"The dissenters and resisters in the East demand free speech and thought as the preliminary conditions for political action; the rebels in the West live under conditions where these preliminaries no longer open the channels for action, for the meaningful existence of freedom"[1]

"The shepherd drives the wolf from the sheep's throat, for which the sheep thanks the shepherd as his liberator, while the wolf denounces him for the same act as the destroyer of liberty…Plainly the sheep and the wolf are not agreed upon the definition of the word liberty" [2]

Libertad de Expresión en América Latina:

desde la protección del disenso a la necesidad de un debate público robusto

Paula Ahumada F.[3]

I. Introducción

En el preámbulo de la Declaración de Principio Sobre Libertad de Expresión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CIDH") afirma que "la consolidación y desarrollo de la democracia dependen de la existencia de la libertad de expresión". También, en la misma línea, la citada opinión consultiva OC-5/85 se refiere a la libertad de expresión como "la piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática".[4] En opinión de la CIDH "la importancia de la libertad de expresión deriva de su *triple* función para la democracia"[5] como derecho individual (derivado de la libertad de pensamiento), como parte de la estructura misma de la democracia (a través

[1] HANNAH ARENDT, ON VIOLENCE, p. 81

[2] Abraham Lincoln, Citado en Joseph Singer *The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld*, 1982 Wis L. Rev. 975

[3] Agradezco los generosos comentarios de Pablo Ruiz-Tagle V. y Diego Gil M. a versiones anteriores de este trabajo.

[4] También ver en este punto, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión: "El derecho a la libertad de expresión y pensamiento está indisolublemente vinculado a la existencia misma de una sociedad democrática; la discusión plena y libre evita que se paralice la sociedad y la prepara para enfrentar las tensiones y fricciones dentro de la misma", citando a Denis v. US, 341 US 494, 584 (1951)" en María Paz Ávila Ordoñez, et.al. (eds.) LIBERTAD DE EXPRESIÓN: DEBATES, ALCANCES Y NUEVA AGENDA p. 14 (2011).

[5] Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (CIDH). MARCO JURÍDICO INTERAMERICANO SOBRE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, 2010, p. 2 (en adelante, "MARCO JURÍDICO").

de la formación de la opinión pública) y como una herramienta para el ejercicio de los demás derechos fundamentales. Así, la justificación del derecho a la libertad de expresión por el rol que cumple dentro del sistema democrático se considera importante en documentos, sentencias, e informes del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante SIDH).[6]

A pesar del aparente consenso que existe en torno a la justificación democrática de la libertad de expresión –que se extiende a otras regiones–,[7] algunos autores se han referido a este derecho como un verdadero *puzle* para el liberalismo[8] o un *problema* para la democracia.[9] Y, aunque parecen ser a primera vista afirmaciones paradójicas –que más que aludir a un problema, se refieren a una solución– expresan el desafío regulatorio que implica la *existencia* de la libertad de expresión para una *comunidad* política *democrática*.[10] Especialmente, cuando se afirma que la libertad de expresión tendría una *doble dimensión*: como derecho individual a expresarse, y como un derecho de la sociedad a estar informada.[11]

Para los países latinoamericanos este tema –que ha sido históricamente un problema–, retorna con más fuerza y es hoy objeto de controversia. Pero si bien antes se trataba de sistemas dictatoriales caracterizados por mantener un estricto control en materia comunicacional, ahora la novedad es que son los gobiernos democráticamente

---

[6] "Es tan importante el vínculo entre la libertad de expresión y la democracia que, según ha explicado la CIDH, el objetivo mismo del artículo 13 de la Convención Americana es el de fortalecer el funcionamiento de sistemas democráticos pluralistas y deliberativos mediante la protección y el fomento de la libre circulación de información, ideas y expresiones de toda índole" p. 4 MARCO JURÍDICO.

[7] Solo dejar mencionado la tradición democrática que caracteriza a la jurisprudencia europea de derechos humanos en la interpretación de este derecho.

[8] Joseph Raz, *Free Expression and Personal Identification*, en su ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN: ESSAYS IN THE MORALITY OF LAW AND POLITICS. (1995).

[9] CASS SUNSTEIN, DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH (1993).

[10] Estos dos términos se destacan por la tensión que implica la armonización entre la posición del *disenso* (necesario para todo sistema político democrático) y la *identitaria* (necesaria para la estabilidad de la autoridad).

[11] Marco Jurídico Interamericano de la Libertad de Expresión 2009, p. 16.

elegidos quienes se enfrentan a los medios tradicionales de comunicación.[12] Así, países como Argentina,[13] Bolivia,[14] Ecuador,[15] Venezuela[16] y –más recientemente– Uruguay (en discusión), han promulgado normativas con el objeto de *democratizar* los sistemas comunicacionales.

En este nuevo debate se observan dos *guiones* que parecen mantener atrapada la discusión y que reflejan la tensión teórica subyacente a la libertad de expresión, que oscila entre la autonomía individual y el autogobierno colectivo. La primera posición descansa en el modelo del libre mercado de las ideas[17] o del disenso, que destaca la protección del ejercicio periodístico, la libertad para fundar medios y ejercer cualquier actividad económica lícita, y el derecho de propiedad. Una segunda posición se basa en el modelo de un debate *calificado* (generalmente como "desinhibido, vigoroso y abierto" en las conocidas palabras del Juez Brennan), que reconoce la necesidad de un rol protagónico del estado para asegurar la diversidad de opiniones dentro del proceso comunicativo y el acceso de los sectores desaventajados e históricamente silenciados.[18] Por cierto, ambos modelos dan cuenta de diferentes concepciones de la democracia y, también de lo que se entiende por autonomía personal y autogobierno colectivo. [19]

---

[12] Reflejo del ambiente que se percibe en la región es el título del libro ¿POR QUÉ NOS ODIAN TANTO? [ESTADO Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN AMÉRICA LATINA] de Omar Rincón (ed.) (2010).
[13] Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual No 26.522, 10 de octubre de 2009.
[14] Ley contra el racismo y toda forma de discriminación, 8 de octubre de 2010. Asimismo, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia garantiza el derecho a la comunicación, información y expresión arts. 106 y ss.
[15] La Ley Orgánica de Comunicación, aprobada por la Asamblea Nacional del Ecuador el 14 de junio de 2013, y promulgada por el Presidente de la República el 22 de junio de 2013.
[16] Ley Orgánica de Telecomunicaciones, 28 de marzo de 2000.
[17] Basado en el conocido disenso del Juez Holmes en Abrams v. Holmes, 250 U.S. 616 (1919) "the best test of truth [that] is the power of thought to get itself accepted in the competition of the market".
[18] Estos modelos teóricos si bien han sido desarrollados dentro de la tradición estadounidense son ilustrativos para analizar el desarrollo del derecho a la libertad de expresión. Ver Roberto Gargarella, *Constitucionalismo y Libertad de Expresión* en Ávila, et.al (eds.) LIBERTAD DE EXPRESIÓN: DEBATES, ALCANCES Y NUEVA AGENDA (2011)
[19] Sin perjuicio que este trabajo no se extiende a las diferentes concepciones que se derivan de ambos modelos, sí se considera que es el modelo normativo deliberativo de democracia el que mejor explica la relación entre la legitimidad de la autoridad y la importancia de la autonomía

En este contexto, la propuesta teórica sobre la Primera Enmienda que formula el profesor Owen Fiss, se hace particularmente atractiva para hacer un análisis crítico tanto a las nuevas leyes de comunicaciones (tomando como caso de estudio el ecuatoriano), como a la posición que sigue el sistema interamericano de derechos humanos. Sus argumentos respecto al autogobierno colectivo como fundamento de la libertad de expresión, y la importancia que tiene la estructura social para el análisis, llevan a cuestionar el clásico rol que una teoría liberal le asigna al estado y al mercado como instituciones reguladoras de este derecho. Por ello, aún cuando se enmarquen dentro de la *tradición* de protección de la libertad de expresión del derecho estadounidense, son relevantes para repensar los alcances del derecho a la libertad de expresión en Latinoamérica, y así lo confirman las citas recurrentes a sus estudios.

