



ARTICLE 19

Ecuador: Ley Orgánica de Comunicación

Junio 2012

Legal analysis

Resumen

En Junio de 2012, ARTICLE 19 analizó el Proyecto de Ley Orgánica de Comunicación de Ecuador. A pesar de que fuera originariamente propuesta en 2009, la Ley generó bastante controversia y su sanción fue paralizada. Mientras que sus críticos temen que el proyecto permitirá que el gobierno aumente su control sobre el flujo de información, la mayoría gobernante sostiene que su finalidad es democratizar las comunicaciones y terminar con las viejas estructuras empresariales de control de los medios.

Este análisis se centra en la compatibilidad del Proyecto de Ley actual con las normas internacionales de libertad de expresión. Si bien el Proyecto de Ley original ha sido mejorado, ARTICLE 19 cree que éste aún requiere una mayor revisión para proteger el derecho a la libertad de expresión.

En el análisis, ARTICLE 19 reconoce y expresa su beneplácito con un número de disposiciones positivas del Proyecto de Ley, tal como el compromiso con el pluralismo de los medios, y la promoción de contenido local y de producciones domésticas. De la misma manera, felicitamos las provisiones consagradas a los derechos de participación igualitaria y acceso a los medios de comunicación social por parte de todos los sectores de la sociedad, como los discapacitados y las comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias. Un aspecto especialmente positivo del Proyecto de Ley es la garantía de la protección de las fuentes para todos los grupos comprendidos dentro del amplio concepto de “comunicadores sociales”. Algunos elementos de la sección sobre los medios de comunicación públicos son también promisorios como el mandato progresista propuesto para los medios de comunicación públicos.

ARTICLE 19 observa que el Proyecto de Ley ha sido enmendado para prohibir la censura previa y que su definición y ámbito están ahora en consonancia con otras democracias. Sin embargo, para salvaguardar este derecho hace falta un elemento disuasivo más efectivo como la opción de solicitar la suspensión de la censura previa por medio de una vía legal expeditiva.

Algunas áreas especialmente preocupantes son el grado de independencia de interferencia política de los reguladores, y deficiencias procedimentales en el manejo del contenido transmitido, concesiones y censura. El financiamiento y los procedimientos de designación propuestos para los reguladores tienen que ser más transparentes y participativos, y el escrutinio de estos órganos debe ser incrementado mediante la exigencia de remitir informes anuales y auditorías contables a la Asamblea Nacional.

Asimismo, hacen falta modificaciones para que el Proyecto de Ley no prohíba a las compañías financieras ser propietarias de medios de comunicación y para que los partidos políticos sean excluidos para así garantizar el pluralismo político del éter.

ARTICLE 19 también advierte la improcedente intromisión del Estado en áreas que deben ser autorreguladas por los medios, tales como el contenido de las publicaciones impresas y el desarrollo de códigos de ética para los medios de radiodifusión y televisión. Disposiciones sobre los derechos laborales generales de los comunicadores sociales son también innecesarias en esta ley especial y deberían estar contempladas en el derecho laboral general.

El Proyecto de Ley permite un preocupante grado de control gubernamental sobre los contenidos, en particular, la repetición del poder del Presidente de suspender las libertades de los medios durante el estado de excepción; poder ya contemplado en la Constitución; y la provisión que permite al Presidente de la República, al Presidente de la Asamblea Nacional y a funcionarios

menores exigir tiempo de aire para la transmisión de cadenas (anuncios de “interés general”), una injustificada y grotesca limitación de la libertad editorial que ya ha sido habitualmente abusada.

ARTICLE 19 recomienda enfáticamente que todas las disposiciones vagas de la ley sean aclaradas o omitidas, tales como la prohibición de publicar información comprendida en una “cláusula de reserva” y el criterio que responsabiliza a los medios de comunicación por el contenido que “lesione los derechos humanos y la seguridad pública del Estado”. La primera debe ser eliminada, y esta última debe ser modificada para que los medios de comunicación sean solamente responsables cuando violen una ley específica.

Finalmente, ARTICLE 19 llama a la Asamblea Nacional a reconocer que el Proyecto de Ley en su forma actual no consigue aún alcanzar las normas internacionales de libertad de expresión. En consecuencia, urgimos que el Proyecto de Ley no sea sancionado hasta que las reformas necesarias hayan sido introducidas.

Compendio de recomendaciones:

- La Ley Orgánica de Comunicación no debería buscar regular la ética periodística. Los Artículos 9 y 10 deberían ser eliminados.
- Una disposición debería ser añadida al Título II, Capítulo I del Proyecto de Ley aclarando que los principios enumerados en los Artículos 11 al 15 no crean nuevos poderes, sino que son directivas que los órganos públicos deben observar cuando ejerciten poderes regulatorios sobre los medios.
- En lugar de contener una nueva definición de libertad de expresión en los Artículos 17 y 27, la Ley debería remitir al Artículo 13 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* y a las disposiciones relevantes de la Constitución de Ecuador.
- Alternativamente, los Artículos 17 y 27 del Proyecto de Ley deberían ser armonizados con la Convención Americana mediante la mención expresa que la libertad de expresión resulta aplicable sin consideración de fronteras y que incluye el derecho a buscar y recibir no solamente información sino también ideas de toda índole.
- Los individuos y los medios de comunicación que entiendan que la prohibición a la censura previa ha sido violada deben poder cuestionar esto mediante una acción judicial expeditiva.
- El Artículo 20 del Proyecto de Ley debe ser modificado para aclarar que los medios de comunicación son solamente responsables por violaciones legales específicas y no por conductas consideradas lesivas de “los derechos humanos y la seguridad pública del Estado”.
- Los derechos de réplica y rectificación deberían limitarse a hechos inexactos y no deberían extenderse a enunciados claramente atribuidos a terceros.
- La Ley de Comunicación debería reconocer un número de circunstancias en las que los medios de comunicación no están obligados a aceptar una réplica, incluyendo cuando la réplica no es solicitada dentro de un tiempo razonable, excede lo que es necesario para corregir el error, es abusiva o contiene contenido antijurídico, o el individuo en cuestión carece de un interés legítimo.
- Solamente las personas que tienen derecho a la rectificación o réplica deberían tener derecho a recibir una copia gratis del contenido disputado.
- Los Artículos 28-30 del Proyecto de Ley, como así también otras disposiciones de la Ley propuestas con el fin de proteger el derecho a la privacidad, deben ser sujetas a la defensa del interés público, que exime a una persona de responsabilidad por publicar información privada cuando al hacerlo ha contribuido significativamente a un debate de interés público.

- A su vez, la Ley de Comunicación debe reconocer expresamente que los funcionarios públicos, especialmente aquellos de alto rango y los elegidos por el pueblo, deben tolerar un mayor grado de escrutinio de sus vidas privadas.
- El Artículo 28(1) del Proyecto de Ley, que prohíbe la publicación de información comprendida dentro de una “cláusula de reserva”, es excesivamente vaga y debe ser eliminada.
- La publicación de información producida por la Fiscalía debe ser permitida cuando cuente con el permiso del Fiscal. El Artículo 28(3) del Proyecto de Ley debe ser modificado en este sentido.
- El Artículo 31 del Proyecto de Ley no debería prohibir que las instituciones financieras y los banqueros sean propietarios de empresas de medios de comunicación.
- El Artículo 32 debería prohibir que se les otorguen a los partidos políticos concesiones de difusión.
- El derecho a la protección de las fuentes, tal como es definido en el Artículo 38, debería ser extendido a los colaboradores del comunicador social que hubieren adquirido información sobre la identidad de la fuente durante la preparación de una historia.
- La realización de operaciones policiales de allanamiento e incautación que tuvieron por objeto descubrir la identidad de una fuente de un comunicador social debería estar expresamente prohibida.
- Debería considerarse limitar el derecho de los comunicadores sociales a hablar públicamente en contra de sus empleadores a los casos en que haya una clara violación legal.
- La exigencia, bajo el Artículo 40, de que algunos puestos en los medios o comunicación sean realizados por “profesionales en periodismo o comunicación” debería ser descartada.
- El Artículo 41 no debería intentar regular derechos laborales específicos de los comunicadores sociales tales como salarios, cobertura de seguro y desarrollo profesional. Estos temas deberían ser legislados a través de leyes laborales genéricas, aplicables a las empresas en general.
- Los integrantes del Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación deberían ser designados por un cuerpo electivo, preferentemente por una mayoría calificada en la Asamblea Nacional o por un comité inter-partidario de sus miembros.
- Deberían aceptarse nominaciones de integrantes del Consejo por parte de un amplio espectro de organizaciones de la sociedad civil o del público en general, y las designaciones deberían ser hechas de una manera transparente y participativa.
- La Ley debería determinar que el período de funciones de los miembros del Consejo es no renovable, o que es renovable una sola vez. Debería considerarse renovar los miembros en etapas para asegurar la continuidad del trabajo del Consejo.
- El Consejo debería poder recaudar un canon entre los concesionarios de frecuencias de transmisión para poder financiar su funcionamiento, complementado en la medida que sea necesario por una partida del presupuesto general, preferentemente una partida pluri-anual.
- El Consejo debería estar obligado a remitir un informe anual de sus actividades, incluyendo sus cuentas auditadas, a la Asamblea Nacional y ponerlo a disposición del público, por ejemplo, en su portal Web.
- La Ley de Comunicación no debería intentar regular directamente el contenido de los medios. En cambio, debería autorizar al Consejo a desarrollar un código de

difusión en colaboración con los concesionarios de licencias, en un proceso que contemple las contribuciones del público. Este código no debería aplicarse a otros tipos de medios.

