaleza social.

Sobre la sociedad se ha dicho mucho, pero sólo de manera vaga, creemos poder entender lo que es ‘la sociedad’ como realidad. La mayor parte sociólogos han gastado un sinnúmero de páginas en complejas teorías sociales y no se han dado la molestia de definir lo que es sociedad (Ortega y Gasset, 1996: pp. 19-23).

El problema que parece simple es en realidad muy complejo: Cuando se habla de Ley Orgánica de Comunicación inmediatamente caen a nuestra mente conceptos como ‘Comunicación social’, ‘Opinión pública’, ‘Comunicación como servicio social’, ‘Estado’, ‘Libertad’, ‘Ley’, de los cuales la gente opina con muy graves equívocos conceptuales. Estos equívocos surgen de la ligereza del tratamiento que se le ha dado a la definición de ‘Sociedad’.

Para superar estas confusiones proponemos, a continuación, despejar lo que ‘lo social’ significa, diferenciándolo de otras realidades como la personal o la interindividual según la teoría sociológica de José Ortega y Gasset⁵⁶ quien nos invita a partir de lo elemental, de lo más cercano y lo más claro que tenemos: es decir nosotros mismos –la vida de cada quien– hasta que nos encontremos con esa realidad compleja que es la sociedad. (Ortega y Gasset, 1996:p. 46)

Después de realizar esta delimitación haremos un breve análisis de los hechos constitutivamente sociales que son ‘los usos’ para luego finalizar con las observaciones a la LOC bajo este enfoque.

⁵⁶ Esta sección se apoyará en uno de los más grandes filósofos que la cultura hispánica ha tenido: el implacable José Ortega y Gasset que desarrolló una sociología clara y compleja a la vez: Clara por su estilo en el lenguaje, que logra explicar sus ideas de manera que los que no son expertos pueden entenderlas y compleja porque los problemas que resuelve son esencialmente difíciles, profundos y en esta tarea se fundamenta y sintetiza con precisión a gigantes como Husserl, de cuya fenomenología hablamos arriba.

2.1.2. Delimitación de lo social

Para que no quede duda de lo que es ‘social’ procedemos a delimitarlo excluyéndolo de otras realidades que cada uno vive; es decir, de la realidad personal y la interindividual. Este breve análisis, como se notará, es un camino que parte de lo que es claro y notorio (la vida de cada uno) hasta la realidad que por el momento es difusa: es decir, la social.

1. La primera realidad de la que partimos y de la que no podemos dudar es *la vida de cada uno*; a **la vida personal** que se caracteriza por ser “siempre personal, circunstancial, intransferible y responsable.” (Ortega y Gasset, 1996: p. 65)

a) Es personal en el sentido de que hablamos de la ‘vida humana’ no pensando en la vida de los otros sino que nos remite a la vida de cada uno. La referencia de la vida personal debe ser referencia a su vida propia, mediante la cual yo soy consciente del mundo exterior.

Cuando algo malo me sucede, me sucede a mí, y aunque el otro pueda inferir lo que me pasa porque ha vivido una situación similar no podrá vivir mi dolor. De ahí que Ortega define que la vida de cada cual es realidad radical, porque es la que radicalmente nos consta a cada uno; la que en definitiva vive cada quién en soledad, y por tanto la realidad radical de nuestra vida es la soledad. (Ortega y Gasset, 1996: pp. 45 -53)

b) Es circunstancial en cuanto cada quien vive su radical soledad adscrito a una circunstancia particular. No se trata ya solamente de los padecimientos del mundo interior de cada uno o de la conciencia que es capaz de conocer el mundo, sino también de las configuraciones externas en las que cada quien vive⁵⁷. Cada quien debe asumir las circunstancias como su realidad radical: De aquí la célebre frase de Ortega, enunciada por primera vez en el libro ‘Meditaciones del Quijote, que dice “Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo.” (Ortega y Gasset, Obras Completas - Tomo I, 1966: pp. 322)

c) Es intransferible por cuanto yo no puedo vivir la vida de otro. Cada quien vive su propia vida. Por más que veamos sufrir a los seres queridos, no podemos más que contemplarlos y tratar de aliviar su dolor pero no podremos sentir su dolor ni llevarnos con nosotros ese dolor aun cuando lo deseemos con todo el corazón. Mis pensamientos del mismo modo no puedo transferirlos pero si comunicarlos. (Ortega y Gasset, 1996: p. 64-65)

⁵⁷ En las Meditaciones del Quijote enunció Ortega enunció por primera vez la célebre frase “Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo.” La circunstancia para Ortega es, por tanto ineludible de la vida personal.

d) Es responsable, en cuanto a fuerza de encontrarnos en circunstancias que no hemos seleccionado, nos vemos obligados, por la libertad que nos es inmanente a elegir todo el tiempo. Estas elecciones me traerán consecuencias, por tanto: “Mi vida es, pues, constante e ineludible responsabilidad ante mí mismo” (Ortega y Gasset, 1996: 64)

De estas cualidades de la vida humana podemos desprender los actos humanos que se pueden llamar puramente humanos aquellos que se hacen con conciencia y voluntad: “nacen de mi voluntad, soy plenamente su autor y son para mí inteligibles, entiendo que hago, por qué lo hago.” (Ortega y Gasset, 1996: p. 189): El hecho humano es, por tanto, originario de la vida personal. El modo comunicacional de la vida personal es interno, con uno mismo, meditativo. Razón por la cual Ortega decía que meditar es hablar con uno mismo. (Ortega y Gasset, *El Hombre y la Gente*, 1996)

2. Luego tenemos la **vida interindividual** que surge cuando el hombre desea trascender su vida personal y echa una mirada al mundo exterior. Con esta mirada al mundo exterior se encuentra, entre otras cosas, con los minerales, las plantas, los animales y los otros hombres. (Ortega y Gasset, 1996: pp. 79-100)

La relación con las plantas, animales y cosas se dan cuando estas resultan importantes para él⁵⁸. En cambio los otros hombres son lo primero que aparece en la vida de todos nosotros. Cuando nacemos, antes de conocernos incluso a nosotros mismos o a las cosas del mundo, conocemos a nuestros padres quienes nos muestran el mundo exterior y nos enseñan a hablar. Este primer encuentro hace que cada uno de nosotros esté abierto a los hombres; es decir, a interactuar con ellos. A esta apertura a los otros se la conoce como ‘socialidad’. (Ortega y Gasset, 1996: pp. 111-112)

La vida interindividual es relación con otros seres humanos: los más cercanos, aquellos a quienes distinguimos del resto de seres humanos, por ejemplo: la relación madre-hijo. Así caemos en cuenta que: “De esta relación mía con el otro parten dos líneas diferentes, aunque se conecte la una con la otra, de progresiva concreción o determinación” (Ortega y Gasset, 1996: p. 113)

⁵⁸ En este punto Ortega nos habla de que las cosas componen las circunstancias y son para nosotros ‘importancias, en cuanto nos ayudan o nos resisten. También desarrolla los conceptos de presencia y compresencia los cuales explican como las cosas aparecen en nuestra vida: lo presente es lo patente en ese momento. Lo compresente es aquello que sé que existe porque me lo han dicho o lo he comprobado en el pasado pero no está en ese momento. El ejemplo que tenemos de esto es que cuando vemos una manzana tenemos el lado presente que es el que podemos ver, y el otro lado es compresente en cuanto no lo vemos pero lo podemos imaginar. Así, la mayor parte de cosas en el mundo nos son compresentes y lo patente es lo que tenemos al alcance de nuestros sentidos. El límite del alcance de nuestros sentidos se conoce como ‘horizonte’ (Ortega y Gasset, 1996:p 63-77)

Concreción consiste en que voy conociendo mejor al otro y le particularizo. No es lo mismo la mujer en abstracto que la mujer que amo. No es lo mismo el hombre en abstracto, que mis mejores amigos.

Determinación en cambio “consiste en que mi relación con él se hace activa, que actúo sobre él y él sobre mí” (Ortega y Gasset, 1996:p. 113) Concreción y determinación se desarrollan en el camino y en conjunto. Es decir, que mientras la relación con el otro es activa lo voy separando conceptualmente de los otros y voy influyendo sobre él y él sobre mí.

La vida interindividual que consiste en socialidad, concreción y determinación me hacen conocer el “mundo objetivo”. Esto se ejemplifica de la siguiente manera: si yo señalo un objeto y otra persona que me acompaña recoge ese mismo objeto entendemos que para él y para mí existe ese objeto desde la perspectiva de cada uno. Esta coincidencia de objetos que, yo percibo, existen para mí y para los otros es lo que produce la idea de que existe un mundo objetivo. (Ortega y Gasset, 1996: p. 114)

La coincidencia de percepciones hace que “sea posible entendernos sobre las grandes líneas del mundo, para que sea posible la colaboración en las ciencias y un laboratorio en Alemania aproveche observaciones hechas en un laboratorio de Australia” (Ortega y Gasset, 1996:p. 114). De todo esto Ortega concluye:

“que no es el mundo único y objetivo quien hace posible que yo coexista con los otros hombres, sino al revés, mi socialidad o relación social⁵⁹ con los otros hombres es quien hace posible la aparición entre ellos y yo de algo así como un mundo común y objetivo” (Ortega y Gasset, 1996:p. 114)

Los hechos originales de las relaciones interindividuales son los hechos de convivencia. Aquí inicia el ejercicio de expresión y comunicación.

3. Como ya había dicho, hemos recorrido por la vida personal y la vida interindividual para que sea más fácil diferenciarla de la realidad que estamos buscando, esta es la **realidad social** a la que la Ley Orgánica de Comunicación es originaria. Sobre la realidad social debemos hacer tres consideraciones importantes:

⁵⁹ La vida interindividual no es una relación social. Ortega usa el término de la manera vulgar para ser comprendido. En el capítulo de la ‘Meditación del saludo’ explica este particular. (Ortega y Gasset, 1996: pp. 181-195)

a) Lo social está adscrito sólo a los hombres. No existen sociedades animales. Cuando se define erradamente que la sociedad es ‘el conjunto de personas’ se puede caer en el equívoco de que el conjunto de animales como las colmenas, los rebaños o las jaurías son sociedades. Esto, por definición, es falso. Los grupos animales no desarrollan Derecho, lenguaje o símbolos que, como se verá más adelante, son hechos puramente sociales. (Ortega y Gasset, 1996:pp. 12-13)

b) Si bien lo social es un hecho humano, no es vida humana en el sentido primario. Lo social se opone a la vida personal. Recordemos que analizamos la realidad radical que era la vida personal de cada uno. Y de aquí sacamos que lo auténticamente humano “es lo que hago yo por mí mismo y en vista de mis propios fines, o lo que es igual, que el hecho humano es un hecho siempre personal.” (Ortega y Gasset, 1996: p. 13)

Es auténticamente humano lo que hago porque lo entiendo, porque tiene sentido para mí; lo social, en cambio, es inteligible. En toda acción humana hay un sujeto responsable; lo social, por el contrario, no tiene un sujeto determinado responsable de los hechos sociales, por tanto lo social es irresponsable. Lo auténticamente humano surge de la soledad radical que es cada uno. Lo social se origina externamente: en la convivencia con los otros. Por tanto, lo social no es vida humana en sentido primario. Es vida humana secundaria y mecanizada. (Ortega y Gasset, 1996: pp. 13-14)

c) Los hechos sociales son extraindividuales y no deben confundirse con los hechos de convivencia o interindividuales que explicamos arriba. Mientras las relaciones interindividuales son responsables y determinadas en cuanto el individuo que las ejecuta se dirige concreta y conscientemente hacia otro que la recibe (como la relación entre padres e hijos, entre amantes, entre maestro y alumno), los hechos sociales no son ni originarios de la consciencia del individuo, ni son determinados pues no se puede definir su origen y son generales y en consecuencia no son responsables. A estos hechos constitutivamente sociales se les conoce como ‘usos’ y serán explicados más adelante. (Ortega y Gasset, 1996: pp. 13-15)

Para resumir podemos decir que “Todo lo social, lo colectivo, es, pues, vida humana despersonalizada, desindividualizada e irresponsabilizada.” (Ortega y Gasset, 1996: p.286). En esta realidad se ubica el Derecho y por tanto la LOC. Comprender a la LOC desde estas cualidades requiere que se haga una breve explicación de los usos.

2.1.3 ¿Qué es un ‘uso’?

Un ‘uso’ en el sentido sociológico propuesto por Ortega son hechos sociales constitutivos (Ortega y Gasset, 1996: p. 15). Esto quiere decir que si la sociedad se pudiera comparar con un tejido, los usos serían los hilos de los que está hecho.

Recordemos además, que cuando explicábamos las relaciones interindividuales, mencionamos que cuándo el hombre echa una mirada hacia afuera se encuentra con que el mundo está lleno, entre las otras, de plantas, minerales, animales y otros hombres. Pero adicionalmente, nos topamos con los usos, que pese a ser casi imperceptibles por su *habitualidad* en la vida diaria nos han acompañado y han generado su influencia desde el nacimiento.

Por definición, un uso es una costumbre, y una costumbre es un hecho que se realiza con hábito. Por tanto un uso es un hábito social. “El hábito es aquella conducta, que por ser ejecutada con frecuencia⁶⁰, se automatiza en el individuo y se produce o funciona mecánicamente” (Ortega y Gasset, 1996: pp. 197-198) Pero además, son acciones frecuentadas no solo por un individuos sino por varios. Así podemos decir que los usos son acciones caracterizadas por ser *coercitivas, irracionales y extra personales*. (Ortega y Gasset, 1996: pp. 197-223)

Para explicar estas cualidades, tomaremos como modelo, propuesto por Ortega, al uso por excelencia: el saludo. Aunque ya está cayendo en desuso, el saludo socialmente aceptado, el que *denota* educación, consiste en dar la mano a aquellas personas que no conocemos o que conocemos poco. Mientras más las conocemos podemos tratar de hacer otro tipo de gesto cargado de mayor originalidad que surja de nuestra interioridad. Pero mientras el otro es un extraño para mí, tanto él como yo conocemos que ese saludo correcto cuando vamos a tratarnos de inicio consistirá en dar mi mano derecha, y no la otra. (Ortega y Gasset, 1996: pp.197-223)

¿Por qué hacemos esto? ¿Quién se inventó este saludo? ¿Cuál es la consecuencia de que de entrada no saludemos de esta forma o simplemente omitamos saludar?

⁶⁰ Aquí cabe hacer una aclaración: no se debe confundir otro tipo de actos repetitivos y frecuentes con los usos. Por ejemplo, podemos creer que la respiración, que es habitual y es realizada por los seres vivos de forma mecánica, es un uso. O el hecho de que una persona camine siempre por un lugar no lo convierte en un uso social. En el primer caso, la respiración a pesar de ser habitual y mecanizada, no tiene un origen intelectual humano; los usos suelen tener un origen personal pero luego éste se pierde. Y en el segundo caso, si una persona deja de transitar a diario por un sitio que habitualmente lo hace, pasará por desapercibido e irrelevante. Lo usos generan presión social cuando se dejan de hacer.

La respuesta a la primera pregunta explica el por qué los usos son irracionales: no tienen sentido por sí mismos. Sabemos que debemos hacerlo de esa forma pero no comprendemos por qué. El saludo, como cualquier otro uso es ininteligible: no puede ser comprendido sino con el uso de la etimología⁶¹. (Ortega y Gasset, 1996: p. 207)

Los usos siempre nacen como actos puramente humanos y pasan un proceso largo de mecanización en el tiempo hasta que se vuelven sociales y aunque son acciones frecuentadas por los hombres nadie los comprende. El saludo del que estamos hablando, por ejemplo, tuvo una razón de ser en el pasado⁶², pero con la práctica, la gente olvidó el sentido aunque permaneció la forma de saludar en su estado incomprensible. (Ortega y Gasset, 1996: pp. 208-209)

¿Quién se inventó el saludo? Nadie puede saberlo. Pese a que el método etimológico nos puede en algunos casos mostrar el sentido original que tuvo un uso, se dificulta saber con exactitud quien los inventa. De lo que se puede estar seguro es que los inventos siempre surgen de la vida personal. Alguien tiene una necesidad, esa necesidad es interiorizada en el individuo para ser superada, esta necesidad se aplica y se despersonaliza cuando más de uno la encuentra conveniente o estética de pronto, una comunidad entera la usan hasta que olvidan por qué, pero no dejan de usarla. El individuo crea los usos mientras que las colectividades lo aplican. Luego hacemos las cosas porque ‘la gente’ lo hace. (Ortega y Gasset, 1996: pp. 214-215)

La moda por ejemplo siempre es creación del individuo más elegante, elegante es saber elegir. Pronto *la gente* lo empieza a usar sin reconocer quien fue el inventor de tal o cual

⁶¹ Todo uso es etimológico. Para comprenderlo es necesario remitirse al pasado y encontrarlo en su forma en la que tenía un sentido, es decir, cuando era un acto que surgió de la humana necesidad: un acto auténticamente humano. (Ortega y Gasset, 1996: p.p.197 -225)

⁶² Ortega hace una completa explicación del origen de nuestro saludo. Se creía que al dar la mano derecha se entregaba la mano más hábil para manejar un arma. Esta práctica era de vital importancia dado que el hombre es peligro para otros hombres. El saludo desde esta perspectiva era una forma de demostrar ser inofensivo y que había disposición pacífica. (Ortega y Gasset, 1996:pp.181-195)

Sin embargo, Ortega no está tan contento con esta explicación y nos brinda otra. Resulta que en los pueblos antiguos cuando en guerra se vencía a alguien se le podía matar. Descubrieron entonces una forma más civilizada de tratar al vencido y esta consistía en esclavizarlo. Pero, para que el vencido pueda conservar su vida, debía hacer el gesto de “estar muerto” tumbándose al suelo. Ese acto de hacerse el muerto con el pasar del tiempo dejó de tener sentido y el esclavo se acostaba ya sin entender la razón vital del por qué se originó este acto. Luego, el esclavo, ya no se tumbaba sino que simplemente se arrodillaba y su amo ponía las manos sobre él. Poner las manos era una forma de declarar dominio sobre una cosa (de ahí la *manus* romana que es potestad sobre algo). Con el pasar del tiempo se anuló el arrodillarse ante el otro y el superior entregaba la mano al inferior para que este la bese. Luego se anula el beso, sin embargo, el inferior trataba de llevarse la mano de su superior para besarla y su superior no se lo permitía como acto declarativo de igualdad. Esta lucha de tratar de besar la mano y que el otro no te lo permite se ve como que agitan la mano de arriba para abajo: así nació nuestro saludo que ahora es un ininteligible dar la mano y agitarla suavemente.

estilo. *La gente* es el individuo abstracto titular de los usos. (Ortega y Gasset, 1996: pp. 210-214)

¿Qué sucede si las personas dejan de aplicar el saludo? Cuando una persona no saluda inmediatamente se activa la coerción social. Los usos son impuestos desde fuera del individuo. Ya en el capítulo primero hablábamos de que cada tipo de ordenamiento tiene sus sanciones al incumplimiento de normas establecidas. El saludo corresponde al ordenamiento social y la característica de su coerción será externa y no institucionalizada.

En otras palabras, la persona que no salude será objeto de reproche externo. El criminal de la calle antes de asaltar no saluda. El saludo es una forma de manifestar que la persona que lo practica está dispuesta a actuar según las normas del convencionalismo social. El que no saluda será tomado por mal educado y la consecuencia será que la gente no le tome en serio o se cierran a él aislándolo. (Ortega y Gasset, 1996: pp. 201-201)

Para Ortega, todo tipo de incumplimiento de un uso trae consigo una consecuencia sancionatoria, aunque esta no parezca; cambiar de costumbres generará la incomodidad manifestada en el doble esfuerzo que provoca actuar de modo distinto es por sí mismo una especie de sanción. (Ortega y Gasset, 1996: pp. 201-202)

Volvamos a tomar como ejemplo a la moda: en teoría la ropa sirve para cubrirse. Pero el uso en la moda se puede notar cuando una persona genera escándalo por salir vestido en este tiempo como un gladiador romano, por ejemplo. O un abogado que vista calentador en una audiencia genera cierta imagen de falta de profesionalismo, aun cuando el profesionalismo es algo interno y no externo. El no usar la ropa adecuada provocará una reacción adversa a la persona que la usa. (Ortega y Gasset, 1996: pp.193-195)

Así quedan explicados las tres categorías de por qué los usos son coercitivos, extrapersonales e irracionales. Pero ¿Cómo podemos encasillar a la Ley Orgánica de Comunicación según la explicación ejemplificativa propuesta?