En este trabajo se analiza el caso ecuatoriano porque es un ejemplo paradigmático de lo que se ha denominado como el "Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano"[20] que se desarrolla como un modelo alternativo a la democracia liberal constitucional,[21] buscando diseñar mecanismos participativos inclusivos. Para este esfuerzo de redefinición del poder y reconfiguración del estado, la libertad de expresión se presenta como un elemento central tanto desde el tradicional punto de vista de distribución del poder –por ejemplo, una de las cinco funciones del estado ecuatoriano es la de

---

individual, sin necesidad de requerir la unanimidad como mecanismo de decisión colectiva. La *reconciliación* de la autonomía individual y colectiva tendría lugar dependiendo de la institucionalización de procesos comunicativos que aseguren la inclusión en la formación de la voluntad y opinión común, y así también mediaría entre la posición más liberal con la republicana. Asimismo, el rol de los medios de comunicaciones también estaría influido por la concepción de democracia a la que se adscribe.

[20] En general se citan como parte del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, los procesos de Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008), Bolivia (2009). También se incluye por algunos Brasil (1988).

[21] Entendiendo que ésta comprende un sistema de derechos individuales, separación tripartita de poderes y sujeción de la administración a la ley. La desafección o el desprecio por la democracia representativa cuestiona el sistema de partidos y en general a las instituciones representativas. Marco Navas Alvear, *Derechos a la comunicación y teorías de la democracia*. Carlos Manuel Villabela se refiere al nuevo modelo como una "democracia multidireccional y republicana" en *Democracia y Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*; Javier Couso las llama "democracias radicales" en *Democracias Radicales y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano* SELA 2013.

Transparencia y Control Social– como en el dogmático, donde la regulación de la libertad de expresión se acerca más a la de un bien público antes que a la de un derecho individual. Asimismo, Ecuador es un buen ejemplo para revisar los conflictos que enfrenta la posible reconfiguración del derecho la libertad de expresión, ante los límites a las regulaciones que se imponen desde la normativa interamericana.

Este trabajo se estructura en cuatro partes. La parte II revisa los problemas teóricos de la libertad de expresión como derecho para la democracia, tanto desde lo que acá se llama el modelo del *disenso*, como desde el modelo *estructural* o *colectivo*, que se fundamenta en lo esencial con el principio mediador del debate público y robusto que ha sido desarrollado por Owen Fiss, concluyendo que ese este segundo modelo el que presenta una mejor interpretación del derecho a la libertad de expresión. La parte III describe el caso ecuatoriano como un ensayo fallido de la llamada democratización de las comunicaciones porque, si bien la nueva normativa ecuatoriana puede entenderse como un intento de institucionalizar el principio mediador del *debate público robusto* –ya que establece una distribución en la estructura de la propiedad y una intervención en la producción de contenidos–, se llega a desnaturalizar este principio constituyendo una verdadera *administratización* de la libertad de expresión que resulta incompatible con su justificación democrática. La parte IV discute la posible reconfiguración de la libertad de expresión en el marco de la normativa del SIDH, a la luz de las limitaciones permitidas por la misma y, finalmente, se presentan algunas reflexiones finales sobre la viabilidad de un nuevo paradigma expresivo en la región.

II. El *problema* de la libertad de expresión o cuánto espacio se deja para la democracia[22]

Sin pretender discutir aquí en detalle la contradicción entre el principio de libertad y el de seguridad a la que han aludido antes otros autores,[23] algo de esta tensión está presente al analizar el *problema* de la libertad de expresión y la democracia,[24] tanto desde el modelo del disenso como el colectivo. En la mediación de esos valores y siguiendo la lógica de la democracia constitucional,[25] la libertad de expresión como derecho básico, asegura a toda persona, y especialmente a los medios a través de la libertad de prensa, el derecho a expresar ideas *de toda índole*, fundado en el respeto al principio de la autonomía personal. Se presenta entonces, como "aquello que no podemos no querer"[26]: no podemos no querer expresar nuestras ideas, intereses o críticas públicamente, no podemos no querer manifestarnos en la(s) esfera(s) pública(s). Pero como muchas otras cosas, lo que a primera vista parece como *natural y simple*, esconde sus complejidades.

En general, se distinguen dos tipos de conflictos recurrentes en la región que se ejemplifican a continuación. El primero se refiere a los medios de comunicación que,

---

[22] "Los individuos tienen derechos y hay cosas que ninguna persona o grupo pueden hacerlas (sin violar sus derechos). Tan fuertes son, tanto alcance tienen estos derechos, que ellos hacen surgir la pregunta de qué pueden hacer el estado y sus representantes, si es que pueden hacer algo. *¿Cuánto espacio dejan los derechos individuales para el Estado?*" (el destacado es nuestro) Robert Nozick, ANARCHY, STATE, AND UTOPIA, p. xix.; para Dworkin "Un derecho contra el estado es un derecho a hacer algo incluso cuando la mayoría piense que es equivocado hacerlo, e incluso cuando la mayoría se viera perjudicada por haberlo hecho" en TAKING RIGHTS SERIOUSLY, p. 194.

[23] Suponiendo que se actúa de forma auto-interesada, cada individuo es el agente más capacitado para decidir la mejor manera de lograr su realización personal, sin dañar a otros. Pero a mayor libertad más probabilidad de daño, y menos seguridad. D. Kennedy, The structure of Blackstone Commentaries, Buff. L. Rev. 28; Joseph Singer, The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence From Bentham to Hohfeld, 1982 Wis. L. Rev.

[24] Para otros es también un reflejo del conflicto entre dos concepciones de la libertad, o entre libertad e igualdad. Owen Fiss, LIBERALISM DIVIDED.

[25] También, es la propia democracia constitucional la que descansa sobre una mediación entre ambos valores, y la razón y la voluntad como elementos legitimadores de la autoridad política. Frente al principio de la mayoría que invoca la *voluntad* del pueblo, los derechos añaden el freno de la *razón.*

[26] Wendy Brown, *Suffering the Paradoxes of Rights* en Wendy Brown & Janet Halley (eds.) LEFT LEGALISM/LEFT CRITIQUE pp.420-434 (2002).

desde la perspectiva liberal, cumplen la función central de control en una democracia,[27] pero que también constituyen –más que agentes expresivos– el foro en el cual se hace posible la expresión de la ciudadanía, cumpliendo funciones representativas. En este caso, el modelo regulatorio del disenso se hace insuficiente. Y, el segundo, tiene relación con el contenido del discurso público y el principio mediador del debate robusto, que desde el punto de vista político justifica una protección robusta del disenso, pero que –al mismo tiempo– considera problemático los mecanismos y los discursos que tienen un efecto silenciador en otros grupos sociales.

