



RESUMEN EJECUTIVO.

Estudio comparativo sobre la libertad de expresión en Argentina, Bolivia, Ecuador y Venezuela.

Investigación realizada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello a requerimiento de la Sociedad Interamericana de Prensa.

Investigadores.

DR. JESÚS MARÍA CASAL H. (COORD.)
CARMEN MARÍA MÁRQUEZ L. MSC.
DRA. JHENNY RIVAS ALBERTI.
DR. ALEXANDER ESPINOZA.

Investigadores asociados.

DR. MARCELINO BISBAL.
DR. ANDRÉS CAÑIZALEZ
LIC. ADRIANA TAMAYO
LIC. ANDREA VILORIA

I. Introducción.

El objeto principal de la investigación que aquí se sintetiza consistió en determinar si en los cuatros países estudiados existe un mismo modelo en cuanto a la forma como las autoridades estatales visualizan el ámbito comunicacional y actúan en el mismo, así como examinar la situación de la libertad de expresión en cada uno de ellos. Puede concluirse que hay ciertamente grandes denominadores comunes, que apuntan en la dirección de procurar desde el gobierno el control de la formación de la opinión pública. Tanto en Argentina como en Bolivia, Ecuador y Venezuela, los máximos jerarcas del poder ejecutivo se han trazado el objetivo de incidir en el flujo de informaciones y opiniones no solo mediante su participación en el espacio público como actores principales del proceso político, sino también y con particular intensidad mediante la configuración de las relaciones, equilibrios y orientaciones en el mundo de las comunicaciones.

Al mismo tiempo, habría que subrayar que la motivación para el control de la comunicación no es siempre la misma. Los procesos de Venezuela y Bolivia se asemejan en sus fines revolucionarios o refundacionales, que si bien responden a causas o raíces históricas distintas dominaron la elaboración de las respectivas Constituciones y hoy apalancan la gestión y los mensajes gubernamentales. Esto se proyecta sobre las comunicaciones, porque la ruptura generacional considerada esencial para construir el “hombre nuevo”, en el caso Venezolano, o la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas y la superación de una discriminación más que centenaria, en la experiencia boliviana, entre otros derroteros, son invocadas para impulsar una incursión con afán hegemónico en el espacio público comunicacional. La evolución venezolana es ilustrativa a este respecto, pues el avance del Estado-gobierno-partido en el campo comunicacional ha sido consciente, oficialmente declarado y avasallador. Su rasgo distintivo es que se persigue no solo la reducción de los mensajes que puedan criticar la gestión gubernamental o que estén vinculados con planteamientos de la oposición, sino el sometimiento e instrumentalización de la comunicación social, con miras a promover nuevos valores y conductas colectivas, cónsonas con la ideología oficializada, y para reforzar la presencia pública del gobierno, como estrategia de propaganda y legitimación social. De ahí que en estas situaciones, en las que el pluralismo político es dejado de lado, la libertad de expresión está en riesgo porque antes lo está la libertad de conciencia. Esto explica que en paralelo a la invasión gubernamental del espacio comunicacional se desplieguen programas educativos centralizadores y proclives al adoctrinamiento.

La dinámica política ecuatoriana difiere en algunos aspectos de las antes señaladas, porque la base ideológica de la acción oficial no es tan cerrada y determinante, aunque el discurso social transformador y reivindicativo acompaña el personalismo político y la concentración de poder. Además, la lucha contra los medios independientes ha alcanzado allí enormes proporciones, y los ataques contra los medios privados, descalificados por estar supuestamente al servicio de intereses subalternos, forman parte medular del discurso y las ejecutorias del gobierno. En sus efectos la situación es en lo fundamental equivalente a la arriba descrita, e incluso conceptualmente Ecuador está ahora en la vanguardia en virtud de la declaratoria legal de

servicio público y potencial estatización de todo el ámbito comunicacional, incluyendo a la prensa, con el aval del Tribunal Constitucional.

Argentina es el país que en esta materia exige mayores matizaciones. También se han producido serias agresiones contra la prensa libre, pero el contexto institucional de la democracia y del Estado de Derecho no ha sufrido un deterioro tan profundo como en los otros países examinados, lo cual ha representado una fuerza moderadora de las inclinaciones contrarias a la libertad de prensa igualmente existentes. En particular, el poder judicial, que ha sido objeto de intentos de politización, ha podido conservar en términos generales su independencia. Por otro lado, la voluntad presidencial de promover reformas sociales y políticas no posee el mismo trasfondo ni el mismo alcance revolucionario. Todo esto explica que la regulación vigente en materia de comunicación no vulnere directamente y de manera general la libertad de expresión, siendo más frecuentes las restricciones indirectas.