Pues bien, para poder resolver esto vamos a tomar otro tipo de saludo como ejemplo: el saludo nazi o el saludo de la unión soviética. Ese saludo que consiste en extender la mano al aire o cerrada como un puño. Un saludo ciertamente distinto al que acabamos de explicar

pues, si al anterior connotaba paz y disposición de colaboración⁶³, el de aquí significa guerra y destrucción al contrincante⁶⁴. (Ortega y Gasset, 1996: pp.215-217)

Explicamos la diferencia en tres puntos esenciales:

a) Es el tiempo de instauración del primer saludo pacífico en comparación con el saludo bélico: el saludo normal tarda años en instaurarse y años en desaparecer, y al desaparecer sería reemplazado por otro saludo que ya tendría su tiempo cuajando en la sociedad. En cambio el saludo bélico aparece sin más cuando un partido de gobierno que está en el poder lo instaure. (Ortega y Gasset, 1996: p. 216)

b) Nadie determinado nos invita al saludo pacífico. El saludo pacífico está en la atmósfera. El saludo bélico, en cambio, es decretado por un hombre que firma con su nombre una orden que lo impone. Del mismo modo, la coacción por el incumplimiento del saludo pacífico no viene de nadie determinado; en cambio en el saludo bélico tiene a veces incluso agentes determinados y uniformados para ejecutar la coacción en contra de quien no salude como se le ordenó. (Ortega y Gasset, 1996: p. 217)

c) En el saludo pacífico la coacción es difusa. No va directamente contra el acto abusivo sino contra la persona que lo ha cometido. La sanción será del tipo social, que será imprevisible que pueden consistir en enojos o venganzas parejas. Estas sanciones no tienen el fin de anular el abuso⁶⁵. El que no da la mano hoy puede no darla mañana y las consecuencias serán para el aislamiento y el enojo de los otros. (Ortega y Gasset, 1996: pp. 217)

En cambio el que no cumple con el saludo bélico será vejado de inmediato y la intención de la vejación, de la pena, será anular el acto abusivo para que no se vuelva a repetir. “De donde resulta que este hecho social, que es el saludo bélico, no es difuso, impreciso, débil y laxo; ni lo son el inspirador del acto ni el poder social que coacciona, ni la coacción misma” (Ortega y Gasset, 1996: p. 217)

⁶³ Incluso el término ‘saludo’ viene del latín *salve* (salue) que significa “que tengas salud”. (Ortega y Gasset, 1996:p.208-209)

⁶⁴ Según Ortega, el saludo bélico diría lo siguiente: “<<Con este gesto hago constar mi alistamiento en un partido. Soy, ante todo, partidario y, por tanto, estoy contra las otras partes de la sociedad que son la mía. Soy combatiente y, y con los demás no busco paz, sino con toda claridad, franca lucha. Al que se me opone, al que no es de mi partido, aunque no se me enfrente no le ofrezco connivencia ni acuerdo, sino primero combatirlo y vencerle, y luego tratarle como vencido.>>” (Ortega y Gasset, 1996: p. 216)

⁶⁵ Abuso es negación del uso.

Podremos colegir con facilidad que el saludo bélico no es un saludo en sí mismo: es un orden, es una ley, pues tiene todas las cualidades de la sanción en los ordenamientos jurídicos. (Ortega y Gasset, 1996: pp. 217-218)

De todo lo que hemos dicho Ortega clasifica dos tipos de usos: los usos débiles y los usos fuertes. Los débiles se pueden ejemplificar en el comer, el vestir, el trato social diario. Ejemplos de usos sociales fuertes y rígidos están los usos económicos, el Derecho y el Estado. (Ortega y Gasset, 1996: pp. 218)

En lo que nos interesa, que es la LOC, podemos ya clasificarla con gran claridad como un Uso fuerte y rígido que cumple todas las cualidades de los usos en general, estos son coercitiva, irracional y extrapersonal.

La LOC es coercitiva en cuanto su incumplimiento generará coacción. Y no coacción de cualquier tipo sino la coacción propia de los usos duros y rígidos que son determinados, concentrados y fuertes. Coacción que se ejecuta por un órgano competente encargado para tales fines y que busca anular el acto que infringe la norma para que no se repita nunca más. Es, por tanto, impuesta desde fuera.

La LOC es extrapersonal en cuanto no va dirigida a nadie determinado sino a todos en general dentro de su ámbito de aplicación (poder) que es el Ecuador. Tampoco cuando se aplica no se hace de forma personal sino que son funcionarios cuya dimensión personal es irrelevante sino que lo importante es el cargo que tienen.

La LOC es irracional en el sentido de que la mayor parte de personas la obedecen no tanto por la sanción sino porque eso es lo que se hace: es la adhesión espontánea por la que la gente se somete al Derecho casi sin razonar por qué lo hace. Por otro lado, si analizamos la obediencia de la LOC ya no por la adhesión espontánea sino por la sanción encontramos aún más dosis de irracionalidad: la LOC es una entelequia (no existe materialmente) a la que la gente le teme y en base a esta es incluso sancionada.

2.1.4. El fenómeno de la Ley Orgánica de Comunicación

Para poder comprender el fenómeno de la LOC en la sociedad, debemos entender, en primer lugar, cual es el escenario en el que ésta se aplica empezando por lo más básico: el habla. Veremos cómo el ‘habla’ –mecanismo básico de comunicación– tiene relación directa con la formación del mismo Estado. Caminaremos de corrido, siguiendo la propuesta de Ortega

y Gasset, analizando el fenómeno social para luego dar nuestro punto de vista de cómo la Ley de Comunicación podría influir en este proceso.

Empezamos explicando que la primera base de la comunicación, o al menos la más usual, es el hablar. El hablar es un uso y consiste en la utilización de una lengua determinada con las características peculiares que ella traiga⁶⁶. Es el primer uso con el que nos encontramos y el primero que ingresa a nosotros; es lo que conocemos como lengua materna. (Ortega y Gasset, 1996: p.259)

Debemos distinguir entre el ‘hablar’ y el ‘decir’. *Hablar* es tarea mecanizada: es un uso de naturaleza social y por tanto es mecanizado, extrapersonalizado, coercitivo e irracional. Viene de fuera hacia dentro. El *Decir*, por el contrario, es un hecho personal, por tanto es, individualizado, intransferible y circunstancial. (Ortega y Gasset, 1996: p. 259)

Con el decir el hombre expresa su interioridad. El hablar es apenas uno de tantos medios con el que el hombre puede decir algo: *expresar* algo. El hombre además puede decir por medio del arte. El hablar resulta a veces insuficiente para que el hombre pueda decir: por ello el lenguaje está en constante creación. (Ortega y Gasset, 1996: pp. 225-257)

Ahora bien, como el habla es el primer uso que ingresa en nosotros a la fuerza, no viene solo cargado de las palabras mecánicas sino que nos introduce ideas. (Ortega y Gasset, 1996: p. 264) La mayor parte de las ideas que tenemos dentro de nosotros no las hemos pensado de manera auténtica jamás⁶⁷. “El hombre suele vivir a crédito de la sociedad en que vive, crédito de que no se ha hecho cuestión nunca.” (Ortega y Gasset, 1996:p. 264)

Estas ideas que ingresan con el habla son lo que se conoce como *opiniones*. Y se caracterizan por ser enunciados sobre algo o sobre alguien que nosotros creemos o no, sin haber constatado por nuestros medios; y por tanto pueden ser verdades o no. (Ortega y Gasset, 1996: pp. 264-265)

Las opiniones se distinguen del conocimiento auténtico porque este último es propio del ámbito personal en el que el individuo constata por sí mismo la verdad de algo. La opinión

⁶⁶ Con el habla podemos distinguir el lugar de origen de una persona. El lenguaje forma jurisdicciones es una persona. Aunque hablen español distinguiremos en su acento si son de la sierra o de la costa, o si son de Venezuela, Colombia o España.

⁶⁷ Sabemos que la tierra es redonda sin que hayamos viajado al espacio, por ejemplo. Esta idea no quiere decir que sea falso todo conocimiento que la sociedad nos inculca, pero confirma algo que se repite siempre: la mayor parte de las cosas que conocemos jamás las hemos visto.

es verdad presunta que nos llega sin que la hayamos constatado a la que podemos adherirnos o no. (Ortega y Gasset, 1996: pp. 264)

Tenemos por tanto dos tipos de opiniones: las opiniones reinantes y las opiniones particulares.

Las *opiniones reinantes* son aquellas admitidas por el individuo abstracto e indeterminado que es protagonista de la sociedad conocido como la gente' o 'todo el mundo'. En cambio las *opiniones particulares* surgen del individuo concreto, y no necesariamente son admitidas por *todo el mundo*. A veces se reserva incluso el manifestarlas públicamente por miedo a disgustar. (Ortega y Gasset, 1996: pp. 264-265)

Otra diferencia de las opiniones es que éstas, para tener existencia pública, necesitan que un individuo o un grupo "las afirmen, declaren, sostengan apoyen y propaguen" (Ortega y Gasset, 1996: p. 265)

En cambio las opiniones reinantes son como instancias de apelación que no necesitan ser defendidas por nadie. La gente las toma por verdades. Uno solo tiene que remitirse a ellas para tener la razón. Por eso Ortega las llama "vigencias" y el término es similar al que nosotros usamos para referirnos a la vigencia de una ley, tanto en funcionalidad como en el fondo: si alguien se opone a las vigencias recibirá su dosis de enojo social como si fuera el sistema coactivo de una ley. Y a la vez quien quiera tener la razón solo bastará con remitirse a ella como si fuera una ley del mismo modo. La vigencia es cualidad del verdadero hecho social. (Ortega y Gasset, 1996: p. 265)

La vigencia está compuesta por un repertorio de opiniones. Como habíamos mencionado la sociedad no tiene ideas propiamente dichas porque no son pensadas como lo son las ideas que surgen auténticamente de la realidad personal. A estas ideas que componen la sociedad se les llama *tópicos*. (Ortega y Gasset, 1996: pp. 265-266)

Aunque los tópicos no son pensados de forma fundamentada, como lo son las ideas fundamentadas por el individuo, no quiere decir que no sean buenas ideas. La sociedad, por medio de los tópicos conserva conocimiento. Ahora, bien, la calidad de las ideas de los tópicos son primariamente inventados por los individuos para luego convertirse en tópicos al petrificarse en forma de uso. (Ortega y Gasset, 1996: pp. 218)

Los tópicos componen las ideas reinantes. Estas ideas reinantes, vigentes, son lo que comúnmente se conoce como la *opinión pública*. La opinión pública es un uso. Y por tanto

es coactivo e imperante. Cabe destacar aquí que cuando se hace estudios de opinión pública las encuestadoras suelen confundirlas con las opiniones particularmente sostenidas por un mayor o menor número de personas. Pero aquí cabe destacar que el fenómeno sociológico fundamental es la *vigencia*, que está presente no sólo en la opinión pública sino en todo uso, no requiere de la adhesión individual por más numerosa que sea⁶⁸. Para Ortega, el error de creer que la opinión pública se constituye por las mayorías es un error de percepción que se deduce torpemente de la idea vigente de democracia. (Ortega y Gasset, 1996: p. 267)

Haciendo una pequeña recapitulación rescatamos que los caracteres de la *vigencia* son dos: El primero es que no depende de nuestra individual adhesión sino que se encuentra fuera de nosotros y ejerce poder sobre nosotros aunque no queramos. El segundo es que la *vigencia* es una instancia superior a la que podemos apelar como instancia de poder a la que podamos apearnos⁶⁹. (Ortega y Gasset, 1996: p. 268)

Ortega señala que estas cualidades de exterioridad y de instancia superior han sido atribuidas de forma exclusivamente errada al Derecho, pues todo uso, incluso los usos suaves como el saludo ejerce su poder sobre el individuo. “La sociedad, conjunto de usos, de un lado se nos impone; de otro, la sentimos como instancia a que recurrir y en que ampararnos.” (Ortega y Gasset, 1996:p. 269)

Que la sociedad sea por un lado presión y por otro lado instancia nos revela que la sociedad es en esencia “poder”. La opinión pública tiene poder y lo hace funcionar en diversas dimensiones de la colectividad a ese poder se le conoce como *poder público*. “El poder público no es, pues, sino la emanación activa, energética de la opinión pública, en la cual flotan todos los demás usos o *vigencias* que de ella se nutren.” (Ortega y Gasset, 1996: p. 270)

Pero ¿Cómo se manifiesta ese poder? ¿Por qué es tan difícil percatarnos de la existencia de este poder público?

Ortega hace una observación: las personas que se proponen a ver al poder público usualmente pretenden encontrar a este poder materializado en una función social. Por eso, cuando no hay un órgano encargado de administrar ese poder público, de manera errónea dan por entendido que ese poder público no existe. (Ortega y Gasset, 1996: p. 269)

⁶⁸ Ortega dice al respecto: “Cuando algo es uso no depende de la adhesión de los individuos sino que es uso precisamente porque se impone a ellos” (Ortega y Gasset, 1996: p. 267)

Y por el contrario, el poder público existe sin necesidad de órganos de función pública que lo representen y con mayor eficacia aún. Por ejemplo, en los pequeños pueblos de aislamiento voluntario del Oriente Ecuatoriano, no hay policía, pero esto no quiere decir que el cuerpo social de estas comunidades no ejerza esta función. Por el contrario, la ejerce y con mayor agudeza: ellos estarán muy pendientes de quién ingresa a la comunidad, de quién sale, de quién falta, de quién ha llegado y nunca antes ha sido visto⁷⁰; y por supuesto estarán prestos a usar la fuerza en el caso de que haya una contravención a su poder público. (Ortega y Gasset, 1996:p. 270)

El poder público sanciona con mayor o menor dureza según cuánta importancia le dé la opinión pública a un determinado asunto. La sociedad ejercerá su poder según cuan grave haya sido la contravención contra lo *políticamente correcto*. (Ortega y Gasset, 1996: p. 271)

El poder público está siempre respaldado por una idea de opinión pública. Si esto no acontece nos encontramos ante una situación de opinión particular de grupos. Casi siempre nos encontramos con al menos dos opiniones particulares que pugnan entre sí. El poder público deja de serlo y se fragmenta en partidos. Hemos visto esta división de ideas entre capitalistas y socialistas; entre liberales y conservadores: grupos que refuerzan sus opiniones para imponerlas y convertirlas además en obligatorias para todo el conglomerado social: esta pugna es lo que conocemos como *política*. Y cuando es muy aguda, al punto de volverse intolerable, puede llevar a la revolución o a la guerra civil. (Ortega y Gasset, 1996: p. 271)

Ahora bien, esta cualidad de pugna de ideas y de divisiones compone esencialmente a la sociedad. La sociedad es por naturaleza, todo lo contrario a lo que pretende ser. Ella se supone que integra hombres, pero en realidad es el escenario donde estos pugnan. Por eso, Ortega la llama *di-sociedad* y la califica como una realidad *constitutivamente enferma*: “En rigor es, sin cesar, la lucha entre sus elementos y comportamientos efectivamente sociales y sus comportamientos y elementos disociadores y antisociales.” (Ortega y Gasset, 1996: p.271)

Esta sociedad disociada, para lograr mantenerse existente necesita que su poder público intervenga de forma violenta sobre estas divisiones e incluso crear un cuerpo especial

⁷⁰ De igual forma en los pueblos de la Sierra ecuatoriana que en el pasado carecían de medios de comunicación social: Su carencia no implicó que no ejerzan comunicación social; más bien la ejercen de manera muy minuciosa. Cuando hay alguna novedad todos conocen lo que sucede. Es lo que comúnmente se conoce como “chisme”. El chisme es forma de comunicación social.

encargado de hacer funcionar el poder de forma dirimente. A este cuerpo especial es lo que se conoce como *Estado*. (Ortega y Gasset, 1996:pp. 271- 272)

Hemos hecho el esfuerzo de explicar en pocas páginas, lo que Ortega explicó en un par de cientos a fin de que se comprenda con claridad nuestra conclusión sociológica general sobre la Ley Orgánica de Comunicación que enunciamos en los siguientes puntos:

a) La LOC es por naturaleza un uso social de tipo duro cuyo objeto es controlar al uso social de tipo suave: En el primer artículo de la LOC dónde nos describe su ámbito y objeto⁷¹ nos indica que su campo de acción estará en el ejercicio a los Derechos a la Comunicación previstos en la Constitución⁷². Revisando el artículo 16 de la misma que enumera los derechos a la comunicación encontramos que la LOC está destinada a proteger, regular, y desarrollar la “...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.” (CRE, 2008)

Cuando el artículo hace referencia a todos los ámbitos de interacción social, entenderíamos, de buena fe, que no se refiere a la comunicación del plano interindividual⁷³, sino que se limita al plano de la comunicación social propiamente dicha. Esta regulación sobre la comunicación social es regulación de la opinión pública y de las opiniones particulares que sean sostenidas en medios de comunicación social. De hecho, una opinión individual puede volverse objeto de regulación de la ley si esta es difundida por cualquier medio –intuimos que se refiere a medios de comunicación social–, según se puede leer en la normativa vigente.

Las opiniones públicas son uso blando, o suave, como se explicó arriba. La LOC es uso duro. Una ley de comunicación, en definitiva, tendrá una función de regulación que puede acelerar o conservar a las opiniones, mediante el uso de sanciones, y así sostener el poder público

⁷¹ “Art. 1.- Objeto y ámbito.- Esta ley tiene por objeto desarrollar, proteger y regular, en el ámbito administrativo, el ejercicio de los derechos a la comunicación establecidos constitucionalmente.” (LOC, 2013)

⁷² “Art. 16.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

1. Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos.
2. El acceso universal a las tecnologías de información y comunicación.
3. La creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas.
4. El acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad.
5. Integrar los espacios de participación previstos en la Constitución en el campo de la comunicación.” (CRE, 2008)

⁷³ Ver título de 2.1.2, en la sección de vida interindividual.

dirigido a un fin. Esto le vuelve a la Ley de Comunicación un instrumento indiscutiblemente político.

b) La LOC puede funcionar como un instrumento político: Recordemos que de la opinión pública emana el poder público. Este *poder* se sustenta su aplicabilidad y su nivel sancionatorio en lo que la opinión pública mande. La hegemonía de la opinión pública se sostiene mientras no haya otro tipo de opiniones que la fragmenten. Si estas opiniones se fragmentan, como vimos arriba, el poder público se convierte en partidos con capacidad de pugnar el control del Estado e incluso llevar esta lid al nivel de la revolución o de la guerra civil tal como Ortega nos explicó.

Por eso, una ley de comunicación es más que oportuna para darle gobernabilidad a un Estado. Por medio de la LOC se puede evitar que el poder público se fragmente, a largo plazo, cortando o sancionando las opiniones que pongan en peligro el control y la estabilidad estatal.

Si a esto se le suma, no solo la capacidad de controlar opiniones particulares que pudieran volverse fuertes, sino también, un aparataje promotor que favorezca con publicidad la imagen de las actuaciones estatales, se habrá construido entonces el escenario perfecto para que sólo cierto tipo de ideas se mantengan vigentes, lo que haría que la forma del Estado ya no tenga su curso evolutivo natural sino que este irá moldeándose según un esquema ideológico.

Es importante vincular el esquema ideológico con el manejo de la libertad o control de la opinión. La opinión, como ya lo vimos arriba, carga consigo ideas. Estas ideas son capaces de penetrar en la realidad individual de cada uno para configurar el pensamiento. Si las opiniones no fluyen con libertad, el individuo tendrá menos acceso a ellas y su pensamiento se irá acoplado a lo que tiene a la mano. Por eso, es que resulta de gran importancia verificar la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Ivcher Bornstein en el que se dice que “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 revivir informaciones e ideas (...)” (Caso Ivcher Bornstein contra Perú, 2001)

El pensamiento, para desarrollarse de manera óptima, requiere de un flujo libre de información que le permita tener elementos de fuentes y recursos ideológicos diversos. Sin libertad a información, el individuo y la sociedad tendrán problemas para mejorar

progresivamente sus técnicas y usos. La técnica surge del pensamiento y es tanto mejor si este pensamiento puede nutrirse globalmente. En cambio la sociedad evoluciona en la medida en que sus individuos también lo hacen. Sin libertad de ideas, no habrá libertad de pensamiento y sin ésta, no habrá desarrollo personal, técnico, social que implica también lo político.

Por todo esto, es muy importante para los sectores políticos que exista o no exista, según el caso, la Ley Orgánica de Comunicación, pues si fuera cierto que obstruye el flujo de expresiones, por ende de ideas y pensamiento, esto en definitiva favorecería únicamente al partido político consolidado que tenga potestad de controlar, por medio del Estado, las opiniones y el pensamiento, lo que en consecuencia le daría capacidad de conservar el poder en el tiempo, el statu quo, el poder y cómodo en una circunstancia determinada.

También se podría proponer un escenario, en el que se justifica la LOC como instrumento político, porque evitaría que poderes fácticos no vinculados al Estado, y por tanto ajenos al sistema democrático, manejen libremente el poder de las comunicaciones.

Con todas estas condiciones dadas, y sin hacer juicios de valor, se comprendería que las comunicaciones son en esencia *poder* y la LOC, en correspondencia, sería un instrumento político. Quien se oponga a LOC, lo haría en razón de sentirse incómodo y limitado en sus pretensiones políticas. De esta manera la LOC, y su existencia o no, se vuelve determinante para la consecución o el mantenimiento del poder.

Finalizamos esta parte aclarando que, en esta sección dejamos planteados algunos elementos apriorísticos que puedan servir de reflexión. Ahora, es tiempo de revisar datos y cifras que nos den una idea de cómo se está desarrollando el fenómeno de la LOC en nuestra sociedad ecuatoriana.

2.2. Cumplimiento de la ley según los órganos de gobierno

El título de esta sección habrá logrado que el lector se cuestione por qué nuestro punto de referencia para conocer sobre el cumplimiento de la LOC debe partir de lo que nos dicen los órganos de gobierno y no otros sectores. La respuesta es simple y fue ya enunciada cuando estudiábamos el fenómeno de la LOC:

Conocimos, en primer lugar, que la opinión sobre una misma cosa puede ser variada y la LOC no es la excepción; tenemos marcados sectores que se oponen a su existencia y otros que la consideran oportuna. En medio de la controversia sobre el cumplimiento de la LOC,

no queda otra alternativa que iniciar el análisis con los datos de lo que es, en cierto modo, realidad objetiva, o impuesta, para todos; es decir, el Estado.

El Estado, por medio de sus órganos de gobierno se encarga de unificar y dirimir de forma coercitiva toda opinión fragmentada que amenace con partir la sociedad. El Estado nos guste o no, es una realidad que se impone, por lo general, a los deseos particulares que usualmente son más débiles.