2.1 La libertad de expresión como inmunidad: el modelo del disenso

Frente al ambiente que enfrentan los medios en Latinoamérica, John Dinges planteaba lo siguiente a la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP) en 2004:

> "si no hacemos nuestro trabajo de servicio público, el público siempre puede quitarnos nuestros derechos, o puede intentar forzarnos –mediante leyes democráticamente aprobadas— a que hagamos nuestro trabajo".[28]

Pero Dinges está en parte equivocado. El público no puede llegar y "quitarle" los derechos a la prensa, por mucho que ésta *no haga su trabajo*. Los derechos básicos se caracterizan por expresar institucionalmente lo que se debe al titular del derecho en base a la especial importancia que tiene la protección de un determinado *interés individual*.[29] Así, tal interés constituye el fundamento para imponer a otros una obligación por sobre

[27] Tal como lo afirmara A. Meiklejohn, el precio de la libertad es la eterna vigilancia, pero no solo de los gobernantes, sino de todo grupo o individuo cuyas acciones afecten el bienestar general. "There is much more truth in the maxim that eternal vigilance is the price of freedom. No nation can be free unless it is strong and active enough to control, whenever necessary every private individual or group whose actions affects the general welfare", *Free Speech and its relation to self-government*, en su POLITICAL FREEDOM. THE CONSTITUTIONAL POWERS OF THE PEOPLE, p. 163, 1965.
[28] John Dinges, *Resolución de conflictos entre los medios de comunicación y los gobiernos para beneficio de la democracia: reflexiones sobre las preguntas que permitan definir las reglas del periodismo*, en: LA DEMOCRATIZACIÓN DE LA COMUNICACIÓN Y DE LA INFORMACIÓN EN AMÉRICA LATINA, p. 63-95 (2013).
[29] En este punto se sigue la teoría del interés, sin perjuicio de reconocer la distinción con la protección de la voluntad o la elección planteada por otros autores.

consideraciones de interés colectivo, evocando la poderosa idea de triunfos frente a la mayoría.[30]

Como ejemplo de esta línea se puede mencionar la llamada Declaración de Chapultepec, la cual ha sido calificada dentro del SIDH como la norma modelo para la libertad de expresión. Esta Declaración fue suscrita en la Conferencia Hemisférica sobre la Libertad de Expresión, organizada por la Sociedad Interamericana de Prensa en marzo de 1994, y en su primer y noveno principio indica que:

> "No hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa. El ejercicio de esta no es concesión de las autoridades; es un derecho inalienable del pueblo… en cuanto a su origen, la libertad de expresión y de prensa no puede estar sujeta al arbitrio de las autoridades o de la legislación positiva"
>
> "El imponer cualquier tipo de exigencia oficial para medir lo que hace la prensa resulta incompatible con la libertad"

Owen Fiss, al referirse a la tradición de la Primera Enmienda, señala que principalmente ésta se entiende como una protección al *orador de la esquina* frente al estado[31] donde primaría el valor de la autonomía por sobre el del debate público.[32] Lo especialmente valioso que se protege es el interés individual en expresarse, como parte de la autorrealización personal, y es aquello lo que caracteriza a la institucionalización del derecho a la libertad de expresión en el siguiente marco:

a) *la libertad de expresión como derecho individual* corresponde a una extensión de la libertad de pensamiento, de creencias, y envuelve reconocer la igualdad de cada persona para comunicar sus ideas al público, y así, participar en la actividad de la opinión

---

[30] Ronald Dworkin, TAKING RIGHTS SERIOUSLY, p. xi, 92 (2002) "Individual rights are political trumps held by individuals. Individual have rights when, for some reason, a collective goal is not a sufficient reason for denying them what they wish, as individuals, to have or to do, or not a sufficient justification for imposing some loss or injury upon them".

[31] Owen Fiss, *Free Speech and Social Structure*, en su LIBERALISM DIVIDED (1996) p. 11.

[32] Sin perjuicio que la libertad individual de expresión actualmente está siendo abatida por intereses estatales vinculados a la seguridad nacional. Ver informe Clasificación Mundial de la Libertad de Prensa 2014, Reporteros sin Fronteras, donde Estados Unidos se ubica en el lugar 46, descendiendo 13 puestos: http://es.rsf.org/2014-clasificacion-mundial-de-la-12-02-2014,45854.html

pública, como parte de su autonomía personal. La libertad de expresión como inmunidad,[33] implica que el estado debe permanecer neutral frente a las ideas, opiniones y preferencias individuales, ya que se asume el *desacuerdo* como constitutivo de una sociedad moderna que es irremediablemente diversa y compleja;

b) el *mercado de las ideas* es el mecanismo que mejor puede reflejar esa pluralidad de ideas y favorecer a aquellas que triunfen dentro de la *competencia* robusta, abierta y desinhibida, toda vez que reconoce en los sujetos al agente auto-interesado y racional propio del valor de la autonomía personal,[34] *como si* el debate público fuese el resultado de la acción humana anónima y jamás podría ser producto de un diseño social; y,

c) en el horizonte regulador siempre está presente la imagen del estado como la principal amenaza a la libertad individual y, consecuentemente, el temor que tal poder pueda ser usado arbitrariamente para proscribir el disenso y a la oposición.[35] En resumen, es reveladora la frase que afirma que para la libertad de expresión, *no hay algo así como una idea falsa*.[36]

---

[33] En el sentido de no estar sujeto a responsabilidad o subordinación frente al estado.

[34] Robert Post defiende una teoría de la primera enmienda donde el principio del autodeterminación colectiva se expresa en la protección del discurso público a través del modelo del mercado de las ideas, el cual expresaría el valor igualitario (propio de la democracia) de tener el mismo derecho de expresar cualquier idea. Robert Post, EXPERTISE AND ACADEMIC FREEDOM. A FIRST AMENDMENT JURISPRUDENCE FOR THE MODERN STATE (2012) p. xi.

[35] Por cierto, dentro de la tradición estadounidense, el argumento histórico para la generación de esta concepción de la libertad de expresión es importante. En sus orígenes, como explica Sunstein, el ámbito cubierto por la Primera Enmienda era mucho más limitado, ya que coexistía con la Ley de Sedición de 1798; además, es notoria la influencia de los disensos de jueces como Holmes y Brandeis en casos donde se buscaba proscribir del discurso público aquellas ideas consideradas peligrosas, como las anarquistas y comunistas, Cass Sunstein, DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH. En América Latina también la historia juega en contra del estado. Por ejemplo, en Chile la persecución de los partidos de izquierda es parte de nuestra historia reciente, ver en este punto Pablo Ruiz-Tagle, *Debate Público Restringido en Chile (1980-1988),* en Revista Chilena de Derecho, pp.111-128.

[36] Distinguiendo entre hechos e ideas, Gertz v. Welch 418 U.S. 323 (1974).

Y he ahí una paradoja: la democracia necesita a un público informado para que participe en el sistema político,[37] lo cual implica la existencia de un discurso público robusto y un sistema de medios de comunicación orientado a tales fines. Sin embargo, la inmunidad, que aparentemente era lo que no podríamos no querer, presenta su correlativo, esto es, la incompetencia del estado quien debe permanecer al margen de *calificar* aquel servicio.[38]

Desde una teoría liberal individualista de los derechos,[39] no hay una respuesta satisfactoria que explique el por qué los intereses de quienes se expresan deben primar por sobre los intereses de la audiencia o de aquellos a los que hacen referencia cuando entran en conflicto.[40] En el caso de la libertad de expresión, si solo se tuviera en cuenta los intereses individuales, se podría argumentar que muchos otros intereses que no reciben tan alta protección – como el trabajo, la salud, la vivienda- son más relevantes para las personas que el interés de expresarse en público.[41] Tampoco se explica la especial protección a una libertad de prensa, ni las garantías al trabajo de los

---

[37] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva sobre Colegiación Obligatoria de Periodistas, OC 5/85 "Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre".