La investigación confirma la importancia del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos para la garantía de la libertad de expresión en la región. Los estándares que sus órganos han establecido en la materia se erigen en un sólido muro de contención ante los posibles intentos gubernamentales de restringir injustificadamente este derecho. Con base en una disposición de suyo exigente como el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sentado criterios rigurosos para la observancia de las obligaciones de respeto y garantía del derecho, cabalmente sistematizados e impulsados por la Relatoría para la Libertad de Expresión. La densidad de esta doctrina interamericana permite hallar en ella parámetros con los cuales confrontar las normas y prácticas estatales que coarten el libre flujo de informaciones u opiniones. Adicionalmente, el prestigio del sistema en el ámbito americano y universal lleva a los Estados a esforzarse más para satisfacer los respectivos estándares y dar cumplimiento a los informes de la Comisión o a las sentencias de la Corte.

En los países evaluados, los cánones jurisprudenciales y el control del sistema interamericano han influido en el tratamiento interno de la libertad de expresión, aunque con saldo no coincidente. En Venezuela la magnitud de las tensiones entre los intereses gubernamentales y la libertad de expresión desembocaron prontamente en serias violaciones a este derecho, lo cual requirió de la actuación de los correspondientes órganos de protección de los derechos humanos.

En el otro extremo se sitúa nuevamente Argentina, cuya Corte Suprema de Justicia se considera vinculada por la jurisprudencia interamericana, en el marco del control de convencionalidad, y ha adoptado posturas vanguardistas en temas como el control de la discrecionalidad en la asignación de la publicidad oficial. La alianza entre una Corte Suprema independiente y los órganos del sistema interamericano se presenta como una poderosa garantía de la libertad de expresión.

En Bolivia se constata una situación ambivalente. La independencia judicial está seriamente erosionada y la protección de la libertad de expresión, debilitada. Pero los estándares del sistema interamericano subsisten como barrera ante ciertos excesos. La jurisprudencia constitucional ha hecho suyos los criterios interamericanos relativos a los tipos penales de desacato, pero la legislación ha incluido en los últimos años nuevos tipos penales que inciden en el ámbito de las comunicaciones. Algo similar ha ocurrido en Ecuador, aunque ya la balanza ahí se inclina en contra de esa libertad y de los respectivos estándares. En especial, el sometimiento de toda la comunicación social, con inclusión de la prensa, al régimen del servicio público, con potestades que permiten imponer la transmisión de determinadas informaciones que el órgano regulador estime de particular relevancia, en las condiciones que este mismo fije, así como la interpretación dada al principio de veracidad, cercenan la esencia de ese derecho. A esto se añaden las fuertes sanciones aplicadas contra algunos medios o sus directivos, como mecanismo de censura. Cabe esperar que la permanencia de Ecuador como Estado parte en la Convención Americana conduzca a mitigar las orientaciones restrictivas de estos años, aunque hay muchas interrogantes al respecto. Es además deseable que la Comisión y la Corte interamericanas mantengan y hagan valer los criterios que han establecido en este campo, en lugar de relajar su exigencia bajo la presión de que otros Estados sigan el camino venezolano del desacato y la posterior denuncia de la Convención.

Un soporte conceptual de las medidas lesivas de la libertad de expresión identificadas en el estudio es la separación rígida entre la libertad de expresión y el derecho a la comunicación. Tal como lo han declarado los órganos del Sistema Interamericano, la dimensión individual y la dimensión colectiva de la libertad de expresión son interdependientes. En algunos de los países considerados se aprecia, sin embargo, la tendencia a desconocer esta interdependencia, mediante regulaciones constitucionales o legales y criterios jurisprudenciales que reflejan una escisión conceptual entre la libertad de expresión, concebida desde una óptica principalmente individual, y el derecho a la comunicación, en el que la faceta colectiva eclipsaría a la primera. El derecho a la comunicación posee sin duda una proyección directa e intensa sobre el espacio público en virtud del empleo de medios de comunicación social de impacto normalmente masivo, lo cual va aunado en ocasiones al uso del espectro radioeléctrico o de frecuencias de radiodifusión. Ello suele traducirse además en una justificación para una mayor intervención estatal. Sin embargo, los temas de fondo relativos al fundamento jurídico y alcance de las posiciones subjetivas de quienes ejercen sus derechos en ese sector entroncan con la libertad de expresión. Tales diferencias no van, pues, en detrimento de la unidad del derecho a la libertad de expresión. El problema surge cuando se invoca el derecho a la comunicación para recortar la libertad de expresión. Esta inclinación se observa con intensidad variable en Venezuela, Ecuador y Bolivia. La manifestación descolante de esta peligrosa visión se encuentra en Ecuador, cuya Constitución consagra el derecho a la comunicación e información como parte del derecho al buen vivir (arts. 16 y ss.), el cual tiene un carácter primordialmente colectivo y está imbricado con la prestación de servicios públicos, mientras que la libertad de expresión es un derecho individual de libertad (art. 66.6). Al derecho a la comunicación se reconoce una dimensión individual y otra colectiva, pero esta somete a aquella, lo cual ha repercutido en la legislación sobre la comunicación y, muy particularmente, en la consideración de todas las actividades comprendidas por ella, incluyendo a la prensa, como servicios públicos, bajo una conceptualización que sobredimensiona el papel de los órganos reguladores y supervisores, lo que atenta gravemente contra la libertad de expresión.