Por eso, iniciar con lo que la *Superintendencia de la Información y Comunicación*⁷⁴, en adelante SUPERCOM, nos diga respecto a cómo se supone que la LOC se cumple nos ayudará a comprender la visión oficial y tendremos un punto sólido para empezar a reflexionar. Cotejaremos, claro está, este criterio con otro estudio para poder sacar nuestras conclusiones.

De acuerdo con el informe de rendición de cuentas del año 2016⁷⁵, de la SUPERCOM⁷⁶ se han realizado, a nivel nacional, procesos y actividades con el fin de asegurar el cumplimiento de la LOC. Los procesos realizados fueron los siguientes:

Procesos/Actividades	Detalle resumido
Libre Acceso y Ejercicio de los Derechos a la Información y Comunicación	Socialización y formación acerca de la Ley Orgánica de Comunicación (SUPERCOM, 2016: pp. 7-13)
Monitoreo de medios de comunicación social	Medios monitoreados de manera aleatoria: radio televisión e impresos (SUPERCOM, 2016: pp.13-14)

⁷⁴ “Art. 55.- Superintendencia de la Información y Comunicación.- La Superintendencia de la Información y Comunicación es el organismo técnico de vigilancia, auditoría, intervención y control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa; que cuenta con amplias atribuciones para hacer cumplir la normativa de regulación de la Información y Comunicación.” (LOC, 2013)

⁷⁵ Cada año la SUPERCOM realiza una rendición de cuentas en la que expone cómo ha trabajado para hacer cumplir la LOC. Hemos tomado como muestra delimitada el último informe que salió hasta la culminación de este trabajo.

Gestión Auditoría	Auditoría de tiraje en medios impresos nacionales, regionales y locales. Auditoría de Producción Nacional en medios audiovisuales. (SUPERCOM, 2016: p. 14-15)
Procedimientos administrativos	Denuncias, reclamos y procedimientos administrativos de oficio y sanciones (SUPERCOM, 2016: p.15-17)
Asuntos internos	Temas de comunicación institucional, asuntos económicos, aportes ciudadanos y compromisos. (SUPERCOM, 2016:28-41)

- Sobre el *Libre Acceso y Ejercicio de los Derechos a la Información y Comunicación*, el informe se divide en dos ejes: El primero que se titula ‘Acceso a Derechos para la Información y Comunicación’ en el que se nos explica las acciones de socialización y de formación que la SUPERCOM ha emprendido para la difusión social de la LOC.

El informe nos entrega una gráfica en la que se puede observar el número de ciudadanos formados en la LOC en relación a aquellos que han sido socializados. Según el informe: “En el año 2016 se logró llegar a un total de 28.089 ciudadanos de los cuales 21.152 han sido socializados y 6.937 formados.” (SUPERCOM, 2016: p. 8).

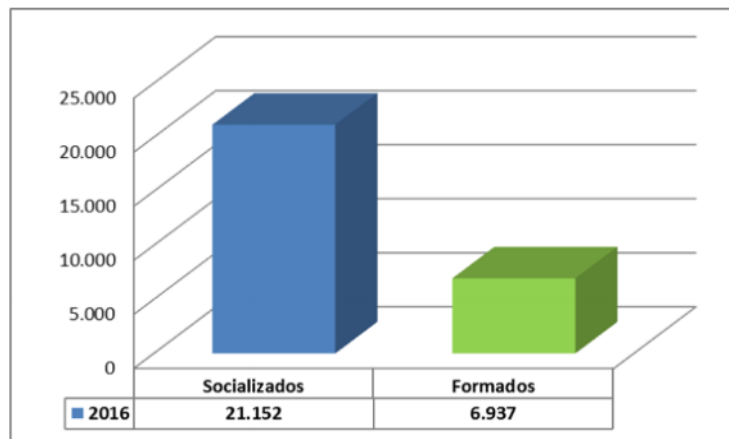


Ilustración 4: Ciudadanos Socializados y Formados
Fuentes: Intendencia Nacional de Promoción de Derechos/
Dirección Nacional de Acceso a Derechos

Fuente: SUPERCOM. (2016). *Rendición de Cuentas SUPERCOM 2016*.
Quito: Superintendencia de la Información y Comunicación. Pag. 7

El informe nos indica también el detalle de proyectos realizados para tales efectos:

Proyecto	Nro. De personas socializadas y formadas
Primer y segundo concurso* "Conoce tu Ley"	5.497
Cine barrial	2.085
Ruta de la alegría	3.329
Noticiero estudiantil	266
Micro proyectos Plataforma Digital Latitud 1x1 Ecuador: -Encuentros entre medios radiales y artistas. -Talleres, capacitaciones y eventos de difusión de la Plataforma Digital Latitud "1x1 - Ecuador". -Presentaciones de artistas de la Plataforma Digital "Latitud 1x1 - Ecuador". -Concierto Plataforma "Latitud 1x1 Ecuador"	2.179
Talleres de Socialización de la LOC.	8.505
Talleres formativos sobre la LOC.	5.140
Intendencia de Puertas Abiertas	894
Encuentros y Talleres de interculturalidad	174
Taller de Certificación: Nuestros Derechos.	20
Total	28.089

Fuentes: Intendencia Nacional de Promoción de Derechos/
Dirección Nacional de Acceso a Derechos

Fuente: SUPERCOM. (2016). *Rendición de
Cuentas SUPERCOM 2016*. Quito:
Superintendencia de la Información y
Comunicación. Pag.8

Incluye además una gráfica que nos indica datos relativos al proyecto Plataforma Latitud 1x1, que busca impulsar la publicación de música nacional en un portal web para que los

medios de comunicación puedan descargarlos y reproducirlos y cumplir con la norma de 1 x 1.

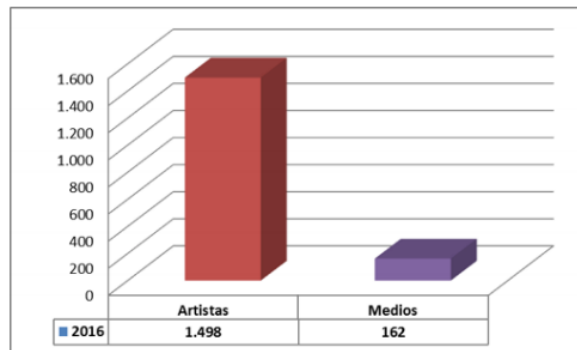


Ilustración 5: Usuarios Plataforma Latitud 1x1
Fuentes: Intendencia Nacional de Promoción de Derechos/
Dirección Nacional de Acceso a Derechos

Fuente: SUPERCOM. (2016). *Rendición de Cuentas SUPERCOM 2016*. Quito: Superintendencia de la Información y Comunicación. Pag.11

El segundo eje titulado Gestión Integral de Servicios a la Ciudadanía nos entrega dos gráficas: la primera expone los medios de atención ciudadana, entre los que constan los balcones de servicio, los puntos de atención ciudadana y los servicios en línea. Y la gráfica segunda, expone un proyecto llamado *Cabina 17* que nos indica la cantidad de niños y jóvenes que pudieron participar para conocer más de la LOC y hacer talleres lúdicos:

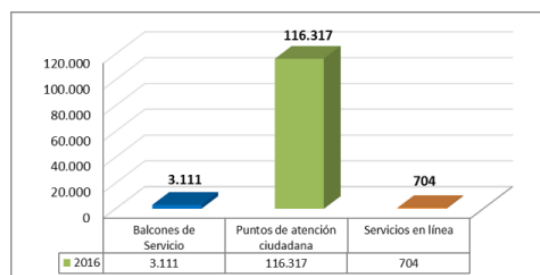


Ilustración 6: Atenciones Ciudadanas
Fuentes: Dirección Nacional de Servicios a la Ciudadanía

Fuente: SUPERCOM. (2016). *Rendición de Cuentas SUPERCOM 2016*. Quito: Superintendencia de la Información y Comunicación. Pag.11

Proyecto	Nro. Ciudadanos
Cabina 17	4.842

Tabla 2: Lista Proyectos Promoción de Derechos
Fuentes: Intendencia Nacional de Promoción de Derechos/
Dirección Nacional de Servicios a la Ciudadanía

Fuente: SUPERCOM. (2016). *Rendición de Cuentas SUPERCOM 2016*. Quito: Superintendencia de la Información y Comunicación. Pag.12

Hasta aquí hemos indicado, de la manera más fiel, qué es lo que dice el informe de la SUPERCOM sobre las acciones que ejerce para lograr el Libre Acceso y Ejercicio de los Derechos a la Información y Comunicación. Hacemos ahora nuestras observaciones:

El ejercicio libre de los derechos de información y comunicación en el Ecuador ha sido cuestionado en la esfera nacional e internacional. No haremos juicio valorativo sobre quién tiene razón: si el Estado ecuatoriano o sus cuestionadores. Pero dejamos en constancia que las acciones ejecutadas por la SUPERCOM, según su propio informe, no responden a este cuestionamiento de manera patente, sino, eventualmente de forma superficial e incluso pareciera ser indiferente.

El hecho central, para efectos de este estudio, es que la SUPERCOM, con estos datos, nos entrega un mensaje implícito que se podría colegir de la siguiente manera: “El ejercicio libre de los derechos de información y comunicación consiste en enterarse de lo que la LOC prescribe y tener claridad de cómo ésta se activa y facilidades para activarla en el caso de que haya una violación a la norma sin considerar de fondo lo que esta norma implique.”

Parece ser que todos los actos conducidos al refuerzo de la supuesta concreción del derecho de libertad de información y comunicación se limitan, según el propio informe, a socializar la ley y a instruir sobre sus mecanismos y facilidades de activación. Lo que nos da a entender que, según concluimos de la opinión del órgano de regulación de las comunicaciones, la LOC consagraría perfectamente el Derecho a la Libertad de información y Comunicación y por tanto es suficiente con difundirla y aplicarla. Se descarta por éste órgano que la LOC, eventualmente, estaría conculcando derechos por medio de su institucionalidad. Y que la realización plena está en que se ejecute a rajatabla.

No hay datos oficiales, a los que por el principio de Transparencia los ciudadanos tienen derecho, que nos indique con precisión cómo los procesos sancionatorios llevados a cabo por la SUPERCOM han hecho viable el pleno ejercicio de la libertad de información y comunicación. No, tampoco, existe una gráfica, útil, que marque un antes y un después para evaluar el progreso o regreso desde la creación de la LOC.

De hecho, el informe contiene datos que podrían servirle internamente sólo a la SUPERCOM: Es difícil comprender, por ejemplo, qué evidencia importante nos otorga el conocer cuántos ciudadanos se han capacitado en relación a los que sólo han sido socializados sobre la LOC, tal como expone la primera gráfica que introducimos.

Tampoco queda claro por qué la SUPERCOM se limita a considerar que sólo hecho de informarse sobre la LOC, hace viable la libertad de información y comunicación cuando, en realidad, la LOC podría ser un instrumento que trunque derechos; es decir, si fuera cierto que la LOC es inconveniente para el ejercicio de un derecho en concreto, informarse de ella y tener mecanismo para activarla, según nuestra opinión, no tendría ningún propósito.

Y, si por el contrario, la LOC favoreciera a la realización de los derechos, tampoco habría propósito funcional, legalmente respaldado, para justificar que la sola socialización sean suficientes para que la LOC cumpla su función: es decir, viabilizar la libertad de derechos de información y comunicación.

Lo que tenemos aquí es la afirmación ideológica de la LOC sin cuestionamientos y la difusión doctrinal de la misma en diversos sectores de la sociedad. Esto, de forma patente, no demuestra ser favorable para el ejercicio de la libertad de comunicación e información.

Por otro lado, el informe menciona el proyecto Plataforma Latitud 1 x 1 que consiste en un portal web en el que los artistas nacionales suben sus canciones para que los medios de comunicación las descarguen. Aplaudimos, esta iniciativa, que en efecto, y de forma positiva, es eficaz, en la medida que brinda facilidades a los medios de comunicación y a los artistas, para que puedan difundir su música nacional, que es una forma de expresión individual porque surge de la interioridad del artista y social porque esta expresión se difunde en medios de comunicación social nacionales con el matiz de ser música desarrollada en el contexto ecuatoriano.

Ahora bien, el ejercicio de Libertad de información y expresión no consiste únicamente en expresiones artísticas y mucho menos en arte juvenil. Recordemos que el arte, al igual que

el habla son solo medios de ‘decir’ lo que se tiene internamente. Existen diversas manifestaciones políticas que no parecen tener cabida en el accionar para impulsar de forma positiva la libertad de comunicación.

- Los siguientes puntos que el informe expone son *Monitoreo de medios de comunicación Social* al que trataremos conjuntamente con el punto de Gestión de Auditoría. Por un lado tenemos el monitoreo de medios que consiste en una verificación, permanente y aleatoria, para vigilar que no se incumpla con la Ley de comunicación. Según la SUPERCOM, sólo este año hicieron el monitoreo de 855 medios de comunicación, entre radio, televisión e impresos (SUPERCOM, 2016: p. 13).

Medios Monitoreados		Porcentaje
Radio	557	65%
Televisión	116	14%
Impresos	182	21%
Total	855	100%

Tabla 3: Medios Monitoreados
Fuentes: Intendencia General Técnica de la Información y Comunicación

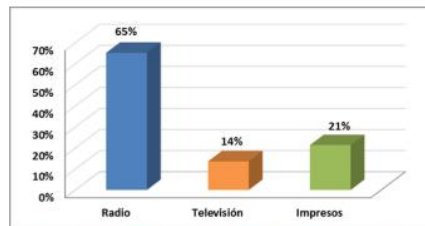


Ilustración 7: Porcentaje de Medios Monitoreados
Fuentes: Intendencia General Técnica de la Información y Comunicación

Fuente: SUPERCOM. (2016). *Rendición de Cuentas SUPERCOM 2016*. Quito: Superintendencia de la Información y Comunicación. Pag.13

De todos estos medios de comunicación se hizo un monitoreo de un total de 4297 programas de radio y televisión.

Programas monitoreados	
Radio	3214
Televisión	1083
Total	4297

Tabla 4: Programas monitoreados a nivel nacional
Fuentes: Intendencia General Técnica de la Información y Comunicación

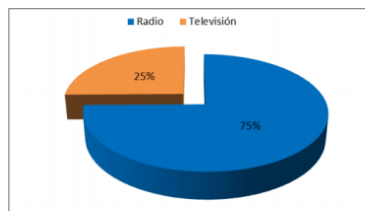


Ilustración 8: Programas Monitoreados a Nivel Nacional
Fuentes: Intendencia General Técnica de la Información y Comunicación

Fuente: SUPERCOM. (2016). *Rendición de Cuentas SUPERCOM 2016*. Quito: Superintendencia de la Información y Comunicación. Pag.14

Luego tenemos los datos de Gestión de Auditoría, que evidencian el número de inspecciones que se hicieron sobre los medios para verificar, independientemente de lo que hayan declarado, si el medio de comunicación cumple o no con lo que exige la LOC.

Medios Auditados	
Número de medios auditados por tiraje	14
Número de medios audiovisuales auditados por difusión de producción nacional	17

Tabla 5: Procesos de Auditoría
Fuentes: Intendencia General Técnica de la Información y Comunicación

Fuente: SUPERCOM. (2016). *Rendición de Cuentas SUPERCOM 2016*. Quito: Superintendencia de la Información y Comunicación. Pag.14

De estos datos sale a la luz una realidad que, aunque conocida por todos, es motivo de gran debate: El Estado, por medio de la SUPERCOM, es eficaz cuando vigila, monitorea, audita a los medios de comunicación social y a sus contenidos.

Si esto es justo o injusto no es tema que trataremos en este capítulo. Nos basta por ahora señalar que la LOC ha generado una institución muy eficaz para la observación de los medios de comunicación y de sus contenidos. Esta vigilancia efectiva es lo que le permitirá tener mayor control coercitivo para poder aplicar sanciones en el caso de una violación a la norma.

- Por último el informe de la SUPERCOM, incluye los puntos de *Casos administrativos* en el que nos muestra datos sobre las denuncias, reclamos y procedimientos administrativos de oficio (SUPERCOM, 2016: p.15-16), seguido del punto de las *Sanciones* (SUPERCOM, 2016: p.17) que en conjunto con el tema de Procedimientos, trataremos con más amplitud en el siguiente título.
- El informe continúa con tres puntos administrativos internos que son *Comunicación e imagen institucional* (SUPERCOM, 2016:p. 18-19), *Ejecución presupuestaria y Contratación Pública* (SUPERCOM, 2016: p. 19-29). Haremos notar un dato interesante sobre el punto de Comunicación e imagen institucional: Resulta que la SUPERCOM, al igual que muchos otros órganos del Estado mantiene campañas propagandísticas constantes para legitimar su existencia ante la sociedad.⁷⁷ Para evaluar cuanta acogida tienen la SUPERCOM en la opinión pública (se notará ahora la precisión del concepto), contrataron una investigación de mercados que arrojó los siguientes datos:

¿Usted considera que el desempeño del organismo regulador de la Ley de Comunicación para proteger los derechos de los ciudadanos ha sido hasta ahora?						
	Junio %	Julio %	Agosto %	Septiembre %	Octubre %	Promedio %
Malo	8	7	5	8	6	6,8
Regular	34	38	42	35	35	36,8
Indiferente	25	17	15	21	21	19,8
Bueno	32	33	32	31	32	32
Muy Bueno	1	2	2	3	4	2,4
No responde	0	3	4	2	2	2,2

Tabla 6: Percepción Ciudadana
Fuentes: Coordinación General de Imagen y Comunicación

Fuente: SUPERCOM. (2016). *Rendición de Cuentas SUPERCOM 2016*. Quito: Superintendencia de la Información y Comunicación.
Pag.14

La interpretación de la gráfica que escribieron en el informe dice textualmente: “Sobre la aceptación a la gestión institucional, el 34,4% de los encuestados califica como buena y muy buena.⁷⁸” (SUPERCOM, 2016: p. 19)

Esta calificación que se excede de optimista, como cuando se pide la percepción de un vaso lleno hasta la mitad y las personas positivas lo verán medio lleno, mientras que los pesimistas lo verán medio vacío: Si bien el 34,4% de los encuestados califica como buena y muy buena

⁷⁷ No podía ser para menos: una sociedad que debate sobre el flujo de información, pensamiento y comunicación lo mínimo que debe tener es un gobierno consciente de la importancia de su manejo.

⁷⁸ La muestra que se tomó fue: “La encuesta se aplicó en las ciudades de: Quito, Guayaquil, Cuenca, Ambato, Manta, Machala, Portoviejo y Santo Domingo a personas de entre 18 a 75 años, muestra total de 9.000 casos.” (SUPERCOM, 2016:p. 19)

la labor de la SUPERCOM en su función de proteger derechos, el 43,6% de encuestados, cifra del propio informe, califica a la gestión de la SUPERCOM como mala y regular.

Estaríamos entonces, ante una situación de opinión pública dividida o por lo menos vale la consideración de que la LOC no es una idea reinante; no es una *vigencia* en el sentido sociológico que hemos explicado arriba. Con esto no queremos decir que la LOC sea ineficaz. Creemos, fundamentados en los propios datos que nos ha otorgado la SUPERCOM, que la LOC, aunque pudiera ser eficaz tiene un problema con la opinión pública: no es una ley del agrado de la gente⁷⁹, su aplicación genera un cuestionamiento social que supera las posturas ideológicas.

Aunque la LOC no sea popular, no se puede negar que su existencia ha sido vital para el manejo de la gobernabilidad del Estado, por todas las razones que ya hemos explicado. Pronosticamos, por lo pronto, que su derogación o cambio, dependerá mucho del ejercicio político más que de las cuestiones jurídicas de fondo.

Nos aventuramos a plantear esta inquietud: Los esfuerzos de socialización e instrucción sobre la LOC, de los que se habló en el primer punto del informe, no son en esencia acciones dirigidas a fortalecer el ejercicio del derecho a la libertad de información y comunicación (sin considerar lo que este concepto implique); sino que son actividades de promoción ideológica, de un intento de instauración de ideales particulares referentes a este derecho: un ejercicio publicitario dirigido especialmente a jóvenes.

Por último, el informe finaliza con el punto de *Aportes ciudadanos*, en los que no se evidencia que se haya sugerido la derogación o modificación de la LOC. Y en el listado de *Compromisos* que asume la SUPERCOM da la impresión de que se mantendrá funcionando igual que siempre con la intención de llamar a dialogar para evaluar eventuales reformas⁸⁰.

⁷⁹ Los políticos lo saben. Todos los sectores políticos en campaña se mostraban abiertos a tratarla.

⁸⁰ Los compromisos que asume la superintendencia en su informe son:

“Continuar con la labor de monitoreo de los medios de comunicación para garantizar la participación de productores ecuatorianos en la generación de piezas publicitarias.

- Una vez que se cuente con la disponibilidad presupuestaria se retomarán proyectos estratégicos como el Concierto 1X1 además de las Ruedas de Negocios, en donde los artistas presentan su trabajo musical ante promotores y productores.

- Promover la participación de los jóvenes en procesos comunicacionales a través de la ejecución del concurso “Conoce tu Ley” por lo menos dos veces al año, con el fin que los estudiantes tengan oportunidad de viajar al exterior para fortalecer sus carreras y conocer in situ el trabajo periodístico de medios internacionales.

- Los medios deben transmitir aspectos interculturales para cumplir con la LOC; de esta manera todos los pueblos y nacionalidades pueden difundir y producir en su propia lengua contenidos que reflejen su cosmovisión, cultura y tradiciones.