[38] Se podría argumentar que de alguna forma esta incapacidad se extiende al colectivo social cuando pensamos en los casos donde quien se manifiesta públicamente no tiene control sobre cómo será representada su demanda en la esfera pública, afectando el contenido expresivo de la protesta social. Si bien es cierto que los medios tecnológicos morigeran el grado de pérdida de control, en gran medida el contenido de la agenda pública es determinado por los medios masivos de comunicación.

[39] Esta concepción de los derechos junto a la teoría política basada en ella, ha sido criticada en particular por su compromiso teórico con el individualismo moral. Los derechos al modo de "coto vedado", asimilables a esferas de inmunidades frente a un legislador (democrático) constituirían elementos depolitizadores del discurso público. En el caso de la libertad de expresión como derecho, el presunto poder es mayor y el campo de acción para el estado es limitado.

[40] Owen Fiss, LA IRONÍA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN p. 12 y ss.; Robert Post también considera que el valor constitucional de la autonomía individual no logra dar cuenta de los diversos tipos de regulación cubiertos por la Primera Enmienda, DEMOCRACY, EXPERTISE AND ACADEMIC FREEDOM, p. 12 y ss. (2012).

[41] Por ello, la libertad de expresión sería un puzle para el liberalismo de acuerdo con Raz y también sigue el mismo razonamiento Eric Barendt al analizar la justificación que se basa en la autorrealización personal FREEDOM OF SPEECH, p. 13 y ss.

periodistas.[42] Más aún cuando la ironía de la libertad de expresión –en palabras del mismo Fiss– resulta del efecto silenciador que podría tener el extender la especial protección que otorga este derecho a discursos como la pornografía o el discurso del odio, o el efecto silenciador que genera el propio mercado.

Frente a esta debilidad teórica del derecho a la libertad de expresión como autonomía individual, hay quienes han justificado este derecho en base al principio del autogobierno colectivo, pero considerando que es en la esfera del discurso público donde ambos principios se reconciliarían.[43] También, siguiendo la idea que los derechos individuales tienen una aspecto colectivo,[44] se podría entender que la autonomía individual que defiende la libertad de expresión está vinculada a la vigencia de ciertos bienes colectivos, como aquellos que se refieren a contextos estructurales como la existencia de una cultura abierta.[45]

Estas aproximaciones reconciliadoras de la autonomía individual con la colectiva, serían compatibles con la idea que es la primacía del principio democrático el que exige proteger el disenso contando con una *inmunidad* frente al estado. Solo así se hace posible que los gobernados puedan expresar sus opiniones e ideas políticas sin estar sometidos al control de los gobernantes (principio de neutralidad), así como también que las decisiones públicas sean sometidas a la crítica pública (principio de rendición de cuentas); ambos requisitos en una democracia moderna representativa.[46] Por lo tanto, es

---

[42] Ver Joseph Raz, THE MORALITY OF FREEDOM, p. 248, 253; Eric Barendt, *Freedom of Speech in the Media* p. 417.
[43] Robert Post, *Meiklejohn's mistake: Individual autonomy and the reform of public discourse*.
[44] Joseph Raz, THE MORALITY OF FREEDOM, p.250 y ss.
[45] En este punto se sigue la distinction que se hace entre bienes públicos contingentes (aquellos bienes no excluyentes ni rivales, desde la perspectiva económica) y los intrínsecos o propiamente "bienes colectivos", id. p. 198 y ss.
[46] Bernard Manin, THE PRINCIPLES OF THE REPRESENTATIVE GOVERNMENT. También se complementa con la concepción democrática liberal basada en la autonomía individual por ejemplo, a través de lo que The Economist considera como una democracia: "más fundamentalmente, la democracia permite que las personas expresen lo que piensan, y diseñen su futuro y el de sus hijos", The Economist, *What's gone wrong with democracy*, March 1st, 2014 p. 47

este interés colectivo el que justifica, en principio, que el margen del daño aceptable sea mucho más amplio y que, en la esfera pública, se acepten todo tipo de opiniones, incluso aquellos discursos que disgustan u ofenden,[47] confiando que el conflicto social puede ser mediado sin violencia a través de la palabra.[48]

Considerando lo anterior, se puede criticar la inmunidad expresiva del modelo del disenso desde el mismo principio democrático, que para estos propósitos se clasifican en problemas de acceso y contenido:

(a) problemas *de acceso* a las esferas públicas cuando se trata de un disenso minoritario. Especialmente cuando el mercado es el mecanismo exclusivo por el cual se regula la comunicación, ya que no solo es imperfecto,[49] sino que limitado en su capacidad para permanecer neutral frente a las preferencias;[50] y,

(b) problemas *de contenido*, ya que el disenso -mayoritario y/o excluyente- puede ser tal, que cause el silencio o subordinación de otros grupos sociales a través de lo que se ha denominado el discurso del odio, la violencia y la pornografía. O, por el contrario,

---

[47] Típicamente citado es el caso de Virginia v. Black 538 U.S. 343 (2003)

[48] En este punto coinciden diversos autores. Thomas Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment* (explicando el estatus especial de la expresión, admite que se debe a que "expression is normally conceived as doing less injury to other social goals than action. It generally has less immediate consequences, is less irremediable in its impact" argumentando que otorga un marco en el cual puede tener lugar el conflicto necesario para el progreso de una sociedad , sin destruirla). Walter Benjamin**,** *Critique of Violence, en* REFLECTIONS: ESSAYS, APHORISMS, AUTOBIOGRAPHICAL WRITINGS, "there is a sphere of human understanding that is non-violent to the extent that it is wholly inaccessible to violence: the proper sphere of 'understanding', language" p. 289.

[49] En cuanto a generar monopolios, oligopolios y externalidades negativas.

[50] En especial por la capacidad para construir preferencias. Por cierto que también tiene ventajas, ya que el mercado basado en el *intercambio* responde a la idea que el agente es el mejor posicionado para saber cuáles son sus intereses y cómo satisfacerlos, y se presume que en el intercambio hay coordinación y no violencia. Para un análisis del mecanismo de mercado en relación con la libertad de expresión ver Carlos Nino, FUNDAMENTOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL p. 263 y ss; Owen Fiss *Building a Free Press* 140-158, en LIBERALISM DIVIDED; si se toma el mercado de medios de comunicación por su carácter abierto y competitivo, la concentración puede producir efectos indeseados tales como: la prevalencia de ciertos intereses sobre el deber de informar, el privilegio de la actividad lucrativa sobre la tarea de servicio al público y la obstaculización del pluralismo informativo, a partir de la sobre representación de algunas tendencias y la escasa presencia de otras.

que sea la propia *expresión determinada democráticamente* la que excluya contenidos de interés público.[51]

Sin embargo, más allá de los esfuerzos reconciliadores, el problema que presenta esta posición es la limitada concepción de igualdad que defiende. La igualdad del *mercado de las ideas* es la protección que cada miembro de la comunidad tiene frente al estado para defender una idea y competir con otras en la construcción de estándares sociales, una igualdad que presume que se trata de agentes igualmente independientes y autónomos. Pero, en la vida social las personas son tan autónomas como dependientes, y el actuar independiente solo se hace posible en el contexto de una red de relaciones sociales, estructurales e institucionales.[52] Es decir, no toma en cuenta las *vulnerabilidades* que la estructura social configura tanto desde el punto de vista individual e institucional.[53]

Además, parece suponer que se trataría de proteger disensos *ya existentes*, sin dar cuenta, tal como lo destacara Arendt, la especial fortaleza de carácter para sostener una opinión diferente a la compartida o socializada.[54] Es decir, también la opinión pública, entendida como sujeto soberano puede ser opresiva.