Es necesario salir al paso de esta tendencia por ser lesiva de los estándares internacionales y comparados más esenciales referidos a la libertad de expresión.

Las líneas siguientes harán breve referencia a las principales variables o temas utilizados para el análisis comparativo, en los cuales se tienen como estándar mínimo de observancia los criterios de los órganos del Sistema Interamericano conforme lo antes referenciado. Estos puntos son objeto de un examen más exhaustivo en el documento completo de la investigación.

II. Argentina

Uno de los temas que ha generado mayor debate en Argentina con la entrada en vigencia de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, es la regulación sobre las licencias y concesiones de radio y televisión, en particular por lo establecido en sus artículo 41 y 45. Mientras el artículo 41 de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, sujeta la transferencia de licencias a la autorización estatal y fija limitaciones a la enajenación, el artículo 45 es el que contempla un límite de 24 licencias de cable a un mismo operador, una licencia de TV abierta o una de TV por cable en una misma ciudad; y no permite ser titular de más de una señal de contenidos, entre otras regulaciones.

En relación con estas normas, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina de octubre 2013 afirmó que hasta el momento en que se resolvía el recurso no se había probado por parte de los recurrentes “que exista una afectación actual de la libertad de expresión” y declaró la constitucionalidad de la ley.

Este fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación resultó el principal hecho jurídico, histórico y político de 2013 en materia de libertad de expresión en Argentina. En él se hace referencia a las exigencias de pluralidad, racionalidad y proporcionalidad que deben guiar a los órganos regulatorios en materia audiovisual.

En cuanto a los órganos regulatorios en materia audiovisual, la Ley Servicios de Comunicación Audiovisual crea la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA). Según establece el artículo 14 de la Ley N.º 26.522, la conducción y administración de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual deben ser ejercidas por un directorio integrado por siete (7) miembros nombrados por el Poder Ejecutivo Nacional.

También se encuentra en la Ley de Servicio de Comunicación Audiovisual una modesta regulación sobre los medios comunitarios. Como principal antecedente de esta regulación encontramos el art. 45 del decreto – ley 22.285 de Radiodifusión; estos medios son denominados de gestión social en la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. A su deseable legitimidad social le suman la esperanza de la legalidad mediante la reserva del 33% del espectro electromagnético. Buena parte de sus desafíos pasan por el respeto a su condición no estatal y el logro de las licencias definitivas, particularmente en las denominadas zonas de conflicto.

Para acompañar con recursos a los nuevos actores de la comunicación, AFSCA creó el Fondo de Fomento Concursable para Medios de Comunicación Audiovisual (FOMECA). A través de esta herramienta, el Estado Nacional acompaña el proceso de ampliación de nuevas voces y miradas, y pretende fortalecer a los actores de la comunicación audiovisual comunitaria.

No existe en la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual regulación alguna sobre el uso de publicidad oficial en medios privados. Sobre este tema, existe en Argentina un importante antecedente jurisprudencial, en la llamada sentencia "Río Negro" (2007), mediante la cual la Corte Suprema de Justicia determinó que el gobierno de la provincia de Neuquén había violado el derecho a la libre expresión del diario Río Negro, al retirarle la pauta publicitaria en represalia por sus coberturas críticas, lo que constituyó un acto de censura indirecta.

El gobierno nacional de Argentina abusa sistemáticamente de sus facultades en materia de publicidad, lo que incluye la asignación excesiva de pauta en favor de medios afines y su retiro o denegación como represalia por coberturas críticas.

En lo que respecta a la concentración de medios en manos del Estado, de acuerdo con el fallo de la Corte Suprema de Justicia de Argentina que resuelve el recurso contra la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual los medios de comunicación públicos están también obligados a satisfacer las necesidades de información de todos los sectores de la sociedad "lo mismo ocurre si los medios públicos, en lugar de dar voz y satisfacer las necesidades de información de todos los sectores de la sociedad, se convierten en espacios al servicio de los intereses gubernamentales".

Las exigencias de la Corte Suprema de Justicia para evitar desvirtuar los objetivos de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual fueron sistemáticamente incumplidas antes y después del fallo. El Gobierno ha montado un gigantesco aparato mediático paraestatal, a través de medios públicos o empresas periodísticas privadas alimentadas por la pauta oficial o beneficiadas con otras concesiones, dedicado a deslegitimar al periodismo crítico.

La información plural que pide la Corte sigue estando amenazada en el país. El Gobierno no ha dejado de hostilizar, con particular intensidad desde hace seis años, a las voces críticas. Los recursos públicos se emplean para disciplinar y seducir medios, multiplicando las empresas periodísticas que avalan el discurso oficial.