- Invitar a un diálogo con sectores del ejecutivo, legislativo y medios de comunicación para generar reformas que requiere la LOC.” (SUPERCOM, 2016:p. 41)

Esta intención de llamar al diálogo para cuestionarse sobre posibles reformas es evidencia clara de lo que hemos manifestado: la LOC pese a su eficacia no es socialmente aceptada.

2.3. Medios sancionatorios de la ley orgánica de comunicación

Habíamos visto que la sanción es el mecanismo esencial para hacer eficaz una norma. Hablar de los medios sancionatorios cuando se hace un estudio de la eficacia nos obliga a ir más allá de la lectura de la LOC. Ferrajoli, en su *Epistemología Jurídica y Garantismo* nos explica el método sociológico de análisis normativo con un ejemplo⁸¹ que ahora parafraseamos: A la pregunta, *¿cómo se sanciona la oferta del tráfico de influencias en el Ecuador?*, el dogmático jurídico dirá que en *todos los casos* de tres a cinco años según el art. 286 del Código Orgánico Integral Penal⁸². Esta es una respuesta *jurídicamente verdadera*. (Ferrajoli, 2004: pp. 25-26)

En cambio, en un estudio sociológico es imperativo observar los datos de cuántas denuncias se presentan por este tipo de casos y cuántas llegan a juicio y culminan, finalmente con sentencia condenatoria. Luego de hacer esta revisión, la opinión sociológica jurídica podría ser que en la mayoría de los casos *no se sanciona* la oferta de tráfico de influencias: una respuesta claramente contradictoria a la jurídicamente verdadera; sin embargo, esta respuesta es *factualmente verdadera*. (Ferrajoli, 2004:p. 25-26)

En esta sección nos interesa la verdad factual; esa que está dirigida al análisis de la dimensión fáctica del derecho; de manera concreta queremos indagar sobre los hechos relativos a los medios sancionatorios de la LOC. Por eso analizaremos, con los datos estadísticos más recientes hasta la terminación de esta investigación⁸³, dos dimensiones fundamentales –el procedimiento y la sanción– que nos servirán para comprender hacia dónde está dirigida la eficacia de la LOC.

⁸¹ El ejemplo original dice lo siguiente: “A la pregunta ‘¿Cómo está castigado el hurto en el derecho italiano?’ el jurista dogmático responderá dando lectura a los artículos 624 y 625 de nuestro código penal, es decir que “el hurto está castigado (o bien todos los hurtos están castigados) con reclusión hasta tres años y con la multa de doce mil a doscientas mil liras o con las penas superiores o inferiores previstas por las eventuales circunstancias agravantes o atenuantes”. El sociólogo del derecho responderá por el contrario, previa lectura de los anuarios estadísticos y los sucesivos cálculos de las medias de las denuncias y de las condenas por hurto en el periodo analizado (supongamos, el último decenio), que “sobre el 96% de los hurtos denunciados no son castigados y sus autores permanecen desconocidos” (Ferrajoli, 2004:p.)

⁸² El artículo dice:” Artículo 286.- Oferta de realizar tráfico de influencias.- La persona que, ofreciéndose a realizar la conducta descrita en el artículo anterior, solicite de terceros: dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o acepte ofrecimiento o promesa, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.” (COIP, 2014)

⁸³ Para hacer este análisis nos ocuparemos de los datos más actuales brindados por una investigación de Fundamedios, publicada en el libro “El delito de Expresarte, nueve lecturas críticas sobre la Ley de comunicación”, y el último informe de Rendición de Cuentas 2016 de la SUPERCOM.

2.3.1. Procedimientos y sanciones administrativo de la LOC

El Estado actúa por medio de sus órganos para hacer cumplir las normas, pero esta actuación procede según lo que establece la ley; es decir, que la actuación del Estado debe seguir un *procedimiento*. Para la aplicación concreta de la LOC, se ha dispuesto el procedimiento administrativo⁸⁴.

El procedimiento administrativo que “(...) es el instrumento jurídico por el que se viabiliza el actuar de la relación administrado-Administración.” (Dromi, 2009: p.1105) es mecanismo de gobierno que “(...) describe, articula, regula y a la vez habilita el ejercicio de las prerrogativas públicas que integran el poder.” (Dromi, 2009:p.1105) y no debe ser confundido con el proceso judicial.

Los procesos administrativos se activan en la SUPERCOM, de dos formas según señala el art. 57 de la LOC: de *oficio*, cuando la propia institución estatal toma la iniciativa y *por reclamo o solicitud* cuando los ciudadanos presentan sus denuncias.

Una vez terminado el proceso la SUPERCOM, definirá si impone o no una sanción en el caso de que encuentre que se haya violentado una norma. Al inicio de este capítulo ya hablamos sobre la sanción. Por ahora sólo agregaremos que las sanciones que impone la LOC son de naturaleza administrativa, y constituyen manifestación del poder de policía⁸⁵ (Dromi, 2009: p. 896).

A continuación procedemos a realizar el análisis de los datos más importantes para conocer el funcionamiento de la LOC:

- **Procesos resueltos y en trámite**

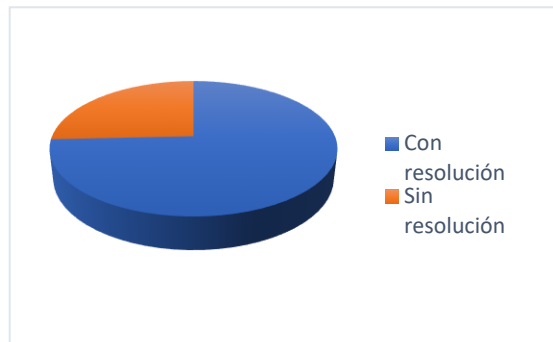
Según el último informe de Fundamedios, la mayor parte de los casos que analizaron, se encuentran ya resueltos por la SUPERCOM:

⁸⁴ “Art. 57.- Procedimientos administrativos.- Los procedimientos administrativos para que los ciudadanos presenten reclamos y solicitudes sobre el ejercicio de sus derechos a la comunicación, así como los procedimientos para que de oficio se proteja tales derechos o se exija a los administrados el cumplimiento de las obligaciones determinadas en esta Ley, serán establecidos en el Reglamento que emitirá para tales efectos el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación. Además de las sanciones o medidas administrativas fijadas en esta Ley, para cada caso específico, la Superintendencia de la Información y Comunicación podrá realizar comunicaciones y amonestaciones escritas a los administrados para llamar su atención sobre prácticas que deben ser mejoradas o corregidas porque ponen o pueden poner en riesgo el ejercicio de los derechos a la comunicación.” (LOC, 2013)

⁸⁵ Se aclara que en este caso nos referimos a *poder de policía* como concepto de Derecho administrativo y no al órgano policial encargado de la seguridad de los ciudadanos. La policía y el poder de policía debe entenderse como las limitaciones a los derechos individuales, en razón del interés público. (Dromi, 2009:p.863)

Proceso con resolución o sin resolución

Con resolución o sin resolución	
Con resolución	450
Sin resolución	156



Fuente: FUNDAMENDIOS. (2017).
Hallazgos. P, Sevilla, *El delito de expresarte. Nueve lecturas críticas sobre la Ley de Comunicación*. Quito: Fundamedios. Pag.62

Estos datos tendrían plena concordancia con lo expuesto en el informe de rendición de cuentas del 2016 de la SUPERCOM, con el añadido de aquí se clasifica la muestra de los procesos ya resueltos en aquellos que han terminado en sanción, absueltos y archivados.

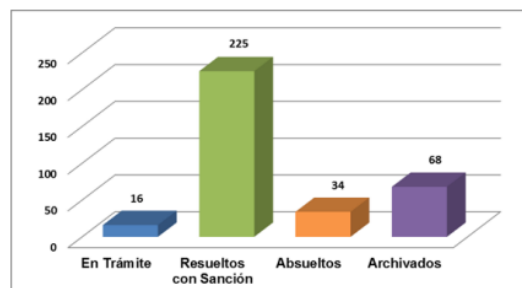


Ilustración 10: Estado Procedimientos Administrativos Tramitados por Denuncia y de Oficio
Fuente: Intendencia General Jurídica de la Información y Comunicación

Fuente: SUPERCOM. (2016). *Rendición de Cuentas SUPERCOM 2016*. Quito: Superintendencia de la Información y Comunicación. Pag.16

Los datos son ciertamente reveladores: cuando un órgano estatal con atribuciones sancionatorias tiene más casos resueltos que los que están en trámite es señal de que sus procedimientos son ágiles. Pamela Sevilla, en la sección de hallazgos del informe de Fundamedios nos indica que en promedio un caso en la SUPERCOM puede tardar hasta 24 días en resolverse. (FUNDAMENDIOS, 2017:p. 58)

Y menciona, sin entrar en detalles, que hay casos particulares que duran el doble: ella plantea la hipótesis de que estas demoras pueden tener la intención de evitar sancionar a unos, y mantenerse como una amenaza latente contra otros (FUNDAMENDIOS, 2017:p. 58). Como no explica sus razones, aclaramos que esta aseveración debe quedar en el plano de lo supuesto. Mencionamos además que aparte de celeridad en la resolución de casos llama la atención que la mayor parte termina en sanción

- **¿Cómo inician los procesos?**

Decíamos que hay dos formas de iniciar un proceso: Por iniciativa propia de la SUPERCOM o por medio de una denuncia ciudadana. Según se evidencia en los datos del informe de la SUPERCOM la mayor parte de procesos inician de oficio por reporte interno del órgano regulador.

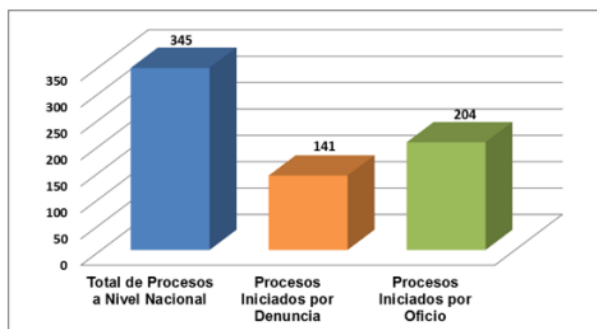


Ilustración 9: Procedimientos Administrativos Tramitados a Nivel Nacional
Fuente: Intendencia General Jurídica de la Información y Comunicación

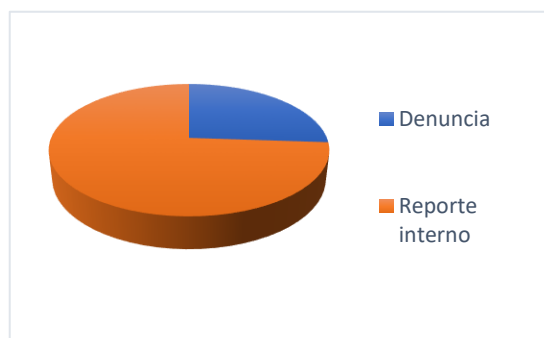
Fuente: SUPERCOM. (2016). *Rendición de Cuentas SUPERCOM 2016*. Quito: Superintendencia de la Información y Comunicación. Pag.15

Este dato es corroborado con los que la investigación de FUNDAMEDIOS: la SUPERCOM inicia la mayor parte de procesos administrativos. Así se comprueba que es el propio estado el que activa los mecanismo regulatorios y sancionatorios más que cualquier otro ciudadano; el Estado es, por lo tanto, el mayor usuario de la LOC. FUNDAMEDIOS menciona también

que la mayor parte de los procesos iniciados de oficio terminan en sanción. (FUNDAMENDIOS, 2017:pp. 59-60)

¿Cómo inicia el proceso?

¿Cómo inicia el proceso?	
Denuncia	158
Reporte interno	448



Fuente: FUNDAMENDIOS. (2017). Hallazgos. P, Sevilla, *El delito de expresarte. Nueve lecturas críticas sobre la Ley de Comunicación*. Quito: Fundamedios. Pag.62

- **Tipo de Denunciante**

El informe de la SUPERCOM hace también una segmentación sobre los denunciantes, sacando de la muestra a los procesos descartando que se activan de oficio:

“De las 141 denuncias recibidas en el año 2016 se evidencia que el mayor número de accionantes corresponde a la ciudadanía con 88 denuncias generadas, seguida de Gobiernos Autónomos con 23 denuncias presentadas, 17 son de Empresas Públicas, 7 pertenecen a organizaciones, 4 a Empresa Privada, 1 a medios de comunicación y 1 a Función Legislativa.” (SUPERCOM, 2016: p 17)

Si bien la gráfica demuestra que la mayor parte de accionantes son ciudadanos, no pasa por desapercibido el hecho de que, aún en este gráfico, una gran parte de los denunciadores son servidores públicos o instituciones del Estado.

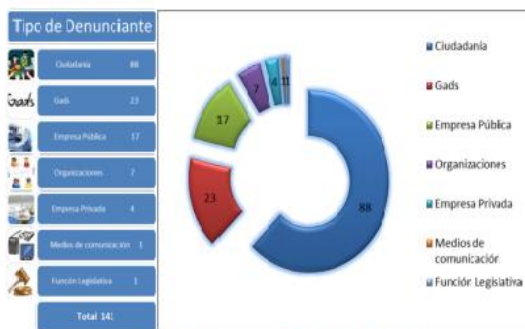


Ilustración 11: Accionantes/Tipo de Denunciadores
 Fuentes: Intendencia General Jurídica de la Información y Comunicación; Direcciones Zonales

Fuente: SUPERCOM. (2016). *Rendición de Cuentas SUPERCOM 2016*. Quito: Superintendencia de la Información y Comunicación. Pag.16

Ahora, sobre este mismo punto, FUNDAMEDIOS pormenoriza el detalle indicando que , el 22,54% de dos denunciadores fueron funcionarios públicos; mientras que el otro 69% de las denuncias restantes fueron presentadas por ciudadanos particulares, que no registran ser funcionarios públicos. Se sugiere que no hay datos objetivos que determinen si entre los ciudadanos particulares existen vínculos con funcionarios públicos. También se colige que, al menos, el 70% de los denunciadores son hombres. (FUNDAMENDIOS, 2017: p. 59).

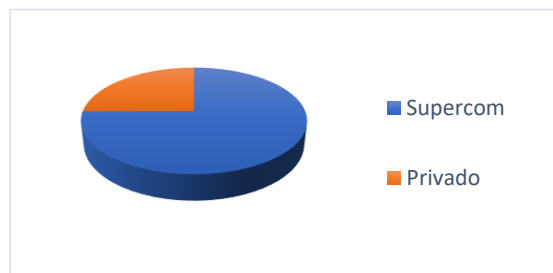
Nuestra conclusión para estos indicadores es que la LOC le debe gran parte de su eficacia al impulso que le da el propio Estado. Los ciudadanos particulares que activan los procedimientos son minoría.

- **Procesos con resolución**

De los procesos con resolución, al menos el 75% son iniciados por la SUPERCOM. Y solo el 25% de los casos resueltos son privados (FUNDAMENDIOS, 2017:p. 63).

¿Cómo inician los procesos con resolución?

¿Cómo inician los procesos con resolución?	
SUPERCOM	337
Privado	113



Fuente: FUNDAMENDIOS. (2017). Hallazgos. P, Sevilla, *El delito de expresarte. Nueve lecturas críticas sobre la Ley de Comunicación*. Quito: Fundamedios. Pag.63

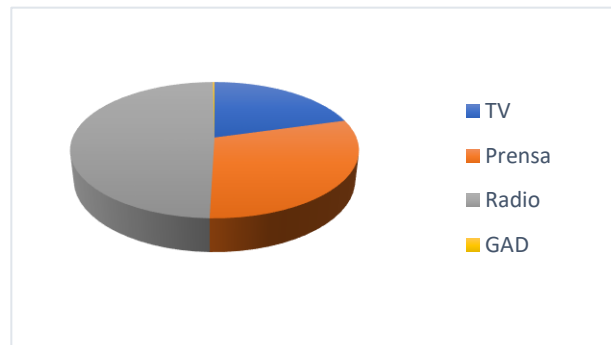
La tendencia que observamos sobre el Estado accionante, por medio de la propia institución o por medio de funcionarios públicos e instituciones estatales, podría ser indicio confirmatorio de que la LOC es esencialmente un instrumento político.

- **Medios de comunicación más procesados**

En el informe de FUNDAMEDIOS, resalta que la radio se lleva el mayor número de procesos, seguido de la prensa escrita y la televisión y un proceso en contra de un Gobierno Autónomo Descentralizado. Pamela Sevilla, quien expone los hallazgos, concluye que analizando estos números y tomando en consideración que las radios son el medio de comunicación más numeroso en el país, la prensa escrita, que, se lleva casi un tercio de los procesos es el medio de comunicación al que más le ha impactado la LOC (FUNDAMENDIOS, 2017:p. 58-61)

Procesos con resolución por tipos de medios procesados

Procesos con resolución por tipos de medios procesados	
TV	93
Prensa	134
Radio	222
GAD	1

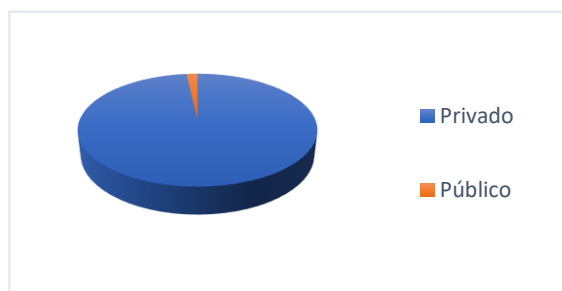


Fuente: FUNDAMENDIOS. (2017). Hallazgos. P, Sevilla, *El delito de expresarte. Nueve lecturas críticas sobre la Ley de Comunicación*. Quito: Fundamedios. Pag.63-64

Otro dato interesante es que de todos los procesos con resolución casi el 98% son medios privados y apenas 8, que equivale a aproximadamente el 2%, son medios públicos. Los medios públicos parecen no conocer la realidad de los procesos administrativos, como lo conocen los medios privados.

Procesos con resolución por tipos de medios procesados (público o privado)

Tipo de medios público y privado	
Privado	442
Público	8



Fuente: FUNDAMENDIOS. (2017). Hallazgos. P, Sevilla, *El delito de expresarte. Nueve lecturas críticas sobre la Ley de Comunicación*. Quito: Fundamedios. Pag.64

- **Tipo de sanción**

El informe de la SUPERCOM indica que el mayor número de sanciones que se aplican son de tipo pecuniario, es decir multas que afectan de forma económica al medio de comunicación sancionado.

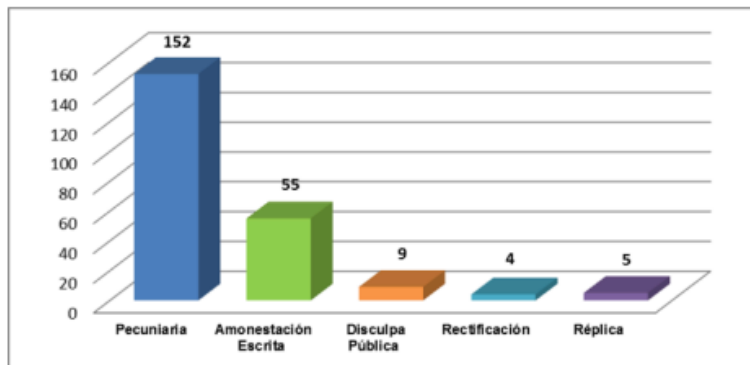


Ilustración 12: Tipo de Sanciones

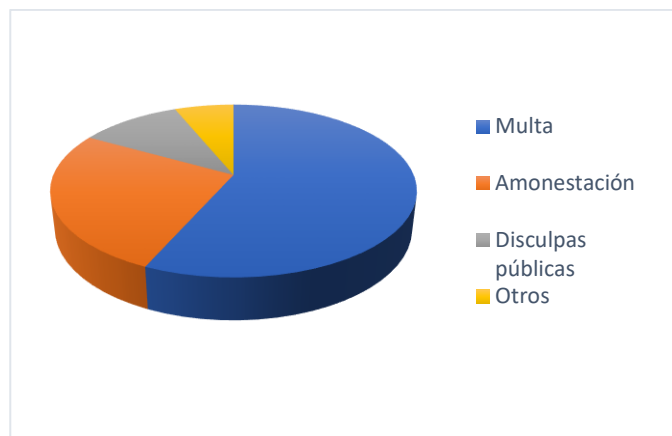
Fuentes: Intendencia General Jurídica de la Información y Comunicación; Direcciones Jurídicas Intendencias Zonales

Fuente: SUPERCOM. (2016). *Rendición de Cuentas SUPERCOM 2016*. Quito: Superintendencia de la Información y Comunicación. Pag.17

En la muestra de FUNDAMENDIOS los datos coinciden, proporcionalmente, confirmando el informe de la SUPERCOM. La réplica y rectificación son las formas menos comunes de sanción.