---

[51] Acerca de la distinción entre expresión *democráticamente determinada* y la expresión *en el debate público robusto* ver O. Fiss, *Building a Free Press*, p. 146 y ss.

[52] La importancia de las relaciones personales, sociales, institucionales para constituir al individuo autónomo ha sido destacada por Martha Fineman, "*Elderly" as Vulnerable: Rethinking the Nature of Individual and Societal Responsibility*. The Elder Law Journal, 20(1), 71-112 2012; *Beyond Identities: the limits of an antidiscrimination approach to equality,* 92 B.U. L. Rev. 1713, 1752, 2012; Jennifer Nedelsky, LAWS RELATIONS, 118, 2011. También este punto (en relación con la dependencia) lo desarrolla Robert Post para justificar las regulaciones estrictas sobre áreas del conocimiento técnico, en su DEMOCRACY, EXPERTISE AND ACADEMIC FREEDOM; y hace referencia a la contradicción entre un modelo democrático y un modelo comunitario de la Primera Enmienda en *Racist Speech, Democracy and First Amendment* (1991).

[53] El concepto de vulnerabilidad no se limita a ciertos grupos *desaventajados* en función de características particulares, sino que se presenta como una cualidad universal e inevitable, que es tanto producto de la propia biología, como de la forma en la cual están estructuradas las instituciones.

[54] Hannah Arendt, *Truth and Politics*, en BETWEEN PAST AND FUTURE p. 249. También Paul W. Kahn habría advertido que "the problem in the present era is not simply to protect free speech but to find someone capable of speaking freely -that is, of saying something that is his own and not

2.2 La libertad de expresión como poder: el modelo estructural o colectivo[55]

En la cita del comienzo Arendt advierte sobre la pérdida de relevancia de la libertad de expresión en sociedades democráticas, para el ejercicio *significativo* de la libertad.[56] Y tomando este aviso, en el marco de este segundo modelo la libertad de expresión se entiende, antes que una inmunidad, como un *poder*, en el sentido de fortalecer la capacidad para *actuar* colectivamente,[57] y solo así podrá decirse que constituye un verdadero guardián de la democracia.[58] Esta forma de acción solo adquiere sentido en el contexto de un debate robusto donde sea posible generar, discutir y excluir *alternativas*, entendiendo que la democracia *empieza con la conversación*,[59] y donde es este proceso político el cual permite que la colectividad como pueblo, asuma el proyecto de *decidir* su destino.

---

simply a repetition of one or another segment of public opinion" en THE CULTURAL STUDY OF LAW p. 129.

[55] La teoría de la primera enmienda que siguen Alexander Meiklejohn y Owen Fiss ha sido calificada como *colectivista* por Robert Post y Morris Lipton. De acuerdo a Post, es colectivista en cuanto subordina los derechos individuales al proceso colectivo de deliberación pública, afirmando que la doctrina de la Primera Enmienda sería, por el contrario, individualista. *Meiklejohn's mistake*; para Lipton sería colectivista en contraposición al individualismo propio de la propuesta de Robert Post. *Autonomy and Democracy* Yale L.J 2249 1994-1995. Este trabajo no pretende abarcar la contraposición del individualismo con el colectivismo, Por ello, se prefiere el término *colectivo*, en cuando a la justificación de la libertad de expresión en base a un bien colectivo, como lo es la cultura pública que anima el principio del debate public robusto.

[56] Y, en efecto, uno de los temas que subyace a la discusión sobre la libertad de expresión, es acerca de las concepciones de libertad. En este punto, por ejemplo, para Owen Fiss se trata de un conflicto sobre el significado de la libertad, "not simply a conflict bw liberty and equality but also, and perhaps even more fundamental, a conflict between liberty and liberty. Over the meaning of freedom", LIBERALISM DIVIDED, p. 5.

[57] El concepto de poder asociado a los derechos desde la perspectiva de Hohfeld, se refiere a la potestad del titular del derecho para modificar sus relaciones jurídicas y donde la posición correlativa es de sujeción. El *poder* de Hohfeld se podría analogar a la probabilidad del individuo de realizar su voluntad a pesar de la resistencia de otros, o como la realización de una acción de dominación de un grupo sobre otro, lo que es compatible con la perspectiva de la democracia pluralista. Por ello, creo necesario distinguir esta idea del poder como la capacidad para la acción colectiva.

[58] La centralidad de la libertad de expresión en la tradición estadounidense se asocia no solo al sistema político (Brown v. Hartlage 456 US 45 1982) sino a la propia identidad de la nación.

[59] El paradigma de la política concebida en el sentido de una práctica de autodeterminación ciudadana, no es el mercado, sino el diálogo (para una concepción republicana) ver Jürgen Habermas, *Tres modelos normativos de la democracia*, en su LA INCLUSIÓN DEL OTRO, p. 237

Frente a las debilidades que tiene el modelo del disenso desde la perspectiva democrática, se presenta el modelo sobre la base del principio del debate público robusto, el cual es desarrollado principalmente por Owen Fiss en varios trabajos.[60] En lo que sigue, esta posición se denomina *estructural,* porque relativiza la distinción entre un ámbito de libertad propio de la sociedad civil o el mercado frente a otro espacio coercitivo representado por el estado. Así, parte del reconocimiento de la importancia que tiene la organización de la estructura social que subyace a este derecho, la cual puede llegar a ser tan peligrosa para la expresión libre, como la fuerza policial.[61] Junto con ello, reconoce en el mercado también una estructura coercitiva,[62] y considera que el estado se puede presentar como un *amigo* de la libertad de expresión,[63] toda vez que puede intervenir para equilibrar las influencias en el debate público, según las condiciones particulares de cada sociedad.[64]

Además, es *colectivo* en cuanto invierte el principio rector de la autonomía individual y lo subordina a un bien colectivo, como lo es el del debate público, poniendo el foco en los efectos de la regulación en el mismo, antes que en el grado de afectación de la autonomía individual.[65] Dependiendo de las necesidades de la estructura social, el

---

[60] Ver Owen Fiss, LIBERALISM DIVIDED; Alexander Meikejohn, *Free Speech and Its Relation to Self Government* en POLITICAL FREEDOM. THE CONSTITUCIONAL POWERS OF THE PEOPLE (1965); Cass Sunstein, DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE OF SPEECH (1993).

[61] Fiss, id. p. 20, 43. El análisis de la estructura social implica la inclusión en la reflexión constitucional de las circunstancias institucionales de una sociedad, por lo que podríamos sostener que cada comunidad política tendría un legítimo "margen de apreciación" para delimitar el derecho a la libertad de expresión.

[62] Fiss, op. cit.

[63] Owen Fiss *Building a Free Press*, p. 143; en cuanto a la posición del estado como promotor de la libertad, también Joseph Raz, THE MORALITY OF FREEDOM, p. 245 y ss.