- Cuando el Consejo decide abrir una investigación contra un difusor, debería notificarle por escrito a éste la denuncia y brindarle la oportunidad de hacer su descargo.
- Debería haber una obligación general impuesta al Consejo de asegurar que toda sanción impuesta sea proporcional a la gravedad de la infracción. Todas las sanciones deberían ser pasibles de revisión judicial.
- La Ley de Comunicación no debería intentar imponer fines generalizados a todos los medios. El Artículo 74 debería ser eliminado.
- El poder de los funcionarios públicos, incluido el Presidente, de ordenar la transmisión de una cadena es una interferencia injustificada con la libertad editorial. Los Artículos 77(1) y (2) y el Artículo 78 deberían ser eliminados.
- La posibilidad de suspender las libertades de los medios durante un estado de excepción ya está suficientemente contemplada en la Constitución y no debería ser reiterada en la Ley de Comunicación. El Artículo 80 debería ser eliminado.
- Las atribuciones de los medios públicos definidas en el Artículo 82 deberían incluir algunas funciones adicionales, en particular: proveer programación a grupos minoritarios y en lenguajes minoritarios, cubrir trámites importantes en la Asamblea Nacional y otros cuerpos de representantes, desarrollar contenidos que sean de interés en las diferentes regiones, y ofrecer una proporción razonable de programas educativos y programas orientados a los niños.
- La Ley debería aclarar la forma de designación de los miembros de los Consejos que gobiernan los medios públicos. El proceso de designación debería ser supervisado directa o indirectamente por un cuerpo electivo de representantes tal como la Asamblea Nacional, y debería ser abierto y participativo.
- Se debería exigir a los medios públicos que preparen y hagan público un informe anual de sus actividades, incluyendo cuentas auditadas, y lo remitan a la Asamblea Nacional.
- No debería limitarse a los medios públicos nacionales a recibir solamente publicidad del sector público. Debería considerarse establecer un límite apropiado a la porción de los ingresos de los medios públicos que puede generarse a través de la publicidad.
- El Artículo 110 debería prohibir expresamente la colocación arbitraria y discriminatoria de publicidad del sector público como una forma de castigar o premiar a los medios por sus opiniones.
- Los concesionarios no deberían estar limitados a transmitir obras de productores 'acreditados' para cumplir su obligación de adquirir producciones nacionales independientes. El último párrafo del Artículo 102 debería ser eliminado.
- No debería haber una prohibición absoluta a transmitir o publicar publicidad producida en el extranjero. El Artículo 103 debería ser enmendado o eliminado.
- Debería encomendársele al Consejo que desarrolle un plan de frecuencias que establezca la manera de distribuir equitativamente y de acuerdo al interés público las frecuencias de emisión disponibles entre la radio y la televisión, y las emisoras de distinto alcance geográfico (nacional, regional y local). El plan debería ser desarrollado de forma transparente y permitiendo las contribuciones del público.
- Debería explorarse la posibilidad de permitir que las concesiones que fueron otorgadas ilegalmente continúen hasta el final de su plazo, en los casos en que la

concesión no haya sido obtenida como resultado de una conducta antijurídica por parte del titular.

- Antes de tomar una resolución importante que afecte los derechos de un concesionario o solicitante, el Consejo debería en todos los casos otorgar a la persona en cuestión el derecho a hacer su descargo. Las resoluciones deberían ser hechas por escrito, fundadas, y deberían ser pasibles de revisión judicial. La misma exigencia debería aplicarse a las resoluciones de revocar concesiones tomadas por la Autoridad de Telecomunicaciones.
- Las personas que tenga un lazo familiar o comercial con un miembro del Consejo no deberían estar inhabilitadas para participar de un concurso. Por el contrario, el integrante del Consejo en cuestión debería estar inhabilitado para tomar parte de la decisión. El Artículo 119 debería ser modificado en este sentido.
- El plazo de concesión debería depender de la naturaleza del servicio y del nivel de inversión demandado. El Artículo 124 debería ser modificado para introducir diferentes categorías de duración.
- En la medida en que el Consejo tenga la facultad de recaudar cánones entre los concesionarios, éstos deberían ser proporcionados y no discriminatorios, y estar determinados a través de un cuadro publicado de antemano. Las emisoras comunitarias deberían estar exentas de pagar este canon.

Índice

El Programa Legal de Article 19	8
Introducción	9
Análisis de la Ley de Comunicación	10
Normas éticas.....	10
Principios generales de regulación	11
Libertad de Expresión en general	12
Censura Previa y responsabilidad ulterior.....	13
Los derechos de rectificación y de réplica.....	14
Protección de la información privada y confidencial.....	15
Derechos de participación y acceso igualitario	17
Protección de las fuentes y otros derechos de los comunicadores sociales	18
El Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación.....	20
Regulación de contenidos	22
Regulación de los medios de comunicación en general	24
Medios públicos.....	25
Exigencias de contenidos locales	27
Adjudicación de frecuencias	28

El Programa Legal de Article 19

El Programa Legal de ARTICLE 19 aboga por el desarrollo de normas progresivas de libertad de expresión y acceso a la información a nivel internacional, y por su implementación en los sistemas legales domésticos. El Programa Legal ha producido un número de publicaciones fundamentales que tratan el derecho internacional y comparativo y las mejores prácticas en áreas como leyes de difamación, acceso a la información y regulación de radiodifusión y televisión.

Tomando como base esas publicaciones y la experticia legal de ARTICLE 19, el Programa Legal publica un número de análisis legales cada año, comentando proyectos legislativos y también leyes en vigor que afecten el derecho a la libertad de expresión. Este trabajo analítico, realizado desde 1998 como un modo de apoyar reformas legales positivas alrededor del mundo, frecuentemente lleva a mejoras sustanciales en legislaciones, propuestas o en vigor, domésticas. Todos nuestros análisis están disponibles en nuestro sitio Web:

<http://www.article19.org/resources.php/legal/>.

Si quisiera discutir este análisis en mayor profundidad, por favor sírvase escribirle a Barbora Bukovska, Directora Legal Senior a la siguiente dirección: Barbora@article19.org. Para mayor información acerca del trabajo de ARTICLE 19 en Ecuador, se ruega escribir a Paula Martins, Directora de ARTICLE 19 Brasil, a la siguiente dirección: paula@article19.org o llamarla al +55 11 3057 0071.

Asimismo, si quisiera poner alguna cuestión en conocimiento del Programa Legal de ARTICLE 19 nos puede contactar por correo electrónico en legal@article19.org o llamarnos en el +44 20 7324 2500.

Introducción

En abril de 2012, la Asamblea Nacional de Ecuador comenzó a tratar una nueva Ley Orgánica de Comunicación.¹ A pesar de que fuera originariamente propuesta bastante tiempo antes, en 2009, la Ley atrajo una controversia significativa y su sanción fue paralizada. Mientras que sus críticos temen que el proyecto permita que el gobierno aumente su control sobre el flujo de información, la mayoría gobernante sostiene que su finalidad es democratizar las comunicaciones y terminar con las viejas estructuras empresariales de control mediático.

Una cosa en la que los defensores y los detractores de la Ley pueden estar de acuerdo es que su ámbito de aplicación es muy ambicioso: sus 127 Artículos se extienden desde la ética de los medios y la regulación de la difusión a la publicidad y el derecho a réplica. Es un intento de regular el marco legal de la libertad de expresión de una manera totalizadora, introduciendo extensos cambios a la legislación existente.

Con este análisis, ARTICLE 19 busca contribuir a un debate informado sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Comunicación (“el Proyecto de Ley”) mediante la provisión de una comparación de sus disposiciones principales con el derecho y normas internacionales existentes en el área de la libertad de expresión, tal como están reflejados, entre otros, en el Artículo 13 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*² y el Artículo 19 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nuestras conclusiones respaldan en cierta forma a ambos lados del debate; mientras la Ley es muy progresista en áreas importantes, como la promoción del acceso igualitario y la participación en los medios de todos los grupos de la sociedad, también establece un sistema opresivo y múltiple de control de contenidos, supervisado por un regulador cuya independencia no está asegurada de manera convincente. Este análisis también amplía las preocupaciones sobre las restricciones a la libertad de expresión que ARTICLE 19 expresara en un comunicado de prensa en 2009 cuando el proyecto original de la ley fuera propuesto.³

Al final de cada sección, hemos incluido recomendaciones prácticas sobre como alinear la Ley con las mejores prácticas internacionales. Urgimos a la Asamblea Nacional que considere estas recomendaciones cuando termine la redacción del Proyecto de Ley.

¹ El análisis está basado en el borrador definitivo de la Ley Orgánica de Comunicación del 4 de abril de 2012. Una copia de este Proyecto se encuentra disponible, en caso de ser requerida, en ARTICLE 19.

² Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, O.A.S. Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S. 123, entró en vigor el 18 de Julio de 1978.

³ Comunicado de Prensa de ARTICLE 19, ‘Ecuador: Draft Communication Law Needs Improvement’, 19 de marzo de 2009.

Análisis de la Ley de Comunicación

El Proyecto de la Ley Orgánica de Comunicación se divide en seis Títulos, que a su vez están divididos en Capítulos.

- El Título I define un número de conceptos importantes utilizados en la Ley.
- El Título II tiene dos propósitos; su primer capítulo describe los principios que animan la Ley, mientras los restantes establecen una serie de derechos, organizados en cuatro categorías (derechos de libertad, derechos de igualdad e interculturalidad, derechos de participación y derechos de los comunicadores).
- El Título III trata el establecimiento de un regulador de los medios de comunicación: El Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación.
- El Título IV establece algunas normas de contenido de los medios, mientras el Título V trata sobre los medios propiamente dichos, distinguiendo entre medios públicos, privados y comunitarios.
- Finalmente, el Título VI legisla la concesión y el uso de frecuencias de radiodifusión y televisión.

Este análisis sigue el mismo orden utilizado por el Proyecto de Ley.

Normas éticas

El primer tema sustancial tratado en el Proyecto de Ley es el marco ético que gobierna las comunicaciones. El Artículo 10 contiene un número de normas éticas mínimas que todas las personas “que participen en el proceso comunicacional” deben tener en cuenta. En total, 29 obligaciones diferentes se encuentran enumeradas, abarcando desde lo general, como respetar la privacidad y evitar la discriminación, hasta lo específico, como la exigencia de abstenerse de ridiculizar a las personas con una discapacidad o de proyectar una visión negativa del envejecimiento. El Artículo 9 añade que los medios de comunicación públicos, privados y comunitarios deberán adoptar sus propios códigos deontológicos que reflejen estas normas. Estos códigos deberán estar a disposición del público en sitios Web u de otra forma conjuntamente con sus políticas editoriales (Artículo 16).

Las consecuencias prácticas de una falta de respeto a una norma deontológica son limitadas; los ciudadanos pueden hacer una denuncia ante el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación (“el Consejo”), pero la única sanción que puede ser impuesta es una amonestación escrita, salvo que la conducta denunciada también constituya una infracción que amerite otra sanción.