En otro orden de ideas, resulta importante destacar el tema relativo al manejo del papel periódico. En 2013, en el marco de la audiencia pública (situación del Derecho a la Libertad de Expresión en Argentina) realizada el 1 de noviembre en la Comisión IDH, los peticionarios afirmaron que la empresa Papel Prensa –única fábrica de papel para diarios que tendría Argentina con una mayoría accionaria en las manos de los diarios Clarín y la Nación– estaría siendo asediada por autoridades estatales. Según los peticionarios, se habría presentado una denuncia por supuestos delitos de lesa humanidad contra los actuales propietarios de la empresa y existirían constantes amenazas sobre la intervención o expropiación de la empresa en boca de funcionarios y de legisladores nacionales. Los peticionarios afirmaron que si el Gobierno se hiciera con el control de Papel Prensa, tomaría el monopolio de la provisión de papel para diarios en la Argentina porque controlaría tanto la producción nacional como su importación.

Sobre este asunto, el Estado indicó durante la audiencia que en el año 2011 fue sancionada la Ley 26.736 que declara que la fabricación, comercialización y distribución de pasta celulosa y de papel para diario se constituye como de interés público. Aseguró que la ley se enmarca en el contexto de la tarea legislativa emprendida para garantizar pluralidad y acceso democrático, tanto a la información como a su producción, ya que tiene como objetivo asegurar para la

industria nacional la fabricación, comercialización y distribución regular y confiable de pasta celulosa para papel de diario y de papel para diario y garantizar la igualdad de oportunidades y el acceso sin discriminaciones al abastecimiento de papel. Este en todo caso es una amenaza contra la prensa en manos privadas, que si bien no se ha materializado podría concretarse en cualquier momento.

En materia del principio de reserva legal, la Corte Interamericana declaró que las normas que tipificaban los delitos de calumnia e injuria eran contrarias a los principios de claridad y determinabilidad de la ley penal. La redacción actual de los delitos de calumnia e injuria es conforme a la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

En materia del honor y reputación de funcionarios e instituciones del Estado, la Corte Suprema de Justicia de Argentina ha tomado en consideración el grado de notoriedad pública del sujeto pasivo. El análisis realizado por la Corte es conforme al criterio establecido por la Corte Interamericana, en el sentido que el umbral diferente de protección de los funcionarios públicos no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada.

En materia de las leyes de desacato, la Corte Suprema de Justicia de Argentina ha señalado que no puede haber responsabilidad alguna por la crítica o la disidencia, aun cuando sean expresadas ardorosamente, ya que toda sociedad plural y diversa necesita del debate democrático, el que se nutre de las opiniones teniendo como meta la paz social.

En Argentina se despenalizó el desacato mediante la Ley 24.198 de 12 de mayo de 1993. Posteriormente se modificó el Código Penal Argentino (arts. 109 - 110) para prohibir la imputación de los delitos de calumnias e injurias en caso de expresiones vinculadas con cuestiones de interés público. Todo ello bajo el impulso de la jurisprudencia interamericana.

Podemos finalmente concluir que en Argentina es conforme a la Convención Interamericana de Derechos Humanos la redacción actual de los delitos de calumnia e injuria; el tratamiento a la materia del honor y reputación de funcionarios e instituciones del Estado; la materia de las leyes de desacato; la ponderación de los intereses en conflicto; la carga de la prueba del dolo;¹ así como el tratamiento de las exigencias de veracidad, constatación, contextualización y oportunidad.

No ha sido conforme a la Convención Interamericana de Derechos Humanos lo relativo a la proporcionalidad de las sanciones; y los delitos e infracciones administrativas de peligro abstracto, entre otros temas.

III. Bolivia

Con el nuevo Texto Fundamental de 2009, se constitucionalizó en el artículo 1 un nuevo modelo del Estado, que es el de un: “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario”. Esta disposición constitucional se encuentra enmarcada por el Preámbulo que postula el rechazo al pasado “colonial” “republicano” y “neoliberal”.

¹ Morales Solá, Joaquín Miguel s/ injurias -causa N° 9648-. 12/11/96 - Fallos: 319:2741. Fuente: “Libertad de Expresión” Secretaría de Jurisprudencia, considerando 7º

La reconfiguración del Estado transversaliza las normas en materia de comunicación en Bolivia. Así la plurinacionalidad como principio en el ámbito de las telecomunicaciones y tecnologías de la información, se encuentra prevista en el artículo 5.8 de la Ley General de Telecomunicaciones, Tecnologías de Información y Comunicación —LGTTIC—; de forma similar, la Ley contra el racismo y toda forma de discriminación, establece la “interculturalidad” como principio “para la cohesión y convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones para la construcción de relaciones de igualdad y equidad”. El Tribunal Constitucional Plurinacional —TCP— analizando este modelo constitucional, ha establecido: “[e]sa construcción colectiva del Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, desde un punto de vista axiológico, constituye un eje esencial de ruptura con los modelos constitucionales contemporáneos conocidos en derecho comparado, ya que la protección de derechos fundamentales, se aleja de una visión proteccionista exclusivamente individualista, construyendo toda una estructura constitucional en la cual, se garanticen los derechos fundamentales, pero no de una manera aislada, sino a la luz de la ya citada ‘construcción colectiva del Estado’”.

