



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
(FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

**El "derecho a la comunicación" bajo el prisma de Owen Fiss:
Una lectura a la actual Constitución ecuatoriana**

AUTOR:

CEVALLOS HIDROVO PATRICIA SOLEDAD

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR**

TUTORA:

BRIONES VELASTEGUI MARENA ALEXANDRA

Guayaquil, Ecuador

03 de septiembre del 2018



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Cevallos Hidrovo Patricia Soledad**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTORA

f. _____
Briones Velastegui Marena Alexandra

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____
Lynch Fernández María Isabel

Guayaquil, 03 de septiembre del 2018



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Patricia Soledad Cevallos Hidrovo

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **El "derecho a la comunicación" bajo el prisma de Owen Fiss: Una lectura a la actual Constitución ecuatoriana** previo a la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, 03 de septiembre del 2018

LA AUTORA

f. _____
Cevallos Hidrovo Patricia Soledad



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

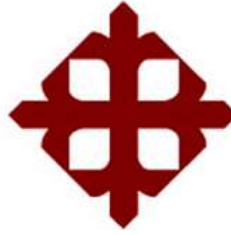
Yo, Cevallos Hidrovo Patricia Soledad

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **El "derecho a la comunicación" bajo el prisma de Owen Fiss: Una lectura a la actual Constitución ecuatoriana**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 03 de septiembre del 2018

LA AUTORA:

f. _____
Cevallos Hidrovo Patricia Soledad



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

MARIA ISABEL LYNCH FERNANDEZ
DIRECTORA DE CARRERA

f. _____

MARITZA REYNOSO GAUTE
COORDINADORA DEL ÁREA

f. _____

KLEBER SIGUENCIA SUAREZ
OPONENTE

ÍNDICE

Contenido

Introducción	2
Derecho a la comunicación y libertad de expresión.....	4
El pensamiento de Owen Fiss	10
El derecho a la comunicación ecuatoriano a la luz de la teoría de Fiss	19
Bibliografía	27

Resumen

En la parte inicial del presente artículo se expuso la concepción de la Constitución Política de 1998 de Ecuador, respecto a la comunicación y la libertad de expresión; luego se revisaron y desarrollaron los lineamientos actuales acerca de ambos derechos como esenciales para el desarrollo de un estado democrático. Entre estas, se tomó como referencia la teoría desarrollada por el norteamericano Owen Fiss en su obra “La ironía de la libertad de expresión” publicada en 1999. Bajo el prisma de la teoría de Fiss, se revisó la Constitución de la República del Ecuador de 2008, partiendo de la afirmación de que el estado ecuatoriano es un considerado como democrático. Esto, con la finalidad de responder en qué medida la Carta Magna respondió o no a los parámetros y elementos que Fiss hace alusión para la protección y garantía del derecho a la libertad de expresión; y a su vez, cuál es el rol que desempeña el estado actual frente a esta situación.

Palabras claves

Derecho a la comunicación, libre expresión, democracia, debate público.

Abstract

The initial part of the present article explain the concept of Ecuador Political Constitution of 1998, in reference of communication and free speech; then, the review and development of actual tendency about both rights as an essential part to the development of a democratic state. In between these, it was tooked as a reference the theory created by norteamerican Owen Fiss in his book “The Irony of Free Speech” published in 1999. Under the look of Fiss’s theory, was tested the ecuadorian Republic Constitution of 2008, starting by the concept that the state of Ecuador is considerate a democratic one. With the purpose to know up to what extend the Constitution did answer to the standars and elements that Fiss makes reference to the protection and guarantee of free speech right; and at the same time, wich is the role that plays the actual state in front of this situation.

Key Words

Communication right, free speech, democracy, public debate.

Introducción

La comunicación es un atributo básico del ser humano en sociedad. A través de ella se expresan acuerdos, desacuerdos, emociones, pensamientos, opiniones, etc. Es indispensable para que los ciudadanos participen del tejido social. Así, se ha convertido en un derecho de la ciudadanía y en un deber de los actores políticos en una sociedad.

En Ecuador, a partir de los cambios que se produjeron en 2008 con la promulgación de una nueva -actualmente vigente- Constitución de la República del Ecuador, el Estado ecuatoriano se definió constitucionalmente como un Estado democrático. Tal definición y las diversas transformaciones jurídicas que supuso el nuevo contenido constitucional han suscitado el interés por auscultar uno de los derechos fundamentales que más controversias ha provocado: el derecho a la comunicación.

Y, para tal efecto, resulta estimulante acudir a los postulados teóricos que, en materia de libre expresión, desarrolla el norteamericano Owen Fiss en su libro "La ironía de la libertad de expresión". A partir de sostener que la libre expresión es un derecho esencial para cualquier Estado democrático, critica la clásica teoría del *free speech* y le otorga al Estado el deber de proteger y velar por el derecho a la libre expresión del pensamiento.