Procesos con resolución por tipo de sanción

Tipo de sanción	
Multa	255
Amonestación	119
Disculpas públicas	48
Otros	28



Fuente: FUNDAMENDIOS. (2017). Hallazgos. P, Sevilla, *El delito de expresarte. Nueve lecturas críticas sobre la Ley de Comunicación*. Quito: Fundamedios. Pag.65

De estos datos Pamela Sevilla concluye que no hay proporcionalidad al aplicar las multas pues en el 71% de los casos se aplica la más cuantiosa sin considerar el alcance del medio de comunicación. Y nos recuerda que para la CIDH, las multas pueden representar un mecanismo de censura indirecta para los medios de comunicación grandes. (FUNDAMENDIOS, 2017:p. 82)

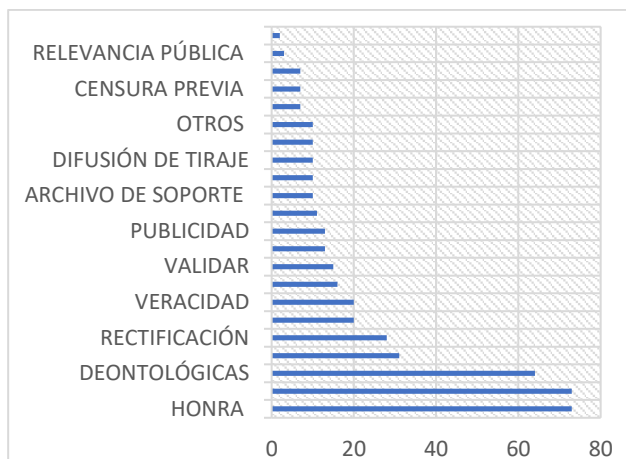
- **¿Qué protege la LOC?**

El informe de Fundamedios nos provee, además, de datos que nos demuestran cuál es la razón por la que más se activa un proceso en la SUPERCOM, de lo que se extrae las tres principales razones por las que se activa la LOC son aquellas comunicaciones que afectan la honra, el incumplimiento de otorgamiento de copias y asuntos deontológicos (FUNDAMENDIOS, 2017:p. 65-67).

Procesos con resolución por derecho afectado

DERECHO		
HONRA	73	16%
SOLICITA COPIA	73	16%
DEONTOLÓGICAS	64	14%
NO DISCRIMINACIÓN	31	7%

RECTIFICACIÓN	28	6%
INFORMACIÓN	20	4%
VERACIDAD	20	4%
LINCHAMIENTO	16	4%
VALIDAR	15	3%
CUOTA NACIONAL	13	3%
PUBLICIDAD	13	3%
RÉPLICA	11	2%
ARCHIVO DE SOPORTE	10	2%
DERECHOS DE AUTOR	10	2%
DIFUSIÓN DE TIRAJE	10	2%
FRANJAS HORARIAS	10	2%
OTROS	10	2%
ASUNTOS JUDICIALES	7	2%
CENSURA PREVIA	7	2%
CLASIFICACIÓN DE CONTENIDOS	7	2%
RELEVANCIA PÚBLICA	3	1%
APOLOGÍA DELITO O VIOLENCIA	2	0%
	450	100%



Fuente: FUNDAMENDIOS. (2017). Hallazgos. P, Sevilla, *El delito de expresarte. Nueve lecturas críticas sobre la Ley de Comunicación*. Quito: Fundamedios. Pag.65-67

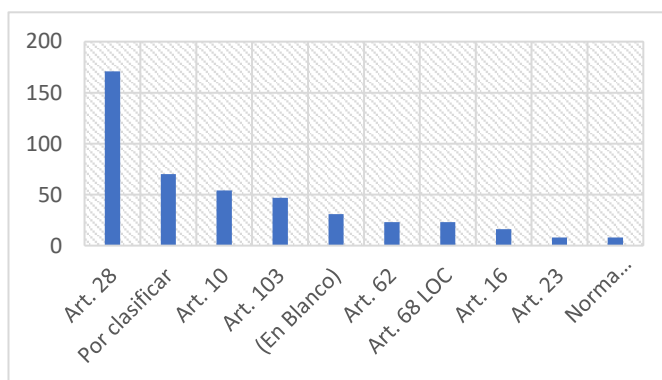
También tenemos la clasificación por el artículo principal por el que se resuelve un proceso en la SUPERCOM, descubrimos que la mayoría de casos implican el art. 28 de la LOC referente a la solicitud de copias⁸⁶.

Procesos con resolución por artículo de la LOC

Medio público o privado	Artículo principal
Art. 28	171
Por clasificar	70
Art. 10	54
Art. 103	47
(En Blanco)	31

⁸⁶ El artículo en cuestión es: “Art. 28.- Copias de programas o impresos.- Toda persona que se sienta afectada por informaciones de un medio de comunicación, podrá solicitar fundadamente copias de los programas o publicaciones. Los medios de comunicación tienen la obligación de atender favorablemente, en un término no mayor a 3 días, las solicitudes de entrega de copias de los programas o publicaciones que sean presentadas por escrito. La falta de cumplimiento de esta obligación, será sancionada administrativamente por la Superintendencia de la Información y Comunicación con una multa de 1 a 4 remuneraciones básicas mínimas unificadas del trabajador en general para el medio que no atienda oportunamente este pedido, sin perjuicio de que emita inmediatamente la copia solicitada.

Art. 62	23
Art. 68 LOC	23
Art. 16	16
Art. 23	8
Norma Internacional	8



Fuente:

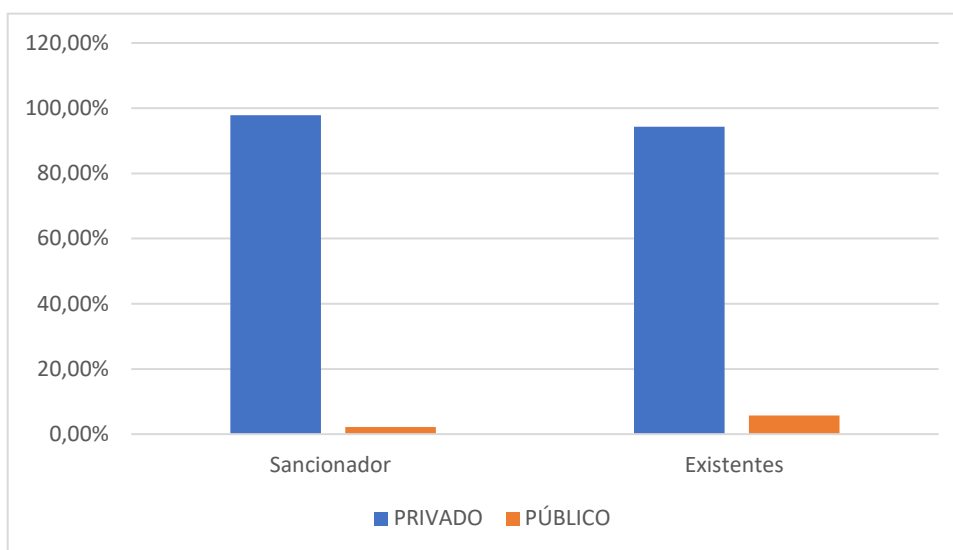
FUNDAMEDIOS. (2017). Hallazgos. P, Sevilla, *El delito de expresarte. Nueve lecturas críticas sobre la Ley de Comunicación*. Quito: Fundamedios. Pag.68

- **Relación de sanción y tipo de Medio de Comunicación**

Por último tomamos del informe de FUNDAMEDIOS datos que nos revelan que además de que los medios privados son los que más se sancionan en relación a lo públicos, la mayoría de procesos contra los medios privados termina en sanción mientras que en los medios públicos a pesar de representar apenas el 2% de los casos existentes, de este pequeño porcentaje se extrae que sólo el 6% de los de los casos contra medios públicos terminan en sanción.

Procesos por tipo de medios o por sanción o no

Medio público o privado	Sancionador	Existentes
PRIVADO	97,79%	94%
PÚBLICO	2,21%	6%



Fuente: FUNDAMENDIOS. (2017). Hallazgos. P, Sevilla, *El delito de expresarte. Nueve lecturas críticas sobre la Ley de Comunicación*. Quito: Fundamedios. Pag.69

2.3.1.1. Nuestras observaciones

- Al revisar estos datos se confirma que la LOC es una norma eficaz.
- La LOC le debe su eficacia, en su mayor parte, al impulso que le da el Estado y a las personas vinculadas a éste.
- La mayoría de procesos iniciados van en contra de medios de comunicación privados.
- Los procesos contra los medios de comunicación pública son escasos y de los pocos existentes, un porcentaje de apenas el 6% termina en sanción.
- El principal tipo de sanción es la multa lo cual, por un lado, beneficia al Estado pues se vuelve una forma de obtener ingresos, y por otro lado perjudica a los medios de

comunicación privados. Como los medios de comunicación privados se sostienen con los ingresos que autogestión, las constantes multas pueden representarle una forma de censura previa indirecta, pues el medio, para no ser multado y no verse amenazado con la quiebra, se abstendrá poco a poco de incurrir en prácticas tendientes a ser penalizadas.

- La mayor parte de procesos que la SUPERCOM sanciona son relativos a la honra, a la entrega de copias y a las normas deontológicas, como ya habíamos mencionado. Esto es evidencia de que se valora más los límites de la libertad de expresión y la disciplina de los medios en torno a las normas deontológicas que la propia promoción de la libertad de comunicación e información.

2.3.2. Dificultades al momento de aplicar la ley orgánica de comunicación

Hemos comprobado, con el análisis de los datos que tomamos de la SUPERCOM y FUNDAMEDIOS, que la LOC es eficaz. Pero no solo eso, sino que también pudimos observar, a breves rasgos, la tendencia hacia dónde va dirigida su eficacia. Ahora es momento de cuestionarnos sobre algo fundamental: ¿Es la LOC es eficaz en la medida que cumple la función para la que fue creada?

Para responder esta pregunta primero debemos tener claro cuál es la finalidad de la LOC. Según el su art. 1 la LOC fue creada para *“desarrollar, proteger y regular, en el ámbito administrativo, el ejercicio de los derechos a la comunicación establecidos constitucionalmente.”* (LOC, 2013)

Estos derechos a los que hace referencia son los que están enlistados en la *Sección Tercera* de la Constitución que trata sobre la comunicación e información. Adicionalmente la Constitución en su art. 385, inciso segundo, dice *“El sistema de comunicación social asegurará el ejercicio de los derechos de la comunicación, la información y la libertad de expresión, y fortalecerá la participación ciudadana.”* (CRE, 2008)

Hasta aquí se entiende que la intención constitucional de hacer una ley que regule la comunicación consistía en que esta ley sea protectora y promotora de los Derechos de la Comunicación e información. No estamos entrando en el análisis o juicios formales sobre la LOC. Estamos, simplemente, apegándonos a lo que los propios textos legales nos indican.

Las estadísticas, sin embargo, nos muestran que en su aplicación, la LOC está destinada a proteger más la honra y el cumplimiento de las normas deontológicas que la libertad de comunicación, información y expresión. ¿Es esto una indebida eficacia de la LOC?

Creemos que sí: La honra es uno de los límites a la libertad de expresión. Todo ejercicio de derechos debe tener sus límites legales y es el Estado quien puede ejecutarlos apegándose a la legalidad. En el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante CADH, nos indica que la libertad de expresión no puede estar sujeta a censura previa sino a responsabilidad ulterior que debe estar legalmente regulada para asegurar el respeto a la reputación de los demás, el orden público la salud y la moral pública⁸⁷. En este sentido la Ley cumple formalmente.

La importancia de que no exista censura previa radica en que es necesario que los otros se informen de lo que una persona dice, pues si se le censura se estaría violentando el derecho de las personas a recibir información (Caso Ivcher Bornstein contra Perú, 2001). Ahora, si esa persona, dice algo que sobrepasa los límites legales, debe ser sancionada, pero no censurada. Para eso existen acciones civiles como penales a fin de que los individuos afectados puedan hacer prevalecer su derecho a la honra.

Nuestra LOC, sin embargo, está siendo más aplicada para ejecutar una función sancionadora de asuntos contra la moral y las normas deontológicas que para promover la libertad de comunicación e información. De esta manera la LOC, por su aplicación, deja de ser una ley de comunicación y se vuelve una ley de protección de la honra y de la promoción de la buena conducta periodística.

Esta sería la razón por la que la LOC es catalogada por varios sectores sociales como una ley sancionadora. Pues su eficacia no está enfocada en acciones positivas como la promoción de la libertad de comunicación e información, o acciones negativas como el simple respeto que consistiría en que el Estado no intervenga en el libre desarrollo de las comunicaciones.

⁸⁷ El texto de la CADH dice: “2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

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

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

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.” (CADH, 1969)

En conclusión, creemos que la LOC es eficaz, pero no está siendo aplicada para cumplir su razón formal de existencia que es el desarrollo del ejercicio libre de las comunicaciones.

CAPÍTULO III

3. JUSTICIA EN LA LEY ORGÁNICA DE COMUNICACIÓN

Luego de que hemos realizado el análisis sobre la validez de la LOC y de que hemos verificando su eficacia, llegamos al último capítulo de este estudio en el que nos proponemos a valorar el último criterio referente a la *Justicia* de la LOC. Siendo la justicia un tema controversial en el mundo de la filosofía del derecho, tratemos de delimitar lo que, para efectos de este trabajo, consideramos central en la problemática de la justicia.

Esclareceremos también conceptos fundamentales sobre la dimensión axiológica (valores-principios) y luego estudiaremos la composición valorativa de la LOC y sus normas superiores para analizar sus compatibilidades. Finalmente estudiaremos las incompatibilidades que nuestro cuerpo normativo puede tener si se lo compara con principios internacionales sobre la libertad de expresión y trataremos una muestra de cómo la aplicación de la LOC puede tener resultados injustos, es decir, incompatibles con lo que el propio texto expresa.

3.0.1. El problema de la justicia en la LOC

Siguiendo fieles al método propuesto por Bobbio, decimos que “El problema de la justicia es el problema de la correspondencia o no de la norma a los valores superiores o finales que inspira un determinado orden jurídico. “ (Bobbio, 2005: p. 20) Esta definición nos insinúa que *“Plantear el problema de la justicia o injusticia de una norma equivale a plantear el problema de la correspondencia entre lo que es real y lo que es ideal.”* (Bobbio, 2005:p. 21) Por eso es que consideramos al problema de la justicia *“(…) como el problema deontológico del Derecho”* (Bobbio, 2005:p. 21)

La deontología –relativa a la valoración de la justicia– como la ciencia del *deber ser*, en contraste con la ontología –relativa a la valoración de la validez– que es la ciencia del *ser*, nos propone que el ejercicio intelectual que haremos con la LOC consistirá en comparar dos planos: por un lado, el plano ideal que nos servirá como parámetro de lo que es justo, y por otro lado tomamos la realidad tal cual para ver si corresponde o no con este parámetro de lo justo. Entenderíamos con esto que lo justo, para efectos de la valoración jurídica, es la congruencia entre los valores que se desean instaurar y los valores reales que contiene la norma que nos disponemos a analizar. (Bobbio, 2005: p. 20-21)

Aclaremos que en esta sección no se pretendemos definir si existen conjuntos valores compuesto de forma universal, idénticos en todo tiempo y lugar al que podamos atribuirle la categoría de lo indiscutiblemente justo, sino que basta con entender “*que todo ordenamiento jurídico persigue algunos fines, y aceptar que estos fines representan los valores para cuya realización el legislador, más o menos conscientemente, más o menos adecuadamente dirige su actividad.*” (Bobbio, 2005: p. 20)

Bobbio nos indica que “*Cuando se considera que hay valores supremos, objetivamente evidentes, preguntarse si una norma es justa o injusta equivale a preguntarse si es apta o no para realizar esos valores.*” (Bobbio, 2005:p.21). Pero también se puede dar el caso de que haya alguien que no crea en la existencia de valores absolutos, entonces “*(...) el problema de la justicia o injusticia de una norma tiene un sentido: equivale a preguntarse si esa norma es apta o no para realizar los valores históricos que inspira ese ordenamiento jurídico, concreta e históricamente determinado.*” (Bobbio, 2005: p. 21)

En nuestro caso específico, y por las razones que se explicarán más adelante, creemos que los valores tienen el carácter objetivo, absoluto, irreal y abstracto. El problema de la justicia en la valoración de tipo jurídica, es, en definitiva un problema que tiene por objeto el análisis de la dimensión axiológica del Derecho; es decir, aquella dimensión en la que los objetos reinantes son los valores⁸⁸.

3.1. Dimensión axiológica de la LOC

La dimensión axiológica es esa realidad virtual del Derecho compuesta, esencialmente de valores. Estos valores inspiran y fundamentan el ordenamiento jurídico orientándolo hacia determinados fines.

Hernán Salgado dice que “*Cuando se considera que el Derecho pretende alcanzar determinados fines y que sus normas buscan plasmar valores específicos se puede concluir que ningún sistema normativo es neutral.*” (Salgado Pesantes, 2010: p. 35) Esto significa que la composición axiológica de cada Estado manifiesta una tendencia específica; es decir, que los valores predominantes instaurados tienen su sesgo de preferencia. Pero ¿De quiénes son esos valores que lograron imponerse para volverlos Derecho? Creemos que son los más

⁸⁸ Recordemos que la dimensión normativa y la fáctica tienen como objeto reinante a la norma y a los hechos, respectivamente.

fuerteres, o poderosos, quienes impondrán la configuración axiológica de un Estado. Ya lo habíamos dicho citando a Bobbio:

“El derecho es, así, la expresión de los más fuertes y no de los más justos, y será tanto mejor en cuanto los más fuertes sean también los más justos.” (Bobbio, 2005: p. 174)

Por eso, las posturas políticas pugnan por vencer al contrario y convertirse en dominantes y así establecer su sistema de valores enunciados en sus manifiestos ideológicos y de esta forma modelar el Estado por medio de la adaptación del Derecho.

La realidad del mundo globalizado nos da dos posibilidades en torno a valores: el de los ordenamientos jurídicos nacionales, que tiene que ver con el modelo axiológico al que inspiran a los ordenamientos jurídicos de cada Estado y los modelos internacionales vigentes que son parámetros de valores contenidos en los ordenamientos normativos que consagran los derechos humanos⁸⁹.

Así lo comprobaremos en el análisis de la LOC la cual deberá cotejarse tanto con los propios fines del Derecho nacional y de paso, referenciarse con los fines del Derecho internacional que en ciertos casos tienen carácter vinculante.

Ahora, nos detendremos un momento a resolver una cuestión fundamental para continuar con este análisis: definir concretamente qué son los valores, realidad fundamental de la que debemos ocuparnos en este capítulo.

3.1.1. ¿Qué son los valores?

Para poder comprender lo que son los *valores* volveremos a apoyarnos en el filósofo José Ortega y Gasset que en su texto, Introducción a una Estimativa, nos da los parámetros para definir de forma precisa las cualidades constitutivas de un valor. Esta sección es ineludible para efectos de la valoración de la de justicia de la LOC, pues el no tener una concepción clara de lo que el valor significa puede conducirnos a los equívocos que generen errores de percepción en nuestro estudio. Comencemos:

Ortega se contrapone a la idea de pensar que los valores tienen relación directa con el bien. Para él, los valores pueden ser tanto negativos como positivos y pensar que sólo son buenos

⁸⁹ Es pertinente señalar que los Derechos humanos como fuente de derecho lograron su reconocimiento tras la victoria del sistema democrático en la Segunda Guerra Mundial. Podemos aventurarnos a decir que si otros hubieran sido los vencedores, el sistema axiológico internacional sería distinto.

nos hace ver únicamente una especie de valores y creer que no existen los otros. La LOC, en este sentido, puede tener una valoración negativa o positiva, pero jamás será carente de valor.

Los valores no son las cosas agradables: se llegó a pensar que las cosas tenían valor según nos agraden. Así lo que más me agrade tendría más valor y lo que menos me agrade tendría poco o ningún valor. Ortega se opone a esta idea pues el hecho de que me agrade algo que objetivamente es negro y a otro le desagrade no implica que este objeto se vuelva más o menos negro. No se debe confundir al valor con la complacencia. La complacencia si bien es subjetiva, siempre es consecuencia de algo objetivo. La complacencia no nace del sujeto mismo sino que nace de algo que complace externamente. El valor sobre algo aparece en nuestra consciencia antes de que nos agrade o nos desagrade. (Ortega y Gasset, 1966:pp. 319-322)

Dejamos constancia que por este motivo que el valor global de la LOC y los valores que esta contenga no dependerán de ninguna manera dependerá de la complacencia o displicencia social.

Los valores no son las cosas deseadas o deseables: Se solía pensar también que el valor está en cuánto se desea una cosa. Se valora principalmente lo que no existe. Según esta teoría, los grandes valores son ideales y por eso no se han realizado todavía y se los persigue: como la justicia. La riqueza sería algo deseable en lugar de la pobreza y por eso, según este criterio, sería valiosa. El problema es que nuevamente se cae en el error de creer que el valor es atribuido por la psiquis del que desea. Ortega hace notar que a un sentimiento de deseo o desagrado no le corresponde el valor que el objeto tiene por sí mismo. Si una persona por salvar a un niño de ser atacado por un perro puede sufrir una mordedura, y por tanto algo desagradable, su valoración del hecho será positiva. Por otro lado alguien que no ha comido en dos días será capaz incluso de vender su libro favorito para poder comer. Pero eso no quiere decir que para él, su libro haya dejado de ser valioso. Por tanto, los valores no dependen de lo que nuestra consciencia les atribuya. (Ortega y Gasset, 1966:pp. 323-325)

Al leer la LOC, podríamos no estar de acuerdo con lo que prescribe y en consecuencia se podría desear otros modelos valorativos que consagren, por ejemplo, más libertad que límites. Esto, sin embargo, no significaría que el modelo deseado es más valioso que la LOC en su composición actual.

Los valores son algo objetivo y no subjetivo: Con el mismo ejemplo de *lo deseable*, Ortega hace una diferenciación para explicar la objetividad de los valores. Nos muestra que hay dos

formas de entender lo deseable: la primera como la *posibilidad de ser deseado* en razón de la carencia, como se explicaba arriba; y la segunda como algo que *merece ser deseado* a pesar de que nadie lo desee. La riqueza por ejemplo es deseable aunque haya gente que por convicción personal haya hecho votos de pobreza, o los ricos que por tener tanta la dejan de desear. La riqueza es deseable independientemente de si se la desea o no. Sólo en éste último sentido lo deseable es un valor. (Ortega y Gasset, 1966; pp. 325-327)

Del mismo modo el valor de la LOC es objetivo, sea su composición axiológica positiva o negativa, o sea de nuestro agrado o desagrado. Lo subjetivo radicaría, como se verá ahora, en la capacidad que cada persona tiene de percibir el valor.