Sin embargo, ARTICLE 19 considera que estas disposiciones son inapropiadas. Está fuera de discusión que los medios de comunicación deben usar su libertad de una manera responsable, y las normas contenidas en el Artículo 10 son, mayormente, comparable con las que se encuentran en códigos de ética desarrollados por los mismos periodistas alrededor del mundo. Deben distinguirse claramente, sin embargo, las responsabilidades de las autoridades y aquellas de los medios. El rol del Estado es trazar la línea entre lo que es legal y lo que es ilegal, no decidir si un comportamiento legal es ético. La libertad de los medios implica que los periodistas pueden realizar sus propios juicios sobre que temas tratar y como hacerlo. Casi

inevitablemente algunos van a abusar de esta libertad; pero los intentos de eliminar “conductas antiéticas” simplemente cambian un problema por otro mucho más peligroso: excesivo control gubernamental sobre los medios. Es por estas razones que el Principio 6 de la Declaración Interamericana de Principios sobre la Libertad de Expresión reza:

La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados.

Si bien el Artículo 10 no concede ningún tipo de poder significativo para que las autoridades castiguen las conductas antiéticas, envía el mensaje equivocado. Las cuestiones éticas deben ser atendidas por los medios de comunicación a través de mecanismos de autorregulación.

Recomendaciones:

- La Ley Orgánica de Comunicación no debería buscar regular la ética periodística. Los Artículos 9 y 10 deberían ser eliminados.

Principios generales de regulación

Junto a la obligación de respetar las normas éticas, el Capítulo I del Título II del Proyecto de Ley establece una serie de principios generales que el Estado deberá respetar en la regulación de las comunicaciones. Todos estos están relacionados, de alguna manera, con la promoción de la diversidad. Estos incluyen un deber de las autoridades de fomentar el acceso a los medios de comunicación para los grupos que se encuentren en desventaja (Artículo 11), trabajar progresivamente hacia la democratización del acceso y la propiedad de los medios de comunicación, incluyendo las frecuencias de radiodifusión y televisión (Artículo 12), fomentar la participación ciudadana en los medios (Artículo 13), promover la comunicación intercultural entre los distintos grupos culturales, étnicos y lingüísticos de Ecuador (Artículo 14) y promover la libre expresión de los niños y adolescentes y la protección de su desarrollo (Artículo 15).

ARTICLE 19 celebra el énfasis puesto en el pluralismo. Asegurar que todos los grupos y perspectivas presentes en la sociedad tengan un acceso equitativo a los medios es un fin clave de la regulación de los medios de comunicación, tal como ha sido enfatizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un fallo reciente:

[E]l Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo.⁴

Al mismo tiempo, si bien los principios expresados en estos Artículos son positivos, su real efecto legal no es claro. Estos pueden haber sido incluidos simplemente como directivas que las autoridades deben respetar en el ejercicio de los poderes específicamente otorgados en otras disposiciones de la Ley. Sin embargo, dada la redacción muy general y amplia utilizada en estas disposiciones, es importante que no sean interpretadas de manera que crean una base independiente para la regulación. Fines como “profundizar la democratización de la propiedad y acceso a los medios de comunicación” son encomiables, pero también vagos, y

⁴ Caso *Ríos y otros v. Venezuela*, Sentencia del 28 de enero de 2009, §106.

por eso potencialmente pasibles de abuso si son utilizados para justificar medidas específicas tales como la expropiación de medios de comunicación con el propósito de ‘democratizar’.

Una solución posible sería insertar una nueva provisión en el Capítulo I del Proyecto de Ley, que enuncie que los órganos públicos encargados de regular los medios deberán tener en cuenta los principios enumerados en los Artículos 11 al 15 en el ejercicio de estos poderes. Esto aclararía que estos Artículos tienen solamente el propósito de servir como guía.

Recomendaciones:

- Una disposición debería ser añadida al Título II, Capítulo I del Proyecto de Ley aclarando que los principios enumerados en los Artículos 11 al 15 no crean nuevos poderes, sino que son directivas que los órganos públicos deben observar cuando ejerciten poderes regulatorios sobre los medios.

Libertad de Expresión en general

El Artículo 17 del Proyecto de Ley define la libertad de expresión de manera general, expresando que 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”. El Artículo 27 precisa que todas las personas también tienen derecho a buscar y recibir información a través de cualquier medio o canal, y a elegir libremente como obtener información; este derecho solo puede ser limitado por aquellas causas “contempladas en la ley, la Constitución o un instrumento internacional de derechos humanos”.

Esta definición es una mejora significativa sobre anteriores redacciones del Proyecto de Ley que limitaban la libertad de expresión a la información que fuera “exacta, verificada, oportuna, contextualizada y plural”. La redacción actual es más consistente con la manera en que el derecho es definido en el Artículo 13 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*.

Al mismo tiempo, el objetivo de la inclusión de estas disposiciones en la ley es poco claro. ARTICLE 19 señala que tanto la *Convención Americana* como la Constitución Ecuatoriana ya garantizan la libertad de expresión en líneas generales, dejando los detalles, tales como cuales son las restricciones aplicables, para que sean precisados por legislación especial inferior. Si bien en principio no hay ninguna dificultad en repetir garantías internacionales o constitucionales en legislación inferior, sí se vuelve problemático cuando el derecho reconocido en la legislación inferior es más limitado. En este sentido, aún hay dos pequeñas – pero importantes – diferencias entre la Ley de Comunicación y la *Convención Americana*: La Convención garantiza la libertad de expresión “sin consideración de fronteras”, un elemento ausente en la Ley; y según la Convención, el derecho de “buscar” y “recibir” incluye no sólo información, pero también “ideas de toda índole”. Asimismo, la expresión de que las restricciones pueden ser hechas en los casos contemplados por los instrumentos internacionales de derechos humanos es un poco circular; los propios instrumentos internacionales enuncian que las restricciones pueden solamente ser hechas por leyes nacionales.

Recomendaciones:

- En lugar de contener una nueva definición de libertad de expresión en los Artículos 17 y 27, la Ley debería remitir al Artículo 13 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* y a las disposiciones relevantes de la Constitución de Ecuador.
- Alternativamente, los Artículos 17 y 27 del Proyecto de Ley deberían ser armonizados con la Convención Americana mediante la mención expresa de que la libertad de expresión resulta aplicable sin consideración de fronteras y que incluye el derecho a buscar y recibir no solamente información sino también ideas de toda índole.

Censura Previa y responsabilidad ulterior

Tanto el Artículo 13(2) de la *Convención Americana* como el Artículo 18(1) de la Constitución Ecuatoriana prohíben la censura previa. El Proyecto de Ley implementa esta prohibición en los Artículos 18 a 21, que también efectivizan el principio de responsabilidad ulterior.

El Artículo 18 del Proyecto de Ley define la censura previa como la revisión, aprobación o desaprobación por parte de una autoridad o funcionario público de contenido previamente a su difusión a través de cualquier medio de comunicación. El Artículo 19 del Proyecto de Ley añade que la suspensión de la publicación de un Artículo o la cancelación de la emisión de un programa son consideradas censura previa. Esto está en coincidencia con la manera en que la censura previa es entendida en otras democracias.

Menos convincente resulta el mecanismo para prevenir la censura previa. El Artículo 18 del Proyecto de Ley establece que los funcionarios que realicen censura previa o ejecuten actos conducentes a realizarla de manera indirecta, pueden ser sancionados con una multa de dos a seis meses de su salario. Empero, el órgano que adjudica estas multas es el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación que, como será analizado más adelante, no es suficientemente independiente del gobierno. Tal vez la posibilidad de acudir a la justicia para poner fin a la censura previa mediante un proceso expeditivo sería una protección más efectiva para los medios.

El Artículo 20 del Proyecto de Ley señala que, a pesar de la prohibición a la censura previa, los medios pueden ser responsabilizados ulteriormente por lo que publican o transmiten. No obstante que resulta lógico que los medios sean responsabilizados, ARTICLE 19 cree que el criterio debería ser si ha habido una infracción legal y no si el contenido en cuestión lesiona “los derechos humanos y la seguridad pública del Estado”, que es el vago criterio utilizado por el Artículo 20.

El Artículo 21 del Proyecto de Ley establece una garantía importante: los medios son responsables por sus propias palabras, pero no por las expresiones que son claramente atribuibles a terceros. En muchos casos, el simple hecho de que un enunciado sea realizado (como en una denuncia de corrupción) es una noticia importante en si misma, y los medios deberían poder reportar este tipo de enunciados de una manera neutral, sin temer ser responsabilizados por su contenido. El Artículo 21 ayuda a asegurar esto. También aclara la cuestión sobre la extensión de la responsabilidad del titular de un sitio Web por los comentarios dejados por visitantes. La responsabilidad puede ser evitada si se informa a los usuarios que son personalmente responsables, si se recolecta la información que permite la identificación de autor del comentario, o si se monitorean las contribuciones y se ofrece la oportunidad de denunciar abusos. Esta regla logra equilibrar la responsabilidad del titular del sitio Web y la del usuario.

Recomendaciones:

- Los individuos y los medios que crean que se ha violado la prohibición a la censura previa deberían poder cuestionar esto a través de una acción judicial expeditiva.
- El Artículo 20 del Proyecto de Ley debería ser enmendado para aclarar que los medios son solamente responsables por infracciones legales específicas y no por conducta considerada lesiva de “los derechos humanos y la seguridad pública del Estado”.

Los derechos de rectificación y de réplica

El derecho de réplica es un área controversial del derecho de medios. En algunas democracias, es visto como una alternativa rápida, económica y efectiva a los juicios contra los medios de comunicación, como así también un medio de asegurar que el público escuche ambas versiones de las historias controversiales. En otras, es considerado como una seria restricción a la libertad editorial que interfiere con el derecho de un medio de comunicación a elegir su contenido dentro de los límites legales.

Al ser parte de la *Convención Americana*, Ecuador no necesita decidir de qué lado del debate se encuentra, ya que el Artículo 14(1) requiere a los Estados Parte garantizar el derecho de réplica:

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.

El Proyecto de Ley distingue entre el derecho de rectificación (Artículo 24) y el derecho a la réplica (Artículo 25). El primero, dispone que un medio de comunicación que haya diseminado “información no demostrada, falsa o inexacta” sobre una persona deberá publicar o transmitir una rectificación inmediata y gratuita en un formato similar y en un horario o lugar similar. El segundo, faculta a una persona cuya “dignidad, honra o reputación” haya sido afectada mediante una alusión directa a publicar o transmitir una respuesta en el mismo espacio, página o sección, o en el mismo programa. A fin de facilitar estos derechos, el Artículo 26 exige a los medios de comunicación que respondan inmediatamente a los pedidos de una copia de un Artículo o transmisión presentados por una persona “que se sienta afectada por informaciones de un medio de comunicación”. En caso de incumplimiento, el Consejo puede imponer una multa al medio en cuestión. El Consejo también tiene el derecho de imponer sanciones en respuesta a una negativa a dar cumplimiento al derecho de rectificación o réplica; estos incluyen una orden de disculparse en el sitio Web del medio, o al aire, y en caso de múltiples violaciones en un año, multas progresivamente más onerosas. Estas sanciones no le impiden a la persona agraviada reclamar medidas adicionales a través de la justicia.