El derecho a la comunicación fue regulado en la Constitución Política de Ecuador de 1998, donde se incluía una sección denominada “De la comunicación”. En dicho apartado se regulaba de forma amplia el concepto de comunicación y las garantías que el estado debía otorgarle al ciudadano. Con la promulgación Constitución de la República del Ecuador de 2008, donde se definió a Ecuador como un estado democrático, la concepción que se tenía acerca de varios derechos fundamentales cambió. Entre los cambios realizados, existieron algunos con respecto a la comunicación y libertad de expresión, incluyendo las garantías a las que el estado y otros actores políticos debían responder respecto a ambos derechos. Por consiguiente, es necesaria una revisión de la actual Constitución a la luz de la teoría de uno de los mayores exponentes y defensores del derecho a la comunicación como elemento esencial de cualquier estado democrático.

Derecho a la comunicación y libertad de expresión

Como ya se mencionó, a partir de la promulgación de la actual Constitución de la República del Ecuador en octubre de (2008) se incorporaron varios cambios fundamentales relacionados con la concepción del Estado, los poderes públicos, la economía, la participación ciudadana y la tutela del Estado a los derechos fundamentales. Como lo afirmó Paz y Miño, “la Constitución de 2008 (llamada de Montecristi), marcó una nueva época en el constitucionalismo ecuatoriano” (2017).

Una de las transformaciones significativas que se incorporó en la Constitución de 2008 fue una clasificación de los derechos novedosa. La “Constitución del 2008 elimina la clasificación tradicional de los derechos. Lo hace con el propósito de enfatizar el carácter complementario y la igual jerarquía de todos los derechos constitucionales” (Grijalva, 2009).

Con respecto al derecho a la comunicación y al de la libertad de expresión, la denominada Constitución Política de la República del Ecuador¹, anterior a la actual, los garantizaba en el artículo 23, numerales 9 y 10; y, adicionalmente, en el capítulo 2, la sección décima se titulaba “De la Comunicación”. En esa sección se encontraba el artículo 81, que desarrollaba el derecho a la comunicación.

Por un lado, el mencionado numeral 9 del artículo 23 se refería al derecho a la libertad de expresión y opinión del pensamiento, y dejaba a salvo las responsabilidades que previera la ley. Estas responsabilidades se referían al derecho

¹ Promulgada en Registro Oficial 1, agosto 1998

que tenía el perjudicado por afirmaciones inexactas o sin pruebas, que hubieren afectado su honra, a que esas afirmaciones fueren rectificadas. Y, por otro lado, en el siguiente numeral se garantizaba, en términos generales, el derecho a la comunicación: el derecho a fundar medios de comunicación y a acceder a frecuencias de radio y televisión. El artículo 81, por su parte, garantizaba el derecho de los ciudadanos a acceder a fuentes de información; a buscar, recibir y difundir información veraz, certera, objetiva; el derecho a la cláusula de conciencia y el secreto profesional. Como se podrá observar, los artículos citados definían y garantizaban tanto el derecho a la libertad de expresión y como el derecho a la comunicación.

De lo recogido, pues, se observa que en la Constitución de 1998 se concebía el derecho a la comunicación como un derecho diferente al de la libertad de expresión; pero, la Constitución no especificaba cuál era el alcance de cada derecho y tampoco señalaba qué los caracterizaba y distinguía. Únicamente se los garantizaba de forma general y amplia.

La libertad de expresión es concebida como una libertad fundamental inherente al ser humano: “la comunicación y la expresión son capacidades de la propia naturaleza humana indispensables para vivir y convivir en sociedad, pues ellas hacen posible la construcción del tejido social a través de la privilegiada relación dialógica” (Safar, 2008, pág. 36). Es decir, que la libertad de expresión es, en lo fundamental, considerada como una libertad básica y esencial del ser humano en razón de la naturaleza de este último.

Si la libertad de expresión es entendida como una libertad básica y esencial, es indispensable conocer qué supone la libertad de expresión. En palabras de Jorge Velásquez, supone “la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos. La libertad de expresión es el derecho que tiene toda persona a opinar, divulgar su pensamiento e ideas a través de cualquier medio” (2008, pág. 46)

La libertad de expresión es concebida como un derecho fundamental, usualmente protegido y garantizado por las normas internas de los países. Partiendo de esa concepción, se la suele definir como “un derecho de todos a pensar, expresar, buscar, recibir y emitir informaciones, ideas y opiniones, sin restricciones, utilizando diversos medios y procedimientos” (Safar, 2008, pág. 37). Esta concepción acerca de la libertad de expresión supone que este es un derecho de todos, sin ningún tipo de excepción, y que viene integrado por varias acciones que todo ciudadano podría ejercer, como buscar, expresar, recibir y emitir información.

La libertad de expresión como fundamento esencial para la existencia de un Estado democrático -como advierte Carbonell- toma cuerpo ciudadano en el ejercicio plural y diverso, en igualdad de condiciones, de una participación ciudadana decidida y activa:

La democracia moderna supone y exige la participación democrática de todos los habitantes adultos del país de que se trate.

Para que esa participación no sea meramente testimonial, sino efectiva y plena de contenidos, es necesario que exista libertad de expresión como requisito previo para la generación de un debate público que sea abierto, desinhibido y robusto (2014, págs. 3-4)

Salazar y Gutierrez, por su parte, manifiestan que, siguiendo la corriente de Norberto Bobbio, la libertad de expresión se encuentra dentro de las libertades denominadas como negativas. Esto supone que ningún poder obligue o interfiera en las acciones individuales de cada persona (2008). Los autores manifiestan que desde la perspectiva de la libertad de expresión, se es libre cuando el poder no impide expresar nuestros sentimientos, ideales, pensamientos, etc., y cuando no se obliga a pronunciar algo que no se quiere pronunciar.