Los valores son cualidades irreales residentes en las cosas: Para explicar este punto, Ortega propone que el *valor* debe diferenciarse de las *cosas que valen*. Las cosas contienen valores y no al revés. La belleza no es el cuadro sino que la belleza está en el cuadro. La elegancia no es el traje sino que el traje contiene la elegancia. Las cosas contienen valores pero si tratamos de ver esos valores con los ojos, nos daremos cuenta de que es tarea inútil. Los valores habitan en su propia realidad; son irreales, pero no inexistentes, en el sentido de que su existencia es inmaterial. Los números por ejemplo no se encuentran por ningún lugar del mundo pero existen. El mundo está compuesto por cosas que van más allá de la materialidad. Los valores pueden ser sentidos, o mejor dicho, estimados. Estimar es una función psíquica real, como el ver o el comprender, por el cual los valores se hacen patentes. Y del mismo modo los valores no existirán para aquellos que carezcan de esta función de estimación. Para Ortega, sólo en este sentido, y en ninguno más, puede hablarse de subjetividad en los valores. (Ortega y Gasset, 1966:pp. 328-330)

En este sentido hay gente para cuya percepción se escapan los valores contenidos en la LOC y en consecuencia tendrán una reacción negativa o positiva; de rechazo o de aceptación. Lo subjetivo nace de la carente estimación del valor de algo.

El conocimiento de los valores es absoluto y casi matemático: Esta es una de las observaciones más interesantes que hace Ortega sobre los valores: Todo valor por ser cualidad, recae sobre realidades en concreto; cuando valoramos, lo hacemos en función de algo; la belleza debe recaer sobre un objeto, la bondad sobre una persona. (Ortega y Gasset, 1966:p. 330)

Adicionalmente podemos conocer el valor antes que el objeto y viceversa. Un ejemplo de esto es que los cuadros de *El Greco*, se podrían contemplar mucho antes de que se descubra

su valor. En cambio se puede estimar la belleza o la elegancia mucho antes de que podamos encontrar un objeto con estas cualidades. Lo mismo sucede con los números: sabemos lo que es el número 10 antes de encontrarnos con 10 unidades de algo en el mundo real. Y del mismo modo podemos encontrarnos con un grupo de cosas para luego percatarnos que al contarlas son 10. (Ortega y Gasset, 1966:p. 331)

La experiencia de los valores se efectúa de forma independiente a la experiencia de las cosas. El conocimiento de las cosas es opaco a nuestra percepción: cuando encontramos una manzana debemos darle la vuelta para poder conocerla en su integridad. En cambio el conocimiento del valor, al igual que el del triángulo, el número y el concepto, es de naturaleza transparente. Se estiman a primera vista en su total integridad. La primera visión de los valores ya nos entrega su realidad absoluta. La estimación, por tanto, de la geometría de la matemática y de los valores es que su naturaleza es absoluta. (Ortega y Gasset, 1966:pp. 331-332)

En este punto, por ejemplo, disponemos de la LOC, pero apenas vamos a valorarla, demostrando así que nuestra experiencia con la LOC es diferente a su valor en sí. Y además, tenemos una concepción de lo que el valor justicia significa para este caso independientemente de que conozcamos si la LOC se subsume o no a lo justo.

Dimensiones del valor: Ortega nos indica las dimensiones del valor que son: *cualidad*, *rango* y *materia*. La dimensión de la cualidad del valor es usualmente dicotómica: positiva o negativa; la belleza es positiva, la fealdad es negativa. El rango en cambio hace referencia a la jerarquía de valores: la justicia, por ejemplo será superior a la elegancia. Lo útil será superior a lo bello. Y estas cualidades nos conducen a entender que un valor tiene materia en sí mismo, de lo contrario no se le podría atribuir el rango ni la cualidad. La elegancia es por sí misma al igual que la belleza y la justicia. (Ortega y Gasset, 1966:pp. 332-334)

Lo justo es por sí mismo, antes de que recaiga o no recaiga sobre la LOC. Lo justo tiene cualidad positiva, y en el rango de los valores encabeza los fines del ordenamiento jurídico.

Clasificación de los valores: Ortega luego de mostrarnos una noción clara del valor, nos facilita, para fines meditativos, un cuadro de valores haciendo notar que la clasificación de valores es un tema que deberá tratarse en otro estudio. (Ortega y Gasset, 1966:pp. 331-332)

Valores positivos y negativos.

Útiles.....	}	Capaz—Incapaz.
		Caro—Barato.
		Abundante—Escaso, etc.
Vitales.....	}	Sano—Enfermo.
		Selecto—Vulgar.
		Enérgico—Inerte.
		Fuerte—Débil, etc.
	}	Conocimiento—Error.
		Exacto—Aproximado.
		Evidente—Probable, etc.
Espirituales.....	}	Bueno—Malo.
		Bondadoso—Malvado.
	}	Justo—Injusto.
		Escrupuloso—Relajado.
		Leal—Desleal, etc.
	}	Bello—Feo.
		Gracioso—Tosco.
		Elegante—Inelegante.
		Armonioso—Inarmónico...
Religiosos.....	}	Santo o sagrado—Profano.
		Divino—Demoníaco.
		Supremo—Derivado.
		Milagroso—Mecánico, etc. (1).

Fuente: Ortega y Gasset, J. (1966). Introducción a una Estimativa. En J. Ortega y Gasset, Obras Completas - Tomo VI (págs. 315-335). Madrid: Revista de Occidente. P.334

Con este gráfico podemos encasillar a la justicia dentro de los valores morales, y a su vez, estos dentro de los valores espirituales. La búsqueda del valor Justicia en la LOC será, por tanto, de carácter moral.

Caemos en cuenta de que la concepción de valores de Ortega es oportuna para que podamos analizar con más precisión la dimensión valorativa de la LOC. Recogemos como puntos positivos que las observaciones del filósofo español ofrecen la posibilidad de tomar a los valores de forma objetiva, libre de relativismos, y por tanto, es un aporte que ayudará a que un estudio valorativo de cualquier índole sea factible. Más aún cuando este estudio intente ver la realidad de los valores libre de gustos personales.

Pero detengámonos un momento para poner a prueba la teoría de los valores que estamos acogiendo: En medio de esta investigación nos encontramos con el texto *de Introducción al Estudio del Derecho* del académico mexicano Jaime Cárdenas Gracia que en su capítulo sobre *Los valores jurídicos* nos dice lo siguiente:

Sobre los valores han existido históricamente tres posiciones: la objetivista que sostiene que los valores son absolutos, eternos e inmutables, sin que dependa de la experiencia humana; la subjetivista que reduce los valores al plano de los deseos o intereses de los individuos, y la intersubjetivista o discursiva que indica que los valores son el resultado

de la racionalidad práctica, que llega a ellos a través de un consenso social abierto y revisable. (Cárdenas Gracia, 2009: p. 219)

De esta cita podemos extraer la inclusión de una nueva forma de concebir los valores a la que Cárdenas llama *intersubjetivista*, distinta a la objetivista que defendemos y a la subjetivista que consideramos inoportuna. Cárdenas, continúa:

La primera posición⁹⁰ parece no ser aceptable porque al propugnar un orden axiológico, cerrado y ahistórico de valores metafísicos, eternos e inmutables, un sector de la sociedad puede sentirse intérprete de ese orden con exclusión de los demás sectores. El subjetivismo por su parte, conduce a la anarquía y a un relativismo extremo sobre los valores, en donde cada quien pretende imponer su punto de vista a los demás. En cambio el intersubjetivismo promueve la idea de procedimientos y reglas imparciales para generar un consenso racional sobre valores y las necesidades básicas de los seres humanos. (Cárdenas Gracia, 2009:pp. 219-220)

De acuerdo con lo expresado, Cárdenas pareciera invalidar la teoría que hemos acogido de Ortega sobre los valores objetivos; mas, en defensa de la idea este valioso conocimiento señalamos los errores en los que el académico mexicano ha caído:

En primer lugar, confunde la concepción de *valores absolutos* con la propugnación de *un orden axiológico absoluto*. Con los valores se puede configurar ordenamientos jurídicos pero la concepción de Ortega no defiende un tipo de ordenamiento ideal. Si habláramos en términos culinarios, el ordenamiento sería un pastel y los valores sus ingredientes. El hecho de que pueda preparar distintas cosas con los mismos ingredientes no le quitan el valor de harina a la harina. Por tanto, la concepción de valores absolutos y objetivos, de ninguna manera propone un ordenamiento único.

También señala que con la concepción objetiva de los valores un sector de la sociedad se puede sentir intérprete de los ellos excluyendo a los demás. Pero, ¿No es esto lo que siempre sucede y a lo que llamamos ‘Fenómeno político’? Parece ser que Cárdenas desconoce que los Ordenamientos Jurídicos, como señalamos arriba citando a Salgado, nunca son neutrales y, nosotros creemos, que tampoco son consensuados. Son impuestos por la política dominante que tuvo la capacidad de modelar el Derecho, según sus valores.

⁹⁰ Se refiere a la que hemos acogido de valores absolutos.

Estamos de acuerdo con Cárdenas cuando dice que la concepción subjetivista de los valores lleva al extremo relativismo y a la anarquía ya que todos intentarán imponer sus propios valores. En realidad, con el subjetivismo no se trata de imponer valores sino gustos y deseos, cuestión que Ortega ya nos advirtió.

Finalmente, Cárdenas propone un modelo intersubjetivo que “(...) *promueve la idea de procedimientos y reglas imparciales para generar un consenso racional sobre valores y las necesidades básicas de los seres humanos.*” (Cárdenas Gracia, 2009: p. 220)

Esta idea que, según Cárdenas, es parte de la concepción axiológica actual, corroboraría, aparte de que lo actual no siempre es lo mejor, que existe una grave confusión entre lo que es un *valor* y lo que es el *proceso de instauración del mismo en un ordenamiento jurídico*. Los valores no son consensuados; en último caso su instauración sí. Pero la instauración de un valor no se logra de la forma romántica, y jamás vista en la historia, que propone Cárdenas; sino por el contrario, el valor que se instaure es el que sobrevive a las pugnas políticas que lo coronan como vencedor haciéndole parte de configuración del ordenamiento jurídico de un Estado; una Asamblea Constituyente jamás se reúne para crear nuevos valores, sino solamente a implantar los que ya existían y los, que a las fuerzas políticas dominantes en esta asamblea, le parezcan ideales. La propuesta de intersubjetividad termina siendo, como se puede deducir del propio texto de Cárdenas, una propuesta de subjetividad en extenso más complicada.

Así salvamos la postura que compartimos de Ortega, sobre los valores objetivos y podemos avanzar en terreno sólido con nuestro análisis.

Concluimos que la valoración de la justicia dentro del método de valoración jurídica de Bobbio tiene por objeto, en primer lugar, identificar los valores como realidades objetivas que inspiran a un ordenamiento jurídico y luego compararlos con el objeto de nuestro estudio que puede ser una norma o un hecho.

Ensayamos un concepto para este caso en concreto: *la justicia es la realización de los valores imperantes: lo injusto será, por el contrario, la contradicción de estos valores.* Y por eso la *valoración jurídica de la justicia* consistirá en el ejercicio de cotejar los valores imperantes de un ordenamiento jurídico con los valores contenidos en la LOC. Para efectos de este estudio entendemos entonces, que los valores son cualidades absolutas, objetivas e irreales que están contenidas en todas las cosas.

3.1.1.1. Los valores jurídicos

Continuando con la terminología de Ortega y Bobbio, podríamos construir una definición de los valores como *cualidades abstractas y objetivas de tipo moral, contenidas y proyectadas en las normas jurídicas*. Las normas contienen valores y estos valores están dirigidos para implementarse en la sociedad y en las personas. Los valores cumplen una función deontológica en el derecho porque las normas son, como define Kelsen, juicios del *deber ser*⁹¹.

El hecho de que la norma contenga el valor de la *igualdad*, no sólo significará que la norma es igualitaria, sino que además pretende que la sociedad y las personas a la que va dirigida también lo sean. Por eso, Hernán Salgado dice que *“Las normas se fundamentan en valores y éstos determinan su finalidad y su justificación”* (Salgado Pesantes, 2010, p. 35)

Los valores de las normas también le dan coherencia y unidad al contenido del ordenamiento jurídico, pues los principales valores se enuncian en la Constitución y las normas inferiores deberán apegarse a estos. De ahí que los valores de las normas superiores buscarán fijar el parámetro del “deber ser” de la sociedad, de los individuos y de las propias normas inferiores.

A su vez, los valores de las normas están configurados de forma jerarquizada según la importancia que el poder originario les otorgue: así se determinarán los fines específicos hacia los que se conduce cada ordenamiento jurídico. Nos disponemos ahora a analizar cuáles son los valores imperantes nuestro ordenamiento jurídico relativos a la LOC.

3.1.2. Principios del Derecho y la Ley Orgánica de Comunicación

Usualmente la LOC se coteja con principios y no con valores. Y es en este punto que ineludiblemente debemos preguntarnos ¿Es lo mismo un valor que un principio? Expliquémoslo a continuación:

Cuando se habla de las cualidades de los ordenamientos jurídicos encontramos que además de la unidad y la coherencia tenemos *la plenitud*, que consiste en *“la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso.”* (Bobbio, 2005: p.208)

⁹¹ Al respecto, Nino nos dice: “Kelsen distingue dos tipos de juicios. En primer lugar, los juicios de ser, que son enunciados descriptivos, susceptibles de verdad o falsedad. En segundo término, los juicios de deber ser, que son directivos y respecto de los cuales no tiene sentido predicar verdad o falsedad.” (Nino, 2003:p. 79)

Por el contrario, dice Bobbio: A la ausencia de una norma se le denomina *laguna*, por lo cual plenitud significaría *ausencia de lagunas*. (Bobbio, 2005:p. 208)

A falta de normas, el ordenamiento jurídico tienen la capacidad de completarse por dos métodos: la heterointegración y la autointegración: “*El primer método consiste en la integración llevada por medio de dos vías: a) recurriendo a ordenamientos diversos; b) recurriendo a fuentes distintas de la dominante (la ley, en el ordenamiento que hemos examinado).*” (Bobbio, 2005:p. 230)

Pero el que nos interesa por ahora es el método de autointegración que consiste en: “*la integración llevada a cabo por el mismo ordenamiento, en el ámbito de la misma fuente dominante, sin recurrir a otros ordenamientos., o recurriendo mínimamente a fuentes distintas de la dominante.*” (Bobbio, 2005:pp. 232-233); es decir, el ordenamiento jurídico se completa a sí mismo; llena sus lagunas usando sus propios recursos. Estos recursos son el método de la analogía y del uso de *principios generales*. Nos interesa explicar estos últimos ya que la expresión puede llevar a confusiones en el estudio axiológico.

Algunos autores de la filosofía del Derecho han confundido a *los principios generales* con los valores. Así lo nos lo demuestra Bobbio cuando nos cita a Betti que dice:

Uno de tales instrumentos (de heterointegración)⁹² por los principios generales del derecho solo si se les puede reconocer una fuerza de expansión no meramente lógica, sino axiológica, como para ir más allá de las soluciones legislativas determinadas por su valoración y, por consiguiente, capaz de trascender el mero derecho positivo. (Bobbio, 2005:p.239)

Y luego señala también que:

Y es que, así como las normas individuales no reflejan sino en parte los principios generales..., así también los principios generales, en cuanto criterio de valoración immanentes al orden jurídico, se caracterizan por un exceso de contenido deontológico (o axiológico, si se desea), frente a las normas particulares también reconstruidas en su sistema. (Bobbio, 2005:p. 239)

No entraremos a analizar las críticas que Bobbio hace respecto a estas afirmaciones de Betti; en cambio, haremos notar que la concepción de Principio General de Betti, cuando afirma

⁹² Para Betti, el uso de los principios generales consistía en heterointegración y no en autointegración. (Bobbio, 2005:p. 239)

que los principios generales tienen un contenido axiológico, parece desconocer que las normas del derecho positivo también las tienen.

No se percata que el contenido axiológico –los valores– tienen que recaer sobre algo, en este caso sobre una norma. Los principios generales, por tanto, son normas que contienen valores al igual que cualquier otra. La diferencia está, como señala Bobbio, en que los Principios Generales son normas fundamentales, generalísimas del sistema que pueden o no hacerse manifiestas en el ordenamiento jurídico⁹³. La Constitución, por ejemplo, está llena de Principios generales que dan directrices a las normas inferiores que de esta se desprenden. (Bobbio, 2005:p. 238-241) Por lo tanto, el análisis valorativo de la LOC no consistirá en identificar principios generales, sin perjuicio de que nos encontremos con ellos, sino en identificar valores y reflexionar sobre la justicia de la LOC.

3.2. Contenido axiológico de la ley orgánica de comunicación

Ahora que hemos revisado los conceptos generales sobre los cuales realizaremos el presente análisis, estableceremos los valores que consagran las normas superiores de la LOC en materia de comunicación para cotejar y definir si hay compatibilidad o no⁹⁴. Así podremos tener claridad, a primer rasgo, si es la LOC es una norma que puede encasillarse en lo que consideramos justo.

3.2.1. Tabla de normas y valores

A continuación presentaremos una tabla que contiene los valores de la normativa pertinente. El ejercicio consistió en revisar los artículos de las normas y extraer el valor que consagran. Citamos dos ejemplos de cómo lo hicimos: 1) tomemos el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos humanos que dice:

“Art. 19.- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el 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.” (DUDH, 1948)

⁹³ Pero son solo los Principios Generales que no están manifiestos son los que sirven para el proceso de autointegración dado que si estuvieran manifiestos, no habría vacío y no cabría la necesidad de usarlos para llenar las lagunas del ordenamiento jurídico. (Bobbio, 2005:239-240)

⁹⁴ Nuestra Constitución en su artículo 425 nos indica, el orden jerárquico de aplicación de nuestras normas, del que extraemos las tres que nos interesan en materia de comunicación: La Constitución, los tratados y convenios internacionales y, por supuesto la Ley Orgánica de Comunicación. Iniciaremos tomando los valores desde las normas más generales que son las de carácter internacional y culminaremos en la LOC, que es objeto de nuestro estudio.

De esta norma extraemos el valor consagrado que, para este caso es el de la *libertad*. 2) Ahora tomemos el primer inciso de la norma del linchamiento mediático de nuestra LOC que dice:

“Art. 26.- Linchamiento mediático.- Queda prohibida la difusión de información que, de manera directa o a través de terceros, sea producida de forma concertada y publicada reiterativamente a través de uno o más medios de comunicación con el propósito de desprestigiar a una persona natural o jurídica o reducir su credibilidad pública.” (LOC, 2013)

Entenderíamos entonces que el valor que se extrae de esta norma, no es el linchamiento mediático ni el prestigio, sino el de la *dignidad* pues el fin que persigue es proteger el prestigio de las personas. Revisemos la tabla:

TABLA DE NORMAS Y VALORES RELATIVAS A LOS DERECHOS DE COMUNICACIÓN		
Cuerpo normativo	Normas	Valores
Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)	<i>Artículo 1</i>	Libertad, igualdad y fraternidad
	Art. 12 sobre la honra	Dignidad, respeto, privacidad, legalidad,
	Art. 19 libertad de opinión y expresión	Libertad
Convención Americana de	Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos	Dignidad, libertad, igualdad,

sobre Derechos Humanos (CADH)	Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad	dignidad, respeto, legalidad, privacidad,
	Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión	Libertad, Dignidad, Respeto, Responsabilidad, Orden, seguridad, , Igualdad, fraternidad, Paz, interés superior de la niñez, bien común, responsabilidad, legalidad, moral pública.
	Art. 14 Rectificación o respuesta	Igualdad, veracidad, justicia, dignidad
Constitución	Capítulo primero Principios fundamentales	Dignidad, justicia, bien común, democracia, soberanía, independencia, unidad, interculturalidad, plurinacionalidad, laicismo, autoridad, justicia, dignidad, orden, igualdad, paz, legalidad, equidad, seguridad jurídica, honestidad, bien común, transparencia
	Comunicación e información art. 16	Libertad, interculturalidad, inclusión diversidad, participación, accesibilidad
	Derechos de libertad art. 66	Libertad, inviolabilidad, dignidad, salubridad, integridad, paz, igualdad, veracidad, religiosidad, privacidad, paz, responsabilidad, seguridad jurídica, honor, productividad
	Sección séptima Comunicación social Art. 384	Libertad, participación, institucionalidad, legalidad
Ley Orgánica de comunicación	Título I Disposiciones preliminares y definiciones	Libertad, igualdad, responsabilidad

Título II Principios y derechos	Dignidad, respeto, igualdad, privacidad, protección infantil, inclusión, fraternidad, veracidad, legalidad, bien común, propiedad intelectual, Libertad, dignidad, coherencia, responsabilidad, democracia, accesibilidad, interculturalidad y plurinacionalidad, interés superior de la niñez, transparencia, prestigio, credibilidad pública, legalidad, equidad, independencia.
Título III Sistema de comunicación social	Legalidad, control, cooperación, bien común
Título IV Regulación de contenido	Seguridad, igualdad, paz, interés superior de la niñez, bien común, dignidad, moralidad pública.
Título V Medios de comunicación social	Bien común, responsabilidad, dignidad, orden, paz, participación, inclusión, veracidad, igualdad, interculturalidad, gobernabilidad, autonomía, pluralidad, transparencia,
Título VI del espectro radioeléctrico	Igualdad, experiencia, redistribución,

Haciendo un análisis del cuadro, hemos podido reconocer líneas directas de valores que van desde los tratados internacionales hasta la LOC. En el nivel de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en adelante DUDH, encontramos que el valor predominante relativo a la expresión⁹⁵ y a la opinión es la libertad. En el mismo documento encontramos, sin que tengan aparente relación, una norma por la que consagra la dignidad: se trata del derecho a la protección legal de la reputación, la honra y la privacidad⁹⁶.