[64] En el mismo sentido, Alexander Meiklejohn interpreta la Primera Enmienda como un permiso para aquella regulación que enriquezca el debate. *Free Speech and Its Relation to Self Government*, p. 20. En Chile, Pablo Ruiz-Tagle ha planteado ciertos principios de intervención estatal, para garantizar la libertad de expresión en el país. Pablo Ruiz-Tagle, *Propiedad de los Medios y principios de intervención del Estado para Garantizar la Libertad de Expresión en Chile*, Rev.Der. U. Católica del Norte, año 18 No 2 (2011).

[65] Owen Fiss, *State Activism and State Censorship* en LIBERALISM DIVIDED, p. 102

estado estaría justificado para actuar como quien dirige un debate parlamentario,[66] o como el moderador de una gran reunión municipal, como plantea Meiklejohn. Por ello, se interpreta la libertad de expresión en términos sociales como un derecho *público* y la Primera Enmienda es entendida como una justificación para la actuación estatal antes que como un límite a ella.[67]

Sin embargo, a diferencia de las posiciones sostenidas por Owen Fiss y Alexander Meiklejohn, para quienes el interés protegido se *traslada* desde quien habla a quienes escuchan (la audiencia) y donde "lo esencial no es que todos hablen sino que todo lo que valga la pena escuchar se exprese",[68] se sostiene que el interés protegido por el derecho a la libertad de expresión, se mantiene en quien se expresa, pero siendo justificado en cuanto promueva el principio colectivo mediador del debate público robusto. Así, la autonomía es recuperada, en cuanto a que ésta no se restringe a la libertad de elección, sino que depende de la información y de las *alternativas* disponibles,[69] enclavadas en una cultura pública abierta.[70] De allí se deriva la importancia de tomar en consideración la organización de la estructura social, ya que es en ella donde se determina el tipo de información con el que se cuenta, los sujetos que se enfrentan en cada conflicto y las alternativas de elección disponibles. Por eso, sin argumentar a favor que el estado controle la agenda del discurso público, no significa necesariamente abogar por su inacción, especialmente si nos enfrentamos a estructuras sociales donde las *alternativas*

---

[66] Owen Fiss usa tanto la analogía del estado como parlamentario, como la del estado como profesor.
[67], id. p. 5, 24, 51. Fiss hace referencia al *weighted balancing test* donde el estado puede demostrar que: su interés no es directamente suprimir la expresión, y que el beneficio es mayor al daño que causa.
[68] Citado en Robert Post, DEMOCRACY, EXPERTISE AND ACADEMIC FREEDOM. p. 16
"what is essential is not that everyone shall speak but that everything worth saying shall be said"
[69] "As a matter of fact, the definition of the alternatives is the supreme instrument of power…he who determines what politics is about runs the country, because the definition of the alternatives is the choice of conflicts, and the choice of conflicts allocates power" Citado en Robert Post, *Meiklejohn's Mistake*, p. 1118
[70] Siguiendo la idea reconciliatoria de la autonomía individual con la colectiva en el campo del debate público.

son determinadas por agentes que no han sido elegidos democráticamente y sobre los cuales no existe forma de control ni responsabilidad efectiva por sus acciones.[71]

III. El problema de la libertad de expresión para la Revolución Ciudadana

En Ecuador, la Revolución Ciudadana del Presidente Correa vuelve a poner al estado frente a los medios, pero esta vez, ya no se trata de una dictadura, sino que es un gobierno elegido democráticamente el que ve en los medios al "enemigo",[72] argumentando la necesidad de regular a la "a los medios corruptos". Por otro lado, los medios llaman a controlar a "un gobierno dictatorial" elegido en democracia. El enfrentamiento se ha presentado en términos "del todo o nada" y la discusión planteada en estos términos solo oscurece el problema, y colabora para empobrecer el debate público.

En el análisis de la nueva regulación de la comunicación, se hace necesario también referirse a la estructura social en la cual ésta se enmarca. Porque, sin perjuicio que la revolución ciudadana haya terminado institucionalizando un modelo que se asemeja más a otro tipo de democracia delegativa,[73] los medios tradicionales han sido incapaces de aceptar las críticas que dan cuenta de la necesidad de una reforma. El *mercado de las ideas* en Ecuador presentaba serios problemas mucho antes de la llegada de Correa. Los medios de comunicación estaban desprestigiados en el país especialmente

[71] Como lo es el caso de una esfera pública en una sociedad de mercado donde los medios de comunicación estén capturados por intereses privados económicos. Charles Lindblom, ya en 1982, explicaba como el mercado puede actuar frustrando el cambio social, tanto institucionalmente como a través de la instalación de un concepto intelectual hegemónico. *Market as Prison*, The Journal of Politics, Vol. 44, pp., 1982. En cuanto a la responsabilidad ver Ruiz-Tagle, *Propiedad de los Medios y principios de intervención del Estado para Garantizar la Libertad de Expresión en Chile*.

[72] http://www.bbc.co.uk/spanish/specials/1244_medios_pelea/page4.shtml

[73] Se entiende por democracia delegativa aquella que "es más democrática pero menos liberal que la democracia representativa" y donde el Presidente de la República personaliza el poder politico, mientras que la rendición de cuentas horizontal se debilita. Guillermo O'Donell, *Delegative Democracy*, Journal of Democracy, Vol. 5, No. 1, January 1994: 55-69.

por su vinculación a la banca.[74] Se les percibía –antes que como un control al estado–, como actores instrumentales a los mismos intereses económicos que ahora han sido desplazados por el Gobierno.[75] Por ello, muchos vieron en la nueva Ley de Comunicaciones un intento de salvar *al rebaño del lobo*, declarando que ahora "la palabra ya es de todos";[76] mientras, por su parte, el lobo hace bien denunciando al pastor de ser el destructor de la libertad, catalogando a la ley de comunicaciones de "ley mordaza".

La Ley de Comunicaciones, que entró en vigencia en junio de 2013 en Ecuador, es producto del mandato constitucional establecido en la disposición primera transitoria de la Constitución de 2008, y de la consulta de 2011 sobre temas relacionados con la comunicación. Es, sin duda una ley controvertida, tanto ante la comunidad internacional, [77] como la nacional, donde se han presentado tres acciones de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional.[78]

Desde el modelo colectivo de la libertad de expresión, la Ley de Comunicaciones de Ecuador tiene varios aspectos positivos, que dan cuenta de la perspectiva estructural y colectiva sobre la libertad de expresión, entre los cuales se encuentran: el acceso a las frecuencias a través de la distribución de la propiedad, lo que ha sido llamado la "reforma