Los mismos autores señalan que las libertades negativas siguen el lineamiento de la corriente liberal, por lo que buscan reducir el poder de la autoridad estatal para aumentar el espacio de las libertades, y que la libertad de expresión puede verse vulnerada también por instituciones no estatales, pues

las eventuales invasiones de la esfera de libertad individual también pueden ser provocadas por acciones de actores no estatales. Esto vale tanto para poderes delincuenciales, como una banda de secuestradores que pueden privarnos de la libertad personal, como para una gran corporación de medios de comunicación que puede

asfixiar nuestra libertad de expresión, por ejemplo, a través de un monopolio (o duopolio) mediático (2008, págs. 6-7)

En esta misma línea se podría señalar que, como la prohibición de restricción del derecho a la libertad de expresión no va dirigida solo al Estado, sino también a otros actores políticos como los medios de comunicación, y ya que la ciudadanía es la titular de este derecho, entonces es deber de todos los actores sociales garantizar y proteger el derecho de todos a comunicarse y a expresarse.

Autores como Alfonso Gumucio manifiestan que el derecho a la comunicación es un derecho amplio, que abarca otros derechos como el de la libertad de expresión, de información, de prensa, etc., y que a su vez se configura como un derecho humano fundamental (2012). Otros autores conciben con ese pensamiento.

El derecho a la comunicación comprende cualidades como: la participación, el equilibrio y diálogo, el acceso y la accesibilidad, la capacidad crítica ante los medios y sobre los mensajes además de la tenencia de medios y el uso de sistemas propios y alternativos de comunicación e información (Aguirre Alvis, 2013, pág. 63)

En opinión de Aguirre, el derecho a la comunicación supone la reducción de tácticas del Estado o de grupos, ya que estos actúan en función de sus intereses

(2013). Esto supone que el derecho a la comunicación debe ser ejercido por los ciudadanos sin que el Estado u otro grupo ejerzan acciones que limiten este derecho. Este escenario podría presentarse en el caso de que el Estado o cualquier otra entidad pudiera imponer algún tipo de política o régimen que vulnere o limite el derecho a la comunicación, ya que -se entiende- pretenderían beneficiarse de la limitación en función de sus propios intereses.

Como se dijo antes, la libertad de expresión es concebida como pilar fundamental en un Estado democrático. Esto aplicaría también para el derecho a la comunicación: Aguirre manifiestan que “el derecho a comunicar es la piedra angular de todo proceso real de democratización y de desarrollo humano” (2013, pág. 63).

De otra parte, Fernando And Rad manifiesta que, en democracia, punto clave y elemento sustancial es la participación de los ciudadanos, y enfatiza que esa participación se imposibilita sin una buena comunicación, pues “participar más es igual a comunicarse más y también a la inversa, es decir, el comunicarse más y mejor traerá consigo inevitablemente mayor participación, en el sentido político atribuido a este término” (2001).

Desde este punto de vista se entiende que la comunicación complementa la participación ciudadana y que, de esta forma, es posible construir democracia. El autor afirma que a mayor comunicación existirá mayor participación y viceversa. Por

lo tanto, la comunicación se vuelve indispensable para el ejercicio de la participación ciudadana y, a su vez, para el desarrollo de un Estado democrático.

El mismo autor afirma que “la democracia concibe a los individuos en situaciones similares como para que puedan desplegar, sin restricción alguna, sus acciones y necesidades comunicativas, en cualquier momento y a través de cualquier medio” (2001). Por lo tanto, la democracia coloca a las personas en igualdad de condiciones para que manifiesten sus expresiones, ideas, pensamientos, opiniones, creencias, sin ninguna restricción y a través de cualquier medio.

De lo afirmado por los autores citados se evidencia que tanto la comunicación como la expresión son fundamentales en el ejercicio de la democracia, pues ambos derechos, no solo que constituyen capacidades propias de la condición humana, sino que, además, mediante tales derechos los ciudadanos pueden participar abiertamente en el quehacer público, en el análisis y la discusión de los asuntos de interés colectivo, así como en sus vidas cotidianas. Sin ningún tipo de restricción y a través de cualquier vía.

El pensamiento de Owen Fiss

Owen Fiss es Sterling Professor Emeritus of Law and Professorial Lecturer in Law en la Universidad de Yale. Conforme se recoge en diversas fuentes, estudió en las Universidades de Dartmouth, Oxford y Harvard, y es especialista en libertad de expresión, derecho constitucional, teoría del Derecho y derecho procesal. Como se

anticipó en la introducción, es reconocido, sobre todo, por la crítica que hace a la teoría clásica del free speech, teoría que tiene lineamientos similares con la corriente liberal. Loreti y Lozano mencionan que en reiteradas ocasiones Fiss ha cuestionado las interpretaciones de la Primera Enmienda, que se fundamentan en que el Congreso de los Estados Unidos de América no tiene autoridad para producir leyes que coarten la libertad de religión ni su ejercicio, como tampoco la tiene para restringir la libertad de expresión (2012).