Encontrar el equilibrio justo entre la libertad editorial y la protección de los individuos no es fácil, pero estas disposiciones van más allá de lo justificado. En primer lugar, ARTICLE 19 cree que los derechos de rectificación y de réplica deberían limitarse a hechos inexactos. Las opiniones, incluso las rípidas, no son por definición ni ‘verdaderas’ ni ‘falsas’, entonces no debería haber necesidad de corregirlas. En segundo término, hay algunas circunstancias en las que un medio de comunicación debería poder rechazar una réplica. El Consejo Europeo –

una organización internacional que establece criterios continentales en el área de derechos humanos y desarrollo democrático – ha recomendado las siguientes excepciones:⁵

- i. Cuando el pedido de publicación de la respuesta no es realizado al medio dentro de un razonablemente corto período de tiempo;
- ii. Cuando el largo de la respuesta excede lo que es necesario para corregir la información que contiene los hechos reputados inexactos;
- iii. Cuando la respuesta no se limita a corregir los hechos disputados;
- iv. Cuando constituye una infracción punible;
- v. Cuando es contrario a los intereses jurídicamente protegidos de terceros.
- vi. Cuando el individuo en cuestión no ha justificado la existencia de un interés legítimo.

En tercer lugar, al margen de estas excepciones, quisiéramos recomendar que se permita a un medio de comunicación el rechazo de una corrección o réplica cuando el enunciado en cuestión fuera una cita o de alguna otra manera atribuido a un tercero y no respaldado como verdadero, o cuando la réplica propuesta es abusiva, por ejemplo, porque contiene palabras vulgares o claramente se encuentra por debajo de los estándares esperables en el contenido de los medios. El derecho a reclamar una copia del contenido de los medios debería también estar limitado a aquellas personas que cuenten con el derecho de corrección o réplica dentro de la Ley; de no ser así, los medios de comunicación podrían verse inundados por peticiones de personas que sostienen haberse sentido “afectadas” por una transmisión o un Artículo cuando en realidad quieren una copia gratis.

Finalmente, ARTICLE 19 cree que la mejor manera de promover el derecho de rectificación y réplica no es a través de disculpas forzadas y multas, sino dándoles a los medios un incentivo, garantizándoles que su cumplimiento pesará a su favor en cualquier proceso judicial posterior.

Recomendaciones:

- Los derechos de réplica y rectificación deberían limitarse a hechos inexactos y no deberían extenderse a enunciados claramente atribuidos a terceros.
- La Ley de Comunicación debería reconocer un número de circunstancias en las que los medios de comunicación no están obligados a aceptar una réplica, incluyendo cuando la réplica no es solicitada dentro de un tiempo razonable, excede lo que es necesario para corregir el error, es abusiva o contiene contenido antijurídico, o el individuo en cuestión carece de un interés legítimo.
- Solamente las personas que tienen derecho a la rectificación o réplica deberían tener derecho a recibir una copia gratis del contenido disputado.

Protección de la información privada y confidencial

Los Artículos 28-30 del Proyecto de Ley restringen la publicación de algunos tipos de información a fin de proteger el derecho de privacidad y el desarrollo de los menores. El Artículo 28 le otorga al Consejo la potestad de multar a cualquiera que, entre otras cosas, publique datos personales o comunicaciones sin permiso o publique información producida

⁵ Resolución (74) 26 Sobre el Derecho de Respuesta – Situación del individuo frente a la prensa, adoptada por el Comité de Ministros el 2 de julio de 1974 en la 233 reunión de los Delegados de los Ministros, Apéndice, artículo 3.

por un fiscal. El Artículo 29 prohíbe la grabación de comunicaciones personales de un tercero sin su permiso. Finalmente, el Artículo 30 prohíbe la “revictimización así como la difusión de contenidos que vulneren los derechos de los niños, niñas y adolescentes”.

Como la libertad de expresión, la privacidad es un derecho humano protegido por el derecho internacional, tal como es reflejado en el Artículo 11 de la *Convención Americana*. La cuestión sobre cómo armonizar estos dos derechos no es sencilla.

En una sentencia reciente, *Fontevicchia y D’Amico v. Argentina*,⁶ la Corte Interamericana de Derechos Humanos ofreció ciertas guías. El caso fue motivado por la condena a dos periodistas por divulgar información acerca un hijo ilegítimo de Carlos Menem, quien era en ese momento el Presidente de Argentina. La Corte falló que:

[D]os criterios relevantes, tratándose de la difusión de información sobre eventuales aspectos de la vida privada, son: a) el diferente umbral de protección de los funcionarios públicos, más aún de aquellos que son elegidos popularmente, respecto de las figuras públicas y de los particulares, y b) el interés público de las acciones que aquellos realizan.⁷

La Corte Interamericana concluyó que la existencia de un hijo ilegítimo y las supuestas grandes sumas de dinero y otras formas de apoyo dadas a aquél y a su madre por parte del Presidente repercutían en su integridad y eran asuntos de interés público. Asimismo, otras historias sobre la posible paternidad del niño habían sido difundidas extensamente por los medios por lo menos dos años antes de la publicación denunciada y el Sr. Menem no había tomado medida alguna para proteger su privacidad durante ese tiempo. En consecuencia, la pena impuesta a los peticionantes no había sido necesaria y había violado su derecho a la libertad de pensamiento y expresión.

A la luz de esta sentencia, los Artículos 28-30 del Proyecto de Ley van demasiado lejos al otorgar prioridad automática a la privacidad por sobre la libertad de expresión. Primeramente, estas disposiciones deberían estar sujetas a la “defensa de interés público”: donde la publicación de información privada que hace una contribución suficientemente importante a un debate de interés público está permitida. En segundo lugar, la Ley debería reconocer que si bien los funcionarios públicos tienen derecho a una vida privada, cuanto más importante es su función, más deberían aceptar el escrutinio de aspectos de su vida privada que revelan asuntos de interés público.

Incluso con estos agregados, algunas de las disposiciones en cuestión continúan siendo excesivamente amplias. El Artículo 28 (1), que dispone que la información que “esté protegida expresamente con una cláusula de reserva previamente establecida en la ley” es extremadamente vaga y debería ser eliminada. La prohibición lisa y llana de publicar información producida por la fiscalía incluida en el párrafo 3 del mismo Artículo también va demasiado lejos; esto debería claramente estar permitido con permiso de la fiscalía.

Recomendaciones:

⁶ Caso Número 12.524, Sentencia del 29 de noviembre de 2011.

⁷ §59.

- Los Artículos 28-30, como así también otras disposiciones de la Ley destinadas a proteger el derecho a la privacidad, debería estar sujetos a una defensa de interés público, que exime a una persona de responsabilidad cuando la información privada publicada haya hecho una contribución suficientemente importante a un debate de interés público.
- Asimismo, la Ley debería reconocer expresamente que los funcionarios públicos, especialmente aquellos de alto rango y los de cargo electivo, deben tolerar un mayor grado de escrutinio de sus vidas particulares.
- El Artículo 28(1), que prohíbe la publicación de información comprendida en una “cláusula de reserva”, es excesivamente vaga y debería ser eliminado.
- La publicación de información producida por la fiscalía debería estar permitida con el consentimiento del fiscal. El Artículo 28(3) debería ser enmendado en este sentido.

Derechos de participación y acceso igualitario

Un aspecto especialmente positivo del Proyecto de Ley es la atención brindada al acceso igualitario a los medios para todos los sectores sociales. Algunas de las disposiciones clave en este tema se encuentran en los Artículos 31-45.

El Artículo 34 del Proyecto de Ley garantiza a las comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias el derecho a producir y difundir contenido que reflejen sus culturas y lenguas. A fin de dar cumplimiento a este derecho, los medios de comunicación privados, públicos y comunitarios están obligados a dedicar por lo menos un 5% de su programación a este tipo de contenido, ya sea produciéndolo ellos mismos, retransmitiéndolo u ofreciendo espacio al aire a estas comunidades. El incumplimiento de esta disposición puede acarrear una multa. El Artículo 35 exige a los operadores de medios y a las autoridades públicas promover el acceso de las personas discapacitadas a los medios, a través de lenguaje de signos, subtítulos y braille, aunque no se consigna ningún objetivo numérico o sistema de contralor.

Los Artículos 31-33 del Proyecto de Ley tratan la formación de medios de comunicación y el acceso a las frecuencias y tecnologías de información y comunicación. Se les garantiza a todas las personas el derecho de fundar un medio de comunicación social. Este principio encomiable se ve opacado por la excepción hecha para las instituciones financieras, una restricción que emana del Artículo 312 de la Constitución que estipula que

Se prohíbe la participación en el control del capital, la inversión o el patrimonio de los medios de comunicación social, a entidades o grupos financieros, sus representantes legales, miembros de su directorio y accionistas.

Si bien reconocemos la importancia de la diversidad en la propiedad de los medios, ARTICLE 19 considera que una prohibición absoluta a que las instituciones financieras inviertan en los medios es excesiva y, en tanto ha sido utilizada para debilitar medios opositores, muy preocupante. La única prohibición absoluta que debería ser considerada es una restricción a que los partidos políticos sean propietarios de estaciones de radiodifusión y televisión, para asegurar un suficiente grado de pluralismo político en el éter. Esto requeriría una enmienda al Artículo 32, que dispone que toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de acceder al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico en igualdad de condiciones.

Recomendaciones:

- El Artículo 31 del Proyecto de Ley no debería prohibir que las instituciones financieras y los banqueros sean propietarios de empresas de medios de comunicación.
- El Artículo 32 debería prohibir que se les otorguen a los partidos políticos concesiones de radio y televisión.

Protección de las fuentes y otros derechos de los comunicadores sociales

La última categoría de derechos protegidos por el Proyecto de Ley está comprendida por los “derechos de los comunicadores”. Estos incluyen un número de derechos que le han sido tradicionalmente reconocidos a los periodistas exclusivamente, pero que paulatinamente están siendo vistos internacionalmente como aplicables a un espectro más amplio de actores que cumplen un rol social comparable, tal como los activistas o bloggers. El Proyecto de Ley se enrola en esta tendencia positiva al usar el más amplio concepto de “comunicadores sociales”.