---

[74] Gustavo Abad relata que ya para la caída de Lucio Gutiérrez en 2005 las protestas ciudadanas manifestaban su rechazo a los medios tradicionales que habían omitido cubrir las manifestaciones. También da cuenta la batalla informativa que mantuvieron los grupos Isaías con el grupo Egas dirigiendo la información para sostener que los bancos del otro estaban al borde de la quiebra. Gustavo Abad, *El Club de la Pelea: Poder Político v. Poder Mediático*, en Omar Rincón (ed.) ¿POR QUÉ NOS ODIAN TANTO? [ESTADO Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN AMÉRICA LATINA], Centro de Competencia en Comunicación para América Latina Friedrich Ebert Stiftung (2010).
[75] John Dinges, *Resolución de Conflictos entre los Medios de Comunicación y los Gobiernos Para Beneficio de la Democracia: reflexiones sobre las preguntas que permitan definir las reglas del periodismo*.
[76] Pancarta desplegada en la Asamblea Legislativa de Ecuador luego de la aprobación de la Ley de Comunicaciones por la mayoría de los asambleístas presentes (la votación se realizó por títulos del proyecto de ley, aprobada por 108 votos títulos I al IV más disposiciones transitorias y con 110 votos el título V y VI).
[77] Ver Declaración Relatoría; Human Rights Watch Report 2014 https://www.hrw.org/world-report-%5Bscheduler-publish-yyyy%5D/world-report-2014-ecuador; Freedom House clasificación de la prensa como "no libre" debido a la promulgación de la Ley de Comunicaciones http://www.freedomhouse.org/report/freedom-press/2013/ecuador#.Ux2_KRYnFUQ; único país latinoamericano incluido en listado de riesgo por CPJ (2013) https://cpj.org/2014/02/attacks-on-the-press-cpj-risk-list-1.php
[78] Causas No 0014-13-IN, 0023-13-IN, 0028-13-IN

agraria" de las comunicaciones, dividiendo el espectro radioeléctrico en privado, comunitario y público;[79] el fomento a la producción nacional;[80] el derecho de la ciudadanía a constituir observatorios de medios;[81] derecho a la comunicación intercultural y plurinacional;[82] y, la protección de los derechos laborales de los periodistas.[83] También es positiva la interpretación amplia de la censura previa, que no solo se extiende en cuanto al sujeto activo,[84] sino que también incluye la omisión deliberada y recurrente de hechos de interés público.

Sin embargo, la ley ecuatoriana además establece una verdadera *administratización* de la libertad de expresión, lo que no es compatible con el principio del debate público robusto que promueve el modelo estructural, y cuyos rasgos principales son los siguientes:

1. Creación de agencias públicas que integran el Sistema de Comunicación Social, [85] y la concepción de *toda* comunicación social como un servicio público, restringiendo el derecho a la libertad de expresión al bien público de la información. En

---

[79] Su objetivo es garantizar *en igualdad de condiciones* el acceso al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico. Uno de los medios a través de los cuales la ley persigue lograr dicho fin es la diferenciación de los medios en aquellos de carácter público, privado y comunitario. La ley otorga el 33% de las frecuencias a los medios públicos, 33% a los medios privados y 34% a los comunitarios, lo cual deberá alcanzarse en forma progresiva, otorgando prioridad a los medios comunitarios.

[80] Arts. 97 y ss.

[81] Art. 38

[82] Art. 36 "los pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias tienen derecho a producir y difundir en su propia lengua, contenidos que expresen y reflejen su cosmovisión, cultura, tradiciones, conocimientos y saberes" estableciéndose la obligación de destinar un espacio correspondiente al 5% de la programación diaria".

[83] Arts. 43 y 44

[84] De acuerdo al art. 18 no solo el estado o sus funcionarios pueden incurrir en censura previa, ya que también incluye a quien en su calidad "revise, apruebe o desapruebe los contenidos previos a su difusión a través de cualquier medio de comunicación, a fin de obtener de forma ilegítima un beneficio propio, favorecer a una tercera persona y/o perjudicar a un tercero.

[85] El Sistema de Comunicación Social –encargado de la regulación y el control de la normativa de comunicaciones- se estructura en tres organismos: el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación (CRDIC), la Superintendencia de Información y Comunicación (SIC), y un Consejo Consultivo[85] que presta asesoría a la CRDIC en los procesos de formación de políticas en materia de información y comunicación. Su composición es cuestionada porque el Superintendente es nombrado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de una terna que envía el Presidente/a, mientras que el Presidente del CRDIC es nombrado por el Ejecutivo.

efecto, como advierte la Relatoría de la Libertad de Expresión, la Ley de Comunicaciones considera que es el estado quien debe asegurar la calidad de la información que emiten los medios,[86] imponiendo obligaciones a los medios de comunicación y regulando en detalle la forma de producción y difusión del contenido de la comunicación.

2. *Regulación de la autorregulación*: Los medios de comunicación están obligados a generar "códigos deontológicos" o éticos que regulen su práctica comunicacional. Sin embargo, se incluyen ciertas "normas mínimas", que debido a su extensión se transforma en una reglamentación de los estándares éticos de los medios de comunicación que tradicionalmente han sido dejados a la autorregulación.

3. La obligatoriedad de contar con un *defensor de sus audiencias* en cada medio de comunicación, el cual sería elegido por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Además, se establece la profesionalización del ejercicio periodístico.[87]

4. Se crean tipos administrativos como el polémico *linchamiento mediático*, definido como la "difusión de información que, de manera directa o a través de terceros, sea producida en 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", los cuales son conocidos por la Superintendencia.

Junto con esta normativa, las declaraciones del Presidente Correa hacia los medios de comunicación, las condenas a periodistas por injurias,[88] y la primera sanción impuesta

[86] Comunicado Relatoría, 28 de junio de 2013.
[87] Lo cual es contradictoria a los propios principios de democratización y participación que establece la misma ley, así como al marco jurídico interamericano.
[88] Caso El Universo; Jiménez, Villavicencio y Figueroa, sentencia de 16 de abril de 2013, confirmada el pasado 14 de enero; demanda contra Juan Carlos Calderón y Cristian Zurita, co-autores del libro "El Gran Hermano", en el cual se acusa a Rafael Correa de tener conocimiento de los contratos de su hermano Fabricio Correa con el estado.

por el sistema administrativo,[89] promueven un ambiente propicio para la autocensura,[90] a lo que se suma una estructura social y política que dificulta la generación de un debate público abierto. Por ello, la Ley de Comunicaciones ecuatoriana no democratiza la información sino que la *administratiza*, reforzando aun más el poder del Ejecutivo. Más aún, resulta contrario a todo argumento democratizador de los medios de comunicación, la limitación de información impuesta durante los procesos electorales por el llamado Código de la Democracia.[91]

IV. Hacia un nuevo paradigma de la libertad de expresión en el SIDH

Dentro del marco del SIDH la libertad de expresión ha constituido una preocupación esencial, y ejemplo de ello es la creación de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (en adelante la "Relatoría") al interior de la CIDH, en 1997.[92] Sin embargo, solo desde 2001 el SIDH comenzó a resolver casos contenciosos en cuanto a la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana[93] aunque, previamente, se emitieron las opiniones consultivas OC-5/85 (colegiación obligatoria de periodistas) y la OC-7/86 (exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta) las que han sido importantes para la configuración de este derecho.

---

[89] La primera sanción de la Ley de Comunicaciones se aplicó contra el caricaturista Xavier Bonilla y el Diario el Universo. http://internacional.elpais.com/internacional/2014/02/01/actualidad/1391213015_645373.html

[90] Monitoreo Ecuador Informe Libertad de Expresión 2012, 198 y ss. Además, el Presidente ha declarado que no concederá entrevistas a medios privados de comunicación, lo que se extendía también a todo su gabinete.

[91] Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, publicada el 6 de febrero de 2012, artículo 21 durante los 45 días de la campaña electoral "[l]os medios de comunicación social se abstendrán de hacer promoción directa o indirecta, que tienda a incidir a favor o en contra de determinado candidato, postulado, opciones, preferencias electorales o tesis política".

[92] Su finalidad: "estimular la defensa hemisférica del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, considerando su papel fundamental en la consolidación y desarrollo del sistema democrático, así como en la protección, garantía y promoción de los demás derechos humanos".

[93] Eduardo Andrés Bertoni, *The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: A Dialogue on Freedom of Expression Standards*; hasta marzo de 2014, se han decidido 17 casos ante la Corte Interamericana en relación a la libertad de expresión.