En lo fundamental, la posición de Fiss sobre la libre expresión está desarrollada en “La ironía de la libertad de expresión” (1999). Todo lo que se recoge en esta parte relativa al pensamiento de Fiss tiene como fuente la referida obra, de tal manera que, en lo que cupiere, solo se citarán las páginas correspondientes de la versión en español revisada.

Vale la pena comenzar señalando que Fiss sostiene que en el pasado se veía al Estado como enemigo natural de la libertad, pues este trataba de limitar y silenciar al ciudadano. En razón de esto, añade, la Primera Enmienda acoge una concepción libertaria que implica la protección del interés del individuo en expresarse y que “apela el ethos individualista” (pág. 13). De allí que, agrega Fiss, la Primera Enmienda contenga preceptos que van en contra de la limitación que el Estado podría imponer al individuo.

No obstante que la Primera Enmienda protege el interés del ciudadano en expresarse, Fiss critica que esta no explica por qué los intereses de quienes se expresan deben tener prioridad sobre los intereses de aquellos acerca de quienes se habla. Al proteger los intereses de quien se expresa, se puede dejar de lado los derechos de aquellos a quienes se hace referencia, sobreponiendo así el interés del primero. Si bien es cierto que el Estado puede asfixiar el debate público, también es cierto que puede haber escenarios en los que la intervención del Estado puede promover la deliberación pública.

En ese último sentido, Fiss plantea dos posibles escenarios: uno, donde el Estado trata de asfixiar el debate público, y otro, donde el Estado promueve el debate público. Teniendo en cuenta esos dos posibles escenarios, Fiss entra a analizar tres temas relevantes en la discusión pública acerca de la libertad de expresión: las expresiones de odio, la pornografía y la financiación de campañas electorales.

Respecto al primero, afirma que el Estado regula las expresiones de odio bajo la teoría de que denigran el valor y la dignidad de quienes son sus víctimas. En cuanto a la pornografía, explica que esta reduce a las mujeres a objetos sexuales y erotiza su denominación. Respecto de las campañas electorales, sostiene que el Estado regula la libertad de expresión con la finalidad de ofrecer mayor oportunidad a las personas de escasos recursos, para que expongan sus intereses y logren que se tomen medidas que mejoren su situación económica. Así, el pensamiento de Fiss deriva hacia sostener que la regulación del Estado para garantizar la libertad de expresión está motivada por consideraciones igualitarias.

Para Fiss, el conflicto entre libertad e igualdad puede ser traducido a un conflicto entre libertad y libertad, pues se puede ver a las regulaciones estatales como medidas para promover la libertad de expresión. Esto no acabaría con los desacuerdos existentes entre los dos tipos de liberalismos, pero sí ayudaría a alcanzar un mismo objetivo, que es la libertad de expresión. Para explicar su propuesta, menciona que la solución no siempre es -como sostienen los liberales- más expresión y menos regulación estatal, puesto que hay casos en los que las personas pueden verse afectadas por expresiones en contra de su honra o dignidad, o por no haberseles otorgado un espacio para la expresión de sus ideas.

Ocurre, por ejemplo, con las expresiones de odio, que tienden a disminuir el sentimiento de dignidad de las personas, por lo que obstaculizan su participación en actividades civiles o de debate público. Ocurre también con la pornografía, que reduce a las mujeres a objetos sexuales, subordinándolas y silenciándolas. Y ocurre con la financiación de las campañas electorales, que puede dejar al pobre en desventaja puesto que el rico puede dominar el espacio publicitario en los medios de comunicación, silenciando de esa manera las voces de las personas con escasos recursos. A esto es a lo que Fiss llama los efectos silenciadores de la propia libertad de expresión. Y frente a esos efectos silenciadores –Fiss sostiene- el fomento de un “debate completo y abierto” es “un fin legítimo para el Estado”.

La exigencia de que el estado intervenga no se funda en la idea de que la actividad a regular es en sí misma una violación de la

Primera Enmienda, sino simplemente en la teoría según la cual fomentar un debate completo y abierto constituye un fin legítimo para el Estado (pág. 29).

Fiss hace una aclaración respecto del método que debe usar el Estado para cumplir su fin legítimo: pueden verse afectados los intereses autoexpresivos de algún grupo en específico -por ejemplo, de las mujeres- debido que no se les ha otorgado un espacio considerable para expresarse -dice-, y, para procurar fomentar un debate abierto y amplio, el Estado entonces les otorga mayor espacio para expresarse. Sin embargo, hay que reparar en que, en ese escenario, podría ocurrir que el conceder más espacio a un grupo produzca el efecto disminuir al mismo tiempo el espacio de otro grupo también minoritario -por ejemplo, de algún grupo racial-. En este caso, el estado podría haber actuado con cierta arbitrariedad, o en función de sus intereses, para otorgarle mayor espacio a un grupo sobre otro.

Para Fiss existe algo más en juego: “el estado no trata de arbitrar los intereses autoexpresivos de los diversos grupos, sino que trata de establecer las precondiciones esenciales para el autogobierno colectivo, asegurando que todos los puntos de vista sean expuestos al público” (pág. 30). Por lo tanto, la regulación estatal de la libertad de expresión tiene justificación y fin legítimo, debido a que lo que se busca es garantizar la oportunidad plena e igual de todos los grupos para participar en el debate público, para que de esta forma se desarrolle el sistema democrático.