⁹⁵ El artículo de la DUDH dice: “Art. 19.- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el 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.” (DUDH, 1948)

⁹⁶ El artículo de la DUDH dice: “Art. 12.- Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.” (DUDH)

Señalamos que, según lo analizado de la DUDH, en su artículo sobre expresión y opinión, se la libertad se manifiesta como valor absoluto y no hace referencia a ningún tipo de limitación. La honra y la reputación como limitación expresa de la libertad de expresión e información se deducen posteriormente en normas más específicas como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante CADH.

En la CADH, por ejemplo, su Artículo 13, sobre libertad de expresión⁹⁷, además de consagrar el valor de libertad, le da su lugar también, en el mismo artículo, en calidad de limitantes, a los siguientes valores: Dignidad, respeto, responsabilidad, orden, seguridad, Igualdad, fraternidad, paz, interés superior de la niñez, bien común, responsabilidad, legalidad. La seguridad del estado, el orden público y la moralidad pública aparecen, por primera vez, como valores que le ponen límite a la libertad de expresión e información.

Pero no solo eso, sino que tenemos el artículo 14 de la CADH, sobre el *derecho de rectificación o respuesta*⁹⁸, que hace énfasis, de manera indudable, en el carácter de la *dignidad* como demarcación de la libertad de expresión, incluyendo también el valor de la veracidad y la igualdad en materia de comunicación.

Pasemos ahora a la Constitución de la República del Ecuador de la que podemos señalar, que en forma global, consagra, del mismo modo, el valor de la libertad aplicada a la opinión

⁹⁷ La CADH dice: “Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

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

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

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

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.” (CADH, 1969)

⁹⁸La CADH dice: “Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta

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

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.” (CADH, 1969)

y expresión⁹⁹, y por tanto Comunicación¹⁰⁰, con sus respectivos límites determinados por el valor de la Dignidad, Seguridad, Orden y Moralidad pública¹⁰¹. Pero adicionalmente, en esta materia, agrega valores como el de la accesibilidad, transparencia, interés público, interculturalidad y democracia¹⁰².

Ahora podemos, por fin, preguntarnos: ¿Es la Ley de Comunicación justa en el sentido de que se acopla a los valores consagrados en la Constitución y la normativa internacional vinculante para el Estado Ecuatoriano?

La respuesta es, formalmente sí: La LOC se adapta valorativamente en el sentido que propuso Bobbio para efectos de este estudio, por lo tanto, y en este contexto, es una norma justa. No nos preguntamos si es que esto es perfecto o imperfecto, si es de nuestro agrado o no, observaremos simplemente que la LOC se adapta de manera formal a los valores que consagra la Constitución y además, no se encuentra una incompatibilidad axiológica jurídica clara entre la LOC y la normativa internacional vinculante. Revisemos brevemente:

El valor de libertad en materia de comunicación, opinión y expresión, es reconocido en la LOC e incluso se remite a la Constitución en la que el valor de la libertad en materia de comunicación se declara¹⁰³. Esta libertad en materia de expresión e información, a su vez tiene concordancia con las normas internacionales.

Los límites que impone la LOC concuerdan también con la normativa internacional y la Constitución, así lo deducimos al observar los valores de dignidad consagrados y expresados en una serie de artículos que protegen a las personas, entre los que podemos mencionar las normas deontológicas, las normas relativas al linchamiento mediático, las que otorgan el derecho a réplica. El bien común como fin del ejercicio de la comunicación del mismo modo

⁹⁹ En el art. 66 de la Constitución, numeral 6 dice: “Art. 66: se reconoce y garantiza a las personas: 6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones.” (CRE, 2008)

¹⁰⁰ “Art. 16.- 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.” (CRE, 2008)

¹⁰¹ El art. 66 sobre los derechos de libertad enuncia el derecho a la réplica, honra y reputación, lo cual indica el contenido de valor Dignidad. La suspensión de comunicaciones en Estado de Excepción del art. 165 evidencia el valor de la Seguridad. El valor de bien común se declara en el art. 384 cuando se define a la comunicación como servicio público.

¹⁰² “Art. 16.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

2. El acceso universal a las tecnologías de información y comunicación.

3. La creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas.

4. El acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad.

5. Integrar los espacios de participación previstos en la Constitución en el campo de la comunicación.” (CRE, 2008)

¹⁰³ El artículo 1 de la LOC se remite al artículo 16 de la Constitución que habla sobre el ejercicio de la libertad de opinión

es compatible nacional e internacionalmente y se manifiesta en la relevancia del concepto de *información de interés general* y también cuando se define que el ejercicio de comunicar es un *servicio público*.

El control de contenidos, evidentemente procurará proteger el valor de la moral pública, el interés general de los niños y nuevamente la dignidad, lo que evidencia su plena conexión con la CADH. Los artículos de responsabilidad ulterior y la prohibición de censura previa son artículos que refuerzan la libertad de expresión y son promovidos en primer momento por la misma normativa internacional de Derechos Humanos que revisamos. Una mirada integral del texto de la LOC sugerirá que para cada valor que esta promueve se podrá encontrar una correspondencia con los valores de sus normas superiores.

Lo LOC bajo estos criterios es axiológicamente compatible con el Ordenamiento Jurídico vigente y por tanto se puede asegurar que está conducida a realizar los fines del Estado en materia de comunicación. Pero, ¿Cuáles son esos fines del Estado? Para descubrirlo debemos revisar primero las incompatibilidades axiológicas a fin de tener puntos comparativos y finalmente sacar nuestras conclusiones.

3.3. Incompatibilidades axiológicas de la LOC

Nuestro modelo axiológico consagrado en la LOC no es el único vigente a la luz de principios que pueden contraponerse de forma directa a la manera en que nuestro ordenamiento jurídico pretende alcanzar la justicia en materia de comunicación. Pero también, en un ámbito pragmático, nuestra LOC podría ser aplicada de forma errada, lo que llevaría a que su aplicación no se adapte a los fines jurídicos que se manifiestan formalmente. Revisaremos, en primer lugar las incompatibilidades que se pueden hallar en comparación con principios internacionales que tienen vigencia en el debate actual y también revisaremos una pequeña muestra de cómo la aplicación distorsionada de la LOC puede generar percepciones de injusticia.

3.3.1. Incompatibilidades normativas

El hecho de que la LOC sea justa según en el ordenamiento jurídico que nos impera, no significa que sea armónica a la vez con las composiciones axiológicas que, en uso de los mismos valores, tienen un propósito distinto. Nos encontramos, por ejemplo con la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión¹⁰⁴, en adelante DPLE, promulgada

¹⁰⁴ Instrumento internacional no ratificado por el Ecuador.

por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuyo contenido se manifiesta de manera contradictoria con algunas normas de la LOC, aunque contiene los mismos valores.

Revisemos, por ejemplo, El principio número 6 de la DPLE cuyo texto manifiesta que la exigencia de títulos para el ejercicio periodístico constituye una restricción ilegítima a la libertad de expresión y que la actividad periodística debe regirse por códigos éticos que no sean impuestos por los Estados.¹⁰⁵ (DPLE, 2000)

Este principio (nótese que los principios son normas), contradice de forma directa el artículo 10 de la LOC que impone las normas deontológicas como lineamientos mínimos para que los periodistas realicen sus códigos de ética. Por otro lado, también contradice directamente el artículo 42 de la LOC, sobre *el libre ejercicio de la comunicación* que delimita el ejercicio periodístico, en todos los niveles, como una actividad que debe ser realizada por profesionales título que les certifique como tales.

¿Cómo es posible que, por un lado, la DPLE, diga que la exigencia de un título profesional a periodistas y los códigos de ética impuestos por el Estado se oponen a la libertad de expresión y al mismo tiempo nuestra LOC imponga esos códigos de ética para promover *la misma* libertad de expresión y además coloque la exigencia de la profesionalización del periodismo en su artículo titulado *Libre ejercicio profesional*?

Tenemos ante nosotros dos posturas sobre un mismo valor, lo que demuestra que lo subjetivo no son los valores sino las posturas en torno a ellos. La DPLE por su parte cree que la libertad debe tener las menores limitaciones que le sean posibles y a eso le considerarán una libertad mejor realizada.

Pero nuestro ordenamiento jurídico tiene otra visión de la libertad y considera que los periodistas deben actuar apegados a normas éticas para poder concretar otros derechos. Sobre este punto la Corte Constitucional se manifestó en estos términos:

(...) lejos de constituir interferencia por parte del Estado, permiten la materialización de derechos constitucionales, no solo en relación a los derecho a la comunicación e información, sino que abarca muchos otros derechos como el derecho a la honra y buen nombre de las personas, a la igualdad y no discriminación, a la intimidad personal y

¹⁰⁵ El texto dice: “6. Toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma. La colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión. La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados.” (DPLE, 2000)

familiar, derechos de personas y grupos de atención prioritaria, derechos a la cláusula de conciencia, reserva de fuente y el secreto profesional, derecho a la libertad de expresión y el derecho de rectificación, réplica o respuesta, derecho a la presunción de inocencia, previsto como garantía del derecho al debido proceso, lo cual es congruente con uno de los más altos deberes del Estado, que es el de garantizar el efectivo goce de derechos constitucionales (...) (Acción Pública de Inconstitucionalidad de la LOC, 2014: p. 90)

Como se, entre otros derechos, la libertad aparece como fin de los códigos de ética. Y ¿Qué decimos respecto de la exigencia de la profesionalización de los periodistas para que puedan ejercer? ¿No es acaso excluyente? Para la concepción de la DPLE constituye una limitación ilegítima a la libertad de expresión pero en nuestro ordenamiento jurídico parecen haberse cuestionado si es realmente libre el periodista que no está preparado. Sobre ese punto Manuel Corrales, SJ hace la siguiente reflexión:

La libertad, el ser realmente libre, sino pertenece al ámbito de las utopías, es, al menos en la realidad real, algo que está en el horizonte de los espíritus más nobles y sinceros. (...)

La libertad supone crecimiento humano en justicia: justo reparto de la riqueza material (bienes) y espiritual (educación), igualdad en oportunidades, etc. Crecimiento que no hay llegado aún, —es evidente— a niveles que puedan asegurar la germinación de una libertad mínimamente razonable.

Los comunicadores, miembros de esta sociedad deficitaria en múltiples aspectos, y drásticamente injusta, no son la excepción a la regla. Digámoslo con audacia: no son libres. No solamente pagan las consecuencias de una formación profesional imperfecta.¹⁰⁶

No solo exhiben, sin poder remediarlo, las propias limitaciones —perjuicios, tomas de posición ideológicas, vicios personales incluso—, sino que además padecen las limitaciones de una presión social ejercida, como hemos dicho antes, sobre todo por los detentadores del poder y por los propietarios de los medios. (Corrales Pascual, 2009:p.86-87)

Queda muy claro que la postura de libertad absoluta, para Corrales, no es más que una utopía y que los comunicadores no son libres si es que no están bien preparados. En este sentido la obligación de la titulación serviría para promover el ejercicio de la libertad del periodista, y

¹⁰⁶ El subrayado es nuestro

de su expresión, en consecuencia pues estará dotado de mejores herramientas que le ayuden a superar sus limitaciones.

No pretendemos justificar con esto la pertinencia universal de la LOC ni demostrar una postura favorable ante ella, sino que evidenciamos que con el mismo valor, en este caso el valor de la libertad, se puede armar ordenamientos jurídicos distintos, sin que eso implique que la libertad se transforma, pues la como cualidad objetiva y abstracta mantiene su esencia. El punto de oposición sobre la LOC y la DPLE está en que, para la primera, la libertad es importante, pero debe realizarse; en cambio, para la segunda, basta que el Estado intervenga lo mínimo posible para que esta esté completamente realizada. Son, en definitiva, las concepciones de cómo conseguir esa tan ansiada libertad formas impuestas por el que ostente el poder en determinado punto de la historia¹⁰⁷.

Otro punto contradictorio entre nuestra LOC y la DPLE es el relativo a la distinción que esta última hace sobre los funcionarios públicos, a los que considera sometidos al mayor escrutinio social y por lo cual se impone prohibiciones de penalización de las opiniones que se realicen en contra de estos¹⁰⁸(DPLE, 2000) ya que sancionar en estos casos constituiría una ilegítima vulneración de la libertad.

En cambio nuestra normativa no hace ninguna distinción entre funcionarios públicos o personas comunes. Lo que evidenciaría que para la DPLE es más importante que la gente pueda hablar sobre los asuntos públicos, incluso erradamente, sin que esto le implique una sanción, mientras que para nuestra norma es importante que en todo momento se proteja la honra de cualquier persona incluidos los funcionarios públicos. En términos axiológicos para la DPLE es más importante la libertad y para nuestra LOC la Dignidad¹⁰⁹.

En el debate interno de nuestro país, el problema de Libertad ha sido también eje central al momento de criticar la LOC. La investigación nos ha permitido identificar varios ejemplos

¹⁰⁷ El documento de la DPLE no ha sido ratificado por el Estado Ecuatoriano y para que lo sea, será necesario, que tanto el poder ejecutivo como el legislativo estén al unísono ideológico con estos principios: una cuestión eminentemente política.

¹⁰⁸ “11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como “leyes de desacato” atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.” (DPLE, 2000)

¹⁰⁹ La DPLE incluye algunos otros principios que parecerían contradictorios con nuestra norma pero que en último caso, y haciendo un ejercicio interpretativo, se podrían compatibilizar: nos referimos por ejemplo al principio 10 sobre la restricción de la información pública y al principio 13 sobre el abuso en controles de medios de comunicación. También, pero de forma forzada, podemos incluir al principio 7 que trata sobre Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad, como una restricción a la libertad. En conclusión, todos los puntos de convergencia giran en torno a la libertad. La misma crítica es aplicable si se coteja la LOC con la Declaración de Chapultepec que, a simple vista, no muestra mayores contradicciones, pero de las que se pudieran extraer, tendrían que ver también con el problema de la libertad.

como los que acabamos de escudriñar. Uno de ellos, para ejemplificar, ha sido el relativo al de la Comunicación como *servicio público*. Concepto que, en primer lugar se enunció en la LOC¹¹⁰, y que posteriormente se consagró con claridad mediante una modificación al texto Constitucional en el art. 384¹¹¹.

¿Es la comunicación un Derecho o un Servicio público? La Corte Constitucional Ecuatoriana considera que es ambos, es decir que tiene doble dimensión de derecho y servicio, de modo que, amparando su razonamiento en la CIDH, la equipara a servicios públicos como la salud o el agua, que a la vez de ser derechos, también son servicios que el Estado está obligado a garantizar. En este sentido, la declaración la comunicación como servicio público reforzaría la realización del derecho a la comunicación y de la información. (Acción Pública de Inconstitucionalidad de la LOC, 2014:p. 57-73)

La jerarquía de valores en el Ecuador respecto de comunicación e información ubica en primer lugar al Bien Común, seguido de la conservación de la dignidad, la responsabilidad, la inclusión, la accesibilidad, la privacidad, la seguridad, el orden y la moral pública. Todos estos valores estarán estructuralmente por encima de la libertad, ya sea para limitarla o para ayudar a que se concrete de forma regulada. Este esquema se opone radicalmente a las composiciones jurídicas que hacen de la comunicación y la información un derecho apegado a la libertad absoluta. Pasemos ahora a revisar qué es lo que sucede respecto de la coherencia axiológica cuando la SUPERCOM hace uso de la LOC. Y esta última observación nos ayudaría a tener una mayor aproximación para ver con claridad los fines de nuestro Ordenamiento Jurídico en materia de comunicación.

3.3.2. Incompatibilidades axiológicas aplicadas: análisis de casos emblemáticos

Con todos los elementos que hemos desarrollado hasta ahora, hagamos una revisión de algunos casos, que por razón de su fama, podrían considerarse emblemáticos. La presente muestra que hemos seleccionado llama la atención por poner en evidencia algunas distorsiones de valores que se generan cuando la LOC es aplicada por el órgano competente.

¹¹⁰ Nos referimos al art. 71 de la LOC que dice: “Art. 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.” (LOC, 2013)

¹¹¹ La Constitución dice: “Art. 384.- La comunicación como un servicio público se prestará a través de medios públicos, privados y comunitarios. (...)” (CRE, 2008)

Iniciamos tomando el caso del caricaturista Xavier Bonilla, más conocido, como *Bonil*, que fue procesado y sancionado por la SUPERCOM, en conjunto con su medio de comunicación Diario El Universo. La razón fue una caricatura que se exhibió en la columna de opinión en la que hizo alusión al Asambleísta afrodescendiente Agustín Delgado, que en una intervención en la Asamblea Nacional, demostró que tenía dificultad para leer su discurso¹¹².

La denuncia fue presentada por varios colectivos de Afrodescendientes que consideraron que la caricatura era una ofensa étnica y, por tanto, que tiene contenidos discriminatorios. La SUPERCOM decidió sancionar al caricaturista “*por haber inobservado la norma deontológica establecida en el artículo 10, numeral 1, literal b)*” (Caso Bonil, 2015) y al medio de comunicación “*por haber incurrido en la prohibición establecida en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Comunicación*” (Caso Bonil, 2015). Los artículos citados son referentes a la prohibición de la difusión de contenido discriminatorio, pues se consideró que la caricatura hacía una distinción de tipo socio-económica¹¹³.

No entraremos a analizar si la resolución fue correcta o si sus motivaciones fueron las más adecuadas, pues hay suficiente contenido en el debate público sobre este caso. Pretendemos más bien señalar algo de carácter más global: En nuestro país las opiniones son objeto de sanción, sin importar, incluso si estas opiniones están expresadas en forma de caricatura.

En la acción por inconstitucionalidad que se planteó en contra de la LOC se cuestionó la validez del art. 3¹¹⁴ y el art. 17¹¹⁵ por no diferenciar entre información y opinión. Los accionantes alegaron que la diferenciación es importante en razón de que la información puede estar sujeta a responsabilidad ulterior; mientras que la opinión, por su naturaleza, no debería estarlo. La Corte Constitucional, resolvió que tanto la opinión debe equipararse a la información en los estándares de control. No tanto por ser opinión, sino porque al tener la posibilidad de ser difundida por medios de comunicación puede transgredir derechos, y se

¹¹² La caricatura muestra dos fotografías de Agustín Delgado: en la primera se ve como lee su discurso y se le agrega un texto caricaturesco que dice “COM... CON. M... MI DIH...SCURSO TODOS DICCEN “POBRE TIN, POBRE TIN”. Y la siguiente fotografía sale Agustín Delgado sonriendo y se le incluye un texto caricaturesco en el que dice: “¡Pero con mi sueldo de asambleísta ya nadie dice “pobreton, pobreton”. (Caso Bonil, 2015)

¹¹³ Personalmente consideramos que el ejercicio intelectual que se hizo para concluir que la caricatura es un acto de discriminación socio-económica es muy forzado y profundizar en ello podría ser objeto de otro estudio. Por el momento consideramos importante centrarnos en la observación de lo que realmente es y cómo actúa la LOC.

¹¹⁴ “Art. 3.- Contenido comunicacional.- Para los efectos de esta ley, se entenderá por contenido todo tipo de información u opinión que se produzca, reciba, difunda e intercambie a través de los medios de comunicación social.” (LOC, 2013)

¹¹⁵ “Art. 17.- Derecho a la libertad de expresión y opinión.- Todas las personas tienen derecho a expresarse y opinar libremente de cualquier forma y por cualquier medio, y serán responsables por sus expresiones de acuerdo a la ley.” (LOC, 2013)

apoya en el art. 13 de la CADH que, como ya vimos, trata a la libertad de expresión como un derecho no absoluto. (Acción Pública de Inconstitucionalidad de la LOC, 2014:p. 47-53)

Así, las opiniones son objeto de control cuando estas son emitidas en medios de comunicación y tienen los límites del ejercicio del derecho de libertad de expresión. Ahora, ¿Es proporcional que se sancione una caricatura?

Juan Pablo Morales, en su artículo sobre *Control de Contenidos y Humor*, desarrolla una exposición del *humor político* como expresión protegida y, a la luz de su análisis, considera que la caricatura de Bonil no debió ser motivo de sanción. Explica su punto sometiendo el caso a la jurisprudencia Estadounidense, la Española y la Colombiana, de las que se puede extraer la importancia de diferenciar los sujetos sobre quienes recaen las opiniones; de este modo, la opinión que se haga sobre políticos no debería ser tratada del mismo modo que la opinión que se hace de un ciudadano particular (tal como señala la DPLE en su principio 11), pues quien hace política está sometidos al escrutinio público. (Morales, 2017: 96-112)

Sin embargo, en nuestra legislación, tal diferenciación no existe. Los funcionarios públicos, políticos y ciudadanos gozan de la misma protección y de lo que se puede concluir, según los datos que revisamos en el segundo capítulo, son los funcionarios públicos e incluso instituciones del Estado quienes suelen activar los procedimientos administrativos de la LOC.