El derecho más conocido de los periodistas es la protección de las fuentes, un tema tratado por el Artículo 38 del Proyecto de Ley. Según esta disposición, ninguna persona que difunda información de interés general podrá ser obligada a revelar la fuente de la información, y toda información acerca de la fuente obtenida ilegalmente o forzadamente será inadmisible como prueba ante los tribunales. La persona responsable por la divulgación forzada responderá ante la fuente por las consecuencias. El Artículo 39 contiene una protección similar contra la divulgación forzada de secretos confiados a un comunicador social en el curso de sus actividades profesionales.

Estas son garantías especialmente robustas. En la mayoría de las jurisdicciones, la protección de las fuentes no es ilimitada; en particular, está reconocido que una corte puede legítimamente ordenar la divulgación de la identidad de la fuente si es necesario para la prevención, investigación o persecución penal de un delito grave, o para garantizar que la persona acusada de un delito de ese tipo tenga un juicio justo. Esto está subordinado a que la información necesaria no pueda ser obtenida a través de otro medio y que el interés público de la divulgación claramente justifique el daño a la libertad de expresión.

A pesar de que ARTICLE 19 expresa su beneplácito con el compromiso a una protección muy fuerte de las fuentes, podría considerarse el establecimiento de una excepción muy limitada que siga los lineamientos esbozados más arriba. Esto reduciría el riesgo de que los tribunales crean necesario establecer nuevas excepciones más allá de la ley. Por otra parte, la protección de las fuentes podría ser aún más fortalecida de dos maneras. Primero, el derecho no debería solamente aplicarse a los comunicadores sociales, sino también a las otras personas que hayan colaborado en la preparación de la historia y que hayan adquirido información sobre la identidad de la fuente durante ese proceso. Segundo, debería haber una prohibición expresa contra operaciones policiales de allanamiento e incautación que tengan el propósito de descubrir la identidad de la fuente.⁸

⁸ La Corte Europea de Derechos Humanos en un número de ocasiones ha condenado las operaciones policiales de allanamiento e incautación que fueran llevadas a cabo con el objeto de descubrir una fuente periodística como una medida aún más drástica que una orden de divulgar la identidad de una fuente. Ver, por ejemplo, *Roemen and*

Si bien la protección de las fuentes es reconocida universalmente, el derecho garantizado en el Artículo 37 – la “cláusula de conciencia” – es más controversial. La cláusula escuda al comunicador social de sanciones profesionales o despido si se niega a llevar a cabo instrucciones que violen el código de ética del medio de comunicación o las normas éticas previstas en la Ley.

Algunos creen que controversias de este tipo deberían ser manejadas como cualquier otro conflicto laboral, y que la cláusula de conciencia conlleva el riesgo de justificar que los empleados interfieran de manera cotidiana y excesiva con las decisiones de la junta editorial. Sus defensores consideran que la cláusula de conciencia es una herramienta importante para asegurar que los periodistas y otros comunicadores puedan exigir un comportamiento ético de gerentes que pueden estar dispuestos a relegar cuestiones éticas para obtener ganancias en un mercado competitivo. ARTICLE 19 considera que la cláusula de conciencia, tal como es definida en el Artículo 37, no es acertada, en razón de nuestra opinión que los códigos de ética deberían ser libremente desarrollados por los medios más que impuestos legalmente. El derecho de los empleados a hablar públicamente a través de otro medio en contra de sus empleadores debería justificadamente estar limitado a casos extremos, tal como una clara violación legal.

Una disposición que claramente no es acertada es el Artículo 40, que exige que las actividades periodísticas o “de comunicación social de carácter permanente” sean realizadas por “profesionales en periodismo o comunicación”, con algunas contadas excepciones. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una de sus decisiones más célebres,⁹ sostuvo claramente que no está permitido restringir la práctica del periodismo a las personas que posean ciertas calificaciones profesionales. La Corte consideró que “el periodismo es la manifestación primaria y principal de la libertad de expresión del pensamiento”.¹⁰ En este sentido, el periodismo es fundamentalmente diferente de otras actividades profesionales tales como la práctica del derecho o de la medicina, que no están enlazadas con el ejercicio de un derecho humano y por lo tanto pueden ser restringidas a las personas que cumplan con los requisitos de formación relevantes. En contrapartida, la libertad de expresión, incluida la práctica del periodismo, es un derecho que toda persona debería disfrutar.

Finalmente, el Artículo 41 del Proyecto de Ley les garantiza un número de derechos laborales a los trabajadores de la comunicación. Celebramos el hecho de que éstos incluyan la protección de las autoridades públicas en caso de amenazas derivadas de su actividad; el derecho internacional exige que los Estados hagan un esfuerzo positivo para proteger la seguridad de los trabajadores de los medios, una exigencia que desgraciadamente es ignorada en muchos países.

Por el otro lado, cuestionamos si algunas de las otras garantías contenidas en este Artículo, tales como a tablas salariales “fijadas por la autoridad competente”, cobertura de seguro y

Schmit v. Luxembourg, Aplicación No. 51772/99, Sentencia del 25 de febrero de 2003, párrafo 57.

⁹ La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser. A) No. 5 (1985).

¹⁰ *Id.*, §71.

desarrollo profesional son temas concernientes a una ley de comunicación, más que a la legislación laboral más genérica. El riesgo es que estas disposiciones sean aplicadas selectivamente a fin de presionar financieramente a los medios de comunicación opositores.

Recomendaciones:

- El derecho a la protección de las fuentes, tal como es definido en el Artículo 38, debería ser extendido a los colaboradores del comunicador social que hubieren adquirido información sobre la identidad de la fuente durante la preparación de una historia.
- La realización de operaciones policiales de allanamiento e incautación que tuvieron por objeto descubrir la identidad de una fuente de un comunicador social debería estar expresamente prohibida.
- Debería considerarse limitar el derecho de los comunicadores sociales a hablar públicamente en contra de sus empleadores a los casos en que haya una clara violación legal.
- La exigencia, bajo el Artículo 40, de que algunos puestos en los medios o comunicación sean realizados por “profesionales en periodismo o comunicación” debería ser descartada.
- El Artículo 41 no debería intentar regular derechos laborales específicos de los comunicadores sociales tales como salarios, cobertura de seguro y desarrollo profesional. Estos temas deberían ser legislados a través de leyes laborales genéricas, aplicables a las empresas en general.

El Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación

Un aspecto central del Proyecto de Ley es la creación de un Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación, un órgano público con potestad regulatoria sobre diversas formas de comunicación. Las atribuciones del Consejo son definidas en el Artículo 46, que incluye nada menos que 17 acápites. Muchas de estas son generales tales como “promover la incorporación de los valores y prácticas de la convivencia intercultural en la programación de los medios de comunicación”. Entre las atribuciones más específicas del Consejo están la administración de concesiones de radiodifusión y televisión, monitoreo y fiscalización de cumplimiento de la Ley por parte de los medios radiales, televisivos e impresos, y tramitación de los reclamos presentados por los ciudadanos.

ARTICLE 19 expresa su preocupación por la amplitud de las atribuciones del Consejo. La necesidad de un órgano público con facultades para administrar las escasas frecuencias de difusión es clara. Pero el argumento a favor de una regulación similar de la prensa es mucho más débil; en muchas democracias, la prensa escrita es auto-regulada con éxito. Asimismo, muchas de las potestades del Consejo se encuentran formuladas de manera vaga, dejando mucho espacio para que interprete sus propias atribuciones.

Una importante exigencia de las normas internacionales es que todos los órganos públicos con facultades de regular los medios sean independientes, tal como fuera resaltado en una Declaración Conjunta adoptada por el Relator Especial sobre Libertad de Expresión de la OEA junto con sus contrapartes de la ONU y la OSCE en 2004:

Las autoridades públicas que ejerzan algún poder regulatorio formal sobre los medios de comunicación deben contar con salvaguardas contra cualquier

interferencia, particularmente de naturaleza política o económica, que incluyan procesos transparentes de designación de sus miembros, apertura a la participación pública y que no sean controladas por ningún partido político en particular.¹¹

Dadas las extensas facultades del Consejo, la cuestión de su independencia adquiere una mayor trascendencia. El Artículo 44 establece que el Consejo poseerá “autonomía funcional, administrativa y financiera”, y el Artículo 50 dispone que sus miembros deberán actuar con autonomía e independencia, pero los procesos de nombramiento y los mecanismos de financiamiento no ofrecen una garantía suficiente que esta autonomía se haga efectiva en la práctica.

El Consejo estará integrado por cinco miembros principales y cinco miembros suplentes, cada uno de ellos designado por entidades diferentes: el Presidente, las Asociaciones y Consorcios de Gobiernos Autónomos Descentralizados, los Consejos Nacionales de Igualdad, las facultades y escuelas de comunicación social de las universidades públicas, y las organizaciones de comunicación y derechos humanos (Artículo 47). Esto se traduce en que cuatro quintos de los integrantes del Consejo serán designados por autoridades públicas, y el quinto restante por un sector que incluye un gran número de medios de propiedad pública. Esta conformación pareciera designada más para asegurar una medida de control gubernamental sobre el Consejo que para prevenirlo. Una configuración mejor sería confiar las designaciones a la Asamblea Nacional a través de un proceso que asegurara apoyo inter-partidario. Por ejemplo, la Ley podría exigir una mayoría de dos tercios para designar los integrantes del Consejo, o encomendar la responsabilidad de nombrarlos a un comité legislativo inter-partidario.

En contrapartida al proceso defectuoso de designación, el Artículo 48 del Proyecto de Ley contiene una fuerte garantía contra el nombramiento de una persona cuya situación personal pudiere comprometer su independencia. Los parientes cercanos de funcionarios públicos de alto rango y los gerentes o propietarios de medios de comunicación están inhabilitados para integrar el Consejo, y sus miembros no pueden tener ningún otro trabajo excepto la docencia universitaria. Su período de funciones es de cuatro años (Artículo 50); sin que resulte claro si éste es renovable. Un período no renovable es preferible desde el punto de vista de la independencia ya que de esta manera los integrantes del Consejo no tendrían que preocuparse si sus decisiones podrían afectar sus posibilidades de ser reelectos. Para evitar la falta de continuidad que sucedería si todos los integrantes fueran renovados al mismo tiempo, podrían ser renovados por etapas.

Los integrantes del Consejo podrán votar para destituir a uno de sus colegas a raíz de un número de motivos limitado que son mencionados en el Artículo 53, tales como recibir dádivas, inasistencia injustificada a más de tres sesiones consecutivas y participación en actividades políticas. Una decisión de este tipo demanda del voto concordante de tres quintos de los miembros, y el integrante destituido tiene recurso ante la justicia (Artículo 52). Este procedimiento cuenta con suficientes salvaguardas contra destituciones motivadas políticamente.