El autor plantea que el Estado debe actuar como el presidente de un parlamento, dando igualdad de espacio para que todas las partes expresen su postura y la defiendan. Con respecto a esto, Fiss señala que “la regulación del debate tendrá probablemente un cierto impacto en la decisión final que el público adopte en un asunto colectivo” (pág. 35). El autor señala que esto permite que el ciudadano sea capaz de analizar y criticar cada propuesta, con la finalidad de ser argumentativo al momento de optar por una posición. A su vez, esto propicia que el ciudadano se encuentre en una mejor posición para participar dentro de la política y la vida pública, y ejercer la participación ciudadana.

Fiss ha presentado al Estado como regulador: para hacer efectivas sus disposiciones, puede emitir órdenes y prohibiciones y usar su poder a su favor, con la finalidad de garantizar de forma efectiva la libertad de expresión. Frente a esa tarea estatal, Fiss plantea también otra cara de la actividad estatal, la del Estado como distribuidor. Esa actividad estatal implica conceder licencias, construir y alquilar viviendas, financiar universidades, dar dinero al arte, etc. Fiss señala que, en el campo de la libertad de expresión, este rol del Estado puede llevarse a cabo a través del otorgamiento de subvenciones a favor de personas que quieren expresarse, “ya sea porque la concesión de ciertos beneficios se vincula al cumplimiento de ciertos requisitos que afectan a la expresión de opiniones” (pág. 43). Esta otra cara de la actividad estatal permitiría, por ejemplo, la financiación de espacios que desarrollen y garanticen el derecho a la libertad de expresión.

El autor enfatiza el rol del Estado como distribuidor, puesto que explica que sin la financiación estatal se dejaría a las actividades relacionadas con las artes, radiodifusión, bibliotecas, educación pública y, en general, a toda la vida cultural e intelectual al arbitrio del mercado y de los intereses de quienes poseen más riqueza. Por esta razón, el Estado debe servir como distribuidor de recursos, para otorgar oportunidades a las personas que no tienen las posibilidades económicas para expresarse, para difundir expresiones culturales, educativas, intelectuales.

Fiss desarrolla la idea del Estado como distribuidor a partir de una decisión tomada por la NEA (National Endowment for the Arts) para apoyar una exposición del reconocido fotógrafo estadounidense Robert Mapplethorpe, "ícono de los ochenta", "arquetipo de artista polémico, atractivo y osado que buscaba en sus composiciones la perfección de la seducción visual", "que en su obra exploraba la masculinidad y la sexualidad" (Estévez, 2016). Varias de las obras de este fotógrafo fueron exhibidas en 1988 en una sala y el senador Jesse Helms, del ala conservadora, denunció algunas de las fotografías como basura y criticó el hecho de que la NEA hubiere financiado la exposición. A partir de esto, se generó una controversia entre el senador y quienes apoyaban la exposición de Mapplethorpe.

Como consecuencia de la exposición de Mapplethorpe se produjeron varias modificaciones legislativas; entre ellas, la denominada Enmienda Helms que prohibía a la NEA usar sus fondos para subvencionar el tipo de arte que se asimilaba al de Mapplethorpe. No obstante, varios constitucionalistas defendieron que la

exposición se encontraba protegida por el Test Miller², que establece criterios bajo los cuales se debe escoger qué obras pueden o no ser subvencionadas por la NEA. Lo que el Test Miller evalúa es si la obra puede o no ser etiquetada como obscena. El Test Miller es el estándar usado por las cortes estadounidenses para definir la obscenidad. Y sus tres parámetros básicos son

(a) whether "the average person, applying contemporary community standards" would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest ... (b) whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law, and (c) whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value. If a state obscenity law is thus limited, First Amendment values are adequately protected by ultimate independent appellate review of constitutional claims when necessary³ (Head, 2017).

Fiss señala la dificultad que existe en escoger una obra bajo alguno de esos criterios, porque se puede producir lo que él denomina efecto silenciador. El efecto silenciador se produciría al escoger una obra por encima de otra, puesto que una de

² El Test Miller es el utilizado por la Corte Suprema de Estados Unidos para determinar cuándo una expresión o discurso puede ser considerado obsceno, y en tal caso, no podrá ser protegida por la Primera Enmienda y además puede ser declarada prohibida.

³ Traducción libre: a) si la persona promedio que aplica los estándares contemporáneos de la comunidad, encuentra que el trabajo, en su conjunto, atrae el interés común b) si el trabajo describe, de una manera pacientemente ofensiva, conductas sexuales específicamente definidas por la ley estatal c) si el trabajo, en su conjunto, carece de valores literarios, artísticos, políticos y científicos. Si la ley de obscenidad estatal es limitada, los valores de la Primera Enmienda son adecuadamente protegidos por la revisión de la apelación definitiva independiente de los reclamos constitucionales.

ellas no podría ser financiada, lo que provocaría no conceder espacio para la expresión.

Fiss menciona también que podría existir un efecto silenciador debido a la escasez de recursos por parte del Estado, puesto que podría presentarse un escenario en el que el Estado no cuente con los recursos económicos suficientes para financiar dos obras y, debido a esto, se deje sin financiación una de las obras por otorgar subvención a otra. En este ejemplo podría producirse un efecto silenciador, puesto que una de las obras podría no ser expuesta, mientras que la otra sí contaría con el apoyo económico del Estado.