Ahora revisemos un Caso relativo a los famosos Enlaces Ciudadanos; un proceso terminó antes de iniciarse: En el año 2014 Blasco Peñaherra Solah, fue aludido en un enlace sabatino de forma despectiva por el Presidente de la República. Peñaherrera solicitó su derecho a réplica ante el canal Ecuador TV, petición que fue negada¹¹⁶. Luego hizo esta misma solicitud ante la Secretaría de Comunicación (SECOM) y recibió una respuesta igualmente negativa¹¹⁷.

¹¹⁶Según el portal de Fundamedios, la respuesta dada por el canal de televisión fue la siguiente: “*El oficio RTV-GG-043-2014 decía lo siguiente: “... En cumplimiento de las disposiciones de la Ley Orgánica de Comunicación, me permito informarle que este medio de comunicación no podría atender su solicitud de réplica (...) puesto que el contenido del Enlace Ciudadano al que usted hace referencia no es responsabilidad de RTVEcuador. Dicho espacio, como conoce la opinión pública nacional, corresponde a la rendición de cuentas semanal realizada por el Presidente de la República a los ciudadanos y RTVEcuador realiza únicamente la transmisión televisiva de ese producto mediático a cargo de la Secretaría Nacional de Comunicación.”* (FUNDAMEDIOS, 2014)

¹¹⁷ Según el portal de Fundamedios, la respuesta de la SECOM decía lo siguiente: “*“El Enlace Ciudadano es un espacio semanal mediante el cual los medios de comunicación transmiten voluntariamente la rendición de cuentas del Gobierno Nacional a sus mandantes”, por lo que la SECOM “no tiene la atribución legal de ‘ordenar’ a los medios de comunicación la transmisión de rectificaciones, réplicas o respuestas como las que usted solicita.”* (FUNDAMEDIOS, 2014)

Finalmente decidió presentar su caso ante la SUPERCOM, que no admitió la denuncia porque *“determinó que los actos de gestión del poder público, como la rendición de cuentas, no tienen contenidos que se encuentran regulados por la LOC.”* (Serpétegui, 2017:p. 132)

Los hechos en este caso son particularmente curiosos, porque ponen en evidencia algo que la gente percibe: el uso de la LOC tiene una distorsión de tipo política. No es secreto para nadie que los Enlaces Ciudadanos sabatinos, no sólo servían para informar; el, entonces Presidente de la República, en varias ocasiones, sino en todas, se refirió de forma inadecuada a personas particulares, principalmente opositores. En este escenario, lo justo (en el sentido que le hemos dado al término) sería que la SUPERCOM al menos procese los contenidos pues al ser difundidos por medios de comunicación públicos a nivel nacional, son indudablemente de su competencia como lo son también las opiniones y por el mismo motivo: la posibilidad de que alguien sea transgredido en medios de comunicación pública.

Pero también creemos que para evitar todas las justificaciones que dieron los órganos del Estado sobre la naturaleza de los Enlaces Ciudadanos, se pudo intentar accionar por el artículo 74 de la LOC, numeral 1, inciso segundo, que establece responsabilidades al uso inadecuado de los espacios informativos por parte de funcionarios públicos¹¹⁸ y no solamente por el art. 24 con el que Peñaherrera pretendió que se le conceda derecho a réplica.

En consecuencia, tenemos claro que, hasta el momento, cualquier contenido que sea expresado por un medio de comunicación masiva es susceptible de control y sanción, excepto aquellos que encuadren o sean semejantes a los Enlaces Sabatinos. Lo cual se contrapone de forma directa al valor de la igualdad enunciado en la Ley y la Constitución. En este sentido, la aplicación de la LOC, o mejor dicho la no aplicación, es injusta.

Miremos ahora un caso más reciente: Se trata de una acción intentada por un presunto Linchamiento en contra del ex candidato a la Presidencia de la República, Guillermo Lasso. Aquí, aunque la denuncia fue admitida a trámite se desechó sin que la SUPERCOM haya tratado el tema de fondo.

¹¹⁸ “Art. 74.- Obligaciones de los medios audiovisuales.- Los medios de comunicación audiovisuales de señal abierta tendrán la obligación de prestar gratuitamente los siguientes servicios sociales de información de interés general:
1. Transmitir en cadena nacional o local, en todos o en varios medios de comunicación social, los mensajes de interés general que disponga el Presidente de la República y/o la entidad de la Función Ejecutiva que reciba esta competencia. Los titulares de las demás funciones del Estado coordinarán con esta entidad de la Función Ejecutiva para hacer uso de este espacio destinado a realizar las cadenas establecidas en este numeral.
Estos espacios se utilizarán de forma coordinada única y exclusivamente para informar de las materias de su competencia cuando sea necesario para el interés público. Los servidores públicos señalados en el párrafo anterior serán responsables por el uso inadecuado de esta potestad; (LOC, 2013) (el subrayado es nuestro)

Resulta que en la campaña electoral del año 2017 los medios públicos de comunicación empezaron a tener un inusitado empeño en hablar sobre Lasso vinculándolo con la crisis bancaria del año 1999.

La Federación de Estudiantes Universitarios del Ecuador (FEUE), por medio de sus representantes Serginho Paolo Vega López y Pamela Guerrero Ronquillo, denunciaron Diario El Telégrafo incurrió en Linchamiento mediático hacia Guillermo Lasso. (Caso de linchamiento mediático GL, 2017)

La SUPERCOM, por su parte, resolvió que los denunciantes no tienen legitimación activa, aduciendo que al ser la honra un derecho personalísimo, la acción no sería procedente si el propio Guillermo Lasso no presenta la denuncia. Y sobre las cuestiones de fondo, la SUPERCOM se declaró incompetente para conocerlas en razón de la falta de la misma legitimación activa mencionada. (Caso de linchamiento mediático GL, 2017)

Sin embargo, en el proceso administrativo de la controversial caricatura que expusimos al principio, se sustanció sin necesidad de la denuncia o el impulso de su legitimado activo (Agustín Delgado), sino que este proceso se inició por varios denunciantes pertenecientes a organizaciones afrodescendientes y fue resuelto sin ningún problema. ¿No podía recibir este caso igual tratamiento que el de la caricatura? O mirando un poco más allá, ¿no podía iniciarse por reporte interno como la mayor parte de casos que se inician en la SUPERCOM?

Esta pequeña muestra de casos que hemos seleccionado pone en evidencia que aunque la LOC cumpla con los valores y fines que persigue el ordenamiento jurídico, su forma de ser aplicada por los órganos del Estado incurre en distorsiones que se puede calificar de *políticas* lo que podría conducir a que la LOC, texto justo, sea usada de forma injusta. ¿Cómo es esto posible?

La LOC como realidad deshumanizada (término que conocimos en el capítulo II) se asemeja a cualquier maquinaria que depende de la administración que le den las personas que están a cargo. En este sentido podemos compararla con un tractor, que bien puede usarse para la construcción, como para arroyar gente y destruir sus casas. El texto puede ser maravilloso, e incluir valores positivos, como lo hemos visto, pero su aplicación es lo que le puede volver un instrumento político de vulneración de derechos.

3.4. Fines del ordenamiento jurídico en materia de comunicación

Del análisis que acabamos de realizar podemos desprender dos tipos de fines que nuestro ordenamiento jurídico persigue en materia de comunicación. En primer lugar aquellos formales que se pueden deducir de la extracción de valores del texto normativo y su comparación con la normativa superior de carácter nacional e internacional, los cuales mencionamos a continuación.

- El Ordenamiento Jurídico persigue la libertad de expresión e información;
- Pero no es el fin del Estado tener una libertad absoluta en materia de comunicación; se trata de una libertad limitada a no vulnerar la dignidad, la seguridad del estado, el orden público ni la moral pública.
- Además consagra valores como accesibilidad, interculturalidad, que hacen que el estado tenga como finalidad una redistribución de los medios de comunicación.
- El valor consagrado del Bien Común es determinante porque inspira la democratización de la comunicación, formulando normas que impidan el monopolio de las comunicaciones.
- Esta supremacía del Bien Común es determinante al momento de limitar la libertad de Expresión, pues logró hacer que la comunicación sea, además de un derecho, un servicio público.
- Y como servicio público, se pretende que sea de calidad.
- Por eso es notorio que nuestro ordenamiento jurídico más persigue que se tenga medios de comunicación y prensa responsable antes que absolutamente libres.
- Notamos también que a nuestro ordenamiento jurídico no le es tan importante lo que el individuo, o el medio de comunicación tenga que expresar libremente; sino, que le interesa más que aquello que sea expresado sea expresado bien, sin vulneración de la dignidad y sin atentar contra la moral, el orden y la seguridad.

Tenemos también los fines que se deducen de las prácticas de la LOC, entre los cuales podemos mencionar los siguientes:

- Por los precedentes expuestos, hemos podido comprobar que el Estado, o mejor dicho el gobierno, tiene como fin, en uso de la LOC, hacer que la opinión particular surgida del poder instituido tenga mayores beneficios y protecciones que la de los ciudadanos comunes: un Presidente puede decir en los “informes”

a la nación cuánto le parezca, en medios de comunicación nacionales, sin ser susceptible de responsabilidades ulteriores. Esto tiene una valoración negativa.

- Los órganos del Estado se muestran resistentes a la protección de derechos de opositores cuando estos son presuntamente vulnerados por medios públicos.
- Estos comportamientos consagran el valor negativo de la desigualdad, cuyo fin parece ser la consolidación y conservación del proyecto político imperante, lo cual constituye una violación directa a los fines del Ordenamiento Jurídico.

De este modo finalizamos este estudio concluyendo que la justicia puede valorarse no solo en la estructura formal de la norma sino en su aplicación directa por parte de los órganos del Estado.

CONCLUSIONES

Sobre la Validez

- Se concluye que la LOC es cuenta con perfecta y verificable validez. Es decir que cumple con todos los criterios de valoración propuestos en este estudio: fue promulgada por autoridad competente, es compatible con las normas superiores en general y está vigente. Todas las dudas respecto a la validez de la LOC, además, fueron resueltas por la Corte Constitucional que interpretó, convalidó, modificó artículos para hacerla completamente armónica y coherente con el ordenamiento jurídico.

Sobre la Eficacia

- Se concluye que una LOC, sin importar su configuración axiológica, de forma apriorística, es capaz de influir en los procesos de formación de la opinión pública, por tanto del poder público y finalmente de la estructura del Estado y del control del poder.
- Se concluye también que la LOC es eficaz pero su eficacia no necesariamente implica que está dirigida al cumplimiento de los fines para los que fue creada.
- Se verifica que la LOC es eficaz en cuánto sus órganos ejecutores tienen gran capacidad de monitoreo y rapidez en la resolución de sus causas.
- Se verifica de los informes estadísticos que el principal accionante que activa los procedimientos administrativos de la LOC son los órganos del Estado y personas vinculadas a éste.
- Quienes más han sentido la eficacia de la LOC han sido los medios de comunicación privados.
- La SUPERINTENDENCIA tiene una imagen controversial: esto quizás se deba al manejo político que se le da a la LOC y a sus órganos reguladores, que por un lado blindan al poder instituido de ser sancionado y por otro impiden de forma sutil la protección de opositores al régimen.

Sobre la Justicia

- Se concluye que la LOC es perfectamente compatible con los valores y fines del Ordenamiento jurídico y por tanto es una Ley que, para efectos de nuestra valoración es justa. Sin embargo, en su aplicación podemos encontrar distorsiones políticas que

hacen que las actuaciones se vuelvan sistemáticamente injustas. Tenemos entonces una norma justa, en el sentido en el que se adapta a los valores de la normativa superior vinculante, pero que estructuralmente se presta para un manejo político que denota valores negativos cuyos fines se traducen en el uso de la ley para la consolidación del proyecto político del movimiento imperante.

- La ratificación de instrumentos internacionales que cambien las limitaciones a la libertad de expresión; es decir, que transformen la composición axiológica del Estado en materia de comunicación, depende de que los gobernantes sean afines a principios libertarios en materia de comunicación; por ende, su reforma y derogación se vuelve una cuestión radicalmente política.

RECOMENDACIONES

- Para efectos de evitar las distorsiones políticas en el uso de la LOC y consagrar el valor de la igualdad se recomienda limitar la potestad de la SUPERCOM para iniciar procesos de oficio, lo que conllevaría la modificación del art. 57¹¹⁹ de la LOC,
- Se recomienda también la modificación del segundo inciso del art. 74¹²⁰ de la LOC con el fin de que se instauren sanciones más específicas a los funcionarios públicos que abusen de los espacios informativos impuestos como obligación a los medios de comunicación.

La modificación de estos dos artículos, no implicaría una transformación estructural del marco axiológico de la LOC. Se puede conservar los valores positivos; sin embargo, limitar la potestad de iniciar procesos de oficio por parte de la SUPERCOM reduciría drásticamente las tensiones que hay entre el Estado y los medios de comunicación privados.

¹¹⁹ “Art. 57.- Procedimientos administrativos.- Los procedimientos administrativos para que los ciudadanos presenten reclamos y solicitudes sobre el ejercicio de sus derechos a la comunicación, así como los procedimientos para que de oficio se proteja tales derechos o se exija a los administrados el cumplimiento de las obligaciones determinadas en esta Ley, serán establecidos en el Reglamento que emitirá para tales efectos el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación.

Además de las sanciones o medidas administrativas fijadas en esta Ley, para cada caso específico, la Superintendencia de la Información y Comunicación podrá realizar comunicaciones y amonestaciones escritas a los administrados para llamar su atención sobre prácticas que deben ser mejoradas o corregidas porque ponen o pueden poner en riesgo el ejercicio de los derechos a la comunicación.” (LOC, 2013)

¹²⁰ “Art. 74.- Obligaciones de los medios audiovisuales.- Los medios de comunicación audiovisuales de señal abierta tendrán la obligación de prestar gratuitamente los siguientes servicios sociales de información de interés general:

1. Transmitir en cadena nacional o local, en todos o en varios medios de comunicación social, los mensajes de interés general que disponga el Presidente de la República y/o la entidad de la Función Ejecutiva que reciba esta competencia. Los titulares de las demás funciones del Estado coordinarán con esta entidad de la Función Ejecutiva para hacer uso de este espacio destinado a realizar las cadenas establecidas en este numeral.

Estos espacios se utilizarán de forma coordinada única y exclusivamente para informar de las materias de su competencia cuando sea necesario para el interés público. Los servidores públicos señalados en el párrafo anterior serán responsables por el uso inadecuado de esta potestad;” (LOC, 2013)

BIBLIOGRAFÍA

- Acción Pública de Inconstitucionalidad de la LOC, No. 0014-13-IN (Corte Constitucional 17 de Septiembre de 2014).
- Bobbio, N. (2005). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial TEMIS S.A.
- Cabanellas de las Cuevas, G. (2010). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Cárdenas Gracia, J. (2009). *Introducción al Estudio del Derecho*. México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM y NOSTRA EDICIONES.
- Caso Bonil, Resolución No. 009-2015-DNRJD-INPS (SUPERCOM 12 de Febrero de 2015).
- Caso de linchamiento mediático GL, Resolución No. 015-2017-DNRJD-INPS (SUPERCOM 10 de mayo de 2017).
- Caso Ivcher Bornstein contra Perú (Corte IDH 6 de febrero de 2001).
- Corrales Pascual, M. (2009). *Ética y Comunicación, Apuntes para un cursillo*. Quito: Centro de Publicaciones PUCE.
- Dromi, R. (2009). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina et al.
- Ferrajoli, L. (2004). *Epistemología Jurídica y Garantismo*. México: Distribuciones Fontamara.
- FUNDAMEDIOS. (2 de Abril de 2014). *FUNDAMEDIOS*. Obtenido de <http://www.fundamedios.org/las-cadenas-y-enlaces-sabatinos-espacios-blindados-los-pedidos-de-replica-de-los-ciudadanos-2/>
- FUNDAMENDIOS. (2017). Hallazgos. En S. Buendía, D. Paz Enríquez, M. Roldós Bucaram, S. Zaidán, M. P. Romo, P. Sevilla, . . . V. Vallejo, *El delito de expresarte. Nueve lecturas críticas sobre la Ley de Comunicación*. Quito: Fundamedios.
- Husserl, E. (1982). *La Idea de Fenomenología*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Kant, I. (2011). *Crítica de la razón práctica*. México: Fondo de Cultura económica.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría general del derecho y del Estado*. México: UNAM.
- Kelsen, H. (2008). *TEORÍA PURA DEL DERECHO*. México: Ediciones Coyoacán S.A. de C.V.

- Manuel, A., & Ruiz Manero, J. (2003). Tres problemas de tres teorías de la validez jurídica. En J. Malem, J. V. Orozco, & R. (compiladores), *La Función Judicial: Ética y Democracia* (págs. 85-101). Barcelona: Editorial Gedisa S.A.
- Morales, J. P. (2017). Control de contenidos y humor. En J. P. Morales, *El Delito de Expresarte, Nueve lecturas críticas sobre la Ley de Comunicación* (págs. 96-112). Quito: Fundamedios.
- Nino, S. (2003). *Introducción al Análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Ortega y Gasset, J. (1966). Introducción a una Estimativa. En J. Ortega y Gasset, *Obras Completas - Tomo VI* (págs. 315-335). Madrid: Revista de Occidente.
- Ortega y Gasset, J. (1966). Meditaciones del Quijote. En J. Ortega y Gasset, *Obras Completas - Tomo I* (págs. 309-400). Madrid: Revista De Occidente.
- Ortega y Gasset, J. (1971). *Historia como sistema*. Madrid: Espasa-Calpe.
- Ortega y Gasset, J. (1996). *El Hombre y la Gente*. Madrid: Revista de Occidente en Alianza Editorial.
- Oyarte, R. (2014). *Derecho Constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Real Academia Española. (16 de 10 de 2014). *Valor*. Obtenido de Diccionario De Lengua Española: <http://dle.rae.es/?w=valor&m=form&o=h>
- Reale, M. (1997). *Teoría Tridimensional del Derecho*. Madrid: Editorial Tecnos, S.A.
- Riofrío Martínez-Villalba, J. C., Marín Sevilla, M., Vázquez Buitrón, P., & Borrero Andrade, L. (2014). *Régimen de la Comunicación*. Quito: Universidad de los Hemisferios y Corporación de Estudios Y Publicaciones.
- Salgado Pesantes, H. (2010). *Introducción al Derecho*. Quito: Colección Manuales Jurídicos 1.
- Serpétegui, L. (2017). Las reglas de Estado de Derecho y su aplicación en la Ley Orgánica de Comunicación (LOC). En L. y. Serpétegui, *El delito de expresarte. Nueve lecturas críticas sobre la Ley de Comunicación*. (págs. 113-137). Quito: Fundamedios.
- SUPERCOM. (2016). *Rendición de Cuentas SUPERCOM 2016*. Quito: Superintendencia de la Información y Comunicación.

Normas citadas:

- Constitución de la República del Ecuador (CRE). Registro Oficial 449, Quito, Ecuador de 20-oct.-2008
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). Registro auténtico de 1948, París, Francia, 10-dic.-1948
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Registro auténtico, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969
- Declaración de principios sobre libertad de expresión (DPLE), Registro auténtico, San José, Costa Rica, 2000
- Declaración de Chapultepec, Registro auténtico, México D.F., México 11 de marzo de 1994
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), Registro Oficial Suplemento 52, Quito, Ecuador, 22-oct-2009
- Ley Orgánica de la Función Legislativa, Registro Oficial No. 449, Quito, Ecuador, 20 de octubre de 2008
- Ley Orgánica de la Función Judicial, Registro Oficial No. 554, Quito, Ecuador, 9 de marzo del 2009
- Ley Orgánica de Comunicación (LOC). Registro Oficial Suplemento 22, Quito, Ecuador, 22 de junio del 2013.
- Código Orgánico Integral Penal (COIP). Registro Oficial Suplemento 188, Quito Ecuador, 10 de febrero del 2014

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, Christian Gabriel Barbero Tinajero, C.I. 175009467-2 autor del trabajo de graduación intitulado: "Valoración jurídica de la Ley Orgánica de Comunicación"

previa a la obtención del grado académico de ABOGADO en la Facultad de JURISPRUDENCIA:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 2 de Enero del 2018


FIRMA Y CÉDULA 1750094672

REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL
IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA No. 175009467-2

APellidos y Nombres: **BURBANO TUMIPAMBA CHRISTIAN GABRIEL**



Lugar de Nacimiento: **PICHINCHA QUITO SAN BLAS**

Fecha de Nacimiento: **1990-04-08**

Nacionalidad: **ECUATORIANA**

Sexo: **M**

Estado Civil: **SOLTERO**

INSTRUCCIÓN SUPERIOR PROFESIÓN / OCUPACIÓN ESTUDIANTE

V4333V3422

APellidos y Nombres del Padre: **BURBANO MONTALVO FABIAN ENRIQUE**

APellidos y Nombres de la Madre: **TUMIPAMBA ROBALINO PAOLA CATALINA**

Lugar y Fecha de Expedición: **QUITO 2012-07-12**

Fecha de Expiración: **2022-07-12**

Director General: *[Signature]*

Prima del Cedulaado: *[Signature]*





REPÚBLICA DEL ECUADOR

CERTIFICADO DE VOTACIÓN
ELECCIONES GENERALES 2017
2 DE ABRIL 2017

CNE
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

013 JUNTA No.

013 - 189 NUMERO

1750094672 CÉDULA

BURBANO TUMIPAMBA CHRISTIAN GABRIEL
APELLIDOS Y NOMBRES

PICHINCHA PROVINCIA

QUITO CANTON

CALDERON PARROQUIA

CIRCUNSCRIPCIÓN: 3

ZONA: 1