¹¹ Declaración Conjunta del Relator Especial sobre la Libertad de Opinión y Expresión de la ONU, del Representante sobre la Libertad de Prensa de la OSCE y el Relator Especial sobre Libertad de Expresión de la OEA, adoptada el 18 de diciembre de 2003.

El Artículo 55 del Proyecto de Ley anticipa solamente una fuente de ingreso para el Consejo: una partida del presupuesto general del Estado. Esto va en contra de la práctica en la mayoría de las democracias, donde el regulador de los emisores es financiado en la medida de lo posible a través de cánones recaudados entre los concesionarios de frecuencias de transmisión. Otra manera de fortalecer la independencia del Consejo sería estipular que las partidas del presupuesto general sean hechas de manera pluri-anual más que anualmente.

La necesidad de que el Consejo opere de manera independiente no significa que no debe estar abierto al escrutinio público. Recomendamos que se exija la preparación de un informe anual de las actividades del Consejo, incluyendo un balance de sus cuentas auditadas. Este informe podría ser remitido a la Asamblea Nacional y publicado, por ejemplo, en el sitio Web del Consejo.

Recomendaciones:

- Los integrantes del Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación deberían ser designados por un cuerpo electivo, preferentemente por una mayoría calificada en la Asamblea Nacional o por un comité inter-partidario de sus miembros.
- Deberían aceptarse nominaciones de integrantes del Consejo por parte de un amplio espectro de organizaciones de la sociedad civil o del público en general, y las designaciones deberían ser hechas de una manera transparente y participativa.
- La Ley debería determinar que el período de funciones de los miembros del Consejo es no renovable, o que es renovable una sola vez. Debería considerarse renovar los miembros en etapas para asegurar la continuidad del trabajo del Consejo.
- El Consejo debería poder recaudar un canon entre los concesionarios de frecuencias de transmisión para poder financiar su funcionamiento, complementado en la medida que sea necesario por una partida del presupuesto general, preferentemente una partida pluri-anual.
- El Consejo debería estar obligado a remitir un informe anual de sus actividades, incluyendo sus cuentas auditadas, a la Asamblea Nacional y ponerlo a disposición del público, por ejemplo, en su sitio Web.

Regulación de contenidos

El Título IV del Proyecto de Ley establece un número de reglas obligatorias sobre contenido. Algunas de estas son solamente aplicables a la radio y la televisión, tal como la prohibición de transmitir contenido sexualmente explícito o violento durante ciertas horas (ver Artículos 69 y 71; el Artículo 68 define tres franjas horarias). Otras se aplican a todo tipo de medios. Estas incluyen la prohibición de diseminar material discriminatorio (Artículos 64-67). Una infracción a las reglas de contenido puede conllevar la imposición de una multa por el Consejo, y también, en el caso de contenido discriminatorio, una orden de disculparse.

La consecuencia de esto y de otras leyes es sujetar a los medios a un sistema de regulación de contenido complejo y con varios niveles. En primer lugar, todos los medios deben respetar las leyes generales tales como los códigos penal y civil. Además existen los códigos de ética que deberán adoptar a partir del Artículo 9 de la Ley de Comunicación, complementados por las normas éticas impuestas por el Artículo 10. Sobre todas estas reglas se ubican las normas de contenido del Título IV.

ARTICLE 19 considera que es inevitable que tanta regulación tenga un efecto indebido de enfriar a los medios. No hay necesidad, o justificación, de sujetar a la prensa escrita a reglas de contenido por encima de las previstas en las leyes de aplicación general, que ya prohíben el discurso del odio y la incitación a la violencia, o sino éstas deberían ser actualizadas para hacerlo.

En el caso de los medios de radiodifusión y televisión, se puede justificar la regulación adicional de contenido porque son transmitidas directamente a los salones de las familias, y las frecuencias de transmisión son un recurso público cuyo uso debería beneficiar al público en general. Asimismo, los temas tratados en el Título IV, tales como contenido discriminatorio, sexual y violento, son ciertamente áreas legítimas para establecer normas a los emisores. Empero, algunas de estas disposiciones son muy problemáticas, por ejemplo, la definición de lo que constituye discurso discriminatorio prohibido es tan compleja que es difícil de entender para un abogado, ni hablar para un periodista o un ciudadano corriente. Es legítimo cuestionarse también si tiene sentido exigirle a los emisores la adopción de un código de ética que trate estos temas cuando al mismo tiempo se los sujeta a un conjunto de normas detalladas y vinculantes.

En resumen, si bien hay necesidad de que existan normas de emisión en las áreas identificadas en el Artículo 10 y el Título IV del Proyecto de Ley, la manera en que son impuestas y la forma en que son definidas requiere un profundo replanteo. En muchos países, las normas son fijadas por un código de difusión redactado por el órgano regulador en estrecha cooperación con los mismos emisores, y consultando al público general. Esto no sólo asegura que tanto el sector como la audiencia adhieran al sistema, sino que también permite que las normas sean descritas en mucho mayor detalle de lo que es posible en una ley. Por ejemplo, el más reciente código de difusión del Reino Unido consta de 134 páginas.¹² Contiene numerosos cuadros explicativos donde el significado de varios términos está descrito en una manera accesible para los miembros de público.

Un aspecto positivo del Título IV del Proyecto de Ley son las moderadas multas máximas que los difusores enfrentan en caso de incumplimiento. Pero no existe una garantía de que exista un debido proceso legal en la imposición de una multa. Como mínimo, los difusores deberían ser informados por escrito de las denuncias contra ellos y debería dárseles el derecho a hacer su descargo antes de que el Consejo resuelva. Los difusores también tendrían que poder interponer un recurso judicial contra las sanciones impuestas; pareciera que esto efectivamente está previsto por el Artículo 61.

Recomendaciones:

- La Ley de Comunicación no debería intentar regular directamente el contenido de los medios. En cambio, debería autorizar al Consejo a desarrollar un código de difusión en colaboración con los concesionarios de licencias, en un proceso que contemple las contribuciones del público. Este código no debería aplicarse a otros tipos de medios.

¹² Ver: <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/broadcast/831190/broadcastingcode2011.pdf>

- Cuando el Consejo decide abrir una investigación contra un difusor, debería notificarle por escrito a éste la denuncia y brindarle la oportunidad de hacer su descargo.
- Debería haber una obligación general impuesta al Consejo de asegurar que toda sanción impuesta sea proporcional a la gravedad de la infracción. Todas las sanciones deberían ser pasibles de revisión judicial.

Regulación de los medios de comunicación en general

El Título V del Proyecto de Ley trata la regulación de los medios de comunicación, con secciones separadas consagradas a los medios públicos, privados y comunitarios. Estas son precedidas por una parte introductoria que comprende las tres categorías – y que desgraciadamente – contiene disposiciones que están groseramente a contramano de las normas internacionales.

Como si el extenso sistema de regulación de contenidos descrito en las secciones precedentes no fuera suficiente, el Artículo 74 del Proyecto de Ley establece que todos los medios deben operar con “responsabilidad y calidad, respetando la Constitución y los instrumentos internacionales, y contribuyendo al buen vivir de las personas”. También deben promover siete fines generales, que abarcan desde el desarrollo del sentido crítico de los ciudadanos al mantenimiento de la paz y la seguridad. No obstante que no se prescribe ninguna penalidad por incumplir estos fines, no resulta apropiado que el Estado determine, de manera generalizada, cuales deben ser los fines de los medios. Es necesario un enfoque diferenciado. Naturalmente los medios públicos deben tener un fin de servicio público, pero como se verá más adelante, esto ya está previsto por el Artículo 82. Algunas obligaciones de contenidos pueden llegar a ser impuestas a los emisores comerciales y comunitarios como parte de la concesión, pero no existe justificación para aplicar una exigencia de este tipo a los medios impresos de carácter privado.

El Artículo 77(1) faculta al Presidente de la República y al Presidente de la Asamblea Nacional a ordenar a los difusores terrestres a emitir un mensaje de “interés general...cuando lo consideren necesario”. Los funcionarios de menor jerarquía también pueden reclamar espacio de aire para este tipo de anuncios, conocidos como cadenas, pero ellos están limitados a una cuota de cinco minutos por semana. Al margen de ser una restricción grotesca a la libertad editorial, esta potestad – que ya está contemplada en la legislación existente – ha sido, según se informa, abusada en una escala notable, con cientos de cadenas transmitidas durante los últimos años, en algunos casos interrumpiendo un programa de la grilla para atacar a sus productores o a otros críticos del gobierno.

Otra disposición preocupante es el Artículo 80 del Proyecto de Ley, que faculta al Presidente a disponer la suspensión de la libertad de información e imponer la censura previa durante un estado de excepción. El ejercicio de este poder está sujeto a un número de condiciones, que en principio se corresponden bastante bien con lo requerido por el Artículo 27 de la *Convención Americana* y el Artículo 4 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* para justificar la suspensión de la libertad de expresión. Sin embargo, el nivel de atención dedicado a este tema en la Ley – los Artículos 77(2) y 78 establecen poderes aún más amplios de ordenar cadenas durante un estado de excepción – combinado con el hecho de que declarar y renovar indefinidamente un estado de emergencia es una estrategia comúnmente utilizada por los regimenes autoritarios alrededor del mundo para acallar a los

medios, es motivo de preocupación suficiente. La Constitución ya establece la posibilidad de suspender la libertad de información durante un estado de excepción y no vemos la necesidad de reiterarlo en la Ley de Comunicación.

Recomendaciones:

- La Ley de Comunicación no debería intentar imponer fines generalizados a todos los medios. El Artículo 74 debería ser eliminado.
- El poder de los funcionarios públicos, incluido el Presidente, de ordenar la transmisión de una cadena es una interferencia injustificada con la libertad editorial. Los Artículos 77(1) y (2) y el Artículo 78 deberían ser eliminados.
- La posibilidad de suspender las libertades de los medios durante un estado de excepción ya está suficientemente contemplada en la Constitución y no debería ser reiterada en la Ley de Comunicación. El Artículo 80 debería ser eliminado.

Medios públicos

En los últimos años, el Gobierno Ecuatoriano ha pasado de controlar solamente una emisora de radio, a manejar una gran conglomerado de medios, que incluye cinco canales de televisión y varios periódicos de amplia tirada, dándole una porción del mercado que muchos consideran excesiva. El Gobierno también ha sido acusado de aprovecharse de este nuevo aparato mediático para desacreditar a oponentes políticos y periodistas críticos.