La teoría de Fiss expone y concibe a la libertad de expresión, por un lado, como un derecho amplio que abarca a su vez otros derechos. Bajo esta teoría se concibe a la libertad de expresión como el derecho que tienen las personas de expresar sus ideas, pensamientos, posturas, etc., de forma abierta y por cualquier medio. Y, por otro lado, como un derecho fundamental para que pueda existir un debate público, amplio y vigoroso, donde se otorgue el mismo espacio para todos los grupos que quieran exponer su postura. Esto, con la finalidad de que el ciudadano tenga una perspectiva más amplia para poder decidir sobre determinados temas.

El derecho a la comunicación ecuatoriano a la luz de la teoría de Fiss

Como se había señalado, la Constitución ecuatoriana de 2008, siguiendo las corrientes de la época, introdujo el denominado derecho a la comunicación. La actual Constitución, por su parte, mantuvo la figura y añadió otros elementos, y además definió al Ecuador como “un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”.

El artículo 16, numeral 1, de la Constitución de la República del Ecuador señala que todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a “una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos”. Esto implica una comunicación diversa, en la que intervengan todas las personas a través de cualquier forma de comunicación.

Esta concepción se diferencia a la de la Constitución de 1998. En esta última se garantizaba el derecho a la comunicación de forma general, sin determinar que la comunicación debía ser diversa, participativa, incluyente, intercultural, en todos los ámbitos de interacción social y por cualquier medio y forma. Esto se asemeja a lo señalado por Fiss, cuando menciona que todos los grupos, sin importar de cuál se trate, tienen derecho a participar en la comunicación pública, y que el Estado es el encargado de garantizar ese derecho.

El mismo artículo 16, en su numeral 2, garantiza a las personas el “acceso universal a las tecnologías de información y comunicación”. Esto implica que es un derecho de todos y que comprende todo lo relativo a las tecnologías vinculadas con la información y la comunicación. El siguiente numeral alude a los medios de comunicación y al acceso para la gestión de estaciones de radio y televisión en el siguiente sentido:

La creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

El artículo 16 numeral 3 engloba la garantía que el Estado les otorga a todos, en igualdad de condiciones, al acceso a crear medios de comunicación, a fundar estaciones de radio y televisión, sean públicas o privadas, y a la explotación de redes inalámbricas. Parece que la Constitución de 2008 tuvo una conciencia clara de la trascendencia democrática que tiene la posibilidad de fundar y operar medios de comunicación. Según el texto constitucional, el Estado ecuatoriano tiene la obligación de garantizar que cualquier ciudadano, si así lo considera, cuente con la posibilidad de fundar y operar un medio de comunicación. Bien se puede colegir que una garantía tal le concede al Estado ecuatoriano atribución para diseñar y ejecutar

políticas públicas que faciliten el acceso, en igualdad de condiciones, a la creación y operación de medios de comunicación. Garantía que se aproxima a la tesis de Fiss de que el Estado tiene el deber de otorgar oportunidades, en igualdad de condiciones, a todas las personas, para que los recursos económicos no sean un impedimento para ejercer el derecho a la libre expresión.

En esa misma línea cabe señalar que el numeral 4 del artículo 16 garantiza “el acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad”. Esta previsión normativa reafirma la perspectiva constitucionalista-ecuatoriana sobre el derecho a la comunicación, al incluir expresamente el igual derecho de las personas con discapacidad al acceso y uso de cualquier forma de comunicación. Sería una manera de evitar la exclusión de ciertos grupos y de reducir (o eliminar) lo que Fiss ha denominado el efecto silenciador de la libertad de expresión. En el escenario constitucional ecuatoriano todos deben poder expresar sus pensamientos, ideas, opiniones, por cualquier medio y forma de comunicación.

Por último, el numeral 5 garantiza “integrar los espacios de participación previstos en la Constitución en el campo de la comunicación”. Esa previsión constitucional se acerca a la tesis de Fiss de que el Estado debe garantizar espacios de comunicación donde todas las personas puedan participar de un debate público y amplio, donde se expongan las ideas y los pensamientos de todos.

El artículo 18 de la Constitución⁴, por su parte, establece que la información que se divulgue, produzca, busque o reciba, debe ser verificada, veraz, oportuna, contextualizada y plural. Que la información que se divulgue posea esas características guarda mucha importancia y requiere mayor análisis. En estas páginas no se podrá ahondar lo necesario, pero al menos habrá cabida para una cuestión central y controvertida: la "información objetiva".

Si bien es cierto que la objetividad se refiere al relato de los hechos de forma pura, sin ningún tipo de juicio por parte del comunicador, lo que parece buscarse en la Constitución ecuatoriana es que la información esté libre de cualquier tipo de subjetividad, para que la ciudadanía pueda conocer los hechos como tales y para que no se pretenda influir en la gente bajo el manto protector de los meros datos, esto es, de la pura información. Que la información sea veraz, verificada y oportuna implica que debe existir una buena diligencia en la comprobación de los datos que se comunican. La ciudadanía tiene derecho a que los hechos reales sean oportunamente transmitidos, a que sean transmitidos como lo que son, hechos, y a que, para transmitirlos, sean debidamente verificados.