Por mucho tiempo la vulneración de la libertad de expresión se circunscribió a las agresiones a periodistas y medios de comunicación por parte de gobiernos dictatoriales.[94] Las circunstancias históricas de la región explican que sea la imagen de la protección del *disidente* la que mejor representa el modelo de regulación de la tradición latinoamericana, donde la libertad de expresión se ha identificado fundamentalmente en la prohibición de la censura previa.[95] En efecto, el marco jurídico interamericano sería el más garantista de los sistemas regionales en materia de libertad de expresión,[96] lo que se reafirma cuando se reconoce como "norma modelo de la libertad de expresión" a la Declaración de Chapultecec[97] la cual, en su principio 9 afirma:

> "La mejor ley de prensa es aquélla que no existe porque no existe mejor regulador que un público informado"

La Declaración de Chapultepec y la propia Convención Americana parecen seguir una concepción naturalista y pre-estatal de los derechos,[98] de forma tal que sería más compatible con el modelo del disenso. También, Gustavo Gómez señala que la libertad de expresión en la región ha sido vinculada principalmente a la libertad de prensa y a la libertad de ejercer actividades económicas.[99] Por lo tanto, se podría concluir que en el marco del SIDH la perspectiva individual del derecho a la libertad de expresión primaría por sobre su configuración colectiva.

---

[94] En este sentido, Ignacio Álvarez da cuenta de la tendencia a la diversificación de la temática de la libertad de expresión en los últimos años, *Libertad de Expresión en América Latina*, disponible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2465/6.pdf

[95] A diferencia del modelo europeo, el SIDH en el art. 13. 2 "el ejercicio del derecho…no puede estar sujeto a censura previa". Eso sí, esta hipótesis podría ser refutada en parte en base a la exclusión de los discursos del art. 13.5.

[96] Relatoría, Informe 2009, OC-5 1985, p. 45, 50.

[97] Informe Anual 2000 LEGISLACIÓN Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN SEGUIMIENTO DE LA LEGISLACION INTERNA DE LOS ESTADOS MIEMBRO p. 59 disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/desacato/Informe%20Anual%20Desacato%20y%20difamacion%202000.pdf

[98] Este punto ha sido desarrollado por Ximena Fuentes, *Democracia y libertad de expresión en América Latina: la amenaza al ímpetu devorador de los derechos* (2001).

[99] Gustavo Gómez, *Nueva Agenda y Reconceptualización de la Libertad de Expresión en las Américas* en María Paz Ávila Ordoñez et.al (eds.) LIBERTAD DE EXPRESIÓN: DEBATES, ALCANCES Y NUEVA AGENDA (2011).

Pero, al mismo tiempo, el marco jurídico interamericano ha reconocido la llamada *doble dimensión* de la libertad de expresión desde la OC-85. Así, se ha afirmado que la libertad de expresión tiene una dimensión individual (de expresar las propias ideas) y una *social* donde:

> "libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también *el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros* como el derecho a difundir la propia[100]

Esta dimensión social o colectiva no trata particularmente del acceso a la información pública como sinónimo de estatal (que se garantizaría a través del principio de transparencia y el acceso a la información pública) sino que trata del deber del estado de "impulsar el pluralismo informativo",[101] y para ello "asegurar *condiciones estructurales* que permitan la expresión equitativa de las ideas".[102]

El SIDH parece estar promoviendo el modelo estructural de la libertad de expresión cuando afirma que "el ejercicio efectivo de la libertad de expresión implica la existencia de condiciones y prácticas sociales que lo favorezcan".[103] También ha reconocido que la libertad de expresión se puede afectar aun sin la intervención directa de la acción estatal,[104] y de la propia jurisprudencia de la CIDH se desprende la obligación

---

[100] OC-85 párr. 32
[101] Caso Kimel v. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 57; Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. párr. 106.
[102] Id.
[103] Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 117
[104] Se recoge explícitamente como "restricción indirecta" en el art. 13.3 "[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" En este sentido, la Corte Interamericana ha afirmado que el artículo 13.3 impone a los Estados una obligación de garantía frente a las relaciones entre particulares que puedan derivar en limitaciones indirectas de la libertad de expresión"; OC -5/85

que tienen los estados "de evitar monopolios u oligopolios, de hecho o de derecho, en la propiedad y control de los medios de comunicación".

El problema principal se refiere a la forma más apropiada de regular la compatibilidad de la dimensión social de la expresión con las medidas para remediar la concentración y su vinculación con las elites económicas y políticas,[105] ya que:

> "resulta en principio contradictorio invocar una restricción a la libertad de expresión como un medio para garantizarla, porque es desconocer el carácter radical y primario de ese derecho como inherente a cada ser humano individualmente considerado, aunque atributo, igualmente, de la sociedad en su conjunto"[106]

Pero el principio mediador del debate público y robusto permite precisamente la afectación de la libertad de expresión con el objetivo de poder escuchar a quienes están siendo marginados del discurso público, es decir, en virtud del pluralismo que se espera del discurso público.

Por su parte, la guía regulatoria que ofrece el SIDH para determinar la legitimidad de las limitaciones al derecho a la libertad de expresión, se basa en el denominado el test *tripartito*, el cual exige que las limitaciones estén orientadas al logro de *objetivos imperiosos autorizados* por la Convención Americana, esto es, el respeto a los derechos o a la protección de los demás, o la protección a la seguridad nacional, el orden público, o la salud y moral públicas.[107] Entre ellos no se encuentra de manera explícita el pluralismo informativo, aunque podría desprenderse de una interpretación armónica con el artículo

[105] Hallin y Papathanassopoulos caracterizan al modelo latinoamericano como uno "polarizado y pluralista" donde los medios privados son instrumentalizados por intereses económicos mientras que los medios públicos son politizados. *Political clientelism and the media: southern Europe and Latin America in comparative perspective*, Media, Culture & Society, Vol. 24: 175–195, 2002.
[106] OC 5/85, párr. 77
[107] Art. 13.2

32 de la Convención, y de la construcción jurisprudencial que el pluralismo es uno de los fines necesarios de la libertad de expresión, en una sociedad democrática.[108]

V. Consideraciones finales

¿Podemos afirmar que estamos frente a una reconfiguración de la libertad de expresión en la región? Es cierto que para responder tal pregunta se requiere de mucho más que el análisis de un solo país, pero sí el caso de Ecuador junto con otras nuevas normativas que regulan la comunicación, dan cuenta de la relevancia que ciertos temas han adquirido para el debate en torno a este derecho. En especial, el aspecto colectivo del mismo, las diferentes obligaciones que ha asumido el estado y los límites del mercado de las ideas. También se ha advertido que el caso ecuatoriano constituye un intento de *administratización* de la expresión, que va en contra de lo que se promueve por el principio del debate público y robusto.

Finalmente, desde el SIDH, la propia Relatoría ha indicado que la jurisprudencia interamericana ha avanzado en temas como la prohibición de la censura previa, prohibición del desacato, restricciones y sanciones ulteriores, prohibición de restricciones indirectas, acceso a la información y en el tema de la violencia contra comunicadores,[109] todos los cuales son temas de suma relevancia para la visión garantista individual de la libertad de expresión, pero persisten deficiencias en el tratamiento de temas de índole colectivo.

---

[108] OC 5/85; artículo 32.2 de la Convención se recoge la regla general en materia de limitaciones: los derechos de los demás principio democrático "Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática".

[109] Relatoría para la Libertad de Expresión, "El derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información en el sistema interamericano de derechos humanos".