Los medios públicos no deberían opacar al sector privado, pero si son adecuadamente dirigidos, pueden hacer una contribución importante al pluralismo de los medios. Los medios públicos pueden abastecer audiencias que no están abastecidas por los medios comerciales, promover objetivos de interés público tales como una ciudadanía bien informada y crítica, y servir como una fuente confiable de información equilibrada. A fin de alcanzar estos objetivos, dos cosas son esenciales: un mandato de servicio público claramente definido y sólidas garantías de independencia del gobierno.

Los fines de los medios públicos ecuatorianos se encuentran en el Artículo 82, una encomiable disposición que establece objetivos progresivos como la provisión de información independiente, confiable y plural, la promoción de la tolerancia y el respeto por los derechos humanos, y el entretenimiento de la audiencia. Otros objetivos que ARTICLE 19 considera deberían ser considerados son:

- Proveer de programación a los grupos minoritarios y en lenguas minoritarias;
- Cubrir trámites importantes de la Asamblea Nacional y otros cuerpos de representantes;
- Incluir programas de interés para las diferentes regiones;
- Proveer una proporción razonable de programas educativos y programas orientado a los niños.

Por otra parte, las garantías de independencia están mayormente ausentes. Según los Artículos 85-88 del Proyecto de Ley, la administración de los medios públicos consiste de un Consejo Ejecutivo a cargo de establecer las líneas generales, un Consejo Editorial a cargo del control de calidad específico de los contenidos, y un Consejo Ciudadano que supervisa la implementación de las normas de la Ley sobre Participación y Control Social. Si bien el Artículo 81 establece de manera genérica que los medios públicos deberán ser independientes, la Ley guarda silencio sobre la cuestión fundamental de quien designa a los

miembros de los tres órganos de administración. Las mismas consideraciones realizadas acerca del Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación se aplican a estos órganos. Los medios públicos deberían rendir cuentas a un cuerpo de representantes elegidos directamente, tal como la Asamblea Nacional, más que al gobierno. Esto no significa que cada integrante de los Consejos que administran los medios públicos sea directamente elegido por la Asamblea – eso sería una carga muy pesada – pero una solución intermedia podría ser encontrada en la cual la Asamblea Nacional tenga un control indirecto sobre las designaciones.

ARTICLE 19 no está seguro cual sería el rol del Consejo Ciudadano o que derechos y obligaciones emanen de la Ley de Participación y Control Social. No obstante, es importante que los medios públicos le rindan cuentas al público en general, más que a una pequeña selección de ciudadanos. En este sentido, encomiamos el requerimiento del Artículo 76 de designar un “defensor de las audiencias” que pueda recibir reclamos. Debería considerarse exigir los medios públicos que informen sus actividades y gastos, por ejemplo, a través de la remisión de un informe anual, que incluya las cuentas auditadas, a la Asamblea Nacional.

El Artículo 83 anticipa cuatro fuentes de financiamiento de los medios públicos de alcance nacional: una partida del presupuesto general, ingresos de publicidad del sector público, ganancias por la venta de producciones, y donaciones y patrocinantes. Los medios públicos no nacionales pueden recibir fondos adicionales del órgano público que los creó y pueden transmitir publicidad del sector privado.

La cuestión sobre si los medios públicos deben ser financiados mediante publicidad es fuertemente debatida en muchos países, y pareciera que Ecuador no es la excepción. La ventaja más obvia de permitir la publicidad es que brinda a los medios públicos una fuente de ingresos propia, reduciendo su dependencia del presupuesto general y así refuerza su independencia y ahorra fondos públicos. Las desventajas también obvias incluyen que el hecho de aceptar publicidad pone a los medios públicos en competencia con los medios comerciales y comunitarios, quienes tendrían menos dinero para producir contenido de calidad. También existe un riesgo de que los medios públicos dejen que sus contenidos sean influenciados por la lógica comercial, lo que conllevaría que dupliquen, más que complementen, al sector privado.

Nos parece una elección extraña que los medios públicos nacionales solamente puedan recibir publicidad del sector público. Esto contrarresta el propósito de darle a estos medios una fuente de fondos que sea completamente independiente del gobierno. Tal vez sería mejor permitir la publicidad del sector privado pero restringida a una porción máxima de los ingresos del medio, por ejemplo 25%.

Mientras tanto, es también importante impedir que los contratos de publicidad del sector público sean utilizados como un método de recompensar o castigar a medios de comunicación – ya sea públicos o privados – por sus posiciones. Este es un requisito de la Declaración Interamericana de Principios sobre la Libertad de Expresión:¹³

¹³ Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su sesión ordinaria No. 108; disponible en <http://www.cidh.oas.org/basicos/basicos13.htm>.

[L]a asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales ... con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley.¹⁴

El Artículo 101 del Proyecto de Ley ofrece un esbozo de una salvaguarda de ese tipo al disponer que los entidades del sector públicos se guiarán por criterios de “igualdad de oportunidades” al contratar publicidad. Esta es una buena regla pero la discriminación por razones políticas debería estar más expresamente prohibida. Será sencillo monitorear el cumplimiento con esta exigencia gracias a la regla excelente, también en el Artículo 101, que los organismos públicos deberán publicar en sus sitios Web una memoria anual de sus gastos en publicidad.

Recomendaciones:

- Las atribuciones de los medios públicos definidas en el Artículo 82 deberían incluir algunas funciones adicionales, en particular: proveer programación a grupos minoritarios y en lenguajes minoritarios, cubrir trámites importantes en la Asamblea Nacional y otros cuerpos de representantes, desarrollar contenidos que sean de interés en las diferentes regiones, y ofrecer una proporción razonable de programas educativos y programas orientados a los niños.
- La Ley debería aclarar la forma de designación de los miembros de los Consejos que gobiernan los medios públicos. El proceso de designación debería ser supervisado directa o indirectamente por un cuerpo electivo de representantes tal como la Asamblea Nacional, y debería ser abierto y participativo.
- Se debería exigir a los medios públicos que preparen y hagan público un informe anual de sus actividades, incluyendo cuentas auditadas, y lo remitan a la Asamblea Nacional.
- No debería limitarse a los medios públicos nacionales a recibir solamente publicidad del sector público. Debería considerarse establecer un límite apropiado a la porción de los ingresos de los medios públicos que puede generarse a través de la publicidad.
- El Artículo 110 debería prohibir expresamente la colocación arbitraria y discriminatoria de publicidad del sector público como una forma de castigar o premiar a los medios por sus opiniones.

Exigencias de contenidos locales

Muchos países tienen reglas de contenidos locales en el sector de radio y televisión para proteger y fomentar la programación local. Las reglas económicas de los mercados internacionales favorecen enormemente a las productoras de grandes países desarrollados. Estas empresas tienen la capacidad de producir programas de alto presupuesto para audiencias locales de decenas de millones, recuperar su inversión en el mercado nacional, y luego vender sus programas internacionalmente a precios reducidos con los que las productoras de países con mercados más pequeños no pueden competir. Sin reglas de contenidos locales, los países pequeños como Ecuador se arriesgan a quedarse sin un sector

¹⁴ *Supra* nota **Error! Bookmark not defined.**, §13.

de producción nacional viable, y con emisoras de radio y televisión que ofrecen mayormente programas extranjeros reciclados y poco contenido de relevancia local.

Probablemente por razones similares, el Proyecto de Ley establece un sistema de reglas de contenidos locales para las difusoras ecuatorianas. Según el Artículo 102, por los menos el 40% de la programación diaria transmitida durante el horario apto para todo público debe consistir de “producción nacional”. A su vez, un cuarto de esta programación debe ser de producción independiente. Un programa se considera de producción nacional si al menos el 80% de las personas participantes en su elaboración son de nacionalidad ecuatoriana o extranjeros residentes legales (Artículo 105). Asimismo, una producción se considera independiente si la productora y sus propietarios no están vinculados por lazos de propiedad, inversión, empleo o familiares al difusor (Artículo 106). Los canales de televisión deberán contratar con por lo menos cuatro productoras ya que no está permitido adquirir más del 25% de su contenido nacional de una sola empresa (Artículo 104).

ARTICLE 19 celebra estas disposiciones y el compromiso de apoyar la producción nacional que demuestran. La exigencia de comprar programas de productoras múltiples e independientes puede contribuir positivamente al pluralismo, asegurando que ninguna productora adquiera una posición demasiado dominante en el mercado. Sin embargo, estamos muy preocupados por lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 102 en el sentido de que la cuota de producciones nacionales independientes deberá ser cumplida con “obras de productores acreditados por la autoridad encargada del fomento del cine y de la producción audiovisual nacional”. No tenemos información sobre cuales son las condiciones para obtener la acreditación, pero esto pareciera ser una exigencia arbitraria pasible de ser abusada para sacar del mercado a las productoras críticas.

También cuestionamos cual es la justificación del Artículo 103 del Proyecto de Ley que prohíbe la publicidad producida en el extranjero en todos los medios. Esta exigencia forzará a las empresas que deseen comprar publicidad a gastar una mayor proporción de su presupuesto en producción más que en tiempo de aire o espacio en una publicación, lo que potencialmente podría reducir los ingresos que los medios reciben de esta fuente.

Recomendaciones:

- Los concesionarios no deberían estar limitados a transmitir obras de productores ‘acreditados’ para cumplir su obligación de adquirir producciones nacionales independientes. El último párrafo del Artículo 102 debería ser eliminado.
- No debería haber una prohibición absoluta a transmitir o publicar publicidad producida en el extranjero. El Artículo 103 debería ser enmendado o eliminado.

Adjudicación de frecuencias

El Proyecto de Ley reserva uno de sus asuntos más importantes, la adjudicación de frecuencias, para su parte final. Como fuera mencionado anteriormente, la responsabilidad de administrar las frecuencias de difusión recae en el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Comunicación. El Título VI establece los lineamientos para el cumplimiento de esa responsabilidad.

ARTICLE 19 señala que las normas internacionales reclaman una distribución equitativa de las frecuencias entre distintos tipos de emisoras. El Artículo 112 del Proyecto de Ley dispone

que un tercio de las frecuencias de transmisión disponibles estará reservado a cada uno de los tres niveles de emisoras: públicas, comerciales y comunitarias.