⁴ Art. 18.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior.

2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

El numeral 2 del artículo 18 se refiere al libre acceso que tienen las personas a la información de entidades públicas o privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas, salvo en los casos que expresamente se establecieren en la ley. Este es un derecho garantizado de igual forma por el Estado a todas las personas de forma individual o colectiva. Se puede decir que el numeral en cuestión garantiza la "transparencia" pública.

El artículo 19 alude al contenido de la producción mediática: se busca incentivar los fines educativos y culturales en la programación de los medios de comunicación, y se dispone crear espacios para la producción nacional independiente. La importancia de que el Estado garantice la difusión de contenido con fines culturales y educativos se vincula con la garantía de la pluralidad de la información y con la pretensión de aportar al crecimiento cognitivo.

Vinculado también con el contenido, pero con alcances de impacto social diverso, el segundo inciso del artículo 19 "prohíbe la emisión de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa y toda aquella que atente contra los derechos". El artículo expresa claramente la prohibición de discriminar en todos los escenarios posibles y de transmitir cualquier contenido que afecte los derechos.

En esta previsión constitucional también es posible encontrar a Fiss, concretamente a sus tesis acerca de las expresiones de odio y la pornografía. Como

ya se dijo, Fiss señala que, para el caso de la pornografía, el Estado debe intervenir para evitar que se cosifique y denigre a la mujer. En el caso de las expresiones de odio, el Estado debe regular cierto tipo de expresiones en vista de que algunas de ellas pueden afectar la dignidad de las personas.

Cuando Fiss se refería a las campañas electorales, manifestaba que el objetivo del Estado es crear un debate completo y abierto, donde intervengan todos en igualdad de espacio y condiciones, con la finalidad de que los ciudadanos puedan escoger la mejor propuesta de acuerdo a sus intereses. Pues bien, el artículo 115 de la Constitución establece que el Estado “garantizará de forma equitativa e igualitaria la promoción electoral que propicie el debate y la difusión de las propuestas programáticas de todas las candidaturas”.

La norma constitucional califica la forma de promoción electoral, pues señala que debe ser equitativa e igualitaria. Esto implica que el Estado es el encargado de propiciar el debate y la difusión de todas las candidaturas de igual forma. Se asimila a la tesis de Fiss de que el Estado debe actuar como un presidente del parlamento, pues debe dirigir el debate de tal forma que se otorgue el mismo espacio a todas las propuestas, para que el ciudadano las conozca todas y pueda decidir cuál es la mejor según su creencia. De esta forma el ciudadano será capaz de cuestionar, analizar y criticar todas las posturas. Esto supone la concepción de un ciudadano que tenga herramientas suficientes para ser argumentativo y crítico ante la toma de una decisión política.

El artículo 100 de la Constitución permite también encontrar un aire de familia con Fiss, cuando se refiere a la creación de instancias que permitan la participación entre autoridades, representantes de la sociedad y representantes del gobierno, para promover la formación ciudadana e impulsar procesos de comunicación. Sin embargo, ni en el artículo 16, numeral 5, ni en el 100, se establece qué mecanismo debe adoptar el Estado para crear e impulsar tales espacios de comunicación.

El rol del Estado como distribuidor -como ha advertido Fiss- es más complejo que el rol del Estado como regulador, pues, para alcanzar el objetivo que tiene en un sistema democrático, es necesario concebir políticas públicas que afinen en qué casos y de qué forma el Estado promoverá espacios de comunicación. La ausencia de ellas facilite que se deje a arbitrio estatal -más bien, al de las autoridades en función del cargo- el otorgamiento de espacios de comunicación a unos grupos sí y, a otros, no, produciéndose de esta forma lo que Fiss adjetivó como efecto silenciador de la libertad de expresión.

Partiendo de que la libertad de expresión y el derecho a la comunicación son derechos fundamentales y esenciales para el desarrollo de un Estado democrático, la intervención del Estado se vuelve necesaria, en escenarios específicos y para la regulación y promoción de ambos derechos. Esto, por varios motivos; entre ellos, para 1) proteger a las personas que podrían verse afectadas por expresiones que disminuyen su integridad o afectan su dignidad; 2) propiciar un debate público en la

ciudadanía, de tal forma que las personas adopten un criterio y una opinión fundados en propuestas reales para adoptar la mejor de acuerdo a sus principios e ideales.

Lo que se busca es propiciar y sostener un debate público “abierto, desinhibido y robusto” (Carbonell, 2014, pág. 4), con el objetivo de que los ciudadanos dispongan de todas las herramientas necesarias para analizar y decidir qué propuestas son las mejores. Esto garantiza también que todos sean capaces de participar en la vida política de un Estado y estimular así la participación ciudadana, considerada elemento esencial en un Estado que se pretenda democrático.

La Constitución de 2008 reafirma el deber que tienen los actores políticos, como los medios de comunicación y el Estado, de propiciar una comunicación diversa, pluricultural, libre, participativa, dirigida a todos los grupos sociales, sin importar cual fuere su forma y medio de comunicación. Y, en gran medida, abarca lo que algunos pensadores y pensadoras consideran elementos fundamentales para que el derecho a la comunicación y a la libertad de expresión impulse la constitución de un Estado democrático. No se definieron los medios para hacerlo, pero se establecieron parámetros y principios básicos para que las personas puedan ejercer su derecho a comunicarse.