El “colectivismo” como eje central en la construcción del Estado, tiene consecuencias en la forma en cómo van a ser entendidos los derechos y garantías fundamentales provistos en la Constitución, los derechos de primera generación entre los cuales se encuentran los clásicos derechos de libertad vinculados a la comunicación como la libertad de expresión, de pensamiento, de ideas, tienen en el marco del nuevo constitucionalismo boliviano, una interpretación con preeminencia de los intereses colectivos sobre los individuales, que llevado al extremo yerra en sacrificar el fundamento liberal que le sirve de base. Ello se conecta con el componente ideológico de rechazo al neoliberalismo y al coloniaje. De ahí que se comprenda aún mejor el sentido de la “apropiación social de las tecnologías de información y comunicación” y la llamada “democratización” de los procesos comunicacionales establecida en el artículo 72 de la LGTTIC.

En este orden de ideas, la novísima Constitución Política, establece el derecho a la libertad de expresión en el artículo 21.5 y el derecho a la libertad de información en el artículo 21.6. Estos preceptos están en concordancia con los artículos 106 y 107 de la misma Constitución referido a la Comunicación Social, las cuales han sido interpretadas por el Tribunal Constitucional en conexión con el derecho al desarrollo, el derecho de petición, el acceso a la información pública y los derechos vinculados a la participación política. La redacción en torno a los principios de veracidad y responsabilidad dispuestos en el artículo 107 ha sido objeto de observaciones, recomendaciones y cuestionamientos por la doctrina y los órganos del sistema interamericano. Se recomienda en este trabajo, seguir la doctrina de este sistema regional de protección de derechos y del sistema europeo, en tanto la veracidad en la información sea interpretada como un deber de diligencia del comunicador, ya que esta se predica del sujeto y no del objeto a los fines de que no tenga efecto silenciador.

En cuanto al sistema de garantías, la CPE reserva a la ley la regulación de los derechos y garantías fundamentales. El TCP ha adoptado un criterio estricto del concepto de ley haciendo mención incluso en sus decisiones —vid. 0680/2012— a ley en sentido formal. No obstante, se han venido sancionando en los últimos años un conglomerado de normas jurídicas que imponen restricciones a los derechos por la vía de Decretos y Resoluciones emanados del Poder Ejecutivo.

En el análisis de estas normas de desarrollo, resultó necesario estudiar serie de puntos. Uno de ellos estuvo referido el estudio de los órganos de fiscalización y su autonomía respecto de las estructuras de poder político. La LGTTIC crea la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transporte —ATT—, el cual es uno de los entes de fiscalización y control social supeditados al Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda. Se ha cuestionado en el trabajo la composición predominantemente ejecutivista de quienes integran estos órganos.

Entre las conclusiones de esta variable, se asevera que las instancias controladoras y sancionadoras previstas actualmente en la ley, tienen una alta influencia política de las instancias gubernativas o de Administración lo cual ataca el llamado “pluralismo interno” en la composición del mismo.

La ATT, entre otras de sus competencias, es la encargada de la concesión de licencias o permisos de radiodifusión, los cuales de acuerdo a lo establecido en el artículo 10 de la LGTyTIC, quedó dispuesta confiriendo al Estado un 33% de los canales de la banda para el servicio de radiodifusión; 33% para el uso comercial; 17% para el uso comunitario y 17% para el uso de los pueblos indígenas y originarios. El procedimiento diferenciado de concesión de licencias, aunado a una pre asignación legalmente establecida de los umbrales porcentuales en el uso de las bandas de frecuencias, ha generado críticas en diversos sectores en Bolivia. Esta problemática que puede afectar e incluso distorsionar el uso de las frecuencias, tiene de base la necesidad de conceptualizar cuándo un medio es considerado comunitario que como se ha visto debe diferenciarse de las características que catalogan a un medio como indígena o de pueblos originarios al prever procedimientos de solicitud de licencias y un porcentaje de uso distinto al resto de los medios. Asimismo, los requisitos exigidos a los medios comerciales para la solicitud y el procedimiento de obtención de licencias los coloca en una clara situación de desigualdad jurídica respecto de los estatales.

Entre algunas de las restricciones indirectas a la libertad de expresión e información analizadas a la luz de este nuevo marco jurídico, se encuentran las discriminaciones negativas y positivas en la colocación de publicidad oficial de la que han sido objeto varios medios bolivianos. En este sentido, se sugiere legislar en materia de publicidad oficial para establecer con carácter general y previo los criterios que usa la Administración Pública en la asignación de los recursos en publicidad.