ARTICLE 19 observa que hay un amplio consenso interamericano e internacional sobre los beneficios de reservar una parte equitativa del espectro radioeléctrico para la promoción de los medios comunitarios. La reserva de un tercio del espectro para las radios comunitarias ha también sido apoyada desde hace varios años por la Asociación Mundial de Radios Comunitarias (AMARC). Varios países de la región (Bolivia, Uruguay y Argentina) también han adoptado recientemente legislación en este sentido.¹⁵

Este principio también es consistente con las directivas de la ONU y de los Relatores Especiales sobre la Libertad de Expresión regionales, en particular la recomendación de que debería asignarse suficiente espacio radioeléctrico para la emisión de distintas plataformas de comunicación a fin de asegurar que el público, en su totalidad, pueda recibir un espectro diverso de servicios de medios masivos de comunicación. Coincidentemente, el Relator Especial sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que parte del espectro debería estar reservado para la existencia de medios comunitarios y sin fines de lucro, recomendando “legislar en materia de radiodifusión comunitaria, de manera que se destine parte del espectro a radios comunitarias” (Informe de 2007),¹⁶ y “legislar en materia de radiodifusión comunitaria de manera que se destine una parte equitativa del espectro y del dividendo digital a las radios y canales comunitarios” (Informe de 2008).¹⁷

Esto se aparta de la praxis de otras democracias, donde es común confiar al regulador de radio y televisión la tarea de diseñar un plan de frecuencias, que asegure una división razonable de las frecuencias entre los diferentes tipos de usuarios.

La división igualitaria dispuesta por el Artículo 112 respeta estas normas. Sin embargo, observamos que también le otorga al Estado un tercio del espectro. En concordancia con las normas reseñados más arriba, ARTICLE 19 cree que la porción estatal del espectro debería beneficiar más específicamente a medios de comunicación genuinamente dedicados al servicio público, de los que Ecuador carece actualmente. Efectivamente existe un riesgo de que el Estado utilice su porción del espectro radioeléctrico para promocionar sus propias opiniones más que una variedad de fuentes de información. Consecuentemente, sería una buena idea ordenar el desarrollo de un plan que tratara otras cuestiones, tales como la manera en que se compartirían las frecuencias entre la radio y la televisión, y entre emisoras locales, regionales y nacionales. Una crítica del panorama de difusión actual es que se ha desarrollado de una forma caótica y sin planificación, con muy poca consideración al pluralismo y el interés público; un plan de frecuencias ayudaría a otorgar cierta estructura al proceso de toma de decisiones. En la medida de lo posible, debería dársele al público la posibilidad de participar en el desarrollo del plan y a contribuir a éste.

¹⁵ Desde 2007, Uruguay reserva por lo menos un tercio de las frecuencias disponible para radios comunitarias. Argentina reserva el 33% del espectro para estos medios desde 2009. Bolivia ha adoptado el mismo enfoque en su Ley General de Telecomunicaciones, Tecnologías de Información y Comunicación en Julio de 2011.

¹⁶ Informe de la Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión, 2007, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Volumen II, Capítulo III, Párrafo 6.

¹⁷ Informe de la Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión, 2008, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Volumen III, Capítulo V, Párrafo 10 (n).

La manera de realizar la transición de la situación actual a aquella prevista en el Proyecto de Ley es un tema espinoso. Es inevitable que numerosas frecuencias deban ser retiradas de sus concesionarios actuales para ser otorgadas a otros nuevos. El Artículo 112 anticipa cinco medios para realizar la transición:

- La asignación de las frecuencias aún disponibles;
- La cancelación de frecuencias obtenidas ilegalmente, y su posterior redistribución.
- La cancelación de frecuencias en los casos en que no hayan sido utilizadas para los fines para los que fueran concesionadas o de acuerdo a las normas técnicas y jurídicas bajo las que fueron otorgadas;
- El regreso al Estado de frecuencias de acuerdo a la ley (por ejemplo cuando se termina una concesión);
- La distribución de frecuencias disponibles a partir de la digitalización de las transmisiones.

Las resoluciones de revocar las concesiones de frecuencias obtenidas ilegalmente serán tomadas por la Autoridad de Telecomunicaciones “una vez que ésta haya realizado el debido proceso administrativo”. La resolución que determina revocar una concesión es pasible de revisión judicial, pero si es confirmada, la Procuraduría General del Estado reclamará la devolución de todos los beneficios económicos derivados de una concesión otorgada ilegalmente (Artículo 114). Los concesionarios que hayan obtenido frecuencias ilegalmente pueden impedir este tipo de procesos si las devuelven voluntariamente en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley (Artículo 115).

Formalmente esto pareciera ser un proceso razonable. Sin embargo, dado el historial del Gobierno, habrá inevitablemente preocupación que éste use la transición como un medio de ejercer aún más control sobre el sector de radiodifusión y televisión, especialmente si la independencia del Consejo y de la Autoridad de Telecomunicaciones no está debidamente garantizada. El abuso de poder no puede nunca ser totalmente descartado por la adopción de salvaguardas legales adecuadas. A pesar de ello, recomendamos con vehemencia estudiar la posibilidad de permitir que las concesiones cuyo término expira en los próximos años concluyan ‘naturalmente’, a menos que haya clara evidencia que el otorgamiento ilegal de la concesión haya sido el resultado del cohecho u otra grave conducta antijurídica por parte del concesionario. A su vez, la revocación de una concesión debería ser automáticamente suspendida desde el momento en que la resolución es recurrida ante la justicia.

Cuando la concesión de una frecuencia comercial o comunitaria devenga disponible ésta será adjudicada por concurso (Artículo 116). El concurso estará abierto a todas las personas naturales y jurídicas de cualquier tipo, y deberá ser realizado de una manera pública y transparente. Se les exigirá a los solicitantes presentar un proyecto comunicativo que describa el contenido y la naturaleza técnica del servicio, un plan de gestión y un estudio técnico. El Consejo puntuará cada propuesta y emitirá su resolución (Artículo 118). En reconocimiento de su experiencia se les reconocerá un puntaje adicional del 20% a los concesionarios de una frecuencia que haya expirado (Artículo 113).

En líneas generales éste es un proceso muy adecuado. Una mejora sería incorporar una fase de comentarios del público sobre las propuestas, de manera que el Consejo pueda tomar en consideración las opiniones de los oyentes y televidentes. Asimismo, el Consejo debería publicar cada decisión por escrito, expresando las razones de su elección, y los solicitantes agraviados deberían poder impugnar la resolución judicialmente.

El Artículo 119 del Proyecto de Ley inhabilita a algunas personas y empresas para participar en los concursos, por ejemplo, si están emparentados o tienen un vínculo de negocios con un miembro del Consejo. Esta es una regla extraña que les impide concursar a algunas personas por razones que no están necesariamente dentro de su control. Sería mucho más lógico exigir a los miembros del Consejo que se excusen de participar en resoluciones cuando enfrenten un posible conflicto de intereses.

La norma según la cual una persona no puede presentarse a un concurso si alguna vez fue accionista de una empresa cuya concesión fue revocada también parece indebidamente estricta. Muchas veces los accionistas tienen un control muy limitado sobre la toma de decisiones en una sociedad. Como mínimo esta regla debería estar limitada a incidentes que hayan ocurrido en el pasado reciente, por ejemplo, en los últimos cinco años.

Una vez otorgada, la concesión solamente terminará por alguna de las siete causas mencionadas en el Artículo 120. Estas son mayormente de naturaleza técnica, tal como el vencimiento del plazo de la concesión, por extinción de la persona jurídica concesionaria, o haber obtenido la concesión utilizando información falsa. Otro motivo de terminación es la violación de la regla del Artículo 121 que impide la concentración, según la cual ninguna persona puede simultáneamente controlar más de una frecuencia de televisión, una emisora de radio AM y una emisora de radio FM. Si bien consideramos que estas reglas son adecuadas, la resolución de revocar una concesión nunca debería ser tomada antes de brindar al concesionario la oportunidad de hacer su descargo por escrito, y debería ser pasible de revisión judicial.

Hay escasa mención en el Proyecto de Ley sobre que plazos de concesión puede establecer el Consejo. El Artículo 124 dispone que una concesión será válida durante quince años, renovable una vez sin necesidad de un nuevo concurso. Esto puede resultar apropiado para una emisora de nivel nacional, que necesitará realizar grandes inversiones y tiene el derecho de contar con tiempo suficiente para recuperarlas. Pero las emisoras comerciales locales o las emisoras comunitarias deberían estar sujetas a un plazo de concesión más corto, tal vez con la posibilidad de más de una renovación sin necesidad de presentarse a un concurso.

En la sección dedicada al Consejo, propusimos permitirle que recaudara un canon de concesión entre las emisoras para que contara con una fuente independiente de financiamiento. Un canon de este tipo debería por supuesto ser proporcional al tamaño del concesionario, y debería ser impuesto de una manera no discriminatoria. Esto podría conseguirse mediante la publicación de un cuadro oficial de cánones. Al no tener fines de lucro, las emisoras comunitarias deberían estar exentas del canon.

Recomendaciones:

- Debería encomendársele al Consejo que desarrolle un plan de frecuencias que establezca la manera de distribuir equitativamente y de acuerdo al interés público las frecuencias de emisión disponibles entre la radio y la televisión, y las emisoras de distinto alcance geográfico (nacional, regional y local). El plan debería ser desarrollado de forma transparente y permitiendo las contribuciones del público.
- Debería explorarse la posibilidad de permitir que las concesiones que fueron otorgadas ilegalmente continúen hasta el final de su plazo, en los casos en que la concesión no haya sido obtenida como resultado de una conducta antijurídica por parte del titular.

- Antes de tomar una resolución importante que afecte los derechos de un concesionario o solicitante, el Consejo debería en todos los casos otorgar a la persona en cuestión el derecho a hacer su descargo. Las resoluciones deberían ser hechas por escrito, fundadas, y deberían ser pasibles de revisión judicial. La misma exigencia debería aplicarse a las resoluciones de revocar concesiones tomadas por la Autoridad de Telecomunicaciones.
- Las personas que tenga un lazo familiar o comercial con un miembro del Consejo no deberían estar inhabilitadas para participar de un concurso. Por el contrario, el integrante del Consejo en cuestión debería estar inhabilitado para tomar parte de la decisión. El Artículo 119 debería ser modificado en este sentido.
- El plazo de concesión debería depender de la naturaleza del servicio y del nivel de inversión demandado. El Artículo 124 debería ser modificado para introducir diferentes categorías de duración.
- En la medida en que el Consejo tenga la facultad de recaudar cánones entre los concesionarios, éstos deberían ser proporcionados y no discriminatorios, y estar determinados a través de un cuadro publicado de antemano. Las emisoras comunitarias deberían estar exentas de pagar este canon.