Bibliografía

- Aguirre Alvis, J. L. (2013). El derecho a la comunicación base para la construcción de la comunidad. *Punto Cero. Universidad Católica Boliviana*, 61-68.
- And Rad e Ruiz, F. (2001). Comunicación y Democracia. *Punto Cero*.
- Carbonell, M. (4 de Julio de 2014). *miguelcarbonell.com*. Recuperado el Mayo de 2018, de http://www.miguelcarbonell.com/articulos/libertad_de_exp.shtml
- Constitución de la República del Ecuador. (20 de Octubre de 2008). Registro Oficial 449. Ecuador.
- Constitución Política de la República del Ecuador . (11 de Agosto de 1998). Registro Oficial 1.
- Escobar Roca, G. (2000). Libertad de expresión y democracia en Owen Fiss. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 361-374.
- Estévez, M. (20 de Marzo de 2016). Mapplethorpe, la obsesiva búsqueda de la perfección. *ABC*.
- Fiss, O. (1999). *La Ironía de la Libertad de Expresión*. Barcelona: Gedisa.
- Grijalva, A. (16 de Julio de 2009). *Instituto de investigación y debate sobre gorbenganza*. Recuperado el agosto de 2018, de <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-454.html>
- Gumucio Dagron, A. (2012). El derecho a la comunicación: articulador de los derechos humanos. *Razón y Palabra*.
- Head, T. (29 de Septiembre de 2017). *Thought Co*. Recuperado el Agosto de 2018, de https://www.thoughtco.com/the-miller-test-721197?utm_source=emailshare&utm_medium=social&utm_campaign=shareurlbuttons
- Huerta Guerrero, L. A. (2010). Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio. *Pensamiento Constitucional* , 319-344.
- Loreti, D., & Lozano, L. F. (2012). El rol del Estado como garante del derecho humano a la comunicación. *Revista de Derecho Público*, 29-55.
- Marciani Burgos, B. (2005). La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos. *Pensamiento Constitucional*, 321-378.

- Paz y Miño, J. (13 de Noviembre de 2017). Un engendro: Constitución de 2008. *El Telégrafo*.
- Ramos, I. (2012). *Foro de socialización. Proyecto de la Ley de comunicación* . Guayaquil: Universidad Casa Grande.
- Safar, E. (2008). Libertad de expresión, gobierno y medios. En UNESCO, *Voces para acallar el silencio: Libertad de Expresión y de Prensa* (págs. 36-39). San José: UNESCO.
- Salazar Ugarte, P., & Gutierrez Riva, R. (2008). *El Derecho a la Libertad de Expresión Frente a la no Discriminación* . México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Serrano Caldera, A. (2008). Reflexiones sobre la ética periodística y la libertad de expresión. En UNESCO, *Voces para acallar el silencio: La libertad de expresión y de prensa* (pág. 25). San José: UNESCO.
- Velásquez Betancur, J. A. (2008). Una peligrosa tendencia: el periodismo de los instintos vulnera el derecho a la información. En UNESCO, *Voces para Acallar el Silencio: Libertad de Expresión y de Prensa* (págs. 40-45). Mexico D.F: UNESCO.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Cevallos Hidrovo Patricia Soledad**, con C.C: # 0927859017 autora del trabajo de titulación: **El "derecho a la comunicación" bajo el prisma de Owen Fiss: Una lectura a la actual Constitución ecuatoriana**, previo a la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **03 de septiembre del 2018**

f. _____

Nombre: **Cevallos Hidrovo Patricia Soledad**

C.C: **0927859017**

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	El derecho a la comunicación, bajo el prisma de Owen Fiss: Una lectura a la actual Constitución ecuatoriana.		
AUTOR(ES)	Patricia Soledad Cevallos Hidrovo		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Marena Alexandra Briones Velastegui		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Carrera de Derecho		
TITULO OBTENIDO:	Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	03 de septiembre del 2018	No. DE PÁGINAS:	28
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Constitucional - Derechos Humanos		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Derecho a la comunicación, libre expresión, democracia, debate público.		
RESUMEN/ABSTRACT			
<p>. En la parte inicial del presente artículo se expuso la concepción de la Constitución Política de 1998 de Ecuador, respecto a la comunicación y la libertad de expresión; luego se revisaron y desarrollaron los lineamientos actuales acerca de ambos derechos como esenciales para el desarrollo de un estado democrático. Entre estas, se tomó como referencia la teoría desarrollada por el norteamericano Owen Fiss en su obra “La ironía de la libertad de expresión” publicada en 1999. Bajo el prisma de la teoría de Fiss, se revisó la Constitución de la República del Ecuador de 2008, partiendo de la afirmación de que el estado ecuatoriano es un considerado como democrático. Esto, con la finalidad de responder en qué medida la Carta Magna respondió o no a los parámetros y elementos que Fiss hace alusión para la protección y garantía del derecho a la libertad de expresión; y a su vez, cuál es el rol que desempeña el estado actual frente a esta situación</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-980109998	E-mail: patriciacevalloshidrovo@gmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Maritza Reynoso Gaute		
	Teléfono: +593-994602774		
	E-mail: maritzareynosodewright@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			