En estrecha conexión con lo anterior, es menester reformar las normas de transparencia de la información pública en Bolivia. En efecto, la Ley de acceso a la información pública vigente, circunscribe su ámbito de aplicación sólo al poder ejecutivo y no a la necesidad de inquirir sobre la gestión pública en toda la Administración. De esta forma, la normativa interna aun no se adapta a la jurisprudencia interamericana en materia de acceso a la información, que huelga acotar cuenta con una previsión expresa en la CPE de 2009. Una adecuada legislación en estos temas, regularía la discrecionalidad administrativa y reduce los riesgos de arbitrariedad.

Por otra parte, aun cuando el Estado fue congratulado por la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas de desacato, siguen abriéndose y sustanciándose procesos penales por la vía de la protección del honor a funcionarios públicos. Las nuevas leyes, lejos de optar por una postura moderada en las restricciones a los derechos vinculados a la expresión e

información, han ampliado las normas penales contrariando las observaciones, llamamientos y sugerencias del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Bolivia.

La anterior conclusión lleva a otra reflexión, y es que los ataques al ejercicio de la libertad de expresión pasaron de ser durante los primeros años del gobierno evista de agresión física, asaltos y atentados a instalaciones y equipos, a persecución administrativa y judicial. Tal es el caso de los procesos judiciales amparados en la protección del honor en el Código Penal, o en los delitos contra el racismo y la discriminación antes comentados. Algunos procedimientos en vía administrativa han puesto incluso en riesgo la subsistencia de medios como es el caso de El Diario a partir de las fiscalizaciones tributarias iniciadas por el SIN. De esta forma, las restricciones a los derechos fundamentales toman una apariencia de presunta legalidad interna que en sustancia, contraría los elementos fundamentales de los derechos humanos previstos en los tratados y pactos internacionales ratificados por Bolivia.

Lo narrado con anterioridad se hace agudo si además se observa lo consecuente que ha sido la Comisión IDH en la necesidad de crear un ambiente tolerante a la diversidad, no obstante, la alta polarización en el país, refuerza este ambiente hostil, y la asunción de Evo Morales para un tercer período presidencial ante el gran cuestionamiento de la legitimidad constitucional de dicha posibilidad —allanada por el Tribunal Constitucional— apunta a que se mantendrán los enfrentamientos entre los distintos sectores de la opinión pública.

De esta manera, aun cuando la jurisprudencia pre constitucional y la actual han interpretado las normas sobre tratados internacionales como parte del llamado “bloque de la constitucionalidad” y se reconoce el avance de ciertas políticas sociales, se han hecho no obstante observaciones a la inadecuación de las normas jurídicas en Bolivia en materia de medios y libertad de expresión a los estándares interamericanos.

IV. Ecuador

Ley Orgánica de Comunicación del año 2013 establece un riguroso marco regulatorio que impone decenas de obligaciones aplicables a todos los medios y periodistas, autoriza a los órganos administrativos para controlar e intervenir en los contenidos de dichos medios, consagra responsabilidades y causales de falta administrativa de notable vaguedad y otorga a un funcionario, elegido de una terna enviada por el Presidente de la República, la facultad de vigilar el cumplimiento de dicha ley, aplicarla e imponer las correspondientes sanciones. Incluyendo figuras como el linchamiento mediático (artículo 26) que permite una amplia discrecionalidad por parte del órgano administrativo regulador.

Con respecto a la conformación del Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación, observamos que de los cinco miembros del Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación, uno es electo directamente por el Ejecutivo Nacional, y será a quien corresponda presidirlo. Los Consejos Nacionales para la Igualdad están presididos por un representante que el Presidente de la República designe a tal efecto, el cual tendrá derecho de voto dirimente. En el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, el proceso de selección es organizado por el Consejo Nacional Electoral, que conducirá el concurso público de oposición y méritos correspondiente, con postulación, veeduría y derecho a impugnación ciudadana, de acuerdo con la ley.

En cuanto a la creación de radios comunitarias y el apoyo gubernamental es de hacer notar que Ecuador instaló 20 radios comunitarias hasta finales de 2013 y finaliza el 2015 con un total de 54 estaciones de esa índole, priorizando a los pueblos afroecuatorianos, montubios y organizaciones sociales.

Sobre el uso de publicidad oficial con fines electorales, durante el año 2009 la OEA recomendó al Gobierno Ecuatoriano no usar propaganda oficial con fines electorales. La misión de la Organización de Estados Americanos que observó el proceso electoral en Ecuador recomendó una abstención de la propaganda oficial que pueda interpretarse como campaña proselitista.

Durante el año 2012 el Secretario de Comunicación retó a los medios de Comunicación Social a renunciar a la publicidad oficial. Durante ese mismo año el propio Presidente Correa propuso a los medios de Comunicación Social formalizar su renuncia a la difusión de publicidad oficial y ordenó suspender la colocación de publicidad oficial en varios medios privados que le han acusado reiteradamente de atentar contra la libertad de expresión. Por su parte el diario El Universo denunció en su momento que el Ejecutivo le retiraba publicidad oficial a manera de represalia. Es así como el gobierno ecuatoriano progresivamente fue retirando la publicidad oficial del diario El Universo en represalia a las informaciones que este ha publicado sobre el régimen.

Sobre la concentración de medios en manos del Estado, el Presidente Correa desde el año 2007 es un “mandatario mediático”; a lo anterior se sumó la creación de medios públicos con agendas y enfoques diferentes de los de los medios privados; la incautación por parte del Estado de empresas de información y comunicación que eran propiedad de grupos financieros que supuestamente estafaron a sus clientes.

En lo referente a los mensajes institucionales de carácter obligatorio y las llamadas “cadenas”, es de hacer notar que durante el año 2013 el Gobierno de Ecuador continuó con la práctica de utilizar la facultad legal de emitir mensajes obligatorios para difundir la opinión oficial en medios privados de comunicación. Durante los últimos años el Gobierno ecuatoriano ha utilizado de forma sostenida este tipo de facultades, que muchas veces ordenan la emisión del mensaje oficial solo a la emisora donde se emitió la información o la opinión cuestionada por el gobierno.

En materia de las leyes de desacato, la imposición de la pena de prisión y la multa no ha sido conforme a la Convención Interamericana.² El nuevo Código Orgánico Integral Penal derogó el delito denominado “desacato”, y despenalizó la injuria no calumniosa lo cual representa un importante avance. No obstante, es causa de preocupación la estructura amplia y ambigua en la que están redactados algunos de los delitos que podrían afectar la libertad de expresión, así como el incremento de algunas penas del cuerpo normativo que unifica en un solo texto los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, lo cual podría derivar en restricciones a la libertad de expresión.³

² Corte Nacional de Justicia.- Sala Especializada de lo Penal. Quito, Febrero 27 del 2012, pág. 59; CIDH Comunicado de Prensa R 5/14. Washington D.C., 24 de enero de 2014; Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2013 volumen II

³ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2013 volumen II

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha manifestado su preocupación sobre las declaraciones del Presidente Rafael Correa en referencia a los medios de comunicación. La Relatoría Especial ha advertido que, de manera frecuente, el Presidente dedica cerca de una hora de su espacio televisivo semanal para descalificar duramente a la prensa, y tildarla, en diversas oportunidades, de ser “conspirador[a]”, “corrupta”, “desestabilizador[a]”, “irresponsable” y “mentirosa”. De la misma forma, habría invitado a la ciudadanía a no comprar los periódicos y amenazado públicamente con emprender acciones judiciales contra algunos medios y periodistas críticos de su gobierno.⁴

El Tribunal Constitucional del Ecuador ha aplicado el principio de reserva legal, en términos conformes a la doctrina del Sistema Interamericano. Es preocupante, sin embargo su pronunciamiento en torno a la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Comunicación.

V. Venezuela

El artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señala como uno de los valores superiores del Estado el pluralismo político. También el artículo 58 constitucional se refiere a la comunicación como “libre y plural”, en relación particularmente al ámbito de la información, que además debe ser oportuna, veraz e imparcial.

En Venezuela la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos hacen pocas referencias a fórmulas que desarrollen el pluralismo interno. En cuanto a la organización de las cadenas públicas de televisión, no se hace ninguna referencia a un órgano plural de toma de decisiones o de administración.

El órgano regulador en materia audiovisual, esto es, CONATEL, cuenta con un Directorio de Responsabilidad Social integrado por 12 miembros, con una representación mayoritaria de órganos del Ejecutivo (9 representantes del Ejecutivo y 4 representantes de otros sectores, en principio no vinculados con el Ejecutivo); una composición más equitativa permitiría garantizar el esperado pluralismo interno en este organismo, que tiene, entre otras funciones, “establecer e imponer las sanciones a que haya lugar de conformidad con esta Ley” (artículo 20.1 Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión).

También creaba la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión y Medios Electrónicos (dictada en el año 2004, reformada en el año 2010) el Consejo de Responsabilidad Social, cuya función fundamental era servir de órgano consultivo al Directorio de Responsabilidad Social cuando este tuviera que decidir sobre las materias de su competencia. El Consejo de Responsabilidad social estaba integrado por 25 representantes. Sin embargo con la reforma de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión y Medios Electrónicos (diciembre 2010) este Consejo fue eliminado, esta supresión resulta lamentable pues se trataba de un órgano que aunque con funciones sólo consultivas permitía el debate y la discusión en un contexto plural. No se ofrece en la exposición de motivos de la Ley de Reforma explicación alguna para la eliminación del Consejo de Responsabilidad Social.

En los artículos 2, 12, 77, 190 y 200 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones se hace referencia a la protección de la comunicación plural. Y en particular se garantiza el pluralismo

⁴ Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2009, párr. 206

externo mediante normas sobre libre competencia y participación de los operadores en el mercado de las telecomunicaciones. Sin embargo, no existen en Venezuela normas que regulen la adquisición de medios de comunicación social, en consecuencia no es posible evitar una concentración mediática privada e incluso la concentración velada en manos aparentemente privadas pero que protege intereses públicos.

En cuanto al el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones, se requiere la correspondiente habilitación administrativa y concesión (en los casos en que ello sea necesario): El artículo 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones señala que la habilitación administrativa es el título que otorga CONATEL para el establecimiento y explotación de redes y para la prestación de servicios de telecomunicaciones a quienes hayan cumplido con los requisitos y condiciones que a tales fines fije dicho órgano. De conformidad con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, esta habilitación administrativa contiene una serie de atributos que no son otra cosa que los derechos y deberes inherentes a la actividad. En los casos en que se requiera el uso del espectro radioeléctrico, el operador deberá obtener además la correspondiente concesión.

Esta autorización de CONATEL es sin duda un acto reglado que debe ser otorgado por CONATEL "a quienes hayan cumplido con los requisitos y condiciones que a tales fines establezca dicho órgano, de conformidad con esta Ley."

En este sentido, en Venezuela el régimen jurídico para el caso de la televisión es particularmente exigente porque además de la habilitación administrativa se requiere de una concesión, al respecto la Providencia sobre Condiciones Generales de las Habilitaciones de Radiodifusión Sonora y Televisión Abierta establece todas condiciones para el otorgamiento de dicha concesión.

Otra cuestión clave en el análisis de la situación jurídica de la radiodifusión en Venezuela es el silencio normativo relativo a la terminación de habilitaciones y concesiones por causa de vencimiento, esto es, en los casos en que los titulares de licencias solicitan extensiones y el Estado las deniega. Es importante señalar, no obstante, que en lo referido a la revocación de títulos la regulación figura tanto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones como en la normativa derivada.

Sobre la menguante programación de opinión en la televisión de Venezuela, cabe subrayar que desaparecieron de la televisión programas conducidos por los periodistas más críticos al gobierno, considerados líderes de opinión, como Marta Colomina, Napoleón Bravo, Nelson Bocaranda, Leopoldo Castillo, Oscar Yanes, César Miguel Rondón, Nitu Pérez Osuna, Miguel Ángel Rodríguez, Berenice Gómez, entre otros.

Sobre esta realidad han podido detectarse varios escenarios: a) El programa de opinión desaparece y no es sustituido por otro de su género, esto quiere decir que es una tribuna de opinión que se pierde para dar paso a un espacio de entretenimiento; b) El programa de opinión no sale del aire, pero el canal cambia de presentador por uno menos incisivo, más complaciente, que realiza preguntas menos comprometedoras; c) Más programas de opinión, pero estos no se traducen en una mayor cantidad de horas. Aunque pareciera que en la actualidad hay más programas, el tiempo que se les dedica a cada uno es menor.

La existencia de medios independientes, críticos y de oposición parece estar amenazada por las dificultades que deben enfrentar para mantener sus líneas editoriales. Algunos de los mecanismos que se aplican son de difícil documentación pues se amparan en dispositivos que estimulan la autocensura: ausencia de parámetros objetivos y mecanismos discrecionales de distribución de publicidad oficial; presiones a los anunciantes privados; aplicación focalizada de procedimientos administrativos y judiciales; persecución y hostigamiento a empresas relacionadas a los propietarios de los medios; y descalificación sistemática de la disidencia en los medios gubernamentales.

En el caso de las agresiones tienen como factor común que se producen durante la cobertura de manifestaciones de calle, en las que los periodistas son agredidos por los cuerpos de seguridad que están presentes en estos eventos, o grupos de choque que se apersonan en el lugar para evitar que se lleve a cabo el trabajo reporterial.

En materia del principio de reserva legal, Venezuela no ha cumplido la sentencia de la Corte Interamericana que ordenó al Estado modificar, en un plazo razonable, el artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar, en los términos del Fallo.

En materia de las leyes de desacato, Venezuela todavía no ha adecuado sus leyes sobre privacidad y la protección del honor y la reputación a los principios de la distinción entre las personas públicas y las personas privadas y la real malicia. El artículo 444 del Código Penal ha sido aplicado en reiteradas oportunidades. La norma citada es contraria a la doctrina contenida en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. También es contraria a la doctrina del Sistema Interamericano de Derechos Humanos la interpretación de los artículos 223, 224, 225, entre otros, del Código Penal. Los artículos 147 y siguientes del Código Penal de 2005 son restrictivos de la libertad de expresión al penalizar la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos.