

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

**El rol del juez frente al poder político y frente al poder ciudadano,
cuando está en pugna el honor vs libertad de expresión**

José Wilmer Maza Gonza

Tutor: Danilo Alberto Caicedo Tapia

Quito, 2026

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional		
	Reconocimiento de créditos de la obra	
	No comercial	
	Sin obras derivadas	
Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia		

Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, José Maza, autor del trabajo intitulado “El rol del juez frente al poder político y frente al poder ciudadano, cuando está en pugna el honor vs libertad de expresión”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

13 de Julio de 2026

Firma: _____

Resumen

La función o el rol que cumple el juez al momento de administrar justicia, depende mucho de si se encuentra en un Estado Absoluto, un Estado de Derecho o un Estado constitucional (justicia y derechos). En el primero, el rey somete a su disposición al juez, en el segundo, el parlamento somete al juez, y en el tercero, la Constitución somete al juez, pero al tratarse de un Estado de justicia y de derechos, se ponen límites y vínculos al constituyente, al legislador y al juez en aras que sus actividades se apeguen al resultado de justicia.

En un Estado constitucional, para llegar a la justicia, es necesario entender que las normas jurídicas se encuentran compuestas tanto por reglas como de principios. Esto permite al juez decantarse por un método de interpretación jurídica que solo mire a las reglas (subsunción), sino uno que mire también a los principios (ponderación) cuando la primera interpretación es insuficiente para otorgar un resultado de justicia dentro de un Estado constitucional se deberá acudir al segundo método.

Otro factor esencial del rol que debe cumplir el juez en un Estado constitucional es acerca de la democracia, concebir sus distintas tipologías, entre ellas: la democracia deliberativa que, es capaz de comprender que las normas jurídicas han sido producto de sendas deliberaciones entre ciudadanos iguales, libres y racionales al dar origen a valores morales imprescindibles para la sociedad; una democracia constitucional rígida a las pretensiones de reforma o enmienda y al control de las leyes en cuanto a principios; y, una democracia formal y sustancial que mantiene la vigencia y validez de valores morales. En cualquier caso, estas democracias tutelan principios.

La finalidad, es que si un funcionario o servidor público invoque el derecho al honor y un ciudadano invoque la libertad de expresión, el juez tenga insumos jurídicos suficientes (principios, ponderación, democracia y Estados constitucional) para resolver adecuadamente el conflicto de derechos y construir el concepto de juez democrático penal. Previo a ello determinará la materialidad y responsabilidad penal del tipo penal de honor.

Palabras clave: Juez, Estado constitucional, democracia, subsunción, ponderación, libertad de expresión, derecho de honor, juez democrático

Agradecimientos

Agradezco a Dios, por darme: fuerza, paciencia y resistencia, para soportar el camino que me ha tocado recorrer desde mi circunstancia familiar y laboral, en momentos desmayaba, pero, al mismo tiempo, recordaba que es preferible ir despacio e ir disfrutando cada victoria a si sea minúscula. Pero para mi, son gigantescas; sin esos fracasos no podría estar escribiendo estas palabras de agradecimiento. Esto me ha hecho aún más fuerte desde lo intelectual y/o espiritual y físico. A mis hijos, Josué y María, que son la inspiración diaria para avanzar hasta donde tenga fuerzas y voluntad de hacerlo, y de una u otra manera, poder dejar legado no perfecto, sino perfectible de acuerdo a sus sueños y sus propias aspiraciones. A Martha, mi esposa, la madre de mis hijos, que hemos aprendido a construir este hogar a pulso y constante trabajo diario, pues nos casamos jóvenes, ella más que yo, si se pudiera regresar en el tiempo, donde nadie apostaba que seríamos profesionales, más que nosotros mismos, podría decir ahora, cuando se cree en uno mismo todo se puede. A mis padres, que me dieron la vida y un amor incondicional y me enseñaron que el trabajo dignifica en cualquier lugar y tiempo, pese a que ellos tuvieron un grado de educación mínima, para su hijo, ¡dieron todo!

A mi tutor, por el apoyo en cada uno de los capítulos, a sus recomendaciones constantes, a veces rígidas, con el fin de que el producto académico esté a la altura de la Universidad Andina Simón Bolívar.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero: El juez democrático, frente al poder político y frente al poder ciudadano cuando está en pugna el honor y libertad de expresión.....	17
1. El juez.....	17
2. La democracia.....	20
2.1. Democracia formal.....	22
2.2. Democracia sustancial.....	24
2.3. Democracia deliberativa.....	25
2.4. Democracia constitucional.....	27
3. El juez en un Estado constitucional, de derechos y justicia	29
3.1. Estado constitucional	29
3.2. Estado de justicia	30
3.3. Estado de derechos	31
4. El método de interpretación constitucional.....	32
4.1. La Ponderación.....	32
4.2. La subsunción.....	34
4.3. Principios vs reglas	35
5. La proporcionalidad.....	38
5.1. La idoneidad, b) La necesidad y c) La proporcionalidad en estricto sentido.....	39
5.2. La fórmula de peso	40
6. La postura del juez democrático en el ámbito jurídico penal.....	41
7. Función del juez democrático penal.....	45
8. La ponderación según el artículo 32 del Código Orgánico Integral Penal.....	51
Capítulo Segundo: la libertad de expresión y el honor en el contexto internacional.....	55
1. La libertad de expresión	55
2. Definición y elementos de la libertad de expresión.....	58
3. Núcleo esencial.....	62
3.1. Restricciones y Límites a la libertad de expresión	65

3.2. Censura previa-limite a la libertad de expresión.....	69
3.3. Responsabilidad ulterior-limite a la libertad de expresión.....	72
4. Que ha dicho la Corte sobre las expresiones contra funcionarios públicos.....	74
4.1. La libertad de expresión como delito en el Código Orgánico Integral Penal.....	79
4.2. La libertad de expresión en la Constitución ecuatoriana	80
5. El honor.....	81
5.1. Núcleo esencial del honor.....	84
6. El derecho al honor en los instrumentos internacionales.....	86
6.1. El derecho al honor en la Constitución ecuatoriana.....	89
6.2. El derecho al honor en el Código Orgánico Integral Penal.....	91
6.3. Restricciones y límites del derecho al honor.....	93
7. Jurisprudencia de la Corte constitucional sobre el derecho al honor y libertad de expresión (sentencia No 282-13-JP/19, Caso No 282-13-JP).....	96
8. Razones jurídicas para que no se dé la criminalización de la libertad de expresión.....	100
9. El juez democrático penal debe aplicar estas sentencias en materia de libertad de expresión y derecho de honor.....	104
Capítulo Tercero: Análisis del caso Sebastián Cevallos y caso El Universo sobre libertad de expresión y honor	111
1. Justificación metodológica de los casos.....	111
2. Antecedentes de los casos.....	113
2.1. Caso uno, Sebastián Cevallos vs funcionaria pública (Paula Rodas prima de Carlos Marx Carrasco).....	114
2.2. Caso dos, Diario El Universo vs funcionario público (presidente de Ecuador Rafael Correa).....	114
3. Ineficaz la aplicación del método de subsunción en el caso Sebastián Cevallos.....	115
3.1. Eficaz aplicación del método de ponderación en el caso Sebastián Cevallos.....	118
4. La ineficaz aplicación del método de subsunción en el caso El Universo.....	121
4.1. La eficaz aplicación del método de ponderación en el caso El Universo.....	123
5. Previo a la aplicación de la fórmula de peso el juez debe determinar la materialidad y responsabilidad penal.....	127

6. La construcción del juez democrático.....	131
Conclusión.....	137
Bibliografía.....	139

Introducción

El juez desde la revolución francesa y desde la independencia de Estados Unidos de Norteamérica cumple un nuevo rol. En el Estado absoluto el monarca o rey disponía de la administración de justicia, en el Estado de derecho el juez era boca de la ley, y en el Estado constitucional (derechos y justicia) el límite y vínculo del poder judicial son la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. En esta última modalidad de Estado, el juez debe diferenciar normas y principios, para que pueda elegir un adecuado método de interpretación de principios. Y es en el principio de proporcionalidad en sentido estricto en donde opera el principio de ponderación, sin perjuicio a que la idoneidad y necesidad se materialice en la parte fáctica.

Además, el juez debe tener una concepción acerca de la democracia: una democracia deliberativa de los derechos o valores morales esenciales en una sociedad; una democracia constitucional capaz de defender aquellos valores y principios constitucionales a la hora de buscar una reforma o enmienda o desarrollar una ley; y, una democracia formal y sustancial que tutela principios. Entonces, el Estado constitucional, la democracia, reglas y principios y el método de ponderación se constituyen en filtros de argumentación jurídica del rol que debe cumplir el juez en un caso concreto.

Estos filtros construyen el concepto de “juez democrático” que no se aparta de la realidad, sino que parte precisamente de la casuística (un funcionario que invoca el derecho al honor y ciudadano que invoca el derecho a la libertad de expresión) para dar un resultado de justicia. En un sentido similar, Ferrajoli llama juez garantista y Ronald Dworkin llama juez hércules, al juez que protege los principios sobre las reglas cuando las reglas son ineficaces para alcanzar la justicia.

El primer Capítulo analiza la función que cumple el juez en la monarquía absoluta, donde carece independencia e imparcialidad, y el tránsito del juez funcionario o boca de la ley al juez en el Estado constitucional. Así, Ramiro Ávila describe el Estado constitucional, Estado de justicia y Estado de derechos: primero, constituye el contenido de la ley, el acceso y ejercicio y estructura de poder, segundo, las sentencias son el resultado de la justicia, y

tercero, el derecho es una creación anterior y superior al Estado. Estos conceptos buscan someter el Estado al derecho y la justicia como fin último.

De igual manera, se construye una concepción democrática del juez, se parte del concepto de democracia formal y material de Ferrajoli, la primera es el proceso que da vida a las normas y la segunda da validez en un sentido constitucional. Se sigue con la democracia deliberativa y constitucional, ambas conjugan, en tutelar valores morales o principios con diversos procedimientos. Es decir, se delibera y se constitucionaliza a los principios. Luego, se interpreta a los principios con el método de ponderación, en cuanto a las reglas con el método de subsunción. La Ley de ponderación se caracteriza en la intensidad que se hace de la intervención del derecho a través de la triada: leve, medio y grave, y se materializa por medio de la fórmula de peso. Se busca que el método de un resultado de justicia dentro del Estado constitucional y la democracia como medio.

También, la ponderación servirá como es refuerzo argumentativo previo a la determinación de la materialidad y la responsabilidad penal que encierra el tipo penal de injuria y el delito de calumnia. El juez deberá tener dos argumentos: uno, el estrictamente penal, el segundo, será el de ponderación respecto a la lesividad del bien jurídico, para eso, sacará el concepto de bien jurídico del elemento del tipo penal y el de lesividad de la antijuridicidad material que constan en la injuria y calumnia para llevarlos al campo del derecho constitucional para ser ponderados.

El segundo Capítulo se analiza el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor. Tanto en el primer como en el segundo se determina el contenido esencial y restricciones que establece la ley, se analiza la Constitución, sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los aportes de la Relatoría de la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, lo dicho por el Comité de derechos humanos de la Organización de Estados Americanos y la Organización de Naciones Unidas, la Declaración de principios de libertad de expresión, entre otras fuentes relacionadas. El contenido de los derechos de libertad y honor es la dignidad e igualdad al tener rango constitucional. La restricción es una facultad dirigida al legislativo que no debe distanciarse del contenido de derechos constitucionales. En este sentido, se tipifica el delito de calumnia (art. 489 Código Penal) e injuria (396 COIP) en procura de limitar la libertad de expresión. Estos tipos penales han sido usados de forma excesiva por parte de funcionarios públicos.

La Corte IDH al interpretar el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13 y 11), ha dicho expresamente que, sin libertad de expresión no hay democracia, este derecho tiene una dimensión individual y social, que permite a la información e ideas de interés público sean debatidas en un ambiente de tolerancia y pluralismo democrático. Criterios jurídicos que deben tomar en cuenta los Estados miembros al momento de tutelar el derecho al honor del funcionario, caso contrario, se vulnera la libertad de expresión. De ahí, la Corte mantiene una línea jurisprudencial acerca del principio de proporcionalidad (necesaria, idónea y proporcional en sentido estricto) en cuanto a su aplicación en abstracto y en concreto, sin que se constituya en censura previa acerca de la libertad de expresión. En la proporcionalidad en sentido estricto es donde opera la ponderación de derechos.

Del mismo modo la reciente sentencia de la Corte Constitucional (sentencia No. 282-13-JP/19, caso No. 282-13-JP) se constituye en precedente jurisprudencia obligatorio, si bien el objeto de la sentencia no es la ponderación entre honor y libertad de expresión, pero, se desarrolla algunos conceptos como: democracia en un sentido individual y social, la información de interés público o debate, protección reforzada, el estándar de la malicia real y reporte fiel, y la función de los medio de comunicación como vínculo social. Conceptos que guardan estrecha relación con la temática mi tesis.

También, se determina como el juez debe conocer en materia penal las sentencias más relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la libertad de expresión y derecho de honor, esto para argumentar específicamente los lineamientos que plantea la Corte en los casos de injuria y calumnia. Los parámetros a utilizarse como la ponderación a través del juicio de proporcionalidad. La finalidad es que el juez conozca y aplica la convencionalidad y bloque de constitucionalidad en estos casos específicos.

En el tercer Capítulo se aterriza la teoría de capítulos precedentes a la práctica. Se parte del *caso Sebastián Cevallos* y del *caso El Universo*: en el primero caso se sanciona a un ciudadano a quince días de privación de libertad y a una multa de \$15 dólares, con base en el tipo penal de injuria del artículo. 396 No 1 Código Orgánico Integral Penal, en el segundo caso, un editorialista del diario El Universo es sentenciado a tres años de libertad y a una reparación de \$ 40 millones de dólares, con base al tipo penal injuria calumniosa del

artículo 486 Código Penal. En ambos casos las expresiones se han dirigido a funcionarios públicos (Presidente de la República y Ministro Estado).

Se determina si con la ponderación de derechos se llega a un resultado diferente del otorgado por el juez al sustentar su sentencia en la subsunción del caso Sebastián Cevallos y el caso El Universo. Al materializarse la ponderación en principios y la subsunción en reglas. De este modo, se utiliza un método argumentación jurídica que sea eficaz e idóneo que vaya a proteger principios constitucionales si el caso es de aquellos que la doctrina llama difícil, o la aplicación de la subsunción si el caso es fácil. Se escoge el método que otorgue un resultado de justicia. Para ello, me valdré de la fórmula de peso (ponderación) acerca del honor y la libertad de expresión, en una interferencia leve, medio y grave del derecho, que puede ser en abstracto y concreto. Las variables de Estado constitucional, democracia y dignidad se lograrán determinar el peso de uno y de otro derecho.

Sin embargo, también se agrega a este capítulo, lo concerniente a que primero el juez penal debe conocer y aplicar la materialidad y responsabilidad penal respecto al delito de calumnia y la contravención de injuria. Posterior a ello, el juez aplicará la ponderación en sede constitucional. Con base al criterio de bien jurídico que consta como elemento del tipo penal (injuria y calumnia) y la antijuridicidad material se sacará la lesividad respecto al grado de lesión. Se lo ubicará en el ámbito de la dogmática constitucional para efectos de ponderación.

Y concluyo con la teoría del “juez democrático” que se construye a través de la democracia formal y material, la democracia deliberativa y constitucional dentro del Estado constitucional, al aplicar la ponderación en defensa de principios. Estas herramientas conceptuales en manos del “juez democrático” le va a permitir resolver el caso objeto de (el honor del funcionario público vs libertad de expresión del ciudadano) de tesis. Esto ha dado lugar a que se determinan algunas características mínimas que debe observar y aplicar el juez en su aspiración de ser democrático y no autoritario.

Capítulo primero

El juez democrático, frente al poder político y frente al poder ciudadano, cuando está en pugna el honor y la libertad de expresión

Este capítulo aborda la evolución que ha tenido el juez antes y después a la revolución francesa y norteamericana en el Estado absoluto, el Estado de derecho y Estado constitucional. El juez en cada uno de estos Estados cumple una función específica a la hora de resolver conflictos sociales y garantizar derechos, así, la teoría de los principios marca una diferencia dentro del Estado constitucional en relación a los Estados precedentes. Así, los principios se desarrollan de una mejor manera con el método de ponderación al existir una diferencia entre los principios y las reglas a la hora de alcanzar un resultado de justicia. Por otro lado, el juez debe tener una concepción clara sobre la democracia, así que, se parte de una democracia formal y material, una deliberativa y una constitucional que ayuda a formar la concepción democrática del juez. En definitiva, es un capítulo que parte desde el juez, el Estado constitucional, la democracia y la ponderación.

1. El Juez

El rol del juez depende mucho del modelo de Estado. En el Estado absoluto todas las funciones se encuentran concentradas en una sola persona que es el rey a diferencia del Estado moderno en donde el poder se divide. Concepto político y filosófico de división que no nace de la revolución francesa, sino de Aristóteles que en su obra *La política* establecía las partes esenciales del Estado: la asamblea general, cuerpo de magistrados y el cuerpo judicial.¹ Es una de las características del Estado de derecho separar al poder en ejecutivo, legislativo y judicial, y con un claro dominio del legislativo.²

¹ Vladimiro Naranjo Mesa, *Teoría Constitucional e Instituciones Públicas*, 8ª ed. (Bogotá, Editorial Temis S. A, 2000), 246.

² Elías Días, “Estado de derecho”, en *Enciclopedia Iberoamericana de filosofía. Filosofía Política II. Teoría del Estado*, ed. Elías Días y Alfonso Ruiz Miguel (Madrid: Consejo Superior de Investigación Científico y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004), 66.

La separación de poderes promulgada por Locke y Montesquieu desde un punto de vista jurídico y político que hace de la división de funciones el medio idóneo de evitar la interferencia³ entre ejecutivo, legislativo y judicial. El Estado de derecho logra dividir el ejercicio del poder Estatal, pero, funciona diferente en Inglaterra y Francia, se busca implantar el sistema político y jurídico inglés a los franceses. Esto marcará una diferencia cualitativa en la actuación de los jueces.

Así, en Inglaterra el rey nombra y destituye a su voluntad al juez. Esto cambia con la Constitución de 1215 en donde existían sentencias contrarias a la voluntad del rey. Se profundiza en el siglo XVII la idea de independencia judicial y el juez pasa hacer mediador entre el rey y otros poderes sociales y políticos, y deja de ser el delegado del monarca. Trajo como consecuencia que al finalizar el siglo se da un sistema judicial con abundante jueces legos y una reducida judicatura profesional, independiente y bien remunerada.⁴ Por ello, la función del juez inglés del siglo XVIII busca prestigio, independencia y buen sueldo que es propio del sistema del *Common Law* cuya fuente jurisprudencial es diferente al sistema romano-germánico.⁵

En cambio, la época medieval de Europa continental existían tres clases de jueces: jueces para asuntos locales, jueces eclesiásticos y los jueces-funcionarios; los dos últimos sometidos a una obediencia ciega por parte del rey.⁶ No obstante, el concepto de juez profesional o de élite no fue implantado por la Europa continental que gozaba de poco prestigio en relación a Inglaterra. Pero en el siglo XVII adquieren independencia ciertos tribunales superiores, como el *parlement* de Paris que de a poco fue en descenso. Se finaliza con la irrupción de la Ilustración en la que se opta por el juez funcionario sujeto a la voluntad del parlamento que mejor encaja en el positivismo que se generalizó en todo el continente a través del Código Napoleónico francés.⁷

La concepción de Estado de derecho impulsado por la ilustración cambia el rol del juez en Europa continental. El juez se transforma en juez funcionario que según Montesquieu

³ *Ibíd.*, 247.

⁴ Rosario Serra Cristóbal, *La libertad ideológica del juez* (Valencia, Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia, 2004), 15.

⁵ *Ibíd.*

⁶ Hernández Martín Valeriano, *La independencia del juez y la desorganización judicial*, (Madrid, Ministerio de justicia-Civitas, 1991), 41.

⁷ Serra, "La libertad ideológica del juez", 19.

considera al juez boca de la ley⁸ donde el poder de los jueces⁹ adquiere importancia en un sentido de obediencia a los preceptos o mandatos legislativos. Es decir, el juez es instrumento del parlamento acerca de discusiones políticas transformadas en leyes que no serán criticadas sino aplicadas por el juez. El legislador es el soberano y omnipotente y su interpretación es completa y correcta.¹⁰

Esta concepción de juez funcionario trajo consecuencias negativas a los ciudadanos. Los jueces fueron instrumento de ideologías perversas de mayorías legislativas que aprueban leyes que afectan la dignidad humana, al estar los jueces imposibilitados de desobedecer al parlamento. Esto provocó que se implantará un autoritarismo para luego avanzar hacia un totalitarismo ideológico como el fascismo de Mussolini en Italia y el nazismo de Hitler.¹¹ Latinoamérica no fue la excepción, se reprodujeron mecanismos de represión a ideas políticas, esto paso principalmente en el Cono Sur de América Latina.¹²

Con mucha razón se dice, “si el siglo XIX fue el siglo del legislativo y la primera parte del XX del ejecutivo, en la segunda parte del XX nos hemos situado en el poder judicial”.¹³ Poder judicial, que ha de entender su nueva función al aplicar e interpretar no solo reglas sino valores y principios constitucionales y en el nuevo Estado constitucional.

En contraste al juez boca de la ley, Ferrajoli determina que hay una esfera de derechos de carácter imperativo que no solo obliga al legislador sino al juez¹⁴. Es decir, el legislador al crear la norma jurídica y el juez al aplicarla ha de tutelar valores prescindibles para la existencia de la dignidad humana. Así, el activismo judicial, el rol de interpretación y aplicación constitucional de la ley legislativa, debe guarda armonía con la norma suprema.¹⁵

⁸ Ibíd.

⁹ Sala Sánchez P, “El gobierno del Poder Judicial” en *Constitución y Poder judicial. XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, ed. Francisco José Hernando Santiago (Madrid, Concejo General del Poder Judicial, 2003), 209.

¹⁰ Miguel Ángel Pareja Vallejo, “El poder judicial y las Comunidades Autónomas: Especial referencia a Andalucía”, (tesis doctoral, Universidad de Córdoba- España 2012-2013), pág. 23. <https://helvia.uco.es/bitstream/handle/10396/10512/2013000000778.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

¹¹ Pier Paolo Poggio, *Nacismo y revisionismo histórico*, Trád. Marta Malo de Molina Bodelón (Madrid, Editorial Akal S.A, 2006), 47.

¹² Perfecto Andrés Ibáñez, “El oficio de juez de hoy”, en *justicia penal, derechos y garantías*, (Lima: Editorial Temis, 2007), 19.

¹³ Serra, “La libertad ideológica del juez”, 24.

¹⁴ Ibíd.

¹⁵ Cristian Masapanta, “El juez Garantista: un nuevo rol de los actos judiciales en el constitucionalismo ecuatoriano”, en *Debate Constitucional*, ed. Luis Fernando Torres, (Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2010), 104.

El rol ideal del juez debería ser la tutela de principios constitucionales, en vez de una obediencia ciega al parlamento. Por ejemplo, en un caso concreto, que será expuesto en el capítulo final, el juez sigue siendo boca de la ley al utilizar un método que no protege principios sino reglas, al sancionar penalmente a una persona por expresar ideas u opiniones acerca de la función de un funcionario público:

[...] ser el autor y el responsable de la contravención penal, tipificada y sancionada en el Numeral 1, del Artículo 396, del Código Orgánico Integral Penal, esto es, por cuanto a través de la red twitter ha dado a conocer a la sociedad, que Paula Francisca Rodas Espinoza, ha ingresado al Instituto Nacional de Patrimonio Cultural, gracias a los favores de su tío político, en ese entonces ministro del trabajo Carlos Marx Carrasco [...].¹⁶

Esta postura del juez ha provocado: acciones civiles, penales y administrativas en contra de civiles, políticos y; periodistas autónomos o empleados de la prensa¹⁷ e incluso el entonces Presidente de la República ganó más de seis juicios.¹⁸ En este contexto, sea dado origen a que se utilice el tipo penal de honor para privar de libertad a ciudadanos u opositores críticos; así que, la única forma de declarar con lugar a las acciones(denuncia y querella) señaladas es a través del método de subsunción.

2. La democracia

La Real Academia de la Lengua Española expresa que democracia es la “Forma de gobierno en la que el poder político es ejercido por los ciudadanos o la soberanía radica en el pueblo que ejerce el poder directamente o por medio de sus representantes”.¹⁹ O, el gobierno del pueblo para el pueblo, o el valor de la participación en todas las decisiones que afectan a todos, bajo el principio político de que son legítimas todas las instituciones o

¹⁶ Ecuador, Juzgado M de la Unidad Judicial de Penal del cantón Cuenca, “sentencia”, en *juicio No: 01283-2015-04771*, 11 de diciembre del 2015,13.

¹⁷ Expreso, *El ciudadano Rafael Correa ha ganado seis juicios entre 2009 y 2016*, 7 de Septiembre del 2017. <https://www.expreso.ec/actualidad/rafael-correa-gana-juicios-ecuador-JX653092>. (consulta el 4 de agosto 2018).

¹⁸ “El ciudadano presidente de la república del Ecuador ha concurrido a la justicia penal y civil, reclamando el honor o daño moral, sea por injuria (calumnia), perjurio o falso testimonio. En ningún caso ha perdido un juicio desde que se encuentra en el ejercicio de sus funciones. La función del juez se ve debilitada”.*

*Expreso, “El ciudadano Rafael Correa ha ganado seis juicios entre 2009 y 2006”.

¹⁹ Diccionario de la Real Academia Española, “La democracia”, (consultado 5 de septiembre del 2018). <http://dle.rae.es/?id=C9NX1Wr>.

decisiones que hayan participado.²⁰ Entonces, la democracia es un instrumento ciudadano que al participar en los asuntos sociales se originan: instituciones u órganos que se legitiman al tutelar derechos y garantías que consta en la Constitución.

Esto ha generado que la democracia tenga un proceso histórico. La democracia directa es típica de ciudades-Estado antiguas y medievales y la democracia representativa es típica de Estados modernos.²¹ La democracia directa se caracteriza por funcionar en territorios pequeños, los que es factible que los ciudadanos tomen directamente las decisiones, en cambio, la democracia indirecta es la adecuada para un territorio extenso en que los ciudadanos se vean representados. Con la revolución francesa nace una visión moderna de la soberanía y la democracia representativa, ésta última había sido ocultada por más de dos milenios. En consecuencia, la democracia tiene una relación directa con el concepto de libertad.²²

A parte de las democracias expuestas se han desarrollado: la democracia liberal, la democracia procedimental, la democracia social o social democracia, la democracia deliberativa y la democracia constitucional. La Primera, busca que se respete las libertades individuales, la segunda, la defensa de los derechos sociales, la tercera, es un método para la toma de decisiones o para elegir a las personas, el cuarto, la deliberación racional es el motor en la toma de decisiones, y quinto, la democracia transformada en derechos que tiene una Constitución rígida y el control de las leyes.²³

Cada una de estas democracias tiene una función específica a la hora de participar y decidir, sin embargo, se profundizará en la democracia deliberativa y constitucional. Por ello, Roberto Gargarella expresa que el juez o los jueces en todos sus fallos sin excepción alguna, están vinculados con la democracia:

[...] A menudo los jueces no tienen opción: cualquiera sea su decisión estarán decidiendo algo acerca de la democracia-de manera implícita o explícita, voluntaria o involuntaria, con o sin reconocimiento [...] no se puede ser simplista ni superficiales, sobre todo cuando se reconoce el tremendo impacto que dicha elección tiene, para comprender, explicar u justificar sus decisiones.²⁴

²⁰ Mauro Barberis, *Democracia en Ética para juristas*, (Madrid, Trotta, 2008), 51.

²¹ *Ibíd.*, 52.

²² *Ibíd.*, 60.

²³ Barberis, “Democracia en Ética para juristas”, 1-19.

²⁴ Roberto Gargarella, “De la injusticia penal a la justicia social”, en *Colección de Derecho y Sociedad* (Bogotá. Siglo del Hombre-Universidad de Los Andes, 20008), 198.

Esto se complementa con lo dicho por Ramiro Ávila al citar a Ronald Dworkin, acerca de la democracia que tiene un sentido estadístico y comunitario: la primera, las decisiones son tomadas por mayoría de votos y no hay conciencia de grupo, la segunda, se identifica y mantiene unido al grupo y hay conciencia. Es decir, la democracia monolítica niega el valor del individuo del Estado, en cambio, la comunitaria reconoce y valora a todos los individuos y minorías.²⁵

De ahí, hay ciertas sentencias que deberían referirse a la democracia cuando causa un impacto relevante en la sociedad.²⁶ Por ejemplo: la prisión y la multa dictada en contra del diario El Universo y sus directivos²⁷ ha generado un temor razonado y fundado sobre el derecho de la libertad de expresión, cuando se critica al poder político existe el riesgo de ser privado de libertad.

Carlos Nino expresa que hay un matrimonio entre democracia y Constitución.²⁸ El primero, es un instrumento de participación, en cambio, en el segundo se plasman los derechos y garantías dentro del Estado constitucional. Sin embargo, no hay que olvidar que “la democracia es una práctica social [...] que crean instituciones que se encuentran orientadas hacia un cierto fin o valor,²⁹ que se vienen dando desde el siglo v a.C en Atenas con su máximo exponente, Pericles.³⁰

En resumen: la democracia ha tenido un cambio conceptual político y jurídico en el devenir del tiempo, que es retomada en la ilustración hasta la presente fecha, sin perjuicio que sea un concepto acabado o definitivo siempre se estar puliendo.

2.1. Democracia formal

²⁵ Ramiro Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo* (Quito, UASB, 2013), 80.

²⁶ Gargarella, *De la injusticia penal a la justicia social*, 198.

²⁷ El Universo, “Manifiesto por la libertad de expresión en el Ecuador”, 25 de febrero 2012, (consulta 5 de septiembre 2018). <https://www.eluniverso.com/2012/02/25/1/1355/manifiesto-libertad-expresion-ecuador.html>.

²⁸ Carlos Santiago Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, 1ª ed. (Barcelona: Gedisa, 1997), 13.

²⁹ Nino, “La constitución de la democracia deliberativa”, 24.

³⁰ *Ibíd.*,

Se ha dicho que la democracia es el mecanismo que utiliza el ciudadano para alcanzar los derechos y garantías y crear determinados organismos e instituciones que consta en una Constitución. Por ello, Ferrajoli clasifica a la democracia en formal y sustancial, esto ayudará a determinar la tutela de derechos y garantías.

En este contexto Ferrajoli expresa, “la dimensión formal de la "democracia política", que hace referencia al *quién* y al *cómo* de las decisiones y que se haya garantizada por las normas formales que disciplinan las *formas* de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de la mayoría; [...]”.³¹ Esto es que las mayorías parlamentarias al momento de crear la normas jurídicas ha de respetar el procedimiento ordinario que deben seguir para otórgale vigencia a la norma. Es decir, la norma surge de discusiones políticas al interior del organismo legislativo, que es una de las formas de expresar la voluntad general de las mayorías, previo proceso democrático a través del voto, universal y secreto.

Pero las normas jurídicas no solo deben respetar el procedimiento, sino que además, no deben violar derechos fundamentales, y, una forma de no hacerlo, es entender que existe una esfera de la cual no pueden disponer ninguna mayoría al desarrollar el derecho.³² Esto ha desarrollado un límite y un vínculo, en un aspecto negativo (derecho de libertad) y en un aspecto positivo (derechos sociales), que vienen a constituir en una observancia no solo al legislador sino al juzgador.

De ahí, “la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional-garantista la validez ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley [...]”.³³ Significa que en principio el juez debe observar la forma de creación de la norma jurídica, luego interesarse en el contenido de una esfera indecible que no puede disponer ninguna mayoría. A este razonamiento se llega si se desencanta del clásico positivismo jurídico. Debe observar que la ley sea válida y respete el contenido de la Constitución.

En tal sentido, la legitimidad del juez no viene de la ley como expresión de la voluntad social del proceso de democracia formal o política, sino que el juzgador se legitima al

³¹ Luigi Ferrajoli, “El derecho como sistemas de garantías” Nuevo Foro Penal, No 60 (1999): 66. <file:///C:/Users/USER/Downloads/3896-1-15137-1-10-20161026.pdf>.

³² *Ibíd.*, 67.

³³ *Ibíd.*, 68.

proteger el contenido de los derechos fundamentales.³⁴ Así las cosas, el honor y la libertad de expresión son derechos que tienen rango constitucional y forman parte de los derechos de libertad, el legislador al restringir el contenido de estos derechos no debe violar la esfera de lo indecible en el ámbito negativo y positivo que son límites y vínculos de abstención y protección. El juez, asimismo, debe utilizar un método de interpretación jurídica que defienda la forma y el contenido del derecho.

2.2. Democracia sustancial

Ferrajoli expresa que la democracia formal es la concepción *paleopositivista*, en donde importa solo la vigencia de las normas que son productos de mayorías parlamentarias, sin tomar en consideración el contenido de la norma constitucional. Una función diferente cumple la democracia sustancial en la defensa de los derechos fundamentales.

Ferrajoli manifiesta:

[...] la dimensión material de la que bien podría llamarse "democracia sustancial", puesto que se refiere al *qué* es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizada por las normas sustanciales que regulan la *sustancia* o el *significado* de las mismas decisiones, vinculándolas, so pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos por aquella.³⁵

La democracia sustancial establece el rol que debe cumplir el legislador al crear la ley y el rol del juez al solucionar el conflicto social. El primero determina que la norma jurídica guarde armonía con el contenido de derechos constitucionales y no viole la esfera de lo indecible. El segundo, el poder judicial le corresponde observar que el método sea suficiente y necesario, sino lo es, debe concurrir a otro método que le permita garantizar la forma y el contenido. Así, la democracia sustancial tiene plena vinculación con el método que tutela valores morales o principios constitucionales.

Se desprende que la democracia sustancial expuesta por Ferrajoli busca que se respete valores y principios constitucionales al desarrollar la norma. De ahí, la democracia formal es

³⁴ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. 3ª ed. (Madrid, Editorial Trotta, 2002), 27.

³⁵ Ferrajoli, "El derecho como un sistema de garantáis", 66-7.

el procedimiento político que da origen a la vigencia de la ley, en cambio, la democracia sustancial otorga validez a la ley con relación a la Constitución. Esto permite buscar un método que defienda la vigencia y validez de la ley en cuanto a valores o derechos constitucionales. Un valor, por ejemplo es el honor y la libertad de expresión que necesitan ser tutelados bajo estas formas de democracias que quedan expuestas.³⁶

2.3. Democracia deliberativa

El primero en usar la frase democracia deliberativa fue Joseph Bessette en 1980, e introduce al debate académico norteamericano, antes empleo el término Pierre Aubenque con base en la visión del mundo griego clásico.³⁷ Así nace una nueva concepción de democracia, la deliberativa, bajo la cultura americana y teorías de interés público desarrolladas por Carlos Nino y Jürgen Habermas. Este último es quien lleva a la democracia deliberativa a un enfoque comunicacional y a una ética discursiva en el ámbito político y público.³⁸

Democracia deliberativa que se ha definido:

[...] los deliberativistas argumentan que las decisiones solo pueden ser legítimas si se derivan de una deliberación pública en la que haya participación de la ciudadanía. En esto consistiría precisamente el núcleo normativo de la democracia deliberativa: “la elección política, para ser legítima, debe ser el resultado de una *deliberación acerca de los fines entre agentes libres, iguales y racionales*” (Elster 1998, 18).³⁹ (Cursiva mía)

La deliberación de los ciudadanos deben ser libres, iguales y racionales: el primero, es una libertad capaz de ser elegido y elegir a sus representantes; el segundo, oportunidades fácticas y jurídicas en igualdad; y, tercero, se defiendan valores morales racionales. Es decir, una deliberación de “[...] las decisiones políticas legítimas y, por tanto, vinculantes tan solo en la medida de que sean resultado de procesos deliberativos colectivos en los que hayan participado todos aquellos a quien van dirigidas”.⁴⁰

³⁶ Ibid.

³⁷ Juan Carlos Velasco, “Democracia y deliberación pública” en confluencia siglo XXI, Revista de pensamiento político No 6 (2009): 74. <http://digital.csic.es/bitstream/10261/23050/1/Democracia%20y%20deliberaci%C3%B3n%20p%C3%BAblica%20-%20CONFLUENCIA%20XXI%206%202009.pdf>.

³⁸ Ibid.

³⁹ Velasco, “Democracia y deliberación pública”, 76.

⁴⁰ Ibid.

Y, en esta misma línea se dice:

La idea central de la democracia deliberativa es que las decisiones políticas sólo son legítimas cuando son el resultado de una amplia deliberación democrática que implica, por una parte, la participación de todos los potenciales afectados y, por otra, la posibilidad de presentar, discutir y aceptar o rebatir los argumentos que cada uno pueda presentar en favor y en contra de las diferentes alternativas de decisión.⁴¹

Solo cuando hay participación argumentativa y racional de los directamente afectados sobre la decisión es cuando existe una real democracia deliberativa. Deliberación que tiene dos áreas: una institucional, donde los órganos representativos y los procedimientos de toma de decisiones sean más democráticos y deliberativos y puedan crear nuevos espacios o mecanismos de participación; otra, no institucional, donde todos participan, como: medios comunicación, iglesia y más.⁴²

Carlos Santiago Nino expresa, “[...] sugerí que la democracia deliberativa es el mejor procedimiento para entender y lograr la real vigencia de los derechos individuales [...]”.⁴³ Tales derechos, son producto de intensas deliberaciones, en donde predomina la razón y la igualdad de hombres y mujeres que toman decisiones legítimas, al haber participado las personas afectadas. Y, uno de esos derechos es precisamente la libertad de expresión y de igual manera el derecho al honor.

Y recalca Nino, “desde mi punto de vista el valor de la democracia reside en su naturaleza epistémica con respecto a la moralidad social [...] la democracia es el procedimiento más confiable para poder acceder al conocimiento de los principios morales”.⁴⁴ Para acceder al conocimiento de valores aceptados socialmente y deliberados de forma racional e igual, se lo hace a través de medios democráticos, en donde el constituyente plasma los principios que luego serán restringidos sin alterar la esfera de lo no decidible. Así, el juez debe tutelar dos principios que se encuentran relacionados como es el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor que se constituyen principios o valores morales predeterminados por la sociedad.

⁴¹ José Luis Martí, *Alguna precisión sobre las nuevas tecnologías y la democracia deliberativa y participativa*, *Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 6. UOC. (2008): 7 <http://www.uoc.edu/idp/6/dt/esp/marti.pdf>.

⁴² *Ibíd.*

⁴³ Nino, “La constitución de la democracia deliberativa”, 259.

⁴⁴ Nino, “La constitución de la democracia deliberativa”, 154.

La democracia deliberativa tiene algunas aristas o concepciones. En expresión de Elena Rodríguez al citar Jürgen Habermas, “la acción comunicativa se basa en un proceso cooperativo de interpretación en que los participantes se refieren simultáneamente a algo en el mundo objetivo, en el mundo social y en el mundo subjetivo aun cuando en su manifestación subrayen temáticamente uno de estos tres componentes”.⁴⁵ Es decir, el mundo objetivo, es posible un enunciado verdadero, en el social, las relaciones interpersonales legítimas, y subjetivo, es la percepción que tiene el sujeto de la realidad. La comunicación dirige la deliberación.

En cambio, Adela Cortina manifiesta, “Una democracia radical o participativa no puede consistir en ampliación de los mecanismos existentes en política, en una politización de la vida pública, sino en una participación significativa de la ciudadanía también en la esfera de la sociedad civil”.⁴⁶ Es decir, deben participar no solo políticos por medio de sus partidos, sino representantes de la sociedad civil, iglesia, trabajadores, pueblos y nacionalidades indígenas, entre otras personas que se crean que sus derechos puedan ser vulnerados.

Se ha llegado a un conceso doctrinario sobre la concepción de la democracia deliberativa, se dice, “la toma colectiva de decisiones con la participación de todos los que han de ser afectados por la decisión o sus representantes: esta es la parte democrática [...] la toma de decisiones por medio de argumentos ofrecidos *por y para* los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad: esta es la parte deliberativa”.⁴⁷

2.4. La democracia constitucional

Estas democracias deben aterrizar en una norma jurídica constitucional que sea capaz de tutelar los derechos o valores morales. En consecuencia, la Constitución racional

⁴⁵ Milagro Elena Rodríguez, “Perspectivas de la educación desde la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas”, Investigadora de posdoctoral de la Universidad de Oriente, Departamento de Matemáticas de la República Bolivariana de Venezuela, [file:///C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-PerspectivasDeLaEducacionDesdeLaTeoriaDeLaAccionCo-4713685%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-PerspectivasDeLaEducacionDesdeLaTeoriaDeLaAccionCo-4713685%20(2).pdf). 51.

⁴⁶ Adela Cortina, “Democracia deliberativa”, en *Ética, Ciudadanía y Democracia*, ed. por José Rubio Carracedo, Ana María Salmerón y Manuel Toscano Méndez, (Málaga, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Málaga, 2007), 156.

⁴⁷ Jon Elster, “La democracia deliberativa”, 21.

normativa⁴⁸ garantiza los derechos individuales y divide el ejercicio del poder público. Es así, en cambio, que la democracia constitucional muestra algunas aristas conceptuales diferentes a las anteriores, pero que en realidad las fusiona para alcanzar la justicia a través de los principios.

Se parte que, “La democracia constitucional es la doctrina que define a la democracia en términos de derechos: derechos de libertad, políticos, sociales, [...] coincide con el Estado constitucional caracterizado por la rigidez de la constitución y el control de legitimidad constitucional de la leyes”.⁴⁹ Esto significa, primero, que a través de la democracia se tutelan derechos, segundo, se establece una rigidez procesal y sustantiva a la reforma o enmienda de la Constitución, y, tercero, se controla actividad legislativa que sea conforme la Constitución.

Así, Ronald Dworkin expresa que derechos y democracia no podrían chocar al derivar de un valor fundamental llamado igualdad⁵⁰ en cuanto al control constitucional como parte esencial de la democracia que recae en los jueces. En otras palabras, una igualdad que se hace por medio de la política (participación) y de principios (derechos) en donde mejor se tutela es en las Cortes que el Parlamento, al ser las Cortes la cuna de las discusiones de los principios.

Lo que explica Dworkin es que no hay cabida a una concepción antidemocrática a la actividad jurisdiccional de los jueces al momento de proteger los principios de posibles desmanes que puedan darse en el parlamento. En esta línea argumentativa, se dice, que la institución se justificaría sobre bases democráticas y sirva de límite para garantizar las precondiciones de la democracia como es el derecho a la libertad de expresión.⁵¹

Así, se define a la democracia como principios, valores o derechos como la libertad y la igualdad.⁵² En consecuencia, quien mejor que los jueces para que redefinan a los principios cuando estos han sido definidos de forma inadecuada por el Parlamento. De ahí que, la democracia constitucional se encamine a defender los principios o valores constitucionales que en un momento pueda el legislador lesionar o desconocer al crear, derogar o expedir una norma jurídica. La crítica antimayoritaria no procede.

⁴⁸ Manuel García Pelayo, “Constitución y Derecho Constitucional”, en *Escritos Políticos Sociales*, (Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1989), 30.

⁴⁹ Barberis, “Democracia en Ética para juristas”, 81.

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ *Ibíd.*, 83.

⁵² *Ibíd.*

3. El juez en un Estado constitucional, de derechos y justicia

Es a partir de la Constitución del año 2008 que se empieza hablar de un Estado constitucional, de derechos y justicia, es un nuevo concepto jurídico acerca de los derechos, las garantías y los principios, es decir, la función que cumple la parte dogmática en relación a la parte orgánica del Estado. En este contexto adquiere suma importancia el rol que debe cumplir el juez al momento de proteger los derechos individuales y sociales frente al poder público. Y la forma de identificar si la actuación del juez se ha dado dentro del Estado constitucional es por medio de sus sentencias.

3.1. Estado constitucional

Antes de tomar forma el Estado constitucional de derechos y justicia le precede el Estado absoluto y el Estado de derecho⁵³ que se diferencia: el primero no tiene límites ni control a su gestión, al ser el monarca quien concentra todo el poder legislativo y judicial, el segundo, el poder radica en el parlamento y sus leyes se constituyen en una verdad absoluta no criticable y su método argumentativo es la subsunción.

En el Estado absoluto la democracia es nula, más bien se retoma con el Estado de derecho en una idea de representación expuesta por la ilustración, pese a que, está idea de democracia había sido ocultada durante dos mil años desde los tiempos de Grecia, por ello toma lo utópico de Atenas y tomar lo posible de Roma en cuanto a la democracia.⁵⁴ En ese contexto se construye al Estado de derecho y se transforma al juez en un mero aplicador de la ley, algo que no comparte Dworkin, no puede ser solo un mero aplicador de la ley, sino debe ser un juez Hércules con una capacidad de hacer compatible la ley con los principios de la Constitución e instrumentos de derechos humanos al amparo de la justicia.⁵⁵ Incluso, puede apartarse de la ley si la misma es injusta o contraria a la dignidad.

⁵³ Ramiro Ávila Santamaría, “*Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia*” en La constitución del 2008 en el contexto andino, ed. Ramiro Ávila, (Quito-Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010), 20.

⁵⁴ Mariano Grondona, “Historia de la democracia”, Universidad del CEMA Departamento de Ciencias Políticas, Trabajo No 175 (2010): 14.

⁵⁵ Masapanta, “El juez garantista”, 105.

Una vez superado el Estado absoluto y Estado de derecho, Ramiro Ávila define al Estado constitucional:

El Estado constitucional: la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica, y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia, que a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determinan los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos; *procedimental porque se establecen mecanismos de participación* que procuraran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas. En suma, en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derecho como fin y *democracia como medio* [...]. Los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos. Límites porque ningún poder lo puede violentar, aún si provengan de mayorías parlamentarias.⁵⁶ (Cursiva mía)

El Estado constitucional pone como límite el ejercicio del poder público en la defensa de los derechos humanos, y es vínculo, cuando deba promover los derechos constitucionales. Es decir, de la Constitución se desprenda una parte: material, orgánica y procedimental. Cada categoría cumple una función específica que va desde lo dogmático hasta lo orgánico que se da a través de un procedimiento democrático. El contenido material es límite al poder público (orgánica) y debe abstenerse de violar los derechos, en cambio, el vínculo se constituye en una obligación de promover los derechos.

3.2. Estado de justicia

Ramiro Ávila expresa, “Por la justicia, las personas pueden juzgar un sistema jurídico y político, pero no pueden imponer sus valoraciones. Por el derecho, en cambio, los juristas y jueces deben abstenerse de hacer valoraciones de justicia y deben describir el derecho, los primeros, y aplicarlo, los segundos”.⁵⁷ Esto significa considerar a la justicia fuera o externa del derecho, un criterio que es acogido por la mayoría del positivismo jurídico que prohíbe la valoración de justicia en la norma jurídica.

En cambio, el ideal de justicia que Ramiro Ávila maneja, al citar a Carlos Nino, es que la norma tienen tres elementos:⁵⁸ Uno de principios, dos enunciados lingüísticos y tres

⁵⁶ Ávila, “Ecuador en un Estado constitucional de derechos y justicia”, 20.

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ *Ibíd.*, 24.

valoraciones de justicia. Cada uno de estos elementos se relaciona entre sí y da como resultado la aplicación de un derecho justo. Es decir, el juez valora principios constitucionales que tutela la norma, y luego, determinará que la regla mantenga armonía con el principio o derecho, y concluye aplicando el derecho a un resultado de justicia.

Un ejemplo: las acciones de honor realizadas por funcionarios públicos en contra de expresiones de ciudadanos. Tal como es el caso: El Universo, y el caso Sebastián Cevallos. En estas sentencias el juez resuelve solo aplicar la regla jurídica sin hacer mención a los principios. Como se verá en lo posterior los principios se relacionan adecuadamente a través de un método que más se ajuste al resultado de justicia.

En el Estado de justicia se exige al legislador y juzgador observar la diferencia que hay entre vigencia y validez de las normas jurídicas. La vigencia significa el procedimiento formal que sigue la norma para su creación, en cambio, la validez consiste en el contenido de la norma.⁵⁹ En otras palabras, para que una norma jurídica sea vigente y tenga validez, es necesario que guarde conformidad con los principios o derechos constitucionales.

El Estado de justicia se aparta parcialmente del positivismo jurídico en donde se toma en consideración de forma exclusiva a la regla, y, pasa a principios constitucionales que mejor se acerca al postulado de justicia. Así, la regla se relaciona con la vigencia de la norma, y la validez con los principios, esto significa, el juez en principio aplicará la regla si es suficiente al resultado de la justicia, sino lo es, recurrirá a los principios en aras de que la resolución judicial se ajuste a los parámetros de justicia.

3.3. Estado de derechos

Según “la evolución histórica, en relación al Derecho, tendríamos tres modelos: el Estado sobre el derecho (Estado absoluto), el Estado de Derecho y Estado de derechos [...]”.⁶⁰ Esto significa, que el primero el derecho se somete al poder, en el segundo, el poder se somete al derecho en dos formas: una el derecho es ley, y la otra, estricta legalidad, y tercero, todo poder en el ámbito público o privado se somete a los derechos.⁶¹ Esto denota

⁵⁹ Ibid., 26.

⁶⁰ Ibid., 28-9

⁶¹ Ibid.

una dinámica del Estado en relación al derecho hasta llegar a un nuevo enfoque conceptual que expresa nuestra Constitución y describe Ramiro a plenitud.

En esta dirección, “el Estado de derechos, los derechos, que son creaciones y reivindicaciones históricas anteriores y superiores al estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente; en este último caso, diríamos que la parte dogmática tiene una relación de importancia superior a la orgánica [...]”.⁶² La diferencia con el Estado absoluto, Estado legislativo de derecho y Estado constitucional de derecho radica en que el Estado de derechos da relevancia a la parte dogmática, al punto que limita la violación de los derechos al constituyente.

El Estado de derechos se relaciona con la pluralidad jurídica y los derechos en la Constitución. Los derechos o principios morales constituyen la parte esencial de un Estado constitucional en contraposición del Estado legalista en donde predomina la regla en vez de los principios. La fuente de derecho no solo es el precedente nacional sino las sentencias de la Corte IDH y más. Y, el derecho o principios muy bien pueden venir de la cultura y tradición indígena, que aporta al sistema occidental el desarrollo de instituciones jurídicas, y eso hace que existan dos sistemas jurídicos vigentes, cada uno con sus particularidades y límites impuestos por la Constitución.⁶³

4. El método de interpretación constitucional

Hay una diferencia entre el método clásico (literal, histórico, teleológico) de interpretación de la ley y el método de interpretación de los principios. Esto ha generado problemas en cuanto a su resultado. Por ejemplo, al interpretar las reglas se daban sentencias con una clara injusticia de derechos, en cambio, con los principios se puede ampliar el contenido de los derechos tanto de forma fáctica y jurídica. Frente a esto, es el método de ponderación que mejor guarda compatibilidad con los principios constitucionales a la hora de ser interpretados.

4.1. La Ponderación

⁶² Ávila, “Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia”, 29.

⁶³ *Ibíd.*, 30-5

La ponderación es un método de interpretación jurídica que permite al juzgador valorar la función que cumple los principios en la norma jurídica constitucional en relación a las normas infraconstitucionales, es un avance del razonamiento jurídico en aras de otorgar un resultado de justicia. Muchos doctrinarios han escrito sobre la ponderación, pero quizás Robert Alexy es el que mejor la ha explicado. De la forma como se presentan las cosas de

Así, Robert Alexy determina los parámetros de la ponderación:

Hay tres problemas básicos: el de la estructura, el de la racionalidad y el de la legitimidad. Entre estos problemas existen vínculos estrechos. La legitimidad de la ponderación en el derecho depende de su racionalidad. Cuanto más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones. Ahora bien, la estructura de la ponderación es decisiva para su racionalidad.⁶⁴

Cuando más racional es la argumentación mayor grado de legitimidad irradia en la aplicación del derecho, si ocurre lo contrario se desvanece la legitimidad y la ponderación se vuelve ineficaz y arbitraria y pone en riesgo la justicia. De ahí, los derechos que se encuentran en disputa o colisión deben pasar por la estructura de razonabilidad y legitimidad a la hora de tutelar el derecho en una norma jurídica constitucional.

En la misma línea, Carlos Bernal Pulido expresa que la ponderación es una estructura no absoluta sino condicionada entre los principios a la luz de las circunstancias del caso y darle sentido a la decisión judicial.⁶⁵ Principios que se convierten en eje regulador de la aplicación del derecho en relación a la valoración que se hace de (principio) éste con la ley. En consecuencia, la ponderación se constituye en el método de excelencia que ayudan a que los principios friccionados puedan garantizar los derechos fundamentales.⁶⁶

La ponderación es el método que otorga luz racional al juzgador a la hora de aplicar principios, y no quedar atascado en el silogismo si el resultado es adverso con el Estado constitucional. En otras palabras, la ponderación se perfecciona en casos prácticos, donde las reglas son importantes, pero aún más los principios si la regla es insuficiente al resultado de justicia. Ejemplo de injusticia: el caso Sebastián Cevallos y el caso Universo donde la libertad

⁶⁴ Robert Alexy, “La fórmula de peso”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, ed. Miguel Carbonell, 1ª ed. (Quito: Ministerio de justicia y derechos humanos, 2008), 14.

⁶⁵ Carlos Bernal Pulido, “La racionalidad de la ponderación”, 54.

⁶⁶ *Ibíd.*, 44.

de expresión de un ciudadano y el honor del poder político se friccionan, el juez se inclina a favor del honor.

Un criterio jurídico similar expresa Luis Prieto Sanchís, al considerar que la solución de conflictos entre principios se llama ponderación, razonamiento, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad.⁶⁷ Es decir, cuando se pondera se refiere a que los principios en fricción se les otorgará un grado alto de razonabilidad y proporcionalidad, para evitar la arbitrariedad en la aplicación del derecho. Un ejemplo: el conflicto entre honor y libertad de expresión siempre debe ponderarse y no solo aplicar la regla.

4.2. La subsunción

La subsunción parte de uno de los postulados que plantea el positivismo jurídico que a escala internacional fueron expuestos: Kelsen, Ross, Hart y Bobbio. Este último la enfoca en tres sentidos: una, un enfoque o modo acercarse al estudio del derecho, dos, como teoría del derecho, y tres, como ideología.⁶⁸ La primera, la delimitación como objeto de investigación y no como técnica o instrumento, el jurista debe ocuparse del Derecho que es y no del deber ser del Derecho, tercero, se otorga un valor positivo, por el solo hecho de ser positivo es justo y además, el derecho vive por sí mismo sin necesidad de valores morales de sus reglas para fines de orden o justicia.

Segundo, como Teoría del derecho, Bobbio hace una especie de subclasificación que establece, “[...] con respecto al método de la ciencia jurídica y de la interpretación, la consideración de la actividad de jurista o del juez como actividad esencialmente lógica [...]”.⁶⁹ Esto significa que el pilar fundamental en donde se asienta el positivismo jurídico se relaciona con el método que utiliza para aplicar el derecho como es el lógico deductivo (subsume el hecho a la norma con base en premisas).

La doctrina llama al positivismo jurídico teoría mecanicista al aplicar un sistema interpretativo de subsunción.⁷⁰ Y se forma psíquica y mental al juez hasta convertirlo en un

⁶⁷ Prieto, “El juicio de ponderación constitucional”, 99.

⁶⁸ Manuel Atienza y Juan Ruiz Moreno, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Insonomía* 27, n. (2007): 10-11 <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n27/n27a1.pdf>.

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ Luis Prieto Sanchís, *Derecho Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación jurídica*, 1ª ed. (Perú, Palestra Editores S.A.C, 2002), 172.

mero aplicador de la norma jurídica a través del silogismo jurídico que encuentra su apogeo máximo en el Estado legislativo. Así, poco o nada le interesa si la norma es justa o injusta o si su resultado judicial viola algún principio o derecho constitucional. El positivismo jurídico transforma al juez en boca de la ley.

Tiene un vínculo histórico a partir del siglo XIX y a mediados del siglo XX, en donde la aplicación del derecho es producto de una operación lógica o teoría de subsunción.⁷¹ El método subsunción se hace a través del silogismo jurídico que consiste: premisa mayor, premisa menor y conclusión, que se concatenan de forma sistemática en la aplicación estricta de la ley o regla jurídica, sin dar espacio a que se haga valoraciones de justicia o de principios. Bajo esta operación lógica deductiva el juez subsume la conducta a la norma jurídica.⁷²

Frente a esto: Manuel Atienza describe dos posturas de Dworkin: una, que el derecho se construye no solo por reglas sino por principios, que al no pertenecer al derecho es parte de valores morales, no distingue entre derecho y moral. Dos, el derecho no es exclusivo de normas sino la actividad genera los fines y valores, la teoría del derecho es normativo y no descriptivo.⁷³ Por ello el derecho no queda relegado a reglas jurídicas, sino que avanza a principios, e inclusive puede crear el derecho si es necesario para tutelar valores morales.

En una línea similar, Christian Masapanta al citar Dworkin manifiesta que hay que pasar del juez mecánico a un juez Hércules capaz de aplicar el derecho como todo integrado.⁷⁴ En otras palabras, el juez mecanizado es sustituido por el juez hércules, quien considera al derecho no solo reglas, sino también principios, es la forma de integrar el derecho desde un positivismo jurídico hasta la protección de valores morales. Es decir, la integración consiste en materializar reglas (subsunción) y principios (ponderación) en busca de un resultado de justicia.

4.3. Principios vs reglas

⁷¹ Omar, Vázquez, Sánchez, *De lo que la teoría argumentativa jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica*, Revista Telemática de la filosofía del derecho, No 12 (2009): 105.

⁷² *Ibíd.*

⁷³ Manuel Atienza, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”. 13.

⁷⁴ Masapanta, “Juez Garantista, un nuevo rol de los actos judiciales en el constitucionalismo ecuatoriano”, 105.

Manifiesta Robert Alexy que las normas se dividen en principios y reglas y que su diferencia no es gradual sino cualitativa.⁷⁵ Esta división de las normas jurídicas va a permitir al legislador diferenciar que el desarrollo de las reglas debe respetar a los principios constitucionales para que las normas sean vigentes y válidas; en cambio, el juzgador al interpretar las normas sabrá que están compuestas de reglas y principios, y que de eso dependerá la aplicación del método. De ahí que, se parte de la subsunción (regla) y se avanza hacia la ponderación (principio) cuando la primera es insuficiente cualitativamente.

De esta manera las reglas son normas jurídicas que regulan algo definitivamente y son mandatos definitivos o condicionados que puede tener algo categórico de prohibición.⁷⁶ Así, las reglas están orientadas hacer cumplidas o ser incumplidas, paga o no paga la deuda, respeta o no las normas de tránsito y más. Pero, pueden ser categóricas al prohibir al sujeto realizar ciertos actos, como: impedirle al policía o militar realizar lesiones o torturas al detenido o ejecutarlo extrajudicialmente, sin un debido proceso.

A diferencia de las reglas, los principios son normas que ordenan que se haga algo en la mayor medida de las posibilidades jurídicas y fácticas, los principios vienen a constituir en mandatos de optimización.⁷⁷ Lo contrario a las reglas, aquí el principio puede ser elástico en la medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, ya que lo jurídico se hace con base a los principios friccionados a través de la ponderación, en cambio, lo fáctico se considera la necesidad o idoneidad de la medida y el fin. Se aplica el principio de proporcionalidad.

Hart manifiesta que los tres cimientos que encierra a las reglas en el positivismo. Uno, el derecho es el conjunto de reglas que se identifica con única regla de reconocimiento, dos, si la regla de reconocimiento no es clara los jueces tienden a las discrecionalidad, y tres, los derechos y obligaciones solo derivan de reglas jurídicas al ser las reglas válidas de reconocimiento.⁷⁸ El primero, solo las reglas que han sido reconocidos como válidas son las que hacen parte del derecho y no otras, puede estar en una ley o en la Constitución que siguen siendo reglas jurídicas. El segundo, el derecho o su contenido se agota en las reglas y los jueces no podrían aplicar o interpretar algo que este fuera del derecho reglado sería

⁷⁵ Alexy, “La fórmula de peso”, 15.

⁷⁶ *Ibíd.*, 14.

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ Hart y Dworkin, “La decisión judicial”, en *Estudio preliminar de Cesar Rodríguez*, (Bogotá, Siglo de Hombres Editores: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997), 36.

discrecionalidad o arbitrario. Tercero, solo las reglas jurídicas reconocidas y válidas se deben aplicar al caso concreto y no otras.

Al contrario, Dworkin critica esta postura. Primero, él critica que las normas jurídicas sean solo reglas, sino que en el ámbito legislativo o práctica hay principios que se puede aplicar a casos fáciles o difíciles. Segundo, que en los casos difíciles deben los juzgadores aplicar los principios jurídicos, ya que no hay ninguna discrecionalidad. Tercero, aunque no hayan reglas aplicables al caso concreto el juez debe aplicar los principios para sustentar racionalmente la sentencia.⁷⁹ Esto es que en la norma jurídica hay reglas y principios, y si no hay reglas, se creará una para aplicar el principio, así el caso sea fácil o difícil.

Entre Hart y Dworkin hay una divergencia conceptual: el primero, expresa que las reglas jurídicas son normas identificables mediante una regla de reconocimiento, el segundo, la prohibición de no fumar en el aula de clases es regla y que las normas referentes a la libertad de prensa son principios.⁸⁰ Es decir Dworkin, se identifica con la postura que mantiene Alexy por el hecho de vincular en el derecho valores morales que se expresa por medio de principios, en cambio, Hart mantiene una postura rígida en defensa del positivismo (reglas), no hay cabida a la moralidades en el derecho.

En este contexto, Dworkin llega a esta conclusión, “Las dos distinciones explicadas- de un lado, el carácter conclusivo de las reglas; y el no-conclusivo y, del otro, la dimensión de peso propia de los principio- constituye la medula de la división de las normas jurídicas propuesta por Dworkin [...]”.⁸¹ Es clara la diferenciación entre reglas y principios, la primera es de aplicación definitiva y la segunda el peso ponderativo determinará su aplicación. Sin embargo, puede darse el caso que el conflicto no sea entre reglas sino entre principios y reglas, no se pondera entre principios y reglas, sino entre principios que subyacen en la regla.⁸²

Por tanto, las reglas contiene una estructura lógica de un supuesto fáctico a una conducta calificada, y, los principios son razones que integran esas razones subyacentes para justificar o no justificar a las reglas.⁸³ En otras palabras, las reglas se justifica cuando el

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Hart y Dworkin, “La decisión judicial”, 48.

⁸¹ Ibid., 52.

⁸² Ibid., 53.

⁸³ Alí Lozada Prado y Catherine Ricaurte, *Manual de Argumentación Constitucional: Propuesta de un método*, 1ª ed. (Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2015), 44-5.

legislador respeta el contenido de los principios al desarrollar la ley, en cambio, el juzgador al aplicar el derecho justifica si la regla es suficiente, o si no acude al principio para otorgar el valor de justicia a las reglas a través de los principios.

5. La proporcionalidad

El principio de proporcionalidad se inicia como un deber, luego como un derecho natural y por último se logra positivizar en el catálogo de los derechos de la Declaración de Derechos del Hombre y Ciudadano 1789 y el *Bill of rights* de la Constitución Estadounidense de 1787.⁸⁴ Sin embargo, es a partir de la Segunda Guerra Mundial que adquiere relevancia la proporcionalidad al punto que en los años 70 y siguientes las constituciones empiezan a dar importancia a la parte dogmática en vez de la orgánica. Es aquí, en donde la proporcionalidad llega a cumplir una función específica al crear y aplicar el derecho.

A su vez, el criterio de los derechos fundamentales no son absolutos, sino constituye el límite de límites⁸⁵ dirigido al poder legislativo, al judicial o administrativo al momento de crear normas jurídicas o dictar sentencia o una sanción de carácter no judicial. De modo que, la proporcionalidad regula y limita a los derechos y las garantías constitucionales que debe estar justificada en su intervención: desde la idoneidad, la necesidad o la estricta proporcionalidad. Este principio ha sido desarrollado tanto por las Cortes nacionales como internacionales⁸⁶ que utilizan la proporcionalidad como límite racional del derecho.

Sin dejar de mencionar que su origen se remonta al contractualismo de la ilustración, en donde cambia la concepción de la libertad y el límite al ejercicio del poder político en la intervención de la libertad individual, e incluso, desde Cesare Beccaria se conmina aplicar la proporción de las penas.⁸⁷ La proporcionalidad se constituye en el freno que tiene el poder público (civil, penal, administrativo) al restringir un derecho o una garantía, y limita la discrecionalidad.

⁸⁴ Miguel Carbonell, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, ed. Miguel Carbonell, 1ª (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 9.

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ Camilo Vidal Fueyo, El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez, 444-3, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21745.pdf>.

⁸⁷ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed. (Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), 46.

La proporcionalidad es una herramienta jurídica racional, capaz de garantizar principios básicos y necesarios que promueva la convivencia social y la paz. Obliga al Estado (legislativo y jueces) a mantener garantías mínimas para el ejercicio de la libertad e igualdad como parte integrante de la dignidad humana.

5.1. La idoneidad, b) La necesidad y c) La proporcionalidad en estricto sentido

Carlos Bernal Pulido determina que la proporcionalidad tiene tres elementos: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad propiamente dicha.⁸⁸ La primera, se limita un derecho siempre que busque un fin legítimo, ejemplo, la evacuación evita que el desastre natural quite una vida humana. El segundo, de varias medidas a tomar se alija la menos gravosa, ejemplo, ante el potente desastre natural, tratar afectar lo mínimo el derecho de vivienda y, en tercero, se centra entre el fin que persigue el derecho y la limitación idónea. Así pues, se sopesa si la restricción a la vivienda con la finalidad de proteger la vida o la integridad física en relación a que la medida deba ser la menos gravosa para buscar el fin del derecho, sino es así no hay proporcionalidad.

Ramiro Ávila expresa que hay otros estándares para medir la proporcionalidad que muy bien puede darse entre derecho promovido y afectado que debe tomarse en cuenta la intensidad de la intervención: este puede ser estricto, intermedio y suave y el integrado que se relaciona con los dos métodos⁸⁹. En definitiva, depende del intérprete usar el método que mejor se ajusta al caso concreto, y que el resultado sea la justicia.

Por ello, “los estándares de proporcionalidad, en un caso concreto, requieren de una interpretación adecuada, que se conoce como ponderación, y de un método verificable, que se conoce como argumentación jurídica [...]”.⁹⁰ En otras palabras, la ponderación guarda estrecha relación con la proporcionalidad en sentido estricto, al permite verificar hasta donde llega la argumentación y optimización del principio desde lo fáctico y lo jurídico.

⁸⁸ Carlos Bernal Pulido, “Racionalidad, proporcionalidad, y razonabilidad en el control de constitucionalidad de la leyes”, en *El Derecho de los derechos*, (Bogotá, Universidad de externado de Colombia, 2005), 61-87.

⁸⁹ Ramiro Ávila, “El principio de legalidad vs principio de proporcionalidad”, 333.

⁹⁰ *Ibíd.*

De ahí, Robert Alexy establece que los subprincipios de idoneidad y necesidad se relaciona con lo fáctico, y que la proporcionalidad en sentido estricto con lo jurídico y aquí es donde actúa la ponderación.⁹¹ En consecuencia, los principios son mandatos de optimización que actúa en los hechos, para eso la idoneidad y necesidad determina si la restricción es la menos gravosa para el fin que busca el derecho, en cambio, la ponderación actúa en lo jurídico, ayuda a determinar hasta donde se puede extender el principio objeto de conflicto.

La proporcionalidad en principio limita la actuación del poder público. Así, la subclasificación que se hace de idoneidad y necesidad se ubica según el concepto de principios en el mandato de optimización fáctica y la proporcionalidad en sentido estricto en lo jurídico, que es la radio de acción de la ponderación. Es este sentido, a toda autoridad pública (legisladores, jueces, ejecutivo, administración) en el área que se encuentren deben aplicar el principio de proporcionalidad como derechos fundamental o como método de argumentación jurídica.

Algo que hay que recalcar es que la proporcionalidad en el caso ecuatoriano solo se aplica a asuntos de carácter abstracto, en cambio, la ponderación se aplica en casos concretos, lo puedo deducir de la propia Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al respecto dice, la proporcionalidad se aplica cuando exista contradicción entre principios, en cambio, la ponderación se aplica a casos concretos en al preferencia un principio de otro.⁹²

5.2. La fórmula de peso

Una forma de hacer efectiva la ponderación es a través de la fórmula de peso. Fórmula que pesa a los principios que se encuentran en colisión. Su máximo exponente es Robert Alexy, quien ha determinado algunas fórmulas: aritmética, geométrica, y una simple, esta última es la utilizada, al ser suma numérica.

El núcleo de la ponderación se hace efectivo por medio de la ley de ponderación. Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios mayor

⁹¹ Robert Alexy, “La fórmula del peso”, 9.

⁹² Ecuador, “Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”, art. 3 núm. 2-3.

deberá ser el grado de la importancia de satisfacción del otro.⁹³ Es un juego de palabras. Que permite al juzgador en el caso concreto realizar un razonamiento jurídico ponderativo con base al grado de no satisfacción de un derecho, y cuando esto ocurre, es por la importancia que el otro derecho amerita al caso en conflicto.

Así, la ponderación se divide y estructura de esta forma: primero define el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, segundo, define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; tercero, define si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro⁹⁴. Bajo este presupuesto, la ponderación define la satisfacción o no del principio, para luego ver la importancia del principio y posterior justificar la satisfacción o no del mismo. Esto permite a la ponderación se sustente en la importancia y en la justificación de la satisfacción o la restricción del principio.

Es así, la ponderación se constituye en un modelo triádico o de tres intensidades: leve, medio y grave, estas categorías pueden verse representadas; leve como débil o reducido y al grave como fuerte o elevado.⁹⁵ Son grados de intensidad en la intervención del principio o el derecho, y el mecanismo a utilizarse es la ley de ponderación para determinar el peso con valoración en leve, medio y grave. Este es el parámetro en el grado de intensidad de la intervención, por consiguiente ayuda a tener una argumentación jurídica sólida y fuerte.

Fórmula que será puesta en práctica en los casos concretos objetos de análisis en el capítulo III, aquí se pondrá a prueba la teoría de la fórmula de peso y sus resultados. Se verá si las pretensiones del poder político que reclama la reivindicación de honor tienen mayor peso que las pretensiones de la libertad de expresión del ciudadano. Y como la democracia, el Estado constitucional y la dignidad se constituyen en variables para justificar la fórmula de peso en relación a los principios. En este contexto juega un rol esencial el juez. Esto dará paso a la construcción del “juez democrático”, tanto desde la teoría y el caso práctico, y se determinará las características mínimas que debe cumplir el juez para no ser autoritario sino un juez democrático.

6. La postura del juez democrático en el ámbito jurídico penal

⁹³ Alexy, “La fórmula de peso”, 15.

⁹⁴ *Ibíd.*, 16.

⁹⁵ *Ibíd.*, 23.

En líneas precedentes se ha tratado de ubicar al juez desde la perspectiva de un Estado constitucional de derechos y justicia y democrático. Postura del Estado ecuatoriano. La función y evolución del juez en el Estado absoluto y en el Estado de derecho y las diferencias sustanciales que hay con el Estado constitucional. La ponderación como mecanismo de defensa de los principios dentro del Estado constitucional y las diferencias respecto a las reglas jurídicas y su método de subsunción para resolver los asuntos de las leyes infraconstitucionales. Dentro de esas leyes se encuentra la ley penal en donde las reglas son el pilar fundamental de su estructura jurídico penal.

Queda claro que se pondera en principios, pero también, mi postura, bien se podría ponderar el principio que se encuentra en la regla jurídica que ha sido objeto de protección penal y que se encuentra como elemento del tipo penal, como es el bien jurídico y el grado de lesividad leve, medio o alto.⁹⁶ Es un planteamiento jurídico penal constitucional, puede unirse la dogmática penal y la dogmática constitucional.

El juez democrático, en el caso del delito de calumnia y la contravención de injuria, ya que los dos tipos penales defienden la honra o el buen nombre de la persona, la postura, la principal, es determinar la materialidad y la responsabilidad penal del infractor. Para eso deberá saber cómo funciona la teoría del delito en la aplicación de la ley penal, además, cuáles son los principios esenciales que guían al derecho penal en su estructura conceptual y filosófica respecto al delito y la pena.⁹⁷

La estructura del delito (acto, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) está compuesto de elementos esencial para su perfeccionamiento.⁹⁸ Así, al aplicar la teoría del delito a un caso concreto debe hacerlo desde la óptica de las reglas, sin embargo, dependiendo del tipo penal, igual puede aplicar principios. Me refiero al delito de calumnia y a la contravención de injuria que dado su estructura el juez debe hacer una análisis ponderativo sin abandonar el análisis del derecho penal. Sería el análisis ponderativo el toque final.

Entonces el juez democrático penal debe saber que el principio de legalidad, lesividad y culpabilidad es el fundamento del Derecho penal, ya que cada uno de esos axiomas busca

⁹⁶ Alexy, “La fórmula de peso”, 14-5.

⁹⁷ Jesús María Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporánea*, (Barcelona: Bosch Editores S.A. 1992), 13-7.

⁹⁸ Bacigalupo, “Derecho Penal: Parte General”, 395.

limitar el poder punitivo del Estado al aplicar la política criminal y la criminología en la creación de la ley penal y la aplicación. Además eso no es todo, sino que, esos principios que gobiernan al Derecho penal parten de la Constitución. Solo para dar un ejemplo nuestro Constitución determina el principio de legalidad.⁹⁹

Iniciemos el argumento por el principio de legalidad. Es una de las conquistas que el hombre alcanzó en el siglo XVIII con la finalidad de limitar el poder Estatal a la hora de crear delitos y penas. Fue Cesar Beccaria que entre sus escritos filosóficos y sociológicos trataba de persuadir al poder público de que las penas deben ser proporcionales al hecho cometido y que las mismas deben humanizarse.¹⁰⁰ Entre otros argumentos.

Se trataba de que los delitos y las penas sea facultad únicamente de los legisladores más no de los jueces.¹⁰¹ Se buscaba que el principio de legalidad se afiance en una ley escrita positiva. Esto se debía a que en la monarquía absoluta la administración de justicia y la creación de delitos y las penas estaba rezagada únicamente al monarca. Todo esto cambio con el devenir de la Ilustración.

También, al igual que Beccaria, aportó sobre el principio de legalidad, el maestro Francisco Carrara, el mismo que buscó dos objetivos, limitar al poder punitivo y tratar de estructurar los elementos del delito. Respecto al segundo, concebía al delito como ente jurídico porque su esencia radica en la violación del derecho que tiene una fuerza física (externo) y una fuerza moral (interno).¹⁰² Entre otros cambios esenciales en la teoría del delito que revoluciono el Derecho penal.

Tanto Cesare Beccaria y Francesco Carrara constituyen la escuela clásica según Ferri en contradicción a la escuela positiva.¹⁰³ Estas escuelas sin lugar a dudas concebían al delito y a las penas desde un concepto del derecho y desde un concepto fuera del derecho. Ejemplo, la escuela clásica no sancionaban a los inimputables al no tener discernimiento, en cambio, la escuela positiva no hacía esa diferenciación, todos eran objeto de sanción.

⁹⁹ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, art. 76 núm. 3.

¹⁰⁰ Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 20-1.

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² Nódier Agudelo Betancur, *Curso de derecho penal*, 4ª ed. (Bogotá: Ediciones Nuevo Fuero, 2013), 34-5.

¹⁰³ *Ibíd.*

El principio de legalidad se fundamenta en dos postulados básicos que encierran a la estructura del delito: una, que no hay delito o crimen sin ley previa, dos, que no hay pena sin ley previa. La doctrina llama: *nullum crimen, nulla pena sine lege*¹⁰⁴, significa en términos jurídicos penales, un límite a la actuación del juez penal a la hora de establecer la materialidad y responsabilidad penal. No puede haber delito ni pena si no se respeta el principio de legalidad.

Se desprende, del principio de legalidad, algunos límites que deben observar el legislador y el juez penal. Una, *lex praevia* (no aplicar la ley retroactivamente); dos, *lex scripta* (excluir el derecho consuetudinario); tres, *lex certa* (exclusión cláusulas generales); y cuarto, *lex stricta* (exclusión de la extensión de la analogía).¹⁰⁵ Cada uno de estos filtros se constituye en garantías que debe observar el juzgador a la hora de establecer la materialidad y responsabilidad penal.

Por otro lado, tenemos el principio de lesividad, es un principio sustancial en materia penal que deviene de principios constitucionales que procura proteger bienes jurídicos en normas infraconstitucionales como es la ley penal (Coip). La lesividad tiene una relación directa con la antijuridicidad material en relación a la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos como la vida, la libertad, el patrimonio, la vida, el honor, etc.¹⁰⁶

Recalca Roxin, la lesividad es una “real causalidad lesiva”, que de faltar aquello, solo sería una afectación a conceptos generales como la moral, más no una afectación a bienes jurídicos.¹⁰⁷ Entonces, cuando hablamos de lesividad es una real afectación a bienes jurídicos relevante desde el punto de vista constitucional y luego protegidos en normas penales por el valor que demanda su cuidado. La moral o las buenas costumbres, entre otras, no alcanzan a considerarse bienes jurídicos desde el punto de vista constitucional y legal.

Por último, se encuentra el principio de culpabilidad. Es principio constitucional relacionado con la libertad de la persona, además en materia penal, se constituye en uno de los elementos del delito para que proceda la responsabilidad del injusto penal. En palabras de Enrique Bacigalupo, nos dice que “La culpabilidad, por tanto, constituye el conjunto de

¹⁰⁴ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal: Parte General*, 1ª ed. (Madrid: ARA Editores, 2004), 99.

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ Claus Roxin, *Derecho Penal: Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura del delito*, 2ª ed. trad. Diego Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, (Madrid: CIVITAS, 1997), 53.

¹⁰⁷ *Ibíd.*

condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma”.¹⁰⁸ La culpabilidad es el último peldaño que debe cumplir el juzgador a la hora de establecer la penalidad.

El principio de culpabilidad tiene relación directa con los derechos de libertad que establece la Constitución, en donde se protege el derecho de honor y la libertad de expresión como principios constitucionales.¹⁰⁹ Porque la culpabilidad es el reproche que hace la sociedad al injusto penal, sin embargo, para poder reprochar debe el infractor estar en goce de todas sus facultades, conocer la antijuridicidad y comportarse de acuerdo al derecho vigente. Solo así procede el reproche penal.

La doctrina trata a la culpabilidad en dos direcciones: una, por el hecho, dos por el comportamiento. Los que reflexionan desde el punto de vista del primero parten de la premisa que la voluntad-libertad que tiene la persona para respetar o violar el derecho o comportarse de acuerdo a la normativa jurídica (teorías retribucionistas), en cambio, el segundo, se basan en un determinismo (prevención especial).¹¹⁰ En ese sentido, la que mayores garantías otorga es la culpabilidad por el hecho-acto, donde interesa son las conductas y no la personalidad del autor.

En ese contexto, uno de los límites que tiene el juzgador democrático penal es conocer la funcionalidad que cumplen el principio de legalidad, lesividad y culpabilidad en la estructura de la teoría del delito para aplicar la penalidad. También, que esos principios del Derecho penal se desprende de la Constitución en donde están como principios que deben observar obligadamente el legislador al crear la ley penal y el juzgador al aplicar la ley penal.

Será uno de los primeros razonamiento que debe hacer el juez democrático penal en el delito de calumnia y contravención de injuria. Un análisis de reglas (art. 441 Código Penal y art. 396 No 1 COIP), donde hay una hipótesis y una consecuencia jurídico penal que cabe la subsunción y el silogismo jurídico. Pero, en el contexto de la teoría del delito. Luego un análisis constitucional respecto a la posibilidad de ponderación. Tanto el primero y segundo se verá a continuación a profundidad.

7. Función del juez democrático penal

¹⁰⁸ Bacigalupo, “Derecho Penal: Parte General”, 395.

¹⁰⁹ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, art. 66.

¹¹⁰ *Ibíd.* 396.

La actuación del juzgador penal tiene que darse dentro del Estado constitucional de derechos, justicia y democrático. Se explicó en líneas anteriores. El juez democrático penal, en principio, hay límites que determinan los principios de legalidad, lesividad y culpabilidad en el sentido analizado para usar la teoría del delito y aplicar la ley penal al tipo penal de contravención de injuria y delito de calumnia. En otras palabras: el juez democrático penal tiene dos límites: uno, el derecho penal, dos, el derecho constitucional. El primero funciona si parte y respeta al segundo. El tipo de injuria y calumnia debe aplicar los dos razonamientos, caso contrario sería incompleto.

Cualquier tipo penal debe partir siempre de estos tres principios (legalidad, lesividad y culpabilidad). Cada uno de ellos se constituye en garantías para el procesado. La legalidad relacionada con la tipicidad y el tipo penal, hace que la conducta prohibida o imperativa debe estar establecida en la ley. La lesividad, hace que solo bienes jurídicos relevantes sean los que deben ser protegidos. La culpabilidad, será aplicable cuando la conducta no pudo haberse comportado de otra manera, sea imputable y conozca la antijuridicidad, en esos casos opera el reproche penal.

Los principios de legalidad, lesividad y culpabilidad que sustentan al Derecho penal provienen de la Constitución que sirven de fundamento para el desarrollo de los tipos penales, tal como es el tipo penal de injuria y calumnia en donde se protege el honor o el buen nombre de las personas. Eso no significa que los principios constitucionales como la libertad de expresión y el derecho de honor no puedan ser resueltos desde un punto de vista de la ponderación como método de interpretación jurídica una vez resuelto la parte dogmática penal, para efectos de reforzar la aplicación de la teoría del delito en cuanto al honor del funcionario público.

¿Porque digo aquello? Por un lado tenemos las reglas, es obvio, que el tipo penal de calumnia y el tipo contravencional de injuria respecto al honor de cualquier persona deben analizárselo desde la óptica jurídico penal. En principio respecto a los principios de legalidad, lesividad y culpabilidad dentro del análisis de los elementos del delito para determinar la materialidad y responsabilidad penal. Luego, desde la estructura del Estado constitucional, de derechos, justicia y democracia para efectos de aplicar la ponderación en relación al grado alto, medio y leve de lesividad del bien jurídico protegido.

En el campo jurídico penal. El juez democrático penal, en primer lugar debe saber la función que cumplen los principios de legalidad, lesividad y culpabilidad en la estructura del delito para la aplicación al caso concreto. Analizará los elementos de la teoría del delito que encierran el art. 396 No 1 COIP “*Contravenciones de cuarta clase.- Será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días: 1. La persona que, por cualquier medio, profiera expresiones en descrédito o deshonra en contra de otra. Esta contravención no será punible si las expresiones son recíprocas en el mismo acto*”.¹¹¹

Primer elemento: El acto, es la manifestación de voluntad del sujeto activo, en ciertos casos pueden darse la exclusión del acto, en el caso Sebastián Cevallos a analizarse en el capítulo III no se da aquello. En este caso no necesariamente debe darse un resultado material, es de aquella infracción que no tiene esa estructura material, pues las simples expresiones configuran la contravención.

Segundo elemento: La tipicidad objetiva y tipicidad subjetiva. La primera, son los elementos objetivos del tipo penal, para este tipo penal, tenemos al sujeto activo, puede ser cualquier persona sin cualidades especiales; el sujeto pasivo, es el presidente de la república y familiar de un Ministro de Trabajo, los dos funcionarios; el verbo rector es “*profiera expresiones en descrédito o deshonra en contra de otra*”; objeto material, es donde recaen las expresiones, es la reputación u honorabilidad del funcionario; el bien jurídico es, proteger la honra de los funcionarios; no elementos normativos; si valorativos (descuento o deshonra); no circunstancias complementan el tipo.¹¹² La segunda, el dolo debe estar cargada en las expresiones, para este caso, es el *animus injuriandi*, conocimiento y voluntad de causar daño al funcionario.

Tercer elemento: La antijuridicidad, no se discuta en el caso Sebastián Cevallos, tampoco que haya una causa de justificación para excluir la antijuridicidad material. Pero si tiene relevancia el concepto de lesividad que se vincula en esta categoría del injusto penal, respecto al grado leve, medio y grave de lesividad. Es en la lesividad respecto al bien jurídico de la tipicidad donde se aplica la ponderación.

Cuarto elemento: La culpabilidad, este elemento tiene tres presupuestos: una, imputabilidad, dos, el conocimiento de la antijuridicidad, y tres, comportarse conforme a

¹¹¹ Ecuador, “Código Orgánico Integral Penal”, art. 396 núm. 1.

¹¹² José Maza, Elementos del delito: Aplicados al COIP, 1ª ed. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2021), 64-7.

derecho, en el caso Sebastián Cevallos no se discute aquello. El reproche a la conducta dependerá de si se cumple el injusto penal. No es objeto de análisis los presupuestos de la culpabilidad.

En la misma dirección, hagamos el análisis jurídico penal de los elementos del delito, según el artículo 182 Coip expresa “*La persona que, por cualquier medio, realice una falsa imputación de un delito en contra de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años*”.¹¹³ No diere en mucho del art. 489 Código Penal “*cuando consiste en la falsa imputación de un delito*”¹¹⁴. Es sobre este artículo que se sentencia en el caso El Universo.

Primero: Acto, es la manifestación de la voluntad, existe la exclusión del acto, en el caso El Universo, no aplica. Encierra la acción o la omisión, pero en la calumnia debe ser acción, jamás omisión.

Segundo: Tipicidad objetiva y tipicidad subjetiva. Primero, existe algunos elementos objetivos del tipo penal: sujeto activo puede ser cualquier persona, no necesita cualidades especiales; sujeto pasivo, es el funcionario, titular del bien jurídico; verbo rector, “realice una falsa imputación de un delito”; objeto material, donde cae la falsa imputación de un delito; bien jurídico, es el honor o buen nombre; elementos normativos no hay; valorativo tampoco; y circunstancias que completan el tipo, no hay.¹¹⁵ Segundo, el elemento subjetivo, es evidente que este tipo penal es doloso, se sustenta en el *ánimos injuriandi*, es decir, conocer y voluntad en la realización de tipo penal. La tipicidad subjetiva es sustancial en el delito de calumnia.

Tercero: La antijuridicidad material, se relaciona con la lesividad respecto a la lesión o peligro de un bien jurídico. Este elemento es pilar del Derecho penal. Y se relaciona con el principio de legalidad. Este análisis no aplica en el caso El Universo, pues no se ha esgrimido causas de justificación, es decir, es antijurídico en principio, luego se discutirá la lesividad al caso El Universo respecto de la antijuridicidad material.

Cuarto: Culpabilidad, tiene tres presupuestos: uno, imputabilidad, dos, conocimiento de la antijuridicidad, y tres, actuar conforme a derecho. En el caso El Universo, no ha sido punto de discusión, pero son esenciales para determinar la responsabilidad penal previo análisis de culpabilidad para que sea objeto de reproche penal.

¹¹³ Ecuador, “Código Orgánico Integral Penal”, art. 182.

¹¹⁴ Ecuador, “Código Penal”, art. 489.

¹¹⁵ Maza, “Elementos del delito: Aplicados al COIP”, 64-7.

La discusión jurídico penal radica no en todos los elementos del delito, sino se enfoca en algunos de ellos (tipicidad-bien jurídico y antijuridicidad-lesividad); además, el tipo penal contravencional de injuria (art. 396 No 1 Coip) y el tipo penal de calumnia (art. 182 Coip-489 Código Penal) que se refieren al honor y buen nombre de toda persona. El problema no radica en determinar si pasan los filtros de las categorías penales, sino más bien, como la ponderación puede introducirse en el analizar jurídico penal cuando tenga analizar la afectación al derecho de honor y la libertad de expresión.

Si bien es cierto la estructura de los tipos penales de injuria y calumnia que regula el Código Orgánico Integral Penal y Código Penal, son evidentemente reglas, y las reglas como se ha explicado son mandatos cerrados. Lo contrario son los principios que se constituyen en mandatos de optimización.¹¹⁶ No se discute que se pondera principios constitucionales. El honor y libertad de expresión son principios. El juez democrático penal aplica las reglas jurídicas penales, también, introduce la ponderación en la tipicidad del elemento del bien jurídico y en la antijuridicidad material respecto al grado de lesividad causado al honor del funcionario público en funciones.

¿Cómo funciona la ponderación en la tipicidad y lesividad? Cuando utilice la palabra de lesividad o antijuridicidad material serán usados como sinónimos, a pesar que existe una diferencia conceptual en los mismos, ya que para el caso objeto de estudio del tipo penal de injuria y el tipo penal de calumnia me interesa solo en el grado de lesividad que pueda causar las expresiones al honor de los funcionarios públicos y cómo puede causar lesividad a la libertad de expresión por tutelar el honor de funcionarios.

La razón fundamental es la siguiente. El primer razonamiento que debe hacer el juzgador democrático penal es la de determinar la materialidad y la responsabilidad penal en la contravención de injuria y el delito de calumnia. Para ello, cómo se ha demostrado debe aplicar la teoría del delito en la aplicación de la ley penal, para eso, se dio un análisis de cada elemento del delito que demostró la desnudes del tipo penal de injuria y calumnia. El segundo razonamiento, es utilizar la ponderación en materia penal, ya que en principio, cómo se dijo, el principio de legalidad, lesividad y culpabilidad son principios constitucionales que limitan la actuación legislativa en la creación de la norma penal, igual, en la aplicación de la ley penal. Esto el juez democrático penal debe tenerlo claro, para pasar a la ponderación, en este

¹¹⁶ Alexy, “La fórmula de peso”, 15.

caso debe, remitirse al elemento del tipo penal que es el bien jurídico y a la antijuridicidad material respecto a la lesividad en el grado de afectación de la libertad de expresión por tutelar el honor del funcionario. Recordar que la parte de la materialidad y responsabilidad están determinadas, en un primer momento argumentativo, no solo se remite sino que se saca del tipo penal y eleva el derecho de honor al ámbito constitucional para efectos de ponderar con el derecho de libertad de expresión. Los dos son principios. En este caso la ponderación se hará desde un punto de vista de lo que es la democracia (material y formal, deliberativa, constitucional), Estado constitucional, Estado de derechos, Estado de justicia. En ese sentido se utilizará las variables (Estado constitucional, democracia y dignidad) para establecer la fórmula de peso entre honor y libertad de expresión, luego el resultado determinará el grado de lesividad en alto, medio, leve, y se sumará el coeficiente y tendremos el resultado. El resultado se incorpora al elemento del tipo penal respecto al bien jurídico y la antijuridicidad material para establecer solo la lesividad no solo desde lo penal, primer argumento, sino desde lo constitucional, segundo argumento. Así tendremos un análisis integral del tipo penal contravencional de injuria y el tipo penal de calumnia respecto al honor del funcionario público y la libertad de expresión cómo límite del primero.

Algo que debe quedar claro, respecto a la ponderación en materia penal, que solo la aplico en la contravención de injuria y en el delito de calumnia, en donde, la lesividad juega un papel relevante en cuanto al bien jurídico visto no solo desde lo penal sino desde lo constitucional. Tal como refiere Francisco Muñoz Conde, “el concepto de antijuridicidad material sirve para graduar la gravedad de la misma [...] que restringe el ámbito de aplicación del derecho penal a los ataques verdaderamente graves a los bienes jurídicos más importantes”.¹¹⁷

De ahí que, el mismo autor refiere que, la lesión puede darse en el ámbito material, que no es el caso del delito de calumnia ni injuria, o puede darse en el ámbito de tipo ideal, que sí aplica al honor en los tipos penales referidos.¹¹⁸ Lo que se ha hecho es tomar este concepto eminentemente penal para llevarlo al campo constitucional para efectos de ponderar con la libertad de expresión y determinar el grado de lesividad en las expresiones hacia los funcionarios público.

¹¹⁷ Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, 3ª ed. (Bogotá: Editorial TEMIS S.A.), 83.

¹¹⁸ *Ibíd.*

Dicho aquello, muy bien se puede ponderar en materia penal, sería indispensable, por la naturaleza de la contravención de injuria y delito de calumnia que se tutela en el ámbito penal el honor, igual se encuentra como principios en el ámbito constitucional, ya que al momento de proteger el honor con el derecho penal del funcionario público, debe, obligadamente, el juez democrático penal determinar desde una visión dogmática constitucional que no se lesione la libertad de expresión, al ser éste, cómo se dijo, el pilar de la democracia y el sustento del Estado de derecho, y en nuestro caso, al ser un Estado constitucional de derechos, justicia y democrático. Dicho aquello, el derecho penal y derecho constitucional se unen para alcanzar la defensa de la justicia.

La pregunta de cajón sería. ¿Hasta qué punto la ponderación logra sopesar la lesividad del honor del funcionario público en materia penal? Y además, se concluiría con esta pregunta. ¿Hasta qué punto la ponderación puede identificar la lesión de la libertad de expresión?. Las dos preguntas han sido respondidas. Pero se desarrollara en el capítulo III destinado a ese objetivo.

8. La ponderación según el artículo 32 del Código Orgánico Integral Penal

Es una argumentación que se suma al anterior subcapítulo respecto a la ponderación. Cómo se explicó, el principio de proporcionalidad tiene los subprincipios de idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, es sobre ésta, como bien lo explica la doctrina, donde se aplica la ponderación.¹¹⁹

En ese sentido, la ley penal (art. 32 Coip) regula lo que se conoce como causas de justificación para excluir la antijuridicidad material.¹²⁰ Una de esas causas de justificación es el estado de necesidad, el mismo que debe cumplir algunos requisitos mínimos para que la conducta típica no se adecue a la antijuridicidad, sino más bien, se excluya por existir un estado de necesidad.

En esa forma, el Código Orgánico Integral Penal, regula el estado de necesidad, *“Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los requisitos siguientes: 1. Que el*

¹¹⁹ Alexy, “La fórmula de peso”, 15.

¹²⁰ Maza, “Elementos del delito aplicados al COIP”, 150.

*derecho protegido esté en real y actual peligro 2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar 3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho”*¹²¹.

El estado de necesidad es una causa de justificación que excluye la antijuridicidad material. Para Muñoz Conde, refiere, que hay un estado de necesidad justificante, es la colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor, se opta por el sacrificio del bien de menor valor, para salvar el de mayor valor, se recomienda aplica al ponderación de bienes.¹²² La ponderación debe hacérsela en el sentido de los dos argumentos que debe hacer el juez democrático penal. El primero al determinar la materialidad y responsabilidad penal, el segundo, al ponderar el grado de lesividad de los dos bienes jurídicos en conflicto, ósea, el honor y la libertad de expresión. De la forma que se explicó en líneas anteriores.

El problema más bien radicaría, en que los bienes jurídicos en conflicto son de valor diferente (domicilio y vida) a lo que el autor (Muñoz), expresa que, estado de necesidad exculpante, basado por el principio de no exigibilidad de otra conducta de un comportamiento distinto que se constituye cuando los bienes en disputa son de igual valor (vida y vida).¹²³ Es decir, para este caso tendría un tratamiento en la culpabilidad, más no como causa de justificación. Ejemplo: dos personas en un tablero en alta mar, uno de ellos mata al otro para sobrevivir. El estado no puede exigir otro comportamiento, es decir, no es culpable.

Para el caso de ponderación de bienes jurídicos de desigual valor, como es el honor y la libertad de expresión hay que hacer algunas precisiones. ¿Cómo debe entenderse está desigualdad? No se lo puede hacer con fundamento del primer razonamiento para determinar la materialidad y responsabilidad penal, sino, en el segundo razonamiento, en donde es aplicable la ponderación respecto al grado de lesividad entre honor y libertad de expresión para efectos de ponderar. Donde se lo saca del concepto de tipo penal del bien jurídico, para elevar el honor y la libertad de expresión como principios. Es desigual, en el sentido de que la libertad de expresión se sobrepone al honor cuando se aplica la ponderación de derecho, con las variables de Estado constitucional, democracia y dignidad. Porque desde la dogmática constitucional tienen el mismo valor abstracto de protección, aunque el valor en concreto es desigual de acuerdo a las variables. Esto se profundará en el capítulo III.

¹²¹ Ecuador, “Código Orgánico Integral Penal”, art. 32.

¹²² Muñoz, “Teoría del delito”, 106.

¹²³ *Ibíd.*

Ahora veamos cómo funcionan los requisitos que exige la ley penal (art. 32 Coip). “Que el derecho protegido esté en real y actual peligro”¹²⁴. De protegerse el honor del funcionario público, prácticamente se pondría en un real y actual peligro al Estado constitucional, la democracia y la dignidad, estas son variables que se utiliza en el capítulo III para determinar la desigualdad con base a la suma de cociente que otorga la fórmula de peso. Se podrá ver el peso del honor y el peso de la libertad de expresión en cuanto a la lesividad.

Dice la ley penal (art. 32 Coip), “Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar”.¹²⁵ La actuación del caso El Universo y el caso Sebastián Cevallos, era para proteger un bien jurídico constitucional, como es la libertad de expresión, que es la expresión misma de democracia y el Estado de derecho. El resultado da como consecuencia que la afectación al honor del Presidente de la República y de la sobrina del Ministro de Trabajo, no es mayor, al contrario, protegeré el honor de los funcionarios si causaría un daño mayor no solo a estos ciudadanos sino a la sociedad en general.

Dice la ley penal (art. 32 Coip), “Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho”.¹²⁶ El medio utilizado en el caso El Universo y caso Sebastián Cevallos, es el único que hay para la defensa de la democracia y el Estado de derecho, utilizar otro medios, sería apartarse de los mecanismos democráticos que establece el Estado constitucional de derechos y justicia. En la otra orilla, el Estado si puede mediante política criminal mandar la protección del honor, al menos el de los funcionarios públicos, al ámbito civil o administrativo.

En síntesis: la ponderación es aplicable en materia penal, tal como ha quedado explicada en el subcapítulo anterior y éste. Lo importante es que los dos argumentos utilizados por el juez democrático penal sea: primero determinar la materialidad y responsabilidad penal, segunda, la ponderación respecto al grado de lesividad de los bienes jurídico de honor y libertad de expresión, ya no en esfera penal sino constitucional, luego, regresa a la esfera penal para dar el resultado final al injusto penal.

¹²⁴ Ecuador, “Código Orgánico Integral Penal, art. 32 núm.1.

¹²⁵ *Ibíd.*

¹²⁶ *Ibíd.*

Capítulo Segundo

La libertad de expresión y el honor en el contexto internacional

Este capítulo trata acerca del ejercicio de la libertad de expresión y el derecho al honor de las personas que puede darse tanto desde un punto de vista jurídico, social y político e incluso el filosófico. Estos derechos tienen una función sustancial en la esfera jurídica al permitir que las personas puedan expresar sus ideas o pensamientos de forma libre e igual en cualquier campo. Siempre con el cuidado de no dañar a otras personas.

Se aborda el tema de la limitación del derecho de libertad de expresión en procura de proteger el derecho al honor que se ha consolidado jurídicamente gracias a los instrumentos internacionales de derecho humanos y organismos que a través de sentencias, informes o resoluciones dan luces a nuestros jueces nacionales. En este sentido, nuestra Constitución otorga rango constitucional al derecho de libertad de expresión y el derecho al honor, en cambio, el legislador limita el derecho a la libertad de expresión en el ámbito penal. Esto ha generado una discusión en lo social y político cuando el poder público invoca el derecho al honor y el ciudadano invoca la libertad de expresión. De lo expuesto, será la parte jurídica quién trate el problema a través de estos instrumentos u organismos de derechos humanos quienes explicarán cómo debe actuar el juzgador al limitar la libertad de expresión y la relación que hay con la democracia, el debate público, la proporcionalidad, y la ponderación. Igual la postura que debe tener el juez penal respecto a la estructura de la aplicación de la teoría del delito al caso al delito de calumnia y contravención de injuria.

1. La libertad de expresión

La libertad de pensamiento y expresión surge con la Declaración de *Montagnarde* y la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789,¹²⁷ inspirada hasta cierto punto en la Declaración de la Independencia estadounidense de 1776, esto en el contexto de

¹²⁷ Barbosa, “El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión”, 157.

los principios filosóficos-políticos del siglo XVIII, que marcan el fin del Antiguo Régimen y principio de una nueva era.¹²⁸

Es a partir de la Segunda Guerra Mundial que se crea un cúmulo de instrumentos que representan el núcleo duro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.¹²⁹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³⁰ y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. E incluso se suman organismos internacionales como es la Organizaciones de Estado Americanos,¹³¹ la Organización de Naciones Unidas¹³² que a través de sus Relatorías¹³³ protegen la libertad de expresión, entre muchos otros organismos.

En este contexto surgen algunas teorías. Larry Alexander¹³⁴ concibe a la libertad de expresión como un derecho humano no desde su naturaleza sino de su función. Y crea estas teorías. La *teoría derivativa o consecuencialista*, que se subclasifica: primero, en la promoción de la verdad, dentro de la teoría clásica de la libertad de expresión y el rol del Estado, sin importar el contenido o la falsedad de la información; segundo, la autonomía de la decisión, o el autogobierno personal, el desenvolvimiento autónomo y la autonomía política que obliga al Estado a quitar barreras que impida conocer las acciones del gobierno; tercero, la promoción de la virtud, es conceder virtudes básicas para la democracia, como: tolerancia, tener la piel más gruesa a críticas, insultos y afirmaciones ofensivas.¹³⁵

¹²⁸Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1879, en: <https://democraciaparticipativa.net/documentos-data-a-referenda/documentos-en-espanol/documentos-sobre-derechos-humanos/10371-declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-1789.html>.

¹²⁹Barbosa, “El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión”, 157.

¹³⁰ El Pato Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXXI), de 16 diciembre de 1966, <https://www.ohchr.org/SP/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

¹³¹ OEA, Organización de Estados Americanos, <http://www.oas.org/es/>.

¹³² ONU, Organización de Naciones Unidas, <https://www.un.org/es/>.

¹³³ Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2018, vol.2/Edison Lanza, Relator Especial para la Libertad de Expresión. <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/IA2018RELE-es.pdf>.

¹³⁴ Damián Loreti y Luis Lozano, *El derecho a comunicar: Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas*, 1ª ed. (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014), 26.

¹³⁵ *Ibíd.*

Esta teoría se la crítica por no tener que ver con la tolerancia y respeto, pues incita al crimen o a invadir la privacidad o dar información falsa. Surge la *teoría deontológica*¹³⁶ que es un imperativo ético inherente a los seres humanos que se subclasifica: primero, un fin en sí mismo, el Estado no deberá decir cómo ha de expresarse el individuo, al ser una garantía autónoma y autorrealización de la persona; segundo, una condición democrática, se vincula la libertad de expresión en el ejercicio de los deberes cívicos y la participación en el debate político.

A la condición democrática se la clasifica en teoría general y discurso público. La primera, si un gobierno no es democrático no debe haber restricciones a la libertad por el gobierno ni impedir el acceso a la información pública; segunda, si la construcción democrática es legítima cuando refleja la opinión pública dará un escenario para que las condiciones de la libertad de expresión se desarrollen, pero puede caer en una arbitrariedad al momento de determinar la calificación de opinión pública.¹³⁷

A parte de estas teorías de la libertad de expresión. La “libertad de expresión es un postulado filosófico que permitió la emergencia del régimen liberal”,¹³⁸ y deja atrás al régimen de la monarquía absoluta, en el caso de Francia, y en el caso de Estados Unidos, su independencia. Cambia el ejercicio del poder y las libertades fluyen, una de ellas la expresión.

Es Owen Fiss quien concibe a la libertad de expresión en natural y política. La primera parte del caso *Stanley vs Georgia*¹³⁹ donde la regulación estatal había invadido el dominio de libertad individual que por naturaleza le pertenece a la esfera privada y no exceder la autoridad. El juez Marshall sustenta que no constituye un fin legítimo esa clase de regulación, el pensamiento y cualquier objeto que tenga en su dominio para satisfacer sus propios deseos no puede constituirse delito ni regulación estatal.¹⁴⁰

La segunda, parte del caso *New York Times vs Sullivan*¹⁴¹ en el cual el jefe de policía de Montgomery Alabama presenta una demanda de difamación al diario New York Times.

¹³⁶ *Ibíd.*

¹³⁷ *Ibíd.*

¹³⁸ Francisco R. Barbosa Delgado, *El margen nacional de apreciaciones y sus límites en la libertad de expresión: análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*, 1ª ed. (Bogotá, Universidad de Externado, 2012), 31.

¹³⁹ Owen M. Fiss, *Democracia y Disenso. Una teoría de la libertad de expresión*, 1ª ed. (Buenos Aires, Ad.Hoc, 2010), 20-21.

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ Fiss, “Democracia y Disenso”, 29-30.

La Corte Suprema determina que independientemente de que un dato sea exacto o las afirmaciones sean correctas o incorrectas, es inadmisibles que un funcionario público presente acciones difamatorias contra un ciudadano o medio periodístico. El juez Berman determina que los márgenes de error dan origen al fortalecimiento del debate público y un derecho de los activistas políticos, y medios de comunicación de poner en la palestra pública los cuestionamientos de forma robusta, desinhibida y abierta.¹⁴²

Con la concepción natural y política se desarrolla el concepto de debate público del orador de la esquina-calle, sin embargo, hay un cambio radical, ahora los debates se originan: en medios de comunicación, diarios, revistas, televisión y medios digitales. Por ello, los casos expuestos (*New York Times vs Sullivan*, *Stanley vs Georgia*) sobre libertad de expresión en la jurisprudencia Norteamericana ha sido evidente. Esto ayudo a diversificar la información que estaba en un sector tradicional¹⁴³ de la sociedad para luego ser regulada por el Estado a quién debía garantizar una información pública que genere debate plural y diverso.¹⁴⁴

2. Definición y elementos de la libertad de expresión

La libertad de pensamiento y expresión se explica a través del “(i) elemento volitivo interno, como le *secret de la pensée* y de la expresión como elemento emancipatorio de la palabra, de la revelación del otro”.¹⁴⁵ El primero se origina al interior de la persona no hay presiones externas, segundo, en cambio se exterioriza el pensamiento que se la expresa por ideas múltiples. Estas dos formas determinan el fundamento de la libertad de expresión tanto en el ámbito interno y externo.

En cambio, la definición de la libertad de expresión es “[...] el derecho de las personas a tomar la voz pública y hacer conocer a los demás lo que piensan o la información que posee”.¹⁴⁶ Entonces, la persona titular de derechos y obligaciones toma la voz y expresa lo que él o ella piensa o información de algún acto público o privado, en cualquier lugar o

¹⁴² Ibid., 31.

¹⁴³ Ibid., 38.

¹⁴⁴ Ibid., 42.

¹⁴⁵ Barbosa, “El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión”, 158.

¹⁴⁶ Damián Loreti y Luis Lozada, *El derecho a comunicar: Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas*, 1ª ed. (Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014), 25-26.

espacio. La voz se constituye en un derecho y garantía que bajo ciertas excepciones se regula jurídica y políticamente.

La Corte en el caso *Ricardo Canese vs Paraguay* ha dicho que:

[..] el papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se comienzan a tornar inoperantes y, en definitiva, se crea el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad.¹⁴⁷

La libertad de expresión se desarrolla en una sociedad democrática que diversifica el pluralismo y genera tolerancia entre ciudadanos y entre Estado y ciudadanos. Esto da cabida al control y denuncia de los actos de poder público, caso contrario, se crea un ambiente apropiado para un sistema autoritario. En una misma línea, la Opinión consultiva, “La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública”.¹⁴⁸

Libertad de expresión no es solo la defensa de la democracia, sino que es:

La individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir la información y hacerla llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles [...].¹⁴⁹ (Subrayado mío)

La Corte manifiesta que hablar o escribir no encierra todo el derecho a la libertad de expresión, sino hacer efectivo la difusión de la información de la mayoría de personas. En otras palabras, se constituye en un matrimonio inseparable: la expresión y difusión.

En este sentido, la Corte determina que no solo es individual el derecho sino que es social:

¹⁴⁷ Corte IDH, “Sentencia de 31 de agosto del 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, 23 de noviembre de 2010, párr. 86. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf.

¹⁴⁸ Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Corte IDH párr.: 30. Véase en el siguiente Link: http://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf.

¹⁴⁹ Corte IDH, “Sentencia de 6 de febrero del 2001 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, 6 de febrero del 2001, párr. 147. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf

[...] es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.¹⁵⁰ (Subrayado mío)

Lo que le interesa a la Corte es que el derecho no se quede enjaulado en lo individual, sino que trascienda a otra esfera, la más importante, la sociedad en general, al tener el derecho a cruzar ideas e información. Pero recalca, que el ciudadano común le asiste el derecho a saber lo que otros piensan, e incluso expresar sus ideas o la información que tenga. Criterio similar maneja la Opinión consultiva, “cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos”.¹⁵¹

Si la libertad de expresión es individual y social, y “[...] están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. [...]”.¹⁵² La Corte no se queda en un concepto individual y social, sino faculta a que pueda buscar, recibir y difundir ideas o información, esto otorga a los ciudadanos más derechos a la hora de ejercer y gozar de una libertad de expresión.

En esta línea la Relatoría Especial de la libertad de expresión manifiesta, “[...] el pleno respeto a la libertad de expresión, al acceso a la información pública y a la libre difusión de las ideas, fortalece la democracia y contribuye a un ambiente de tolerancia de todas las opiniones, a una cultura de paz y no violencia, y a fortalecer la gobernabilidad democrática [...]”.¹⁵³ Permite, dice la Corte, acceder a la información pública, fortalecer la democracia y la gobernabilidad, el fin es la tolerancia, respeto, paz y no violencia a ideas o información.

¹⁵⁰ *Ibíd.*

¹⁵¹ Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Corte IDH párr.: 30, http://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf.

¹⁵² *Ibíd.*

¹⁵³ CIDH. Informe Anual 2009. Capítulo III (Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009. Párr. 11. <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202009%201%20ESP.pdf>

Así, la interpretación que hace la Corte IDH y la Opinión Consultiva de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos¹⁵⁴ ha permitido desarrollar el concepto de libertad de expresión. Sin olvidar que hay otros instrumentos internacionales que el Estado ecuatoriano o la Corte IDH invocan para ahondar el contenido del derecho de la libertad de expresión, por ejemplo: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En otras palabras, estos instrumentos jurídicos que ponen límites a los Estados surgen posterior a la Segunda Guerra Mundial como garantías de la libertad, la igualdad y la dignidad de las personas frente al Estado.

Uno de esos cambios jurídicos en la esfera internacional de libertad de expresión es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.² Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir, y difundir información e idea de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.¹⁵⁵ Es decir, el derecho abarca la facultad del ciudadano de buscar, recibir, y difundir ideas o información, tal como lo había establecido la Corte en el caso referido. Y añade, no será molestado por sus ideas o información.

Similar redacción realiza la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.¹⁵⁶ La Convención considera un derecho a la libertad de pensamiento y expresión, igual que el Pacto, sin embargo, se expresa que se puede ejercer por cualquier procedimiento (medios digitales).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre del 1948. “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causas de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones,

¹⁵⁴Barbosa, “El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión”, 157.

¹⁵⁵ Jessica Espinoza, *Aplicación Directa de los Convenios Internacionales de Derechos Humanos en el Ecuador*, (Quito: FORUM, 2013), 36.

¹⁵⁶ Espinoza, “Aplicación Directa de los Convenios Internacionales de Derechos Humanos en el Ecuador”, 69.

y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.¹⁵⁷ El Pacto, la Convención y la Declaración tienen similar redacción y buscan proteger por diversos medios la libertad de pensamiento y expresión.

En la misma dirección se recogió la Constitución ecuatoriana en el artículo 66 No 6 “El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones”.¹⁵⁸ No difiere a lo expresado en el Pacto, la Convención y la Declaración al considerar el derecho a la libertad de expresión y pensamiento. En un mismo sentido, la Ley Orgánica de Comunicación expresa en el artículo 17, “Todas las personas tienen derecho a expresarse y opinar libremente de cualquier forma y por cualquier medio, y serán responsables por sus expresiones de acuerdo con la ley”.¹⁵⁹

3. Núcleo esencial

Los derechos tienen un núcleo esencial que en principio no puede ser dispuesto por ninguna autoridad pública, de hacerlo no debe lesionar el núcleo, destinatario llamado a precautelar su esencia es legislador y el juez. Sobre la libertad de expresión, José Solozábal al citar a Dworkin expresa lo siguiente:

Que el derecho a la libertad de expresión *deriva de la idea de la dignidad de la persona humana y de su derecho a un trato que no desmerezca de esa dignidad*. Un hombre a quien se le impide o dificulte la comunicación libre con los demás es tratado indignamente, vejado en su auténtica condición, pues el hombre es un ser comunicativo y locuaz, a quien no se le puede callar, contra su voluntad, condenándole al aislamiento y al empobrecimiento espiritual.¹⁶⁰ (Cursiva mía)

El núcleo esencial de la libertad de expresión gira alrededor de la dignidad humana. No se puede prohibir la expresión de ideas o información esto atentaría a la naturaleza humana. Entonces, hay un trato dignamente cuando respeta y garantiza normativamente el

¹⁵⁷ Espinoza, “Aplicación Directa de los Convenios Internacionales de Derechos Humanos en el Ecuador”, 9.

¹⁵⁸ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, art. 66 núm. 6.

¹⁵⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Comunicación*, Registro Oficial Suplemento 22 de junio del 2013, art. 17.

¹⁶⁰ Juan José Solozábal Echeverría, “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 2011 No 32 (1991): 78. en <file:///C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-LaLibertadDeExpresionDesdeLaTeoriaDeLosDerechosFund-79437.pdf>.

libre flujo de ideas o expresiones por cualquier medio público, privado o digital. De no ser así, el derecho se vuelve esclavo del espíritu y la voluntad, y convierte a la persona en objeto carente de dignidad.

En esta línea, Damián Loreti al citar a Eduardo Bertoni expresa que la dignidad humana protege la libertad de expresión, es un componente esencial de la democracia correctamente concebida¹⁶¹ en un Estado de derecho. Dignidad que se materializa en la libertad de expresión como expresión misma de la democracia, al punto que si se viola la libertad se estaría vulnerando la dignidad. Y esto ocasionaría un retroceso a la obligación que tiene el Estado de promover y proteger la libertad de expresión, y por ende a la dignidad humana que encierra todo el desarrollo del derecho. Dignidad que se constituye en límite al legislador y juez.

La dignidad implica convertir en persona al titular del derecho, “Que el conjunto de derechos de tipo personal, por un lado, y los deberes, por el otro, deben permitir al ser humano llegar a ser persona, serlo y seguir siéndolo. Está garantía específica, de los ámbitos vitales, del ser persona, de la identidad, encuentra la dignidad humana su lugar central: el cómo el ser humano llega a ser persona nos ofrece indicios de los que sea la dignidad humana [...]”.¹⁶²

Una vez que el individuo pasa a ser persona titular de derechos y garantías, corresponde al “Estado constitucional la realización de la dignidad humana haciendo a los ciudadanos sujetos de actuación. En este sentido, la dignidad humana es la bibliografía desarrollada y en desarrollo de la relación entre Estado y ciudadano [...]”.¹⁶³ Y una forma de hacer sujetos de actuación a las personas en cuanto a su relación es respetando la dignidad representada a través de la libertad de expresión.

Por ello, “los seres humanos somos iguales en la medida que todos somos portadores de una dignidad común. Por encima de todas las diferencias que nos individualizan y nos distinguen a unos de otros, hay algo que nos equipara y que nos distingue a todos los seres humanos si excepción de los demás individuos del reino animal. Ese algo es la dignidad humana”.¹⁶⁴

¹⁶¹ Loreti “El derecho a comunicar”, 59.

¹⁶² Haberle Peter, Estado Constitucional, (Lima: PUCP/IIJ-UNAM, 2003), 70.

¹⁶³ *Ibid.*, 71.

¹⁶⁴ Javier Pérez Royo, La igualdad constitucional o el derecho a la diferencia, en Curso de Derecho Constitucional, Lección 11 (Madrid: Marcial Pons, 2007), 246.

Es decir, todos, sin excepción alguna portamos la dignidad humana. “En cuanto todos somos portadores de voluntad propia todos somos iguales. Esto es lo que tenemos en común y es esto es lo que consiste la dignidad humana”.¹⁶⁵ Si no se entiende así a la dignidad “No se puede tolerar ninguna situación en la que un individuo sea privado de esa dignidad humana consistente en tener voluntad propia y degradado a una condición exclusivamente animal, esto es, puramente instrumental”.¹⁶⁶

Esto significa que la voluntad propia está representado en la dignidad humana. Libertad de expresión que tiene como núcleo esencial la dignidad, es decir, en considerar a la persona con voluntad propia igual sin excepción alguna, esto es, tenga derecho a buscar, recibir y difundir sus ideas diversas por cualquier medio. La igualdad se basa en la dignidad y ésta irradia a la libertad de expresión.

En algunos casos la Corte Interamericana se ha referido a la forma como la persona dotado de dignidad e igualdad puede hacer efectivo su derecho a la libertad de expresión, sea [...] oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección [...].¹⁶⁷ En donde el Estado respetará la voluntad propia o dignidad que le asiste a la persona humana.

Y recalca la Corte IDH, “con respecto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”.¹⁶⁸ Cuando la Corte se refiere a contenido del derecho de libertad de expresión, está expresando que la persona se la considera digna e igual, y su voluntad no puede ser mancillada.

El Relator de Libertad de Expresión manifiesta que la libertad de expresión es un derecho humano¹⁶⁹ al estar dotado de dignidad e igualdad a la persona para el goce y ejercicio

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Corte IDH, “Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Palmara Iribarne vs. Chile*, 22 de noviembre de 2005 párr.71. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf.

¹⁶⁸ Corte IDH, “Sentencia de 2 de julio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2 de julio 2004 párr. 108. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf.

¹⁶⁹ OEA, Edison Lanza, Relator Especial Para la libertad de expresión, Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, vol.2 <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2017/docs/AnexoRELE.pdf>. 11.

de las libertades. Un similar criterio otorga el *informe anual* del año 2002 por parte del Relator Eduardo Bertoni acerca al contenido de la libertad de expresión:

La libertad de expresión es uno de los derechos más valorados en una democracia. [...] Algunos entienden que la libertad de expresión y la democracia no están conectadas instrumentalmente, es decir, que la primera no es un instrumento de la segunda, sino que, *la dignidad humana que protege la libertad de expresión es un componente esencial de la democracia concebida correctamente*.¹⁷⁰(Cursiva mía)

La dignidad humana que irradia de contenido jurídico normativo al derecho de libertad de expresión, así lo considera la doctrina, la Corte IDH, la Relatoría, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos que reconoce a la dignidad¹⁷¹ como elemento esencial del derecho. Nuestra Constitución sobre la dignidad ahonda un poco más, determina que la dignidad humana pueden desprenderse derechos que incluso no estén tipificados en la norma o instrumento.¹⁷²

3.1. Restricción y límites a la libertad de expresión

Sin duda que no hay derechos absoluto de ahí que el legislativo se encarga de restringir un derecho. Por ello el derecho a la libertad de expresión tiene su límite en la ley y su garantía en la Constitución e instrumentos internacionales. De igual forma, hay informes, declaraciones, resoluciones o sentencias como las resueltas por la Corte IDH o Relatorías que han aportado al límite y tutela de la libertad de expresión.

Antes de analizar la regulación en el ámbito internacional hay que ver la función que cumple la igualdad como límite a la libertad de expresión. Así, Barbosa expresa que, “dentro de la libertad se encuentra la igualdad como elemento natural para la aplicación de la libertad de pensamiento y expresión [...] gracias a la limitación de la libertad de pensamiento y expresión por virtud del derecho a la igualdad se respeta la libertad de pensamiento y

¹⁷⁰ OEA, Eduardo Bertoni, Informe Anual del Relator Especial de la Libertad de Expresión 2002, párr. 7, Introducción, en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=138&IID=2>.

¹⁷¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, 1969, art. 11.

¹⁷² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11 núm. 7.

expresión de todas las personas”.¹⁷³ Igualdad que es el termómetro que regula y limita el ejercicio y goce de la libertad de expresión.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano establece, “XI. Puesto que la comunicación sin trabas de los pensamientos y opiniones es uno de los más valiosos derecho del hombre, todo ciudadano puede hablar, escribir y publicar libremente, teniendo en cuenta que es responsable de los abusos de la libertad en los casos determinados en la ley”.¹⁷⁴ Y uno de esos abusos es no respetar el honor de otra persona, siempre que se respete el principio de legalidad en donde se determina el tipo y la sanción.

El Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos expresa, “1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.¹⁷⁵ En este sentido el legislador establece como delito a la persona que incite a armarse,¹⁷⁶ el constituyente prohíbe en rango constitucional la discriminación por etnia, raza o religión y más,¹⁷⁷ e incluso es delito la apología, odio y discriminación.¹⁷⁸ Estas expresiones no pueden ser toleradas en sociedades democráticas y en la mayoría de casos se usa al derecho penal para limitar estas expresiones.

Recalca el Pacto Internacional que la libertad de expresión debe estar sujeta a ciertas reglas de responsabilidad:

¹⁷³ Barbosa, “El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión”, 158.

¹⁷⁴ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789.

¹⁷⁵ ONU, Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión, por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXX), 16 de diciembre de 1966.

¹⁷⁶ Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, art. 348. La persona que promueva la discordia entre los ciudadanos, armando o incitando a armarse unos contra otros, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

¹⁷⁷ “Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación”.*

*Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, art. 11 núm. 2.

¹⁷⁸ “La persona que cometa actos de violencia física o psicológica de odio, contra una o más personas en razón de su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”.*

* Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento, No 180, 10 de febrero del 2014, 176, 365 y art. 177.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) *Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás*; b) *La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas*.¹⁷⁹ (Cursiva mía)

Así, el Pacto Internacional protege la reputación al igual que lo hace la Constitución al garantizar el derecho al honor, y restringe la libertad de expresión por medio del delito de calumnia o injuria. Estas restricciones deben estar en la ley, sea para proteger el orden público, la salud o la moral pública o la seguridad nacional. La Relatoría sobre la seguridad nacional ha determinado que se debe cumplir tres presupuestos: “a) debe estar relacionada con uno de los objetivos legítimos que la justifican; b) debe demostrarse que la divulgación de la información efectivamente amenaza causar un perjuicio sustancial a ese objetivo legítimo; y c) debe demostrarse que el perjuicio al objetivo es mayor que el interés público en contar con la información”.¹⁸⁰

La Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa, “2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores”.¹⁸¹ Hay responsabilidad ulterior si existen restricciones al contenido de la expresión que no solo se dirige al honor sino que se extiende a la seguridad, la salud o moral pública y orden público. Cada limitación debe ser razonada y fundamentada y estar en la ley.

La Convención, al igual que el Pacto Internacional prohíbe la guerra y toda apología de odio nacional, racial o religioso a cualquier persona o grupo de personas, así, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.¹⁸² Es decir, nuestro sistema penal, como se indicó antes, determina el tipo penal y la sanción cuando las expresiones se adecuan a estos tipos penales. Es una forma de limitar el contenido de la expresión en el campo penal.

Claro, no se llama restricción cuando hay abuso de medios oficiales al otorgar frecuencias o controles oficiales y más, con acciones u omisiones indirectas; tampoco, existe

¹⁷⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 19 núm. 3. literal a y b).

¹⁸⁰ CIDH, Informe Anual 2010, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo III (Acceso a la información sobre violaciones de derechos humanos).

¹⁸¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 13.

¹⁸² *Ibíd.*, art. 13 núm. 5.

restricción cuando la censura está permitida por razones legítimas.¹⁸³ En otras palabras, hay restricción al derecho de libertad de expresión cuando no se constituyan en acciones indirectas a obstaculizar ideas o información; por otro lado, la censura se permite si el objetivo es la defensa valores superior al que se pretende restringir.

En palabras del profesor Fiss, “una falta de intervención estatal se convierte en una forma de violación de la libertad de expresión por omisión que conduce a una grave distorsión del debate público, impide el autogobierno de la ciudadanía y viola el principio de igualdad ante la ley”.¹⁸⁴ La restricción al derecho de libertad de expresión se constituye en un clamor social legítimo, permite una igualdad ante la ley, todo ciudadano pueden expresar ideas o pensamientos o difundir información, en aras de que la sociedad conozca la suya y pueda ser criticado. O sino, el debate público se fulmina.

De este modo, la limitación en nuestro orden jurídico se encuentra desde lo administrativo, así reza la Ley Orgánica de Comunicación en el Capítulo II “Derechos de Comunicación” Sección I “Derechos de libertad” art. 18 “Derecho a la libertad de expresión y opinión.- Todas las personas tienen derecho a expresarse y opinar libremente de cualquier forma y por cualquier medio, y serán responsables por sus expresiones de acuerdo con la ley.”¹⁸⁵ Esta responsabilidad pone límites a las expresiones.

La limitación no solo es en el ámbito administrativo sino que opera en el campo penal. El artículo 182 Código Orgánico Integral Penal, “La persona que, por cualquier medio, realice una falsa imputación de un delito en contra de otra, será sancionada con una pena privativa de libertad de seis meses a dos años”.¹⁸⁶ Se sanciona a expresiones que imputen un delito determinado sin sustento fáctico.

Igual, en el artículo 396 No 1 “Será sancionada con una pena privativa de libertad de quince a treinta días: La persona que, por cualquier medio, profiera expresiones en descrédito o deshonor en contra de otra. No será punible si las expresiones son recíprocas en el mismo acto”.¹⁸⁷ En este caso es una contravención penal, se diferencia de la anterior por la pena, en

¹⁸³ *Ibíd.*, art. 13 núm. 3 y 4.

¹⁸⁴ Owen Fiss, “efecto silenciador de la libertad de expresión”, en *Revista de Teoría y Filosofía del derecho Isonomía*, n 4, abril (1996): 18-27.

¹⁸⁵ Ecuador, Ley Orgánica de Comunicación, Registro Oficial Suplemento 23 del 25 de junio 2013, art. 12.

¹⁸⁶ Ecuador, “Código Orgánico Integral Penal”, art. 182.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, art. 396 núm. 1.

cualquier de los casos, es una forma de restringir la libertad de expresión, siempre que la dignidad e igualdad no sea menoscabada.

3.2. Censura previa-limite a la libertad de expresión

La censura previa es una forma indirecta de limitar la libertad de expresión que en el pasado fue aplicada de forma discrecional por la monarquía absoluta y la república. Así, en la actualidad es un instrumento jurídico que tiene el poder público Estatal para limitar la libertad de expresión en casos excepcionales. Se define:

Como el acto que permite impedir, obstruir u evitar la circulación de información de toda especie, sin consideración de fronteras [...] mientras que en el caso de la censura, la información no llega al público, lo que implica una no circulación. Las causas de la utilización de la censura son el orden público y las buenas costumbres, las cuales le permiten al Estado tener un margen de apreciación frente a la utilización de este mecanismo.¹⁸⁸

El Estado tiene la potestad de impedir que cierta información circule de manera abierta y pública, siempre y cuando afecte a valores o costumbres necesarias en una sociedad democrática. Es decir, la censura debe ser racional y legítima, y no puede constituirse en una violación arbitraria e ilegítima a la libertad de expresión, la censura procede bajo parámetros de constancias legales.

De ahí, la doctrina clasifica a la censura en directa e indirecta. La primera impide la circulación de información y comunicación, como: libros, emisiones televisivas o de radio, publicaciones a través de la prensa o cualquier otra que tenga como objeto la interdicción de la información determinada. La segunda, el acto Estatal que intenta controlar a medios de comunicación o información impidiendo su expresión e relación al contenido para evitar sanciones legales.¹⁸⁹ Es decir, la una ataca a la libertad de expresión de un sujeto determinado para evitar la circulación, la otra, va dirigida a los medios de comunicación y el deber que tienen de controlar en el contenido de la información.

En la Convención IDH se encuentra la censura de forma explícita en el artículo 13 numeral 2 al prohibir espectáculos públicos si afecta a la moral de la infancia y adolescencia,

¹⁸⁸ Barbosa, “El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión”, 228.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, 229.

en su numeral 5 prohíbe toda propaganda encaminada a favorecer una guerra y apología del odio nacional, racial o religioso, por otro lado, se prohíbe la violencia contra personas o grupos de cualquier raza, color, religión, idioma u origen nacional.¹⁹⁰ De ahí, la censura en la norma invocada no es taxativa sino enunciativa al punto que se diga que la censura en la Convención es parcial.¹⁹¹

La censura debe estar en la ley y ser jurídicamente necesaria, con el fin de alcanzar el ideal máximo del Estado, el respeto de derechos o reputación de todas, y tutelar la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral.¹⁹² La Corte IDH al interpretar la Convención ha dicho que esta forma de censura no protege discursos que sean violatorias de valores o costumbres en espectáculos públicos.

La Corte IDH en el caso Última Tentación de Cristo ha dicho:

Es importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece *una excepción a la censura previa*, ya que permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. *En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.*¹⁹³(Cursiva mía)

La Corte ratifica que hay valores imprescindibles que no pueden ser menoscabo por ninguna persona, así se alegue que el discurso está dentro de libertad de expresión. Se permite censurar su acceso a favor de la infancia y adolescentes, que en un espectáculo público pueda afectarse sus derechos. En definitiva, la Corte es enfática en determinar una protección rigurosa a ciertas personas vulnerables como son niños y adolescentes.

De ahí hay discursos que prohíbe la Convención. “La incitación directa y pública al genocidio, proscrita tanto a nivel del derecho internacional convencional -por el artículo III-c) de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio- como del derecho internacional consuetudinario”.¹⁹⁴ Constituye una censura legítima y racional, frente al que pretendan usar al genocidio como plataforma ideológico o político, en aras de cautivar al público. Estos discursos han sido nefastos para la humanidad.

¹⁹⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 13, núm. 2 y 5.

¹⁹¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 13.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ CIDH, “la Última Tentación de Cristo vs. Chile”, párr.70.

¹⁹⁴ Informe de la Relatoría de la Libertad de Expresión de la CID, 2008, 135, en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202008%201%20ESP.pdf>.

Esto ha obligado a que los Estados armen un sistema jurídico que sea capaz de limitar ciertas expresiones como incitar al genocidio, de crímenes de lesa humanidad o de guerra¹⁹⁵ que en principio puede originarse en un discurso para luego materializarse. Sin embargo, eso no significa que el simple discurso sea delito. A pesar de ello, nuestra legislación tipifica el tipo penal de genocidio (art.79 Coip), de crímenes de lesa humanidad (art. 89 Coip) la que debe cumplir ciertas categorías penales. En cambio, hay tipos penales como el tráfico de órganos o pornografía infantil (art. 97 y 104 Coip) que entre otros verbos tiene a la publicidad como elemento constitutivo del tipo.

En fin, en cualquier caso, nuestro legislador ha tipificado el delito de apología¹⁹⁶ que una persona pueda hacer acerca de un delito o una sentencia determinada. Y los delitos que con mayor frecuencia pueden caer en un discurso apológico son aquellos delitos que he referido en líneas anteriores como el delito de genocidio, de lesa humanidad, de odio o discriminación u otro que lesione la integridad física y sexual. En definitiva, hay discursos que no caen en la protección del derecho a la libertad de expresión, y ha sido el campo del derecho penal el encargado de regular, además, de existir un tipo penal específico de apología que sanciona cualquier discurso que haga de un delito o sentencia.

En relación a la censura indirecta, ésta se encuentra en el artículo 13 numeral 5 de la Convención: “No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquier otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.¹⁹⁷ Es una potestad Estatal otorgar permisos o autorizar a personas naturales o jurídicas el funcionamiento de la radio o televisión, y más, pero no puede constituirse en censura indirecta.

La Declaración de principios sobre la libertad de expresión ha dicho que el Estado tiene prohibido utilizar las frecuencias y más, con el fin de incidir en la línea informativa:

La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el

¹⁹⁵ Barboza, “El margen racional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión”, 238 y 239.

¹⁹⁶ Ecuador, “Código Orgánico Integral Penal”, art. 365.

¹⁹⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 13 núm. 3.

objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley [...].¹⁹⁸

La censura indirecta prohíbe al Estado realizar actos encaminados a lesionar la difusión de ideas o información, de darse, se lesiona la libertad de expresión. En consecuencia, el poder público no debe utilizar de forma desproporcionada la publicidad en el ámbito oficial o imponer al sector privado, tampoco puede, otorgar frecuencias con el afán de persuadir a mantener una línea de comunicación a favor del Estado, entre otras.

Censura indirecta que ha evolucionado de la forma clásica de informar a la sociedad en general, ahora: hay empresas de telecomunicaciones, proveedores a acceso de internet, proveedores de Hosting (alojamiento de datos), las plataformas de web (blog, plataformas de video, fotos y más), y directores y buscadores de internet.¹⁹⁹ Estas nuevas tecnologías por medio de leyes, actos administrativos o judiciales pueden estar dirigidas a impedir el acceso a información.

Por ello, el Relator de Especial de Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de libertad de expresión, ha dicho que el internet es un medio de comunicación democrático, al otorgar a las personas en general el acceso a fuentes de información y su participación.²⁰⁰ En igual sentido, se ha pronunciado la Relatoría, al decir que el internet es un instrumento que fortalece el sistema democrático y permite el pleno ejercicio de la libertad de expresión y su participación, además, es eficaz en la promoción y difusión de los derechos humanos.²⁰¹ Estas nuevas tecnologías pueden ser proclives a que el Estado no permita que la información salga al público, y obstaculice el ejercicio libre y la participación democrática de los ciudadanos.

3.3. Responsabilidad ulterior-límite a la libertad de expresión

¹⁹⁸ Declaración de principios sobre libertad de expresión, principio 10.

¹⁹⁹ Barboza, “El margen racional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión”, 244.

²⁰⁰ Organización de Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, Informe 2000.

²⁰¹ CIDH, Información Anual 1999.

La responsabilidad ulterior según el artículo 13 de la Convención ADH se la puede definir como la consecuencia jurídica por el daño causado²⁰² a una persona natural o jurídica determinada. Depende del sistema jurídico de cada Estado regular la responsabilidad, en nuestro caso, el legislador tipifica el delito de calumnia (art. 182 Coip) y la contravención de injuria (art. 396 numeral 1 Coip). Sin perjuicio de las sanciones administrativas que constan en la Ley de Comunicación dirigidas a periodistas o comunicadores o propietarios.

La Relatoría de la libertad de expresión determina que las restricciones a la libertad “[...] para ser legítimas, se aplica tanto a las leyes que las establecen como tales, como a las decisiones y actos administrativos, judiciales, policivos, o de cualquier otra índole que les materializan, es decir, a toda manifestación de poder estatal que incida sobre el pleno ejercicio de la libertad de expresión”.²⁰³ Es decir, la legitimidad consiste en que la conducta que se busca restringir ha de encontrarse imperiosamente en una regla jurídica, que sirve de sustento para toda autoridad administrativa o judicial u otra.

La Corte determina los parámetros para no afectar el derecho de libertad de expresión al momento de establecer la responsabilidad, caso Herrera Ulloa vs Costa Rica se dijo:

[...] Para poder determinar responsabilidades ulteriores es necesario que se cumplan tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática.²⁰⁴

La Corte expresa que la responsabilidad debe estar determinada en la ley de forma clara, pública y previa, de manera formal y material. Es el principio de legalidad del Derecho penal liberal. Por ello, la reputación se hace con base al principio de proporcionalidad sea en abstracto (crea la ley) o concreto (caso concreto), así, la necesidad se refiere a uno de los elementos de la proporcionalidad.

De igual manera, la Corte IDH utiliza como fuente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca de la interpretación que ha hecho del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos sobre el principio de necesidad que consiste en que no es suficiente que sea útil o razonable u oportuna, sino que debe satisfacer un interés

²⁰² Barboza, “El margen racional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión”, 208.

²⁰³ Informe de la Relatoría de libertad de expresión de la CIDH de 2008, 136, en www.cidh.org

²⁰⁴ CIDH, “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” Párr. 120.

público imperiosa o la existencia de una sociedad imperiosa.²⁰⁵ Por ello, cuando se habla de necesidad debe ser legítima e imperiosa en una sociedad democrática.

La proporcionalidad a través del principio de necesidad expresa: una, el grado de afectación del derecho contrario, grave, intermedia, moderada, dos, la importancia de satisfacer el derecho contrario, y tres, si la satisfacción del derecho contrario justifica la restricción de la libertad de expresión.²⁰⁶ Estos grados de afectación guardan armonía con la postura que mantiene Robert Alexy en cuanto a la interferencia que se haga al derecho que se pretender restringir para satisfacer otro de igual jerarquía.

De ahí, la Corte al interpretar la Convención expresa que debe tomarse en cuenta estos elementos: 1, la necesidad de la medida utilizada, cuanto ha causado un daño grave a bienes jurídicos que sea necesario la intervención penal; 2, estricta proporcionalidad en la medida, será cuando la limitación no resulte exagerado o desmedido, que se demuestre una satisfacción al derecho de reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libertad de expresión.²⁰⁷ La primera, se usa la medida que cause efectos mínimos al derecho intervenido, la segunda, una ponderación de derechos o principios que permita la satisfacción del derecho en relación a otro, con fundamento en el pesos abstracto y concreto.

Y la Corte reitera que, “[...] la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.²⁰⁸ Restricción siempre que la necesidad y la proporcionalidad se apegan a la justicia y a objetivos legítimos. Por ello, se debe considerar a la libertad de expresión como eje esencial para la existencia democrática al generar debate y libertad ideas o información de interés público.

4. Que ha dicho la Corte sobre las expresiones contra funcionarios públicos

La Corte sienta precedente jurisprudencial de expresiones dirigidas a funcionarios de gobierno, por parte de ciudadanos que son parte o no de un medio de comunicación. Sobre estos la Corte IDH manifiesta:

²⁰⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva n. 5 La colegiatura de periodistas, párr. 39

²⁰⁶ Informe de la Relatoría de la libertad de expresión de la CIDH de 2008, 142 www.cidh.org

²⁰⁷ Corte IDH, “Caso Ricardo Canese vs Paraguay”, Sentencia de 8 de mayo de 2008.

²⁰⁸ *Ibíd.*, párr.83.

[...] los límites de críticas aceptables son más amplios con respecto al gobierno que en relación a un ciudadano privado o inclusive a un político. En un sistema democrático las acciones u omisiones del gobierno deben estar sujetas a exámenes rigurosos, no sólo por las autoridades legislativas y judiciales, sino también por la opinión pública. (Traducción no oficial).²⁰⁹

La Corte expresa que las acciones u omisión de funcionarios públicos en su ejercicio de funciones están sujetas a críticas. Esto significa que la persona investida de poder político está en la obligación moral y jurídica de aceptar críticas y tolerarlas, su gestión pública pasa por el escrutinio ciudadano que da origen al debate público de forma positiva o negativa. De lo contrario, la democracia se desvanece al tener como fundamento la opinión pública y el debate plural y diverso.

El caso la Última tentación de Cristo, la Corte hace suya la interpretación realizada por la Corte Europea de Derechos Humanos, manifiesta:

[...] El artículo 10.2 [de la Convención Europea de Derechos Humanos]¹⁷ *es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población.* Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una ‘sociedad democrática’. Esto significa que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue.²¹⁰ (Cursiva mía)

Los funcionarios públicos se someten a críticas: buenas o malas, perjudican o favorezcan, negativas o positivas, al girar su ejercicio público alrededor del escrutinio ciudadano. De ahí, la información o ideas generan en la sociedad un ambiente de pluralismo y tolerancia que otorga un alto grado de legitimidad a la gestión pública. Caso contrario, la libertad de expresión al sostenerse en la democracia corre el riesgo de desaparecer.

No obstante, la Corte ha mantenido coherencia con la interpretación que hace la Corte Europea de Derechos Humanos al referirse a la crítica de personas que aspiran u ocupan cargos públicos, en tal razón ha dicho, “Los límites de la crítica aceptable son, por tanto, respecto de un político, más amplios que en el caso de un particular. A diferencia de este

²⁰⁹ Corte IDH, “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú”, Sentencia 6 de febrero del 2001, párr. 155.

²¹⁰ Corte IDH, “Sentencia de 5 de febrero del 2001 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Última tentación de Cristo, Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, 5 de febrero del 2001, párr. 69. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf.

último, aquel inevitable y conscientemente se abre a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia”.²¹¹

En este caso, muy bien señala, que las preguntas pueden venir de periodistas o de cualquier otro sector acerca de su vida privada o pública actual y presente, debe hacerse con base en la tolerancia, el cargo que aspira ocupar demanda por su naturaleza esa clase de opiniones o criterios incluso infundadas. Esta es la gran diferencia con el político del particular.

La Corte cuando refiere a que las expresiones pueden ser a favor y en contra lo hace en el sentido que las ideas o información generan debate público. En el caso Herrera Ulloa vs Costa Rica se dijo:

[...] las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático [...].²¹²

Si la información o ideas son de interés público y genera debate público plural y diverso de los ciudadanos, acerca de la función o gestión que cumple el funcionario, no se debe permitir que la expresión sea restringida o coartada de forma arbitraria e irracional. Su consecuencia es predecible y fatídico al punto que la democracia se materializa a través del debate de información de interés público, ayuda a que la democracia subsista.

En esta misma línea se dice que todo límite arbitrario e irracional repercute en el debate público, la Corte ha expresado lo siguiente:

Es así que el acento de este umbral diferente de protección 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. *Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público.*²¹³ (Cursiva mía)

²¹¹ Corte IDH, “Sentencia de 2 de julio 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2 de julio 2004 párr.125. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

²¹² *Ibíd.*, párr. 128.

²¹³ *Ibíd.*, párr. 129.

Debate e interés público viene a constituir la piedra angular en donde descansa la libertad de expresión de los ciudadanos en una sociedad democrática. El funcionario público que acepta un cargo o ejercer uno de elección popular se expone al escenario del ojo público. Cuando la Corte menciona el umbral o margen de aceptación a la crítica, se refiere a que la personalidad del funcionario no es de importancia sino sus actos relacionados a la función pública que desempeña, al ser de interés social y no privado.

Las Corte ratifica y dice lo siguiente respecto a la opinión pública:

El control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático⁶⁵. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público.²¹⁴

La forma de controlar democráticamente la transparencia de los gobernantes es por medio de la información o ideas que sean conocidas y debatidas por la mayoría de ciudadanos. Esto es, a mayor debate de información de interés público menor grado de corrupción se genera, es decir, la crítica constante fomenta el autocontrol de funcionarios públicos. Y, ayuda de forma implícita a que la tolerancia y el pluralismo gobiernen las acciones u omisiones de personas que ejercen el poder público.

De ahí, la libertad de pensamiento y expresión tenga un lazo fuerte e irrompible con la democracia, según Francisco Barbosa, “ese vínculo entre la democracia y la libertad de pensamiento y expresión [...] (i) la noción del debate de interés público como elemento esencial de la democracia y (i) la libertad de pensamiento y expresión como condición de la existencia de otros derechos dentro de una democracia”.²¹⁵ El primero, es la esencia de la democracia al permitir que la información sea conocida por los particulares y se ahonde en el debate, la diversidad y el pluralismo. El segundo, da paso a que se puede disfrutar de otros derechos y ejercerlos dentro de una democracia.

Las opiniones expresadas por un ciudadano de un hecho o acto público constituyen según la Corte:

²¹⁴ Corte IDH, “Sentencia de 2 de mayo 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Kimel vs Argentina*, 2 de mayo de 2008, párr. 87, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf.

²¹⁵ Barbosa, “El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión”, 164.

Las opiniones vertidas por el señor Kimel no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor.²¹⁶

La opinión o criterio son apreciaciones subjetivas de valoraciones que hace el sujeto de actividades o actos que realizada el funcionario público en funciones. La premisa de querer sancionar valoraciones u opiniones no se puede exigir prueba o veracidad de las afirmaciones, opera solo en relación a hechos, en caso de hacerlo lesionaría a la libertad de expresión y pensamiento, pues, bloquea la información de interés público que es parte sustancial de debate público.

La Corte ha sido explícita al señalar, “Las anteriores consideraciones no significan, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático [...]”.²¹⁷ Se tutela el honor del funcionario si se permite que la crítica sea abierta y plural acerca de información de interés público. Igual criterio maneja la Corte en cuando a un particular, “Asimismo, la protección de la reputación de particulares que se encuentran inmiscuidos en actividades de interés público también se deberá realizar de conformidad con los principios del pluralismo democrático”.²¹⁸ En ambos casos se busca el debate público.

La Declaración de principios sobre libertad de expresión ha dicho, “Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como “leyes de desacato” atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información”.²¹⁹ La declaración ratifica que el escrutinio social es un más intenso en personas que ejercen cargos públicos, al permitir que fluya información de interés pública y sea debatida. Se prohíbe leyes de desacato al usarse en su mayoría por gobiernos carente de un sistema democrático.

²¹⁶ Corte IDH, Caso Kimel vs Argentina de 2 de mayo 2008, párr. 93.

²¹⁷ Corte IDH, “Sentencia 31 de agosto de 2004 (Fondos, Reparaciones y Costas)”, *Caso Ricardo Canese vs Paraguay*, 31 de agosto de 2004, párr. 100, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf

²¹⁸ *Ibíd.*

²¹⁹ Declaración de principios sobre la libertad de expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, principio 11, <https://www.cidh.oas.org/basicos/declaracion.htm>.

En igual sentido, la Carta Democrática Interamericana, “Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”.²²⁰ A su vez, la libertad de expresión en su conjunto con la democracia se llega materializar de forma que fluya el control de los ciudadanos acerca de la transparencia de las instituciones del Estado. La libertad de expresión y la democracia cumplan su función de proteger al ser humano frente al poder público.

4.1. Criminalización de la libertad de expresión

En el Código Orgánico Integral Penal se encuentra regulado la conducta y la sanción de quien atente a la libertad de expresión: “Art. 183. Restricción a la libertad de expresión.- La persona que, por medios violentos, coarte el derecho a la libertad de expresión, será sancionado con una pena privativa de libertad de seis meses a dos años”.²²¹ Así como se tutela y restringe la libertad de expresión se ha visto necesario que el legislador al sancionar penalmente a la persona que utilice medios violentos en ras de bloquear la libre circulación de ideas o expresiones.

El problema radica en la redacción amplia y ambigua al momento de determinar la conducta típica, pues el principio de legalidad y taxatividad obligan jurídicamente al Estado que determine con claridad específica el tipo, sin dejar espacio a interpretaciones arbitrarias, y evitar la ambigüedad y vaguedad. Esto genera seguridad jurídica. Este problema no es solo de la libertad de expresión, sino del derecho al honor en cuanto a la redacción del tipo.

El problema es similar en cuanto a la injuria contravencional y el delito de calumnia. La redacción en estos tipos penales es amplia y ambigua que deja abierta la puerta a un subjetivismo arbitrario judicial. Por eso, la Relatoría sobre la libertad de expresión se ha pronunciado acerca de la ley penal que regula tanto el delito de calumnia y la contravención de injuria según consta en nuestro COIP.

²²⁰ Carta Democrática Interamericana, Aprobada en la primera sesión plenaria celebrada el 11 de septiembre de 2001, art. 4. http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm.

²²¹ Ecuador, “Código Orgánico Integral Penal”, art. 183.

La Relatoría²²² ha dicho que el artículo 182 del COIP, al no permitir al procesado que use las pruebas de una sentencia en firme declarando inocente, sobreseimiento o archivo, no cumple con el presupuesto de necesidad y se convierte la intervención en excesiva a favor del honor. Por otro lado, el artículo 396 del COIP ha expresado que es ambigua y vaga, por lo que repercute en un efecto negativo, disuasivo e inhibitorio. Así, la Relatoría manifiesta que se viola el principio de necesidad y lesiona el principio de legalidad y taxatividad.

Carlos Bernal Pulido expresa: “una intervención penal en derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, y que sea más benigno con el derecho afectado”.²²³ Se exige que antes de ingresar al campo penal se considere el ámbito civil o administrativo.

4.2 La libertad de expresión en la Constitución ecuatoriana

La libertad de expresión es un derecho constitucional al igual que el derecho al honor. Existen instrumentos internacionales como es la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, o las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han tratado la libertad de expresión. Se ha dicho que la democracia tiene un componente individual y social, y que es la existencia misma de la libertad de expresión, porque permite a la información de interés público sea conocida y genere debate social.

En nuestra Constitución se determina, “El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones”²²⁴ de forma que nadie puede, en principio, impedir a una persona pueda expresar sus ideas o pensamientos u opiniones por cualquier medio público o privado. Este derecho se encuentra dentro de los derechos de libertad que protege a la persona y las diversas formas que pueda expresarse.

Es un derecho que puede ser ejercido de forma individual o conjunta para buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información que sea veraz, verificada, oportuna,

²²² Informe Anual de la Relatoría de la Libertad de Expresión de 2018, 141.

²²³ Carlos Bernal Pulido, *El derecho los derechos*, (Bogotá: Universidad de externado, 2004), 137 y 137.

²²⁴ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, art. 66 núm. 7.

contextualizada, plural acerca de los hechos de interés general.²²⁵ Esto es que las personas tengan responsabilidad ulterior, sin que haya censura previa. Esta norma tiene como destinatario a medios de comunicación y a sus comunicadores que informan a la ciudadanía.

E incluso, el Estado garantiza la cláusula de conciencia, el secreto profesional, y la reserva de la fuente²²⁶ para que las personas puedan informar, emitan sus opiniones a través de medios de comunicación. Es una forma de proteger al sujeto de forma individual y colectiva, y los medios de comunicación puedan difundir información de interés general. Las restricciones de veracidad y más que invoca la norma debe entenderse dentro del contexto de información de interés general y bajo el principios de proporcionalidad que se ha referido la Corte IDH al interpretar y desarrollar el contenido de libertad de expresión que consta en la Convención ADH.

5. El honor

El honor es un derecho fundamental con rango constitucional límite a la libertad de expresión y se relaciona con la actividad que realizan las personas en el ámbito público o privado. En cualquiera escenario el Estado regula y tutela el honor en aras que las expresiones no vulnere el derecho. El conflicto entre ciudadano y poder político muestra aristas diferentes en relación al honor entre privados. El juez cumple una función sancionatoria o no sancionatoria.

El vocablo honor es una palabra latina, “que viene del griego *ainos*, que significa alabanza”.²²⁷ Su origen etimológico se encuentra relacionada con el bien o mérito que alcanza una persona en su comunidad o pueblo y que genera efectos de admiración y respeto por terceras personas con cualidades propias que generan admiración pública. Sin embargo,

²²⁵ “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”. *

*Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, art. 18.

²²⁶ “El Estado garantizará la cláusula de conciencia a toda persona, y el secreto profesional y la reserva de la fuente a quienes informen, emitan sus opiniones a través de los medios u otras formas de comunicación, o laboren en cualquier actividad de comunicación”. *

*Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador

²²⁷ Ciro Colombara López, *Los delitos de la ley sobre abusos de publicidad*, (Santiago: Ediciones la Ley, 1996), 86.

históricamente se concibe al honor por castas o estirpes o títulos nobiliarios o quien alcance el honor o gloria de una actividad determinada.

De ahí se dice, “[...] El honor hace flotar sobre todo comportamiento, toda pretensión que a él apele, una sospecha de abuso, un tufo a privilegios, un regusto a tiranía: ¿no está el honor, por definición, ligado al ejercicio de un poder personal? ¿Toda persona a quien se rinde honores, no está dotada de derechos específicos....?”.²²⁸ El honor recae a quien realiza actos extraordinarios que otorga privilegios a unos y excluye otros. Es decir, el honor dependía del poder político o económico, cambia con la ilustración y revolución en donde el derecho al honor pertenece a toda persona.²²⁹

En principio se define al honor en una virtud:

[...] el honor es uno de los efectos que se siguen de las acciones que encierran virtud, la sombra que proyecta socialmente la virtud...el honor es uno de los modos que tiene el hombre de manifestarse pública y socialmente, aunque esta manifestación no sea sino la proyección necesaria de algo exterior: la existencia de acciones justas que en razón de su fuerza difusiva, tienen trascendencia social, es decir, comunican sus efectos a un ámbito social.²³⁰

El honor viene a constituirse en la manifestación social externa que hace una persona de otras, se ve representada o reflejada en un contenido virtuoso que genera la personalidad de un tercero. Esta exteriorización de actos personales expuestos en la sociedad o en privado, da lugar a una apreciación positiva o negativa de las virtudes que ha expuesto.

La Real Academia de la Lengua Española define al honor:

[...] la cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto al prójimo y de nosotros mismos; gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas o acciones mismas del que se las granjea; honestidad y recato de las mujeres, y buena opinión que se granjean con estas virtudes; obsequio, aplauso o celebridad de una cosa.²³¹

La gloria o reputación que es la expresión misma de la virtud, el mérito o acciones heroicas, hace de la persona en un tiempo y espacio determinado que su honor o reputación

²²⁸ Marie Gautheron, *El honor, imagen de sí o donde sí: un ideal equivoco*, (Madrid: Editorial Cátedra, 1992), 9-10.

²²⁹ Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano, art. 11.

²³⁰ Carlos Soria, *Derecho a la información y Derecho a la honra*, (Barcelona: Editorial Ate, 1981), 18.

²³¹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*.

adquiera valor y respeto para terceras personas. Significa que su honor no puede ser mancillado o vilipendiado por ninguna persona, es el límite que se pone a la libertad de expresión.

De ahí, “El derecho al honor es uno de los bienes esenciales del hombre, imprescindible para su vida en sociedad y merecedor de protección jurídica desde la antigüedad. Pertenece a la llamada categoría de los derechos o bienes de la personalidad [...]”.²³² Siendo el honor parte de la persona jurídicamente hablando ha sido necesario la tutela jurídica constitucional, legal y administrativa frente a expresiones que pueda afectar o lesionar el honor o buen nombre o la imputación.

El derecho al honor parte integrante del derecho de la personalidad que constituye:

Los derechos de la personalidad constituyen un amplio y heterogéneo conjunto de poderes que garantizan a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espíritu; es decir, aseguran al individuo el respeto de su personalidad física y moral. A través de tales derechos se protegen bienes inherentes a la personalidad humana, los bienes más importantes para el hombre.²³³

Es un bien jurídico inherente a la personalidad humana de la honra o reputación de las personas en general, sin excepción alguna, al permitir desarrollar todas sus facultades morales o espirituales y exteriorizarlas sin temor al público. Caso contrario, si no se protege la honra que tiene como fundamento filosófico y jurídico a la dignidad humana, se estaría despojando de dignidad a la persona.

Con en el ánimo de buscar una definición de honor la doctrina en palabras de Rafael Serra Ruiz expresa que el concepto de honor no es una creación absoluta de la ley, sino una idea anterior a su institución positiva que vive en la comunidad y dinámica.²³⁴ El honor es coetáneo a la comunidad en un tiempo y espacio que mantiene la paz y las relaciones en la comunidad. El honor es un ideal de ciertos valores que mantienen la sociedad y es la base para regular jurídicamente: el buen nombre, la honra, la reputación o la imputación de un delito. Pero su dinamismo depende del avance de ciertos valores morales de la sociedad.

²³² Alma María Rodríguez Guitián, “El Derecho al honor en las personas jurídicas” (Para la obtención de la Tesis doctoral en la Universidad Autónoma de Madrid, Sede España, 1995), 6-7, file:///C:/Users/USER/Downloads/29459_rodriguez_guitian_alma_maria.pdf.

²³³ *Ibíd.*

²³⁴ Rafael Serra Ruiz, “Honor honra e Injuria en el Derecho Medieval español”, (Murcia, Universidad de Murcia) Véase en este enlace: <file:///C:/Users/USER/Downloads/104401-Texto%20del%20art%C3%ADculo-417331-1-10-20100512.pdf> Pág.145.

Al ser el concepto de derecho al honor indeterminado, Vidal Marín expresa que hay un concepto subjetivo y uno objetivo: el primero, es la valoración que hace la persona sobre sus cualidades y el segundo, es la valoración que hace el resto de sus cualidades.²³⁵ Este concepto aclara aún más el radio que rodea al honor, la persona tendría su propia percepción de ciertos valores que él cree que son valores propios de su persona, el otro, será la percepción que genera sus actos u obras en la sociedad que lo rodea o donde se desenvuelve a su respeto.

Un criterio similar mantiene Francisco Muñoz Conde al manifestar que el honor tiene un elemento subjetivo (conciencia y sentimiento) y uno objetivo o juicio valorativo que hace otra persona sobre la conducta de él o ella.²³⁶ Derecho al honor que se desarrolla en estos dos parámetros conceptuales subjetivo y objetivo. Pero no quiere decir que no pueda arropar a otros bienes jurídicos constitucionales, como: la intimidad, la familia, la voz, imagen. Estas percepciones permiten poner límites necesarios a terceras personas al expresar calumnias o injurias contra una persona.

Así, Francisco Barbosa expresa: “[...] el honor se encuentra en intrínseca relación con una concepción interna, conciencia de sus propios valores, que poseen los individuos, independientemente de la opinión de los otros. A contrario sensu, la honestidad es exterior; se encuentra en la relación con la concepción que tienen los otros de nosotros, independiente de la honorabilidad de las personas [...].²³⁷ Entonces habrá una percepción propia de la reputación construida desde el fuero interno, y habrá otra externa que la sociedad o terceras personas piensa de él o ella.

5.1. Núcleo esencial del honor

Tal como existe el núcleo esencial en la libertad de expresión así mismo hay núcleo o contenido que opera en el derecho al honor como parte intrínseca que rodea a toda persona, se dice:

²³⁵ Tomás, Vidal Marín, “Derecho al honor, personas jurídicas, y tribunal constitucional”, Revista para el análisis del derecho InDret, No 397 (2007): 6, <file:///C:/Users/USER/Desktop/Honor,%20Honra%20e%20Injuria...Tom%C3%A1s%20Vidal%20Mar%C3%ADn....pdf>.

²³⁶ Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte Especial (Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2010), 296-297.

²³⁷ Barboza, “El margen nacional de la apreciación y sus límites en la libertad de expresión”, 379.

Se puede (...) hablar de una esenciabilidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. *De este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.*²³⁸ (Cursiva mía)

El contenido del derecho al honor emana de la dignidad como derecho humano que se lo hace practicable y racional jurídicamente al proteger el prestigio o buen nombre que se ha construido tanto en lo privado o en lo público. Por eso, “conforme se sostiene en el derecho alemán, limita la posibilidad de limitar, (...) señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales”.²³⁹ Límite al legislador de proteger la dignidad o esencia que constituye el derecho al honor frente a expresiones entre particulares o entre ciudadano y poder público.

El núcleo esencial del derecho al honor es un derecho que se encuentra en la esfera inherente a la persona.²⁴⁰ Dignidad que se constituye en un derecho inalienable e interdependiente que obliga al Estado a su tutela judicial y legislativa, no se puede mancillar el honor de ninguna persona, siempre y cuanto mantenga la prudencia racional y proporcional de no afectar la libertad de expresión. Sin embargo, cuando existe pugna entre el honor del poder político y la libertad del ciudadano, la ponderación es un mecanismo racional a este conflicto social.

La Corte IDH expresa que toda persona está facultada a invocar la honra por emanar de la dignidad de la persona y ser parte integrante del derecho humano²⁴¹, de ahí el Estado ecuatoriano otorga rango constitucional²⁴² de protección a este derecho, al igual que lo hace con la libertad de expresión. En este sentido, el legislador ha llevado al campo penal²⁴³ la

²³⁸ Samuel, Abad, Yupanqui, Límite y Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales: Estudio preliminar. Revista jurídica Thémis Véase aquí: <file:///C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-LimitesYRespetoAlContenidoEsencialDeLosDerechosFun-5109908.pdf>, 9.

²³⁹ *Ibíd.*

²⁴⁰ Antonio Martínez Maroto, *El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, en José Ramón Amor Pan (ed.) *Sexualidad y personas con discapacidad psíquica* (Madrid, FEAPS, 2000), 200.

²⁴¹ Corte IDH, Caso Ricardo Canese vs Paraguay, 13 de agosto de 2004, párr. 101.

²⁴² Ecuador, Constitución República del Ecuador, art. 66 núm. 18.

²⁴³ Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, art. 82 y 396.

protección tanto como delito o contravención, e igual, hay sanciones administrativas según la Ley Orgánica de Comunicación para comunicadores o periodistas.

Derecho de honor que se “[...] encuentra ineludiblemente unido a la dignidad personal, dignidad que también se encuentra recogida en el texto constitucional [...]”.²⁴⁴ Con base a la dignidad se realiza el análisis filosófico y jurídico que en principio lo hace el constituyente, luego, desarrollada el legislador, por último, le toca al juez no desembarcarse de sus antecesores cuando de la lectura del derecho se desprende que la tutela de la dignidad dan origen a la protección del honor.

No hay que olvidar que el concepto de derecho humano se relaciona con el concepto de dignidad humana, de ahí Romero Sánchez expresa, “derechos humanos, son derechos inalienables y pertenecientes a todos los derechos humanos; necesarios para asegurar la libertad y el mantenimiento de una calidad de vida digna, y están garantizadas a todas las personas en todo momento y lugar”.²⁴⁵ La dignidad irradia de protección a la persona tanto al momento de crear un derecho o al restringir el derecho sea en la esfera legislativa o judicial tal como ha ocurrido en la protección del honor.

En este contexto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa que la “Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. [...]”.²⁴⁶ En el sentido, que a toda persona debe protegerse la honra y por ende se está tutelando la dignidad que encierra a la persona en las relaciones humanas y jurídicas.

6. El derecho al honor en los instrumentos internacionales

Se parte del documento que deja atrás al régimen absoluto, y pasa a un sistema gobernado por las leyes, y no por el poder ejecutivo. La Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano establece, “Los hombres han nacido, y continúan siendo, libres e

²⁴⁴ Alejandro Villanueva-Turnes, *El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y su choque con el derecho a la libertad de expresión y de información en el ordenamiento jurídico español*, En DIKAION, 25, 2 (2016) <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v25n2/0120-8942-dika-25-02-00190.pdf>, 196.

²⁴⁵ Romero Sánchez M, *Derechos humanos*. Constitución Códigos Leyes-Reglamentos Convenios Venezolana (Caracas, Editorial Buchivacoa, 2006), 19.

²⁴⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969 San José de Costa Rica, art. 11, núm. 1, 2 y 3.

iguales en cuanto a sus derechos. Por tanto, las distinciones civiles sólo podrán fundarse en la utilidad pública”.²⁴⁷ Una vez que el Estado reconoce y garantiza la igualdad dotados de dignidad a sus ciudadanos, para que ejerzan y gocen de sus derechos como el honor y la libertad de expresión.

En el mismo cuerpo jurídico se establece, “Puesto que la comunicación sin trabas de los pensamientos y opiniones es uno de los valiosos derechos del hombre, todo ciudadano puede hablar, escribir y publicar libremente, teniendo en cuenta que es responsable de los abusos de esta libertad en los casos determinados por la ley”.²⁴⁸ Si bien es cierto no se escribe expresamente sobre el derecho al honor o la reputación, pero se deduce cuando dice que será responsable de la libertad de expresión, se refiere al respeto que debe guardar sobre la dignidad de la otra persona, es decir la honra.

La Declaración expuesta se inspira en el derecho natural o iusnaturalismo de la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos al expresar, “[...] que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad”.²⁴⁹ Derechos que no son otorgados sino que nacen, y deben ser reconocidos y luego garantizados por el Estado a través de sus instituciones jurídicas y políticas. De ahí el derecho de libertad acobija la libertad de expresión y la honra.

En este contexto filosófico, político y jurídico se construye una gama de derechos que paulatinamente se desarrolla su contenido en relación con la economía y el poder público u otros poderes facticos que son parte del Estado. Esto fue lo que paso antes y durante la Segunda Guerra Mundial, en donde los derechos se vaciaron de contenido de igualdad y dignidad, para luego ser retomado bajo una nueva función y rol del juez y dentro de un nuevo concepto de Estado constitucional.

Esto dio origen a la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece, “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.²⁵⁰ Esta norma

²⁴⁷ Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano, art. 1.

²⁴⁸ *Ibid.*, art. 11.

²⁴⁹ Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de América, 1776, <http://hmc.uchbud.es/Materiales/DeclaraUSA.pdf>.

²⁵⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, art. 1.

jurídica surge para proteger a la persona frente al abuso y arbitrariedad del poder público de la Segunda Guerra Mundial, además, se reivindica la dignidad e igualdad como derechos humanos en el ámbito legislativo y judicial, será el soporte jurídico y político a la hora de tutelar el derecho al honor y la libertad de expresión.

Por eso el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos manifiesta: “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, ni de ataque a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.²⁵¹ Lo que expresa la norma es que todo Estado debe proteger la honra de toda persona al ser un presupuesto que da origen a la reivindicación de la dignidad como parte sustancial de los derechos humanos. Se extienda la protección no solo al honor sino irradia tutela jurídica a la intimidad, la familia, el domicilio o correspondencia.

Una redacción jurídica similar mantiene la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre al establecer en el Preámbulo párrafo 1º, “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”.²⁵² Cuando se declara libre e igual a una persona es porque se reconoce su dignidad intrínseca, que obliga al Estado a tutelar estos postulados. El mismo cuerpo jurídico expresa, “Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”.²⁵³ Es el postulado jurídico de la honra que protege el instrumento.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos conmina, “Asegurar el respeto a los derechos y reputación de los demás.” El Estado ecuatoriano ha firmado y ratificado este tratado que obliga a tutelar el derecho al honor por medio de una norma jurídica y judicial, siempre que no menoscabe la libertad de expresión. Sin embargo, la protección no solo radica en el honor de la persona, sino se extiende a expresiones que vayan atentar a “la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública”.²⁵⁴

²⁵¹ Aplicaciones directas de los Convenios Internacionales de Derechos Humanos, 8.

²⁵² Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá Colombia, 1948, Preámbulo, Párr. 1º.

²⁵³ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 5.

²⁵⁴ *Ibíd.*

El Pacto Internacional expresa, “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.²⁵⁵ Guarda relación con la protección que hace las dos Declaración antes expuestas. Protege no solo el honor de toda persona sino que se extiende a la familia, intimidad, domicilio o correspondencia que es dominio de la esfera privada. El Estado se obliga a respetar y garantizar estos derechos.

En cambio la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, establece que estos derechos y garantías son normas jurídicas que obliga al Estado nacional al momento de crear y desarrollar el derecho y al aplicar la ley. Porque la interpretación que haga la Corte IDH de la Convención será una línea que oriente la razón del juzgador nacional.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 11 expresa:

Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.²⁵⁶

La protección del honor se desprende de las Declaraciones y Pactos precedentes. Pareciera que mantiene una línea de tutela preestablecida en relación al objeto de estudio. Se expresa que la dignidad constituye el fundamento del derecho al honor, no solo de éste derecho, sino de la familia, domicilio, correspondencia, al estar inmerso dentro de la esfera jurídica de protección de la privacidad. Una forma de proteger derechos es tipificándolos, en nuestro caso existe el delito de calumnia y la contravención de injuria.

6.1. El derecho al honor en la Constitución ecuatoriana

El derecho al honor se encuentra en la Constitución y tiene rango constitucional igual que la libertad de expresión. Estos derechos se pueden verse en conflicto cuando la expresión

²⁵⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 17.

²⁵⁶ Convención Americana de Derechos Humanos, 1969 San José de Costa Rica, art. 11, núm. 1, 2 y 3.

excede el límite impuesto por la ley y se lesiona la honra de la persona. Esto ha dado origen a que se ponga límites a la libertad de expresión a través del sistema penal y administrativo, no obstante, se cuestiona la legitimidad desde un punto de vista constitucional acerca del sujeto pasivo (funcionario) cuando invoca el derecho al honor.

Más allá de aquello, existe el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos que regulan y limitan a estos derechos mencionados. Y la encargada de interpretar el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este contexto, la Constitución considera parte de nuestro orden jurídico nacional a estos instrumentos y sus interpretaciones que se haga sobre los derechos humanos,²⁵⁷ o de las Declaraciones, Resoluciones o Informes. Pues, debe aplicarse el principio pro ser humano, y no restricción de derechos.²⁵⁸

En nuestra Constitución se encuentra el derecho al honor dentro del Capítulo Sexto de los derechos de libertad.²⁵⁹ Libertad que parte de los derechos de primera generación o derechos civiles y políticos que se plasma con la ilustración. Libertad que para Roberto Bobbio, es “la facultad de realizar o no ciertas acciones sin ser impedido por los demás, por la sociedad como un todo orgánico o, más sencillamente, por el poder estatal”.²⁶⁰ En principio esta concepción de libertad liberal no se inmiscuye en asuntos personales, posterior hay intervención en aras de garantizar el derecho y restringir de forma racional y proporcional las libertades.

Concepto de libertad que da origen a que se desprendan un sinnúmero de derechos relacionados con la libertad de la persona. Nuestro ordenamiento jurídico constitucional ha establecido que son parte de los derechos de libertad no solo la libertad de expresión y el derecho de honor. Sino hay otros, por ejemplo: la vida, la integridad física, psíquica o moral, el desarrollo de la personalidad, objeción de conciencia, a asociarse, y más.

²⁵⁷ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, art. 11. núm. 3 Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

²⁵⁸ *Ibíd.*, art. 417.

²⁵⁹ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, 66.

²⁶⁰ Carlos Bernal Pulido, El concepto de libertad en la teoría política de Norberto Bobbio, *Isomía*, No 29, (2008): 103, en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n29/n29a5.pdf>.

En este contexto y con base al concepto de libertad la Constitución ecuatoriana tutela, “El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona”.²⁶¹ Significa que los derechos no son absolutos y que las expresiones tienen límites en el ámbito constitucional y legal, uno de sus límites es el honor de las personas particulares o funcionarios. Existe una clara interferencia Estatal a las expresiones de las personas que atenten o dañen el honor de las personas.

6.2. El derecho al honor en el Código Orgánico Integral Penal

Antes de analizar el honor en el Código Orgánico Integral Penal es necesario referirme a su regulación en el Código penal derogado para efectos de una mejor comprensión. En el Código Penal consta en el Título VII Delitos Contra la Honra, Capítulo Único de la Injuria, en su artículo 489 del Código Penal, “Injuria calumniosa y no calumniosa” en la que se determina su definición. En una de las clasificaciones que acoge el legislador.

Es así, en la norma penal hay, “La injuria es: Calumniosa, cuando consiste en la falta de imputación de un delito; y, no calumniosa, cuando consiste en toda otra expresión proferida en descrédito, deshonor o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutiva con el mismo objeto.”²⁶² La primera tiene una pena que va de seis meses a dos años es un tipo penal muchas más punitivo. El segundo, se clasifica en grave y leve: la grave en el art. 495 tiene una pena de tres a seis meses según el art. 491 y el art. 492 de quince a tres meses. Si es calumniosa del art. 492 la pena es de un mes a seis meses.

En cambio, en el artículo 396 del Código Orgánico Integral Penal se expresa, “Será sancionada con una pena privativa de libertad de quince a treinta días: La persona que, por cualquier medio, profiera expresiones en descrédito o deshonor en contra de otra. No será punible si las expresiones son recíprocas en el mismo acto”.²⁶³ Según la redacción normativa del derecho al honor no hace diferencia entre sujeto activo o pasivo calificado o no, toda persona puede

²⁶¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2018, art. 66 núm. 18.

²⁶² Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial, Suplemento No 160 29 de marzo del 2010, art. 489.

²⁶³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento No. 180, 10 de febrero 2014, art. 396.

invocar el derecho. Esto lleva a que los funcionarios públicos hayan recurrido al tipo penal contravencional en un sinnúmero de veces.

Pero el artículo 182 del Código Orgánico Integral Penal manifiesta, “La persona que, por cualquier medio, realice una falsa imputación de un delito en contra de otra, será sancionada con una pena privativa de libertad de seis meses a dos años”.²⁶⁴ Hay una diferencia obvia con la contravención, la pena es superior y la intervención penal es más punitiva. El tipo penal puede ser invocado por cualquier persona, esto ha dado cabida a que funcionarios recurran a este tipo penal en busca de protección constitucional y legal.

Lo que ha hecho la ley penal actual en relación al Código penal derogado es mantener la contravención con una pena de quince a treinta días similar a la injuria no calumniosa leve, en cambio, la calumnia sigue vigente como tipo penal con una pena de seis meses a dos años, con similitud a la ley penal anterior, en cuanto a la injuria calumniosa conservaba la pena de seis meses a dos años. Es decir, el legislador quita la palabra injuria y la injuria calumniosa leve y grave y mantiene la calumnia como delito penal de honor y la contravención.

Hay que tomar en consideración que la injuria y calumnia son una forma de restricción a la libertad de expresión, en este sentido “[...] los países latinoamericanos, recogiendo una posición uniforme de la legislación penal europea, tipifica dentro de sus Códigos, los delitos de injuria (en francés difamación) y calumnia”.²⁶⁵ Nuestro legislador toma en consideración la clasificación europea.

De ahí existe una diferencia entre injuria y calumnia “[...] Bastante más lógico sería considerar toda imputación de hechos como calumnia y toda expresión de valores e ideas como injuria [...]”.²⁶⁶ Se deduce que en el Código Orgánico Integral Penal del artículo 396 numeral 4 ha descrito el tipo penal contravencional como injuria, en cambio, del mismo cuerpo normativo del artículo 182 se desprende la calumnia. La primera realiza valoraciones hacia una tercera persona, y la segunda imputa un hecho punible que tiene una sanción penal diferente a la primera.

No solo el derecho al honor se regula en el ámbito penal sino en el área administrativa, la Ley de Comunicación en el artículo 10 No 1 literal a) establece “Respetar la honra y la

²⁶⁴ Ibíd, art. 182.

²⁶⁵ Barbosa, “El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión”, 212.

²⁶⁶ Juan Carlos Carbonell Mateu, La libertad de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal, 30, https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4166/pg_009-046_penales18.pdf?sequence=1.

reputación de las personas”,²⁶⁷ y en el artículo 17 del mismo cuerpo normativo manifiesta “Derecho a la libertad de expresión y opinión.- Todas las personas tienen derecho a expresarse y opinar libremente de cualquier forma y por cualquier medio, y serán responsables por sus expresiones de acuerdo a la ley”.²⁶⁸ Regula a las personas que ejerzan la comunicación o periodismo.

6.3. Restricciones y límites del derecho al honor

La defensa de la honra depende mucho de sí quien reclama es un particular o un funcionario público, al ser este último quien invoca protección se toma en cuenta no se viole la libertad de expresión. La Corte IDH en el caso Kimel vs. Argentina expresa:

*En torno a estos hechos las partes presentaron diversos alegatos en los que subyace un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección de la honra de los funcionarios públicos. La Corte reconoce que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia. [...] la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad.*²⁶⁹ (Cursivas mía)

De existir el conflicto entre un particular y un funcionario público se resolverá por medio de la ponderación. Es decir, la Corte sugiere aplicar un método de interpretación jurídica que mejor resuelva el conflicto social, al ser derechos que tienen relevancia nacional e internacional. Si la información de interés público que da origen al debate público y robustece la democracia. El límite del honor del funcionario público es la libertad de expresión.

Por ello, “La necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención. Debe responder a un criterio de estricta proporcionalidad”.²⁷⁰ La Corte determina que la Convención establece el honor de la personas como límites a la libertad de

²⁶⁷ Ecuador, Ley Orgánica de Comunicación, art. 10 núm. 1 literal a).

²⁶⁸ Ibid., art. 17.

²⁶⁹ Corte CIDH, “Sentencia de 2 de mayo 2008, (Excepciones Preliminares, Fondos, Reparaciones y Costas)”, caso Kimel vs. Argentina, 2 de mayo 2008, párr.51, http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf.

²⁷⁰ Ibid, párr.56.

expresión, y conmina a los Estados a aplicar la proporcionalidad, en palabras de Robert Alexy sería la ponderación de derechos.²⁷¹

La Corte IDH ha dicho que el honor del funcionario público debe someterse a estos parámetros jurídicos ponderativos:

Para el caso que nos ocupa, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.²⁷²

El parámetro argumentativo a usarse es ponderativo en cuanto a restringir el derecho al honor del funcionario público, esto permita determinar con claridad meridiana que derecho proteger si la expresión o el honor. Criterio de ponderación similar al referido por Robert Alexy, él menciona que al interferir en el derecho se tomará en cuenta la intensidad que va desde una afectación leve, media y grave. En este sentido la ponderación determina la gravedad o no del derecho con base en el peso de cada uno.

La Corte IDH se ratifica en el caso Ulloa vs Costa Rica al expresar:

[...] las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público [...] *que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático.*²⁷³ (Cursiva mía)

El derecho al honor a favor del funcionario público opera si sus actos no generan interés público ni debate público en una sociedad democrática. El filtro es el pluralismo democrático en un sentido que la sociedad necesita saber las actuaciones de sus funcionarios, con base a ello, la información debe circular sin trabas. Además, la difusión de información no solo la otorga la radio o televisión o periódicos, sino hay nuevas tecnologías como el internet y otras que mantienen informada a la sociedad.

²⁷¹ Alexy, “El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional”, 15.

²⁷² Corte, IDH, “Caso Kimel vs. Argentina”, Sentencia 2 de mayo 2018, párr. 84.

²⁷³ Corte IDH, Caso Ulloa vs Costa Rica, 2 de julio de 2004, párr. 128.

En el caso *Ricardo Canese vs Paraguay* expresa, “El artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, por lo que este derecho implica un límite a la expresión, ataques o injerencias de los particulares y del Estado [...]”.²⁷⁴ La Corte expresa, el derecho al honor es una garantía de la Convención al estar investida toda persona de dignidad, sin importar si es funcionario público.

El periodismo y medios de comunicación según en el caso *Ivcher Bronstein vs Panamá* manifiesta que debe haber una protección reforzada con una independencia para ejercer la profesión tanto al interior y exterior de la empresa, son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, al punto de permitir una libertad plena y el debate se robustezca.²⁷⁵ Es decir, la función del periodista es transmitir sus investigaciones o noticias de actos públicos o privados al público, de ahí que ellos son el puente a una auténtica libertad de expresión.

La Relatoría Especial de Libertad de Expresión es categórica al determinar, “Derogar las leyes sobre difamación criminal y, en particular, abstenerse de utilizar procesos penales para proteger el honor y la reputación cuando se difunde información sobre asuntos de interés público, sobre funcionarios públicos o sobre candidatos a ejercer cargos públicos [...]”.²⁷⁶ En nuestro sistema jurídico penal se tipifica el delito al honor, incluso son los funcionarios públicos los que mayormente invocan este tipo penal.

Y recalca la Relatoría, “La protección de la privacidad o el honor y la reputación de funcionarios públicos o de personas que voluntariamente se han interesado en asuntos de interés público, debe estar garantizada solo a través del derecho civil”.²⁷⁷ No ha cumplido el legislador la recomendación; la Relatoría, expresa que las leyes de desacato deben ser derogadas, son contrarias a la Convención y restringir el debate público.²⁷⁸ La Relatoría en sus informes busca que las leyes de difamación o desacato u otras, se tramiten en vía civil, si quien interviene es un funcionario público.

²⁷⁴ Corte IDH, Caso *Ricardo Canese vs Paraguay*, 13 de agosto de 2004, párr. 101.

²⁷⁵ Corte IDH, Caso *Ivcher Bronstein vs Perú*, 6 de febrero de 2006, párr. 150.

²⁷⁶ Edison Lanza, “Informe Anual Relator Especial para la Libertad de Expresión”, 440. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/observaciones%20preliminares%20visita%20EC%202018.pdf>.

²⁷⁷ *Ibíd.*

²⁷⁸ *Ibíd.*

La Relatoría expresa en un caso práctico:

[...] el Presidente Rafael Correa diseñó e implementó una política sistemática para desacreditar, estigmatizar, constreñir y sancionar -mediante el uso del derecho penal y administrativo- a periodistas, medios de comunicación, defensores de derechos humanos y opositores políticos. Fueron objeto de especial persecución por este accionar coordinado desde el aparato estatal, periodistas que investigaban y difundían información [...].²⁷⁹

La Relatoría de Libertad de Expresión conmina a los Estados a tomar en consideración sus informes, para que en la práctica se evite que los tipos penales sobre afectación al derecho al honor sean usados exageradamente por funcionarios públicos y puedan a su vez lesionar la libertad de expresión. Como ocurrió en el caso Sebastián Cevallos y el caso El Universo.

7. Jurisprudencia de la Corte constitucional sobre el derecho al honor y libertad de expresión (sentencia No 282-13-JP/19, Caso No 282-13-JP)

Esta jurisprudencia es de suma importancia porque me permitirá ver la forma como aborda la Corte Constitucional la libertad de expresión y la relación que tiene con la democracia y la información en el debate público. El desarrollo que hace de la categoría de la dignidad como exclusividad del ser humano, y los parámetros acerca del principio de proporcionalidad para resolver principios constitucionales. Entre otros puntos que topa la Corte que han sido abordados en mi tesis.

La Corte expresa que el Estado es persona jurídica, pero es diferente a la persona ser humano que arroja a la dignidad que es la esencia de la construcción del derecho, a lo sumo, la instituciones u órganos son titulares de un debido proceso y no titulares de derechos fundamentales que es la naturaleza sobre la cual gira e irradia la dignidad en cada derecho humano a excepción de la naturaleza.²⁸⁰

La Corte determina que el honor no puede ser invocado por el Estado persona jurídica, al no ser titular de derechos (dignidad), pues, es indiferente si es persona funcionario público

²⁷⁹ Ibid.

²⁸⁰ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No 282-13-JP/2019, *Caso 283-13-JP*, 4 de septiembre de 2019, 33.

o que ejerza alguna función pública, al ser la dignidad inherente a toda persona.²⁸¹ Por ello, el honor y la libertad de expresión se protege a toda persona por tener dignidad que está en la Constitución y es parte de los derechos de libertad que enumera la Constitución.²⁸²

La Corte, acoge la Opinión Consultiva sobre libertad de expresión, la considera como piedra angular de la existencia misma de la sociedad democrática y el papel que cumple en una sociedad democrática.²⁸³ Caso contrario, si se limita arbitraria e irracional la libertad de expresión causa efectos perniciosos a la democracia, y el pluralismo y la tolerancia se ahoga, y el control y la denuncia se pierden paulatinamente al dar paso a la construcción de un sistema autoritario.²⁸⁴

La Corte hace suyo el criterio jurídico de la Opinión consultiva 05/85, el caso *Hernán Ulloa vs Argentina*, entre otros casos, para explicar la relación directa que hay entre libertad de expresión y democracia y el desarrollo de su contenido y alcance en relación al art. 13 del Convención IDH. Pues hay una dimensión individual y colectiva que irradia de titularidad a toda persona y no a un sector determinado como a una determinada profesión, a un grupo de personas, o solo a la libertad de prensa.²⁸⁵

Los medios de comunicación sirven como vínculo de la expresión y la difusión de la información, ideas y opiniones (dimensión individual); y, si obstaculiza la libertad, impide que las personas busquen y reciban información, las ideas y opiniones ajenas que difunde²⁸⁶ (dimensión social). Si respeta y garantiza la esfera individual su efecto es la garantía social, que igual, es uno de mis argumentos de la libertad de expresión.

La protección integral de la libertad de expresión en medios de comunicación es que las labores se realicen con independencia, sin presiones o restricciones innecesarias dirigidas a silenciar, y se conmina a las autoridades públicas a no limitar o entorpecer el ejercicio de la libertad de expresión y de prensa.²⁸⁷ Por otro lado, la libertad de expresión no es un derecho absoluto y está sujeto a responsabilidad ulterior, que debe estar en la ley, y sea necesaria para

²⁸¹ Corte IDH. Caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, párr. 116.

²⁸² Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, art. 66 núm. 6-18 y art. 18.

²⁸³ Ecuador, “Corte Constitucional”, párr. 55-56.

²⁸⁴ *Ibíd.*

²⁸⁵ *Ibíd.*, párr. 58.

²⁸⁶ *Ibíd.*

²⁸⁷ *Ibíd.*, párr. 60.

asegurar: respeto a los derechos o reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, orden público, la salud o la moral pública.²⁸⁸

La Corte, para hacer uso de la restricción de la libertad de expresión, debe: estar en la ley, perseguir un fin legítimo y ser idóneas, necesarias y estricta proporcionalidad. Recoge el criterio de la Corte IDH, y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional artículo 3. Es decir, la proporcionalidad se constituye como derecho, como métodos de argumentación jurídico en abstracto y la ponderación a casos concreto objeto de estudio.

Claro, la Corte hace énfasis, sobre la información, ideas y expresión, que con base a un pluralismo y tolerancia, se encuentra protegida, no solo si favorece sino cuando no es favorable al Estado.²⁸⁹ De ahí, hay ciertos discursos que no se protegen como es el odio, en cambio, hay otros que sí se tutelan y que son necesarios para la existencia de una sociedad democrática al ser de interés público. También la de un político que ocupa o pretenda ocupar un cargo público que de manera voluntaria se involucra en asuntos públicos. En definitiva se protege cualquier expresión que haga efectivo el ejercicio de derechos fundamentales.²⁹⁰

El asunto político no se queda en lo electoral sino que abarca la opinión pública. La expresión, información y opinión cuando es un asunto de interés público goza de mayor protección cuando viene de acciones u omisiones del Estado o funcionarios; e incluso de la sociedad civil organizada o de la prensa. El medio de comunicación es el vínculo que da origen al debate o discusión de interés público.

La Corte acerca de la información ha de ser de interés público encaminada a promover el debate de decisiones estatales; también a la participación de ciudadanos a que forme una opinión pública a través de procesos democráticos; de igual manera a que haya un escrutinio al Estado y sirva de contrapeso al ejercicio poder público.²⁹¹ La Corte ratifica que la información de interés público genera el acceso de los ciudadanos por medio de mecanismos democráticos para el control de las actividades del Estado.

La Corte ha dicho que la protección de la libertad de expresión ha de ser reforzada en cuanto al nivel del discurso objeto de protección. Sin embargo, la restricción no es total, sino

²⁸⁸ *Ibíd.*

²⁸⁹ *Ibíd.*, párr. 62.

²⁹⁰ *Ibíd.*, párr. 64.

²⁹¹ *Ibíd.*, párr. 66.

hay márgenes que amplían el debate de interés público a través del control democrático.²⁹² Esto es, que a través de opinión pública se permite la transparencia estatal y responsabilidad de funcionarios.

La Corte enfatiza, el umbral no se refiere al sujeto, sino a la actividad que ayude o que de origen al debate público.²⁹³ Puede ser un ciudadano común o un periodista o dirigente o cualquier otra persona que no hay como restringir la información de relevancia de interés público que genera debate público.

Se avanza a otro punto, la Corte se refiere a que nuestra Constitución establece que a toda persona le asiste el derecho a “buscar, recibir, intercambiar y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural [...]”.²⁹⁴ (Subrayado mío) La norma resalta que no puede haber censura previa sobre: hechos, acontecimientos, que sean de interés general, sin perjuicio que haya responsabilidad ulterior.²⁹⁵

La información o expresión puede venir de medios de comunicación o cualquier persona, por eso la Corte, toma la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión que exijan condiciones como: veracidad, oportunidad e imparcialidad que son en principios incompatibles con el art. 18 numeral 1 Constitución.²⁹⁶ Esto significa, que su lectura deberá hacerse con base a la protección reforzada cuando la información sea de interés público.

Sobre responsabilidad ulterior, el art. 18 numeral 1 de la Constitución de no probarse de forma inequívoca la veracidad, verificación, oportunidad, contextualización y pluralidad de la información, sino es un deber de los medios de comunicación de un actuar diligente y razonable para verificar y contrastar la información a publicarse. Es decir, no hubo intención de causar un daño al honor, reputación o intimidad de terceros, o que no haya intención maliciosa de hechos falsos como si fueran verdaderos a la luz del estándar de la real malicia.²⁹⁷

Claro, las simples opiniones condicionadas, según la Corte, no están sujetan a juicio de veracidad o falsedad.²⁹⁸ Caso Sebastián Cevallos, decir que la sobrina ocupa un cargo

²⁹² *Ibíd.*, párr. 68.

²⁹³ *Ibíd.*, párr. 69.

²⁹⁴ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, art. 18 núm. 1.

²⁹⁵ *Ibíd.*

²⁹⁶ Ecuador, “Corte Constitucional”, párr. 78.

²⁹⁷ *Ibíd.*, párr. 79.

²⁹⁸ *Ibíd.*, párr. 80.

público gracias a que su tío es ministro de trabajo; o decir, el caso El Universo, que el presidente abrió fuego a discreción a sabiendas que había civiles al interior del Hospital. Estos dos casos son opiniones, sujetas a una restricción reforzada de la libertad de expresión.

Recalca la Corte, para restringir la libertad de expresión deba hacerse un escrutinio de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, cuando la información o expresión es de interés público, es decir, una ponderación entre el derecho invocado y el contenido, naturaleza y alcance de la información.²⁹⁹ Igual es aplicado a mi caso, la información es de interés público y da origen al debate, de ahí, la ponderación es un mecanismo que permita equilibrar la balanza entre el honor y la libertad.

La Corte recomienda en lo posible no usar el sistema penal sino la vía civil con base al estándar de real malicia.³⁰⁰ En mi caso, acudieron al sistema penal como un mecanismo gravoso y lesivo en aras de inhibir o bloquear información de interés público.

La Corte, ha dicho, invocar condiciones previas como: veracidad, oportunidad o imparcialidad es incompatible con el derecho a la libertad de expresión, y es contradictorio el art. 18 numeral 1 Constitución que exige información veraz.³⁰¹ La sociedad en un sentido individual o social exige mayor información posible, la exigencia de veracidad puede generar abusos y violar el derecho a la información.

La Corte ratifica lo dicho en esta investigación en cuanto a la libertad de expresión y la relación que hace con la democracia social e individual como elementos esenciales para la difusión de la información que sea de interés pública. Y el método ponderativo que debe aplicar el juez en el caso de encontrarse en pugna la libertad de expresión y el honor cuando sea invocado por funcionarios públicos.

8. Razones jurídicas para que no se dé la criminalización de la libertad de expresión

La libertad de expresión como se ha venido diciendo a lo largo de este capítulo es un principio o derecho que tiene rango constitucional, además, tiene protección en instrumentos internacionales de derechos humanos regionales y universales. Es el sustento del Estado de derecho y la democracia. En principio la libertad de expresión no se podría criminalizar, sin

²⁹⁹ Ibid., párr. 97.

³⁰⁰ Ibid., párr. 100.

³⁰¹ Ibid., párr. 101.

embargo, pueden existir expresiones lesivas o dañosas que afecten al buen nombre o reputación de las personas. En ese sentido se ha visto en la necesidad de criminalizar ciertas expresiones a través de la ley penal.

En nuestro caso, el legislador bajo un enfoque político criminal³⁰² y criminológico protege el buen nombre y el honor a través del delito de calumnia, también, proteger la honra por medio de la contravención de injuria.³⁰³ Se sanciona penalmente a la persona que exprese injuriosa o calumniosamente la honra de un apersona, el punto central de la protección radica, en que, el límite máximo de la libertad de expresión es la honra. Existirá la libertad de expresión siempre que no se lesione la honra.

En principio no se debería criminalizar la libertad de expresión, de darse aquello, existe la posibilidad que la sociedad caiga en el caos o la anarquía social, al punto de que nos matemos unos a otros al no existir una protección normativa a la honra limitando la libertad de expresión. El contractualismo, tal como refiere Cesare Beccaria se fundamenta en la ficción de un pacto social, donde, las personas ceden una parte de su libertad al poder para que se otorgue seguridad y libertad al mismo tiempo.³⁰⁴

La palabra criminalizar suena despectiva, pero en realidad deba entenderse como una de las formas de denominación del derecho penal, por eso que, se pueda llamar a un injusto penal y culpable, crimen o delito. De esta manera, la criminalización de la libertad de expresión, se da en ese contexto, es decir, se sanciona penalmente las expresiones que estén cargadas de lesividad o dañinidad para proteger el pacto social. Ósea, el honor.

Además de aquello, hablamos de la criminalización de la libertad de expresión, por razones más que jurídicas, más allá de cuestiones morales, religiosas, etc., esa criminalización, a aparte de las condiciones expuestas, tiene otros candados que es muy difícil que los pueda inobservar el juzgador o el legislador a la hora de crear o aplicar la ley penal.

No voy a repetir, ya que fueron vistos en este capítulo. Me refiero a los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto en lo regional y universal, que de una u otra forma ayudan a controlar al poder público de los Estados nacionales que han firmado y

³⁰² Claus Roxin, *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, trad. Carmen Gómez Ribero y María del Carmen García Cantizano, (Valencia: tirant lo Blanch, 2000), 11-6.

³⁰³ Ecuador, “Código Orgánico Integral Penal”, art. 182 y 396 núm.1.

³⁰⁴ Beccaria, “Tratado de los delitos y de las penas”, 19.

ratificado esos tratados. Ecuador, como se ha dicho, ha firmado y ratificado la mayoría de ellos. Más allá de las discusiones en la doctrina y en la jurisprudencia de si son normas *soft* o *hard law*³⁰⁵, lo cierto es que, ponen parámetros mínimos, en unos casos, en otros obligan al poder a respetar la libertad de expresión.

Por ejemplo, repito, la Convención Americana de Derechos Humanos mantiene una estructura jurídica rica en contenido de derechos y garantías y obligaciones de los estados miembros respecto a sus ciudadanos. La Corte Interamericana, es la única encargada de interpretar las normas de la Convención, una de esas normas es la libertad de expresión y derecho de honor. Incluso existen consultas de estados acerca de la libertad de expresión. Además la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Relatoría sobre libertad de expresión dan sendos informes de cómo se está llevando a cabo la libertad de expresión en el ámbito jurisdiccional, legislativo y administrativo. Es decir, controla la actividad interna del Estado respecto a la criminalización de la libertad de expresión.

Esto en el ámbito regional (América), en cambio, en el ámbito universal, igual existe control a los estados respecto a la libertad de expresión. Por ejemplo, para ser puntual, tenemos la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ponen trabas jurídicas a los estados a la hora de desarrollar el contenido y aplicación de la libertad de expresión. Incluso, existe el Comité y la relatoría sobre libertad de expresión que da informes anuales de las actuaciones de los países en el mundo.

La criminalización, en el sentido que vengo manejando el concepto, no tiene campo abierto a la regulación de la libertad de expresión al punto que ponga en riesgo dos pilares fundamentales que se desprenden de la libertad de expresión: una, el Estado constitucional de derechos, justicia, dos, la democracia. La honra de toda persona es legítima constitucionalmente hablando, eso no significa que el derecho penal sea utilizado como instrumento de censura o responsabilidad ulterior de temas políticos, religiosos, morales, etc. Sería su contradicción.

La criminalización de la libertad de expresión es legítima en tanto y cuanto camine junto a estos instrumentos internacionales que es el parámetro en el desarrollo en las normas

³⁰⁵Ángel Mazuelos Bellido, SOFT LAW: ¿Mucho ruido y pocas nueces? Revista Electrónica de Estudios Internacionales No 8 (2004): 1-5., <file:///C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-SoftLaw-1004415.pdf>.

infracosntitucionlaes de la libertad de expresión. Por eso que la Constitución³⁰⁶, La Ley Orgánica de Comunicación³⁰⁷, determinan que es la libertad de expresión, y por otro lado, está la ley penal (art. 182 y 396 No 1 del Coip) que criminaliza las expresiones que son lesivas al honor de la persona.

¿Por qué llego a la reflexión de que procede la criminalización de la libertad de expresión en esos términos? La razón es esta: uno, defensa del Estado de derecho (en el sentido de Estado constitucional, Estado de derechos y Estado de justicia), dos, defensa de la democracia, tres, defensa de los principios-ponderación, cuatro, defensa de las reglas-tipo penal de contravención y calumnia. En ese contexto, es importante la libertad de expresión, y para que sobreviva la misma debe existir criminalización.

Entendido aquello, pasamos a un punto relevante que debe tomar en consideración el juzgador, que se tocó en el capítulo primero respecto a si procede la ponderación en materia penal, yo creo que sí. Al menos con lo que tiene que ver con la tipicidad (elemento del tipo penal de bien jurídico) y lesividad (antijuridicidad material). En ese sentido paso a desarrollar puntualmente mí argumento jurídico penal constitucional.

Si la lesividad es lesionar un bien jurídico constitucional, en materia penal, debe está el bien jurídico en la ley penal (art. 182 Código Penal y 396 No 1 Coip) específicamente en el elemento del tipo penal del bien jurídico de los tipos penales de injuria y calumnia. En este estado de argumentación muy bien puede el juzgador ponderar el grado de lesividad que generaron las expresiones en relación al tipo penal.

Solo para dar un premisa, porque será desarrollado en el capítulo tercero. En este caso el juez, debe obligatoriamente analizar los principios de legalidad, lesividad y culpabilidad como integrantes del derecho penal. Luego de aquellos aplicar la teoría del delito en el tipo penal injurias y calumnias. Digamos que eso sería la primera argumentación. Luego, como segunda argumentación, debe, dentro de lo que es el Estado constitucional, el Estado de derechos, el Estado de justicia, y la democracia, cómo puede afectar las expresiones el honor del funcionario público en funciones al aplicar la ponderación.

³⁰⁶ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, art. 66 núm. 18.

³⁰⁷ Ecuador, “Ley Orgánica de Comunicación”, art.

En síntesis, la libertad de expresión no es un derecho absoluto sino que el mismo debe ajustarse al Estado de derecho. Las razones: defender la libertad, la igualdad, y la dignidad de toda persona frente al poder público estatal. No hay derechos absolutos, lo que hay regulaciones racionales y proporcionales que se mueven dentro de la visión de los estados explicados. El honor del funcionario público puede ser analizado desde la dogmática penal, pero igual, desde la dogmática constitucional.

9. El juez democrático penal debe aplicar estas sentencias en materia de libertad de expresión y derecho de honor

En el campo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha dictado algunas sentencias sobre libertad de expresión, determinando, su concepto, naturaleza y alcance de protección. Toda ellas son importantes desde el campo de *obiter dictum y ratio decidendi*, por el abundante razonamiento que hace sobre el honor de los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones. En ese sentido paso a determina que sentencias son indispensables al momento de resolver el delito de calumnia y la contravención de injuria en donde está en juego el honor de funcionarios públicos.

Obviamente el juez democrático penal, está obligado al momento de resolver un caso penal de injuria y calumnia conocer y aplicar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto por mandato de lo expresado en el artículo 11 No 4 de la Constitución y en relación al mismo cuerpo jurídico el artículo 424, 426, 427, 248. El objetivo es determinar la obligatoriedad de realizar el control de convencionalidad y del bloque de convencionalidad.³⁰⁸

En ese sentido, el juez democrático penal, debe referirse al caso Ricardo Canese vs Paraguay ha dicho que:

[..] el papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse,

³⁰⁸ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, art. 11.3 y art. 424, 426, 427, 248

los mecanismos de control y denuncia ciudadana se comienzan a tornar inoperantes y, en definitiva, se crea el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad.³⁰⁹

Lo que trata de decir la Corte al juez penal nacional que considere que la libertad de expresión es la esencia en sí misma de una sociedad democrática, y permite a su vez que la ciudadanía realice las debidas denuncias al poder público. En el mismo sentido, la Opinión consultiva, “La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública”.³¹⁰

La Corte, en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú* ha dicho que la libertad de expresión tiene una concepción individual y una social.³¹¹ Es así que la persona tiene derecho a expresar su pensamiento individual respecto a lo que piensa, no solo aquello, sino a que otros conozcan sus ideas diversas sean políticas, religiosas, etc. Incluso la Opinión consultiva ha dicho que cuando se viola el derecho individual se viola el derecho de todos a conocer esas ideas.³¹²

La Corte IDH en el caso *Última Tentación de Cristo* ha desarrollado jurisprudencia respecto a que la libertad de expresión pueda ser limitada en ciertos aspectos que merezcan necesariamente limitar esas expresiones para tutelar otros derechos:

Es importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece *una excepción a la censura previa*, ya que permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. *En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.*³¹³ (Cursiva mía)

³⁰⁹ Corte IDH, “Sentencia de 31 de agosto del 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, 23 de noviembre de 2010, párr. 86. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf.

³¹⁰ Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Corte IDH párr.: 30. Véase en el siguiente Link: http://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf.

³¹¹ Corte IDH, “Sentencia de 6 de febrero del 2001 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, 6 de febrero del 2001, párr. 147. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf.

³¹² Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Corte IDH párr.: 30, http://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf.

³¹³ CIDH, “la Última Tentación de Cristo vs. Chile”, párr.70.

En igual sentido, la Corte en el caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica* ha manifestado que las expresiones pueden desembocar responsabilidad ulterior cuando afecten al derecho de honor. Para eso ha determinado algunos presupuestos a tomar en cuenta:

[...] Para poder determinar responsabilidades ulteriores es necesario que se cumplan tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática.³¹⁴

Ahora una vez que el juez conozcan el significado conceptual de la libertad de expresión y la relación con la democracia, y que, la libertad de expresión puede ser limitada para efectos de tutelar otros derechos por medio de la censura previa y la responsabilidad ulterior. La Corte como fuente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos e interpreta el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos sobre el *principio de necesidad* sea útil o razonable u oportuna, debe satisfacer un interés público imperiosa o la existencia de una sociedad imperiosa.³¹⁵

La Corte, en el caso *Ricardo Canese vs Paraguay* ha dicho al interpretar la Convención: 1, la necesidad de la medida utilizada, cuanto ha causado un daño grave a bienes jurídicos que sea necesario la intervención penal; 2, estricta proporcionalidad en la medida, será cuando la limitación no resulte exagerado o desmedido, que se demuestre una satisfacción al derecho de reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libertad de expresión.³¹⁶

Y recalca la Corte, “[...] la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.³¹⁷ En otras palabras, la Corte busca que la intervención penal se ajuste a estos parámetros mínimos, para que sea legítima la intervención en el derecho.

³¹⁴ CIDH, “*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*” Párr. 120.

³¹⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva n. 5 La colegiatura de periodistas, párr. 39

³¹⁶ Corte IDH, “*Caso Ricardo Canese vs Paraguay*”, Sentencia de 8 de mayo de 2008.

³¹⁷ *Ibíd.*, párr.83.

A qué se debe que la Corte sienta jurisprudencia respecto a la libertad de expresión, la democracia y los límites a los mismos, incluso, determina parámetros mínimos de intervención como es la proporcionalidad. Lo que busca la Corte es que cuando el funcionario público en ejercicio debe soportar las críticas de sus ciudadanos, para evitar que éste utilice la justicia penal en reclamo de su honor.

En ese sentido, la Corte ha dicho sobre funcionarios públicos. En el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú* ha determinado lo siguiente:

[...] los límites de críticas aceptables son más amplios con respecto al gobierno que en relación a un ciudadano privado o inclusive a un político. En un sistema democrático las acciones u omisiones del gobierno deben estar sujetas a exámenes rigurosos, no sólo por las autoridades legislativas y judiciales, sino también por la opinión pública. (Traducción no oficial).³¹⁸

En la misma línea, en el caso *la Última tentación de Cristo*, la Corte hace suya la interpretación realizada por la Corte Europea de Derechos Humanos, manifiesta:

[...] El artículo 10.2 [de la Convención Europea de Derechos Humanos] *es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población.* Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una ‘sociedad democrática’. Esto significa que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue.³¹⁹ (Cursiva mía)

En la misma línea, en el caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica* se dijo:

[...] las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático [...].³²⁰

³¹⁸ Corte IDH, “*Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*”, Sentencia 6 de febrero del 2001, párr. 155.

³¹⁹ Corte IDH, “Sentencia de 5 de febrero del 2001 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Última tentación de Cristo, Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, 5 de febrero del 2001, párr. 69. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf.

³²⁰ *Ibíd.*, párr. 128.

Hago una reflexión en estas sentencias de la Corte IDH respecto a que el funcionario público en funciones debe estar dispuesto a que lo critiquen, al punto, que su umbral de crítica es aún mayor que una persona particular. La razón es más que obvia, se busca que la libertad de expresión no se lesione sin justa proporcionalidad en cuanto al honor del funcionario y la libertad de expresión.

Y sigue la Corte respecto a los funcionarios públicos en funciones: En exige que los intereses sean de interés público y debate público:

Es así que el acento de este umbral diferente de protección 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. *Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público.*³²¹ (Cursiva mía)

También la Corte dice que el control democrático ayuda al pluralismo democrático.

El control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático⁶⁵. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público.³²²

La Corte dice algo revolucionario, que los juicios de valor no pueden someterse a prueba sino los hechos:

Las opiniones vertidas por el señor Kimel no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor.³²³

³²¹ Ibid., párr. 129.

³²² Corte IDH, “Sentencia de 2 de mayo 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Kimel vs Argentina*, 2 de mayo de 2008, párr. 87, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf.

³²³ Corte IDH, *Caso Kimel vs Argentina* de 2 de mayo 2008, párr. 93.

La Corte ha sido explícita al señalar, “Las anteriores consideraciones no significan, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático [...]”.³²⁴ Incluso, ratifica la Corte, “Asimismo, la protección de la reputación de particulares que se encuentran inmiscuidos en actividades de interés público también se deberá realizar de conformidad con los principios del pluralismo democrático”.³²⁵

En el caso del derecho de honor, la Corte, ha manejado un criterio similar respecto a la libertad de expresión. Algo sumamente importante es que expresa a que ante conflictos de honor y libertad de expresión la vía de la ponderación a través del juicio de proporcionalidad sea el camino:

En torno a estos hechos las partes presentaron diversos alegatos en los que subyace un *conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección de la honra de los funcionarios públicos*. La Corte reconoce que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia. [...] *la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad*.³²⁶ (Cursivas mía)

Incluso, la Corte IDH se ratifica respecto al honor del funcionario público debe someterse a parámetros jurídicos ponderativos que haga que la libertad de expresión y el honor se ponderen:

Para el caso que nos ocupa, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.³²⁷

³²⁴ Corte IDH, “Sentencia 31 de agosto de 2004 (Fondos, Reparaciones y Costas)”, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, 31 de agosto de 2004, párr. 100, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf

³²⁵ *Ibíd.*

³²⁶ Corte CIDH, “Sentencia de 2 de mayo 2008, (Excepciones Preliminares, Fondos, Reparaciones y Costas)”, caso *Kimel vs. Argentina*, 2 de mayo 2008, párr.51, http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf.

³²⁷ Corte, IDH, “Caso Kimel vs. Argentina”, Sentencia 2 de mayo 2018, párr. 84.

El juez penal democrático debe conocer todo estas sentencias en la cual la Corte IDH ha interpretado en alcance y contenido de la libertad de expresión y el derecho de honor. Es imperativo que el juez conozca ya que a él le corresponde hacer el control de convencionalidad y del bloque de constitucionalidad. De ahí que la democracia y libertad de expresión sostienen el Estado de derecho. Que el pluralismo democrático se da cuando funciona el debate de asuntos de interés público. Que en caso de conflictos del derecho de honor del funcionario público y la libertad de expresión debe aplicar la ponderación a través de juicio de proporcionalidad.

Incluso la teoría que vengo maneando a lo largo de la tesis de que si es posible aplicar la ponderación en los tipos penales de calumnia y el de injuria, previo a la determinación de la materialidad y responsabilidad penal de dichos tipos penales. De ahí la obligación del juez penal de conocer no solo la doctrina respecto a lo que son los principios y las reglas, sino las sentencias de la Corte para una mejor argumentación.

Capítulo Tercero

Análisis del caso Sebastián Cevallos y el caso El Universo, sobre libertad de expresión y honor

El capítulo aborda la función que cumple el juez democrático penal resolver dos casos concretos (caso Sebastián Cevallos y el caso El Universo) acerca al derecho del honor de dos funcionarios públicos y la libertad de expresión de dos ciudadanos que han sido sentenciados penalmente. El juez tiene dos argumentos jurídicos, el uno es jurídico penal, el otro, es dogmático constitucional.

El primer razonamiento estará en determinar la materialidad y la responsabilidad penal del delito de calumnia (caso El Universo) según el art. 489 del Código Penal y la contravención de injuria (caso Sebastián Cevallos). Esto significa que aplicara la teoría del delito para hacer efectivo la ley penal. Es decir desmenuzara cada elemento del tipo penal de injuria y calumnia. El segundo razonamiento, en cambio, es ponderar al bien jurídico honor y libertad de expresión, se hará son base al concepto de bien jurídico como elemento del tipo penal y antijuridicidad material respecto a la lesividad. Se parte de aquí, pero se lo ubica en el ámbito constitucional para ponderar como principios el honor y libertad de expresión. Luego regresa al ámbito penal para fortalecer el concepto de bien jurídico en la tipicidad y la antijuridicidad material que es donde parte la ponderación al ámbito constitucional.

En la ponderación se utiliza las variables para efectos de determinar el grado de lesividad entre honor y libertad de expresión. Las variables son: Estado constitucional, democracia y dignidad. Cada uno de estos razonamientos se logra determinar con exactitud meridiana cuál era el rol que debía cumplir el juez en los casos concretos objeto de la tesis (caso Sebastián Cevallos y caso El Universo). Y a su vez determinar la construcción del juez democrático penal y establecer las características mínimas que debe observar en los casos puestos a disposición respecto al honor de los funcionarios públicos y la invocación de los procesados de la afectación de su derechos a la libertad de expresión.

1. Justificación metodológica de los casos

Los casos escogidos tiene una razón de ser, la principal, ya que pueden haber otras razones que se relacionan con la razón principal. Estas sentencias en lo medular muestran la capacidad de razonamiento jurídico que aplica el juez en el caso El Universo y caso Sebastián Cevallos. Me refiero, a cómo utiliza el juez la teoría del delito para determinar la materialidad y responsabilidad penal, bajo la óptica de una subsunción, obviando, en el razonamiento la utilización de la ponderación.

En cuanto a la metodología estos casos me permiten escudriñar a profundidad el razonamiento del juzgador antes de llegar a proclamar la frase “administrando justicia en nombre del pueblo ecuatoriano”. Ya que escojo los considerando relevantes en donde el juzgador va armando su razonamiento, sean de los hechos y la norma jurídica, a esto se conoce “*obiter*”, luego el razonamiento duro o esencial que le permite decidir la causa, se conoce como “*ratio decidendi*”.

Como la sentencia tiene una estructura de argumentación representada en *obiter* y *ratio decidendi*, que no podría ser de otra manera. En ese sentido uso la teoría del delito, en principio para establecer materialidad y responsabilidad, pero no me quedo allí, del tipo penal de injuria y calumnia extraigo los elementos del delito. Pasó seguido uso la ponderación, al menos para determinar el grado de lesividad que causan las expresiones al honor de los funcionarios públicos en funciones. Lo hago desde el concepto de bien jurídico en el tipo penal y en la antijuridicidad material respecto al grado de lesividad, parto de lo penal, pero lo llevo al campo constitucional para poder ponderar el honor y libertad de expresión.

A parte de lo dicho en la parte metodológica, debo agregar algo. Los dos casos han sido relevantes a nivel nacional. El caso Sebastián Cevallos, permite poner en el tapete la discusión en el grado de afectación del honor de la sobrina del Ministro de Trabajo de ese entonces, y cómo sancionar a un dirigente social por denunciar casos de corrupción puede lesionar la libertad de expresión, además, como puede lesionarse el Estado de derecho.

El caso El Universo, tuvo una connotación a nivel nacional, ya que quien reclamaba el honor era un Presidente de la República, además tenía un agregado importante, era en contra de un editorialista y los dueños del medio de comunicación. El efecto que causó a nivel nacional e internacional al punto que la relatoría de la libertad de expresión a nivel regional y universal dio un pronunciamiento al respecto. La actuación del juez en este caso,

me intereso, quería saber cómo aplicaba la teoría del delito al caso, y cómo, analizaba el honor y la libertad desde una perspectiva dogmática constitucional. Obviamente el juez se quedó solo en el campo penal, inclusive allí estuvo mal, no avanzó al campo constitucional.

Dicho aquello, en definitiva, estos dos casos, que podrían llamarse una muestra relevante de cómo actuó el juez en esos casos, desde la teoría del delito y desde la dogmática constitucional. Más allá de las apreciaciones sociales (prensa, radio, periódicos, televisión, etc.), lo que me interesa son las jurídicas. Esto llevo a que escoja estos dos casos, por el aporte jurídico y relevancia a nivel nacional e internacional sobre el honor y la libertad de expresión.

2. Antecedentes de los casos

Dos son los casos que se sujetarán al método de interpretación jurídica de nombre “ponderación”. Uno, el caso de Sebastián Cevallos (dirigente social) vs funcionaria pública (Paula Rodas prima de Carlos Marx Carrasco), y dos, el caso Diario El Universo vs funcionario público (Rafael Vicente Correa Delgado).

El uno es un dirigente social y el segundo es un editorialista y sus representantes del diario El Universo en calidad de querellados. Al primero se acusa por el tipo penal 396 numeral 1 del COIP y sentenciado a 15 días de prisión sin reparación, el segundo, por el tipo penal 489 y 491 del Código Penal derogado y sentenciado a 3 años de prisión, como: autor al editorialista y autor coadyuvante al representante de la compañía y una reparación de 30 millones de dólares divididos en partes iguales, y 10 millones de dólares a la Compañía.

El artículo 396 numeral 1 determina, “La persona que, por cualquier medio, profiera expresiones en descrédito o deshonra en contra de otra. Esta contravención no será punible si las expresiones son recíprocas en el mismo acto”.³²⁸ Y el artículo 489 Código Penal derogado establece, “Injuria calumniosa, cuando en la falsa imputación de un delito; y, no calumniosa, cuando consiste en toda otra expresión proferida en descrédito, deshonra o menosprecio de otra persona, o cualquier acción ejecutada con el mismo objeto”.³²⁹ Estos tipos penales son objeto de sanción penal en los casos objeto de análisis.

³²⁸ Ecuador, “Código Orgánico Integral Penal”, art. 396 núm. 1.

³²⁹ Ecuador, “Código Penal”, art. 489.

Las dos querellas han sido aceptadas al decir del juez por haber violado el honor del funcionario (funcionaria y presidente). El método de interpretación jurídica aplicado ha sido el de subsunción a través del silogismo: premisa mayor y premisa menor y conclusión. No existe ponderación de principios: entre libertad de expresión y honor como derechos constitucionales.

2.1. Caso uno, Sebastián Cevallos vs funcionaria pública (Paula Rodas prima de Carlos Marx Carrasco)

Hechos³³⁰: el accionante (Paula Rodas) expresa que los días 21, 22 y 23 de julio del 2015 a través de la red social *twitter* registrada a nombre de *@sebastcevallos* y que pertenece al señor Rodrigo Sebastián Cevallos Vivar ha procedido a proferir expresiones en descrédito y deshonra. Expresiones como:

[...] rueda de prensa para denunciar actos de corrupción de funcionario de alianza país, nepotismo a favor de familiares o amigos que ocupan cargos o empleos, creen que Carlos Marx tiene calidad moral para dialogar con trabajadores y maestros, adivine quien es el presidente de la Comisión de ética de *@35país* Carlos Marx Carrasco, sabían que Paula Rodas es sobrina de Carlos Marx Carrasco y está en el INPC-Regional 6. Todas estas expresiones han sido realizadas por medio del *twitter* del señor Sebastián Cevallos en contra de la accionante.³³¹

Pruebas de la accionante: desmaterialización de los correos electrónicos del *twitter* y *retwitter*, certificado del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural (INPC) donde se indica que ingresa como técnica de decreto de emergencia, certificado trabajo desde el 2008 hasta el 2015 de los contratos de obra cierta, ocasional y nombramiento provisional, contrato definitivo de méritos y oposición, contrato de asesoría y prestación de servicios ocasionales, acta de concurso de oposición y méritos y hoja de vida.

2.2. Caso dos, Diario El Universo vs funcionario público (presidente de Ecuador Rafael Correa)

³³⁰ Ecuador, Unidad Judicial Penal de Cuenca, “Sentencia”, en *Juicio No: 01283-2015-04771*, 11 de diciembre de 2015, 1.

³³¹ *Ibíd.*

Hechos³³²: El señor Rafael Vicente Correa Delgado presenta una acción privada en contra del editorialista Emilio Palacios Irrutía por haber dicho en El Diario El Universo en la página 12 Editoriales que el presidente (Rafael Correa) en un futuro puede ser llevado ante la justicia internacional por haber ordenado fuego a discreción a sabiendas que se encontraba en un hospital civiles, y que debe responder por crímenes de lesa humanidad en el caso conocido como “Treinta S” (treinta de septiembre 2010) ante la protesta policiales que se llevó a cabo. Y como autoría coadyuvante en contra del representante del Diario El Universo.

Pruebas: uno, certificado de la superintendencia de compañías, dos, certificado del registro mercantil, tres, el periódico original del Diario El Universo de la parte Editorial artículo “No a las mentiras”, cuatro, copias certificadas de la editorial de la página 12, quinto, testigos y peritos, sexto, certificados académicos, y otros certificados de ejercicio profesional y ejercicio de la presidencia de la República del Ecuador.

3. Ineficaz la aplicación del método de subsunción en el caso Sebastián Cevallos

En el caso Sebastián Cevallos en el Considerando Décimo tercero se establece que “[...] la conducta de Rodrigo Sebastián Cevallos Vivar, se subsume en el acto típico, antijurídico y culposo del Artículo 396, en su Numeral 1”. El método de interpretación jurídica aplicado por el juzgador es el de subsunción, por cuanto, consiste en una premisa mayor (norma) premisa menor (hechos) y conclusión.³³³ Da como resultado que la conducta se subsuma en la norma penal en una deducción lógica de las premisas.

Es un método clásico del positivismo jurídico, la cual convierte al juzgador en mero aplicador de la ley penal o regla definitiva, sin hacer referencia a la pugna de principios.³³⁴ Los principios con este método quedan relegados y tienen relevancia las reglas que están compuestas de una parte hecho hipotético y la consecuencia jurídica. Y el juez se constituye en boca de la ley.

³³² Ecuador, Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas, “Sentencia”, en Juicio No: ,20 de julio 2011, 1.

³³³ Manuel Atienza y Juan Ruiz Moreno, “Dejemos atrás al positivismo jurídico”, 10-11.

³³⁴ *Ibíd.*

Decir que la libertad de expresión y honor son derechos constitucionales y que están dentro de instrumentos de derechos humanos no significa ponderar. Considerando Décimo Segundo:

En consecuencia, es evidente que al entrar en conflictos derechos consagrados en la Constitución de la República y Tratados Internacionales, como el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la honra, derechos y principios que son de igual jerarquía, inalienables, irrenunciables, indivisibles interdependientes, como lo consagra el Numeral 6, del Artículo 11, de la Constitución de la República, sin embargo, cómo determinar, cuál principio o derecho ha sido afectado o no, en el presente caso, se debe aplicar las normas de interpretación constitucional consagrada en el Artículo 3, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su Numeral 2, Principio de Proporcionalidad y del Numeral 3, Principio de Ponderación.³³⁵

El juzgador lo que hace es enumerar el derecho en la Constitución, y nos recuerda que el Estado ha firmado algunos instrumentos de derechos humanos donde se encuentra la libertad de expresión y honor como derechos. Y que existe una ley que desarrolla métodos interpretativos. Es decir, es una clara transcripción de la ubicación del derecho y método sin ninguna ponderación.

En el Considerando Décimo, “A fin de poder determinar, por parte de este Juez, si la conducta de Rodrigo Sebastián Cevallos Vivar, se encasilla o no el norma legal antes invocada”.³³⁶ Es clara la postura acogida al utilizar el método de interpretación jurídica de la subsunción, sin embargo, la doctrina expresa que para resolver casos fáciles sobre reglas es suficiente una justificación interna, en cambio, cuando el caso es complejo y está inmerso principios constitucionales es necesario acudir a una justificación externa de principios.³³⁷

En el Considerando Décimo de la sentencia se determina:

Pues, la persona que por cualquier medio, reza la norma, profiera expresiones en descrédito o deshonor en contra de otra; Paula Rodas, ha indicado que su honor y dignidad se han visto afectadas por los comentarios vertidos por Rodrigo Sebastián Cevallos Vivar, persona que a través de las redes sociales ha indicado que ésta, Paula Rodas, gracias a su tío político, ingresó al sector público, no así, en base de un concurso público de oposición y méritos.³³⁸

³³⁵ Ecuador, Unidad Judicial Penal de Cuenca, sentencia de 11 de diciembre de 2015.

³³⁶ Ibid.

³³⁷ Lozada y Ricaurte, “Manual de Argumentación jurídica constitucional: propuesta de un método”,

³³⁸ Ecuador, Unidad Judicial Penal de Cuenca, sentencia de 11 de diciembre de 2015.

El razonamiento del juez, parte de la premisa menor (hechos) o expresiones realizadas por medios digitales (*twitter*), para luego subsumir con la premisa mayor (norma) o norma prohibitiva o mandatoria que es invocada por las partes, para luego concluir.

Así, en el Considerando Décimo:

[...] la Constitución de la República, en su Artículo 66, dispone que se reconoce y garantizará a las personas, y en el Numeral 6, El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones, garantía constitucional que está garantizada, así mismo, en el Artículo 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, pero al mismo tiempo, la misma Constitución de la República, en el Artículo 66, Numeral 18, como garantías constitucional también dispone que, el derecho al honor y al buen nombre.³³⁹

Claro, aparte de buscar la adecuación de los hechos a la norma (premisa mayor-norma que prohíbe la conducta), el juzgador invoca normas de carácter constitucional e instrumentos internacionales de derechos humanos y hace saber a las partes procesales que los derechos tiene rango constitucional y de tutela internacional. Pero su razonamiento se queda en la regla o subsunción y no profundiza al contenido de la norma jurídica de principios o de ponderación. Solo enumera.

Por ejemplo: no hay diferencia entre reglas y principios. La primera, es aplicable el método de interpretación lógico deductivo o de subsunción al ser la regla cerrada, en cambio, el segundo, es adecuado de acuerdo a como vaya optimizando la problemática fáctica o jurídica.³⁴⁰ Por eso, recalco, el razonar del juzgador se centra en hechos y normas (premisa mayor y menor) anuncia que los derechos en pugna son tutelados en la Constitución e instrumentos internacionales.

En el Considerando Décimo, “No se ha justificado, ni se ha podido demostrar con las pruebas actuadas, que Rodrigo Sebastián Cevallos Vivar, haya realizado los comentarios en discursos políticos, ni en contra de políticos o candidatos para que los mismos sean eximidos de responsabilidad penal”.³⁴¹ Según el juez solo cabe proteger la libertad de expresión si el discurso está dirigido al candidato o políticos, trazo error, la Corte ha dicho que procede la tutela si la información es de interés público.

³³⁹ *Ibíd.*

³⁴⁰ Lozada y Ricaurte, “Manual de Argumentación jurídica constitucional: propuesta de un método”, 44-5.

³⁴¹ Ecuador, Unidad Judicial Penal de Cuenca, sentencia de 11 de diciembre de 2015.

Manuel Atienza establece que el método de subsunción es el encadenamiento de enunciados que a partir de premisas se puede pasar a la conclusión o actividad dirigida a descubrir las premisas o técnica persuasiva o interacción social.³⁴² Es decir, argumentar es un proceso de actividad o resultado de la actividad; como actividad es el planteamiento del problema y la solución; como resultado se distingue entre premisa, conclusión e inferencia.³⁴³ En definitiva la actuación del juez ha sido está.

3.1 Eficaz aplicación del método de ponderación en el caso Sebastián Cevallos

En el caso Sebastián Cevallos vs funcionaria pública el juzgador hace una enunciación amplia y sin ningún razonamiento del artículo 3 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional sobre los métodos de argumentación jurídica como es la ponderación. Considerando Décimo Segunda la Sentencia.³⁴⁴ Significa que no hay un análisis de la estructura de la ponderación frente al problema fáctico y jurídico objeto de protección que se sustenta en los principios.

Robert Alexy determina que la ponderación tiene una estructura, una racionalidad y una legitimidad, es decir, cuando mayor es el grado de la racionalidad, mayor es la legitimidad de la ponderación.³⁴⁵ Esto significa que el juzgador debe ahondar el argumento jurídico que permita que su sentencia sea legítima a luz de la racionalidad al aplicar el derecho.

Una de las formas de llegar a la racionalidad y legitimidad de la aplicación del derecho es ponderando principios. Por un lado, existe el principio de proporcionalidad como máxima expresión de tutela de los derechos fundamentales, pero, la subclasificación en idoneidad y necesidad es aplicable a las posibilidades fácticas como principio. Es en la proporcionalidad en sentido estricto en donde se hace efectiva la posibilidad jurídica como principio de ponderación, por medio de la ley de ponderación, a través de la fórmula de peso.³⁴⁶

³⁴² Manuel Atienza, Curso de argumentación jurídica, 1ª ed. en *Colección Estructuras y Derechos Serie Derecho* (Madrid: Editorial Trotta, 2013), 109.

³⁴³ *Ibíd.*, 109-110.

³⁴⁴ Ecuador, Ecuador, Unidad Judicial Penal de Cuenca, sentencia de 11 de diciembre de 2015.

³⁴⁵ Robert Alexy, “La fórmula de peso”, 14.

³⁴⁶ *Ibíd.*, 15.

Ley de ponderación expresa, “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”.³⁴⁷ Esto significa, cuando se interviene o restringe un derecho fundamental, el otro derecho goza de relevancia e importancia en relación al derecho que se interviene.

De ahí, Robert Alexy determina los grados que debe tomarse en cuenta al ponderar principios constitucionales de una escala triádica o de tres intensidades: leve, medio y grave.³⁴⁸ Serán los parámetros rigurosos que dará como resultado la aplicación de un principio en vez de otro según el caso concreto. Parámetros que han de ser racionales y no arbitrarios, que permita al derecho fluya a causas de justicia y racionalidad en un sistema constitucional y democrático.

En este sentido, se aplicara la fórmula de peso numérica o de sumas de Alexy. En consecuencia, los principios en pugna es el de derecho al honor invocado por una funcionaria pública y el derecho de libertad de expresión invocada por un ciudadano. Las variables a usarse serán la democracia, el Estados constitucional y la dignidad en un peso concreto, por otro lado, en un peso abstracto se considerará el honor y la libertad de expresión. Sin perjuicio de la explicación detallada que se vaya dando a la utilización de las premisas y el resultado los pesos.

La fórmula de peso al caso Sebastián Cevallos vs Funcionaria pública objeto de ponderación:

Derecho 1 Honor -Peso Abstracto –Derecho 2 Libertad de expresión-Peso Abstracto.
Derecho 1 Honor –Peso Concreto- Derecho 2 Libertad de expresión-Peso Concreto.

Variable: el peso en abstracto es D1PA honor es 3 y D2PA libertad de expresión es 3.

Variable: Dignidad, Democracia y Estado constitucional. Dignidad D1PC es 1 y D2PC es 3, democracia D1PC es 1 y D2PC es 3; Estado de constitucional D1PC es 1 y D2PC es 3.

³⁴⁷ Ibíd.

³⁴⁸ Ibíd.

Suma de cocientes: D1PC dignidad es 1 y D2PC es 3, D1PC democracia es 1 y D2PC es 3, y D1PC Estado constitucional 1 y D2PC es 3. Sumandos D1PA: 3 y D2PA: 3; y D1PC 3 y D2PC es 9.

Resultado de la fórmula de peso: D1PC es 3 y D2PC es 9 + D1PA 3 y D2PA 3. Total vendría hacer: D1 6 y D2 12.

Explicación de la aplicación de la fórmula de peso:

El derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor se pesa en abstracto (Derecho 1 Honor -Peso Abstracto –Derecho 2 Libertad de expresión-Peso Abstracto) el derecho y también se pesa en concreto (Derecho 1 Honor –Peso Concreto- Derecho 2 Libertad de expresión-Peso Concreto) el derecho. El peso en abstracto se refiere a que los derechos se encuentran ubicados en la Constitución y tiene igual jerarquía constitucional, en cambio, el peso concreto se determina a través de las variables.

El peso en abstracto del derecho a la libertad de expresión y derecho al honor se hace con base al grado de afectación al momento de la intervención en un grado: leve, medio y grave e identificado a cada uno con un número de 1, 2, y 3. La fórmula de peso (D1PA es 3 y D2PA es 3) otorga como resultado numérico 3 de cada derecho en rango constitucional.

Las variables se utilizaran en el peso concreto más no en el peso abstracto, pues permite extraer el grado de afectación real que ocasiona al derecho de la libertad de expresión y el derecho al honor objeto de protección constitucional. Se usa variables como: dignidad, democracia y Estado constitucional para determinar un valor leve, medio y grave, que se hace por medio de números 1, 2, y 3 que representa a cada uno de las variables su peso.

La fórmula (dignidad D1PC es 1 y D2PC es 3; democracia D1PC es 1 y D2PC es 3; Estado de constitucional D1PC es 1 y D2PC es 3) de peso concreto describe la afectación de libertad de expresión y honor, con base en la variable de dignidad, democracia y Estado constitucional. Cada variable utilizada tiene un fundamento jurídico objeto de protección:

Así: el honor tiene como núcleo esencial la dignidad del funcionario público, es una obligación jurídica que tiene el legislador y el juez de garantizar el honor en el ámbito penal, civil o administrativa; la democracia, el honor del funcionario público se protege si no afecta la libertad de expresión que es la esencia de la democracia; el Estado constitucional, se protege principios que dan como resultado la justicia. En síntesis, la variable otorga un valor de uno que viene a dar tres (D1PC).

Así: la libertad de expresión constituye el núcleo esencial de la dignidad que protege la Constitución y la ley, esto permite que las ideas o pensamientos críticos sean expresados, incluso, pueda buscar, recibir y difundir información; la democracia, sin esta no hay libertad de expresión, no hay debate de información interés público, no se controla la actuación de funcionarios públicos; Estado constitucional, a través de principios se tutelar de mejor manera a la libertad de expresión, al punto que el resultado será la justicia, diferente a la justicia que se logra con el método de subsunción. En síntesis, la variable otorga un valor de tres (3) que viene a dar nueve (D2PC).

Se suma el cociente con base a los valores numéricos que otorga las variables. El peso concreto (D1PC honor es 3 y D2PC libertad de expresión es 9) da un resultado de cada derecho: el honor tiene tres (3) y la libertad de expresión nueve (9). El peso abstracto (D1PA es 3 y D2PA es 3) para efectos de la suma: honor tiene tres (3) y la libertad tiene tres (3).

La fórmula (D1PC es 3 y D2PC es 9 + D1PA 3 y D2PA 3. Total: D1 6 y D2 12) de peso da como resultado final: el derecho al honor es 6 y el derecho a la libertad de expresión 12.

4. La ineficaz aplicación del método de subsunción en el caso El Universo

Es un caso paradigmático, el que invoca el derecho al honor es la autoridad máxima del Estado, y recibe sentencia a su favor, claro está, que el juzgador tenía dos formas para argumentar la sentencia, una la subsunción, la otra, la ponderación. Se inclinó por la primera al ser favorable al poder público.

En el considerando Quinto se determina, “Para que exista injuria es necesaria la existencia de “*animus injuriandi*”, es decir la intención o ánimo de injuriar, de ofender, de deshonrar o desacreditar a la víctima. Basta que exista “*animus injuriandi*” para que exista injuria”.³⁴⁹ El juzgador hace lo que debe hacer todo administrador de justicia penal, es determinar si la acción es dolosa y pretende la realización resultado típico.

Dentro de la premisa menor (hecho) a de identificarse si la acción del sujeto activo es dolosa, para luego, acudir a la premisa mayor (norma) a verificar si adecua a la prohibición o mandato y concluir, que efectivamente A ha injuriado a B (premisa menor) y al haber norma

³⁴⁹ Ecuador, Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas.

penal prohibitiva (premisa mayor) se sanciona a A al haber subsumido las expresiones dolosas a la norma penal.

En el mismo considerando Quinto establece, “Así lo han expresado los tribunales ecuatorianos al establecer que “la injuria está constituida por un elemento subjetivo, el designio la intención, el ánimo de deshonorar o desacreditar a la persona. Ausente este ánimo de injuriar no hay delito”.³⁵⁰ Sobre una perspectiva dolosa construye la subsunción de las premisas. Es decir, la tipicidad es el juicio de valoración entre la conducta (premisa menor) y la adecuación (premisa mayor) al tipo penal y concluye (inferencia) que la conducta se subsume en la norma penal.

En el considerando Séptimo determina, “También en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se establece la protección de la honra y de la dignidad en su artículo 11 numeral 1, 2 y 3 y disponen que: “1.- Toda persona tiene derecho al respeto a su honra... 2. Nadie puede ser objeto de (...) ataques ilegales a su honra o reputación, y, 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.³⁵¹ Es una enumeración de la Convención, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros instrumentos.

El considerando Séptimo establece, “Por su parte, como ya se ha manifestado, estos instrumentos vinculan a nuestro país por el artículo 66.18 de la Constitución de la República que dispone: “Se reconoce y garantizará a las personas: “El derecho al honor y al buen nombre. La Ley protegerá la imagen y la voz de la persona”.³⁵² Es decir, la argumentación se inclina, aparte de aplicar el método de subsunción, enumerar la normativa internacional que le favorece a la parte querellante. Y no existe un análisis a profundidad de la ponderación como método de argumentación jurídica adecuada al caso.

Al punto que en el considerando Séptimo dice, “En el debate jurídico actual se ha dicho que la injuria debe ser despenalizada tratándose de funcionarios públicos y que debe prevalecer el derecho a la libertad de expresión, y que el abuso de esa libertad, debe responderse tal y como indican los convenios internacionales, esto es, con la responsabilidad ulterior”.³⁵³ Reconoce que hay instrumentos internacionales que tutela la libertad de

³⁵⁰ Ecuador, Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas.

³⁵¹ Ecuador, Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas.

³⁵² Ecuador, Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas.

³⁵³ Ecuador, Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas.

expresión, y que el Estado ecuatoriano ha ratificado la mayoría de ellos, pero solo enuncia derechos no ahonda en su análisis.

Tal es así, que en el considerando Séptimo expresa, “todos podemos decir lo que queramos y no puede existir limitación a esa libertad, pero de igual forma una vez dicho lo que queramos debemos responder ante la ley *si se adecua esa conducta a lo establecido en el Código Penal*”.³⁵⁴ (Cursiva mía) Hay un claro método de subsunción aplicado por el juez, se deja ver al aplicar las premisas y la conclusión y no avanzar a otro método.

Esto significa que la motivación de la sentencia radica en tres cuestiones: el dolo, la subsunción y la enumeración de uno de los derechos del querellante, el otro derecho en pugna se anuncia de forma esporádica y sin ningún análisis a profundidad, más que para dar un criterio subjetivo del juzgador. En definitiva brilla la subsunción.

4.1 La eficaz aplicación del método de ponderación en el caso El Universo

El método de argumentación jurídica aplicado por el órgano de justicia penal en el caso del funcionario público (presidente) es la subsunción, pues, no recurre a otras formas de interpretación que establece la doctrina,³⁵⁵ la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional³⁵⁶ e incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁵⁷ entre otros instrumentos, se refieren a lo eficaz de la ponderación de principios cuando está en pugna derechos constitucionales.

De ahí, Luis Prieto Sanchís haya determinado que la gran diferencia entre principios y reglas radica en que la primera constituye una norma cerrada de aplicación, en cambio, la segunda es una vinculación de los principios con la moral y el derecho y se expresa por medio de la ponderación.³⁵⁸ Esto significa que los principios se afianzan en la moral y el derecho, y se protege por medio de la ponderación que representa a los principios.

Robert Alexy sobre el argumento de reglas y principios expresa que se diferencia: la primera son mandatos definitivos y se aplica la subsunción, en cambio, la segunda, son

³⁵⁴ Ecuador, Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas.

³⁵⁵ Alexy, “Formula de peso”, 15.

³⁵⁶ Ecuador, “Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”, art. 3.

³⁵⁷ Corte IDH, “Caso Kimel vs Argentina”, Sentencia 2 de mayo de 2008, párr. 84.

³⁵⁸ Luis Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica* (Madrid: Editorial Trotta, 2013), 116.

mandatos de optimización y se aplica la ponderación.³⁵⁹ Es una diferenciación que debe hacer el juez al momento de resolver el caso concreto, si hay pugna de principios constitucionales, la ponderación es adecuada para resolver el derecho y la moral, y la sentencia se apegue a la justicia.

La ponderación se materializa en la proporcionalidad en sentido estricto que recae en lo jurídico o normativo que contiene principios constitucionales.³⁶⁰ Parte de la clasificación que se hace al principio de proporcionalidad: idoneidad y la necesidad se vinculada a lo fáctico. Por otro lado, la ponderación tiene como núcleo a la ley de ponderación que a mayor no satisfacción de un principio, mayor es la importancia de satisfacción del otro principio.³⁶¹

La ponderación tiene grados de intensidad en la intervención, la cual forma una tríada: leve, medio y grave.³⁶² Lo que permite aplicar la fórmula peso con base a principios que se encuentran en pugna al caso concreto. Esto significa que el juzgador debía identificar con claridad meridiana que la norma objeto de sanción penal es una regla cerrada o definitiva, para lo cual tenía que avanzar a una argumentación de principios.

En la fórmula de peso, “Existen dos diferentes posibilidades fundamentales de relacionar *Ii* e *Ij*. Si trabaja con series aritméticas escoge la primera; quien trabaja series geométricas elige la segunda. Una serie particularmente simple es la serie 1, 2 y 3”.³⁶³ Esta última es la acogida para determinar el peso de los principios en el grado de intervención o afectación de los derechos.

Ponderar no significa enumerar el derecho al honor establecido en la Constitución (art. 66 núm. 18 constitución) y otros instrumentos internacionales (art. 11 de la Convención IDH y otros), tampoco es enunciar que el denunciado o querellado les asiste el derecho a la libertad de expresión (art. 66. núm. 19 constitución), tampoco se discuta la despenalización de la honra de funcionarios públicos. Considerando Séptimo³⁶⁴ no hay ponderación, sino subsunción.

³⁵⁹ Robert Alexy, *Contenido y validez del derecho y otros ensayos* 2ª ed. (Barcelona: Editorial Gedisa S.A 1997), 75.

³⁶⁰ Alexy, “La fórmula de peso”,

³⁶¹ *Ibíd.*

³⁶² *Ibíd.*

³⁶³ Alexy, “La fórmula de peso”, 30.

³⁶⁴ Ecuador, Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas.

La regla es cerrada y es aplicable a casos fáciles dentro de una justificación interna (premisa mayor y menor), en cambio, si el caso es difícil se está ante una justificación externa (premisa mayor).³⁶⁵ En otras palabras, cuando el caso es difícil opera los principios que es donde se aplica la ponderación, por el hecho de ser principios (fáctico y jurídico) que se pueden optimizar.³⁶⁶ Cuando la subsunción (silogismo jurídico) no es suficiente, es necesario ponderar principios.

Se pasa aplicar la fórmula del peso al caso objeto de estudio, sin perjuicio de explicar el peso que se otorga a cada una de las variables que serán expuestas en relación del derecho al honor y libertad de expresión.

La fórmula de peso al caso El Universo vs Presidente objeto de ponderación.

D1 Honor, D2 Libertad de expresión. D1 Peso abstracto y D2 Peso abstracto.

Variable: D1PA tiene 3 y D2PA tiene 3. Igual valor de peso en abstracto.

Variable: Dignidad, Democracia y Estado constitucional. En dignidad D1PC tiene 1 y D2PC tiene 3; en democracia el D1PC tiene 1 y D2PC tiene 3; en Estado constitucional D1PC tiene 1 y el D2PC tiene 3. Son grados de intensidad en la intervención. Esto significa que 1 es leve, 2 es medio y 3 es grave.

Suma de cocientes: D1PA 3 y D2PA 3. Tienen igual rango constitucional y se protege a nivel normativo. El D1PC dignidad 1, D1PC democracia 1, y D1PC Estado constitucional 1; y, D2PC dignidad 3, D2PC democracia 3, y Estado constitucional 3. Suma: D1PA 3, y D2PC3; y, D1PA 3 y D2PC 9.

Resultado: El D1PA tiene 3 y el D1PC 3: 6; en cambio, el D2PA tiene 3 y el D2PC tiene 9: 12. La fórmula de peso determina que el derecho a la libertad de expresión tiene 12 y el derecho al honor 6. Total: 12 sobre 6.

Explicación de la fórmula de peso de forma detallada:

El derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión alcanzan el mismo rango constitucional de protección que ha hecho el constituyente. Así, el honor será derecho 1 y la libertad de expresión será derecho 2 (D1 Honor, D2 Libertad de expresión). Se pesa en abstracto (D1 Peso abstracto y D2 Peso abstracto) el derecho 1 y el derecho 2, que luego da un resultado.

³⁶⁵ Lozada, “Teoría de argumentación jurídica”, 44.

³⁶⁶ *Ibíd.*, 46.

Por ello se procede asignar un valor numérico en relación al peso en abstracto, se da un valor de 3 al derecho de honor y un valor de 3 a la libertad de expresión (D1PA es 3 y D2PA es 3). El valor numérico de 3 a cada derecho es por la razón de que el derecho al honor y libertad de expresión tienen el mismo rango constitucional e igual jerarquía de protección jurídica.

La fórmula (dignidad D1PC es 1 y D2PC es 3; democracia D1PC es 1 y D2PC es 3; Estado de constitucional D1PC es 1 y D2PC es 3) de peso concreto describe la afectación de libertad de expresión y honor, con base en las variables de dignidad, democracia y Estado constitucional. Cada variable utilizada tiene un fundamento jurídico objeto de protección:

Así: el honor tiene como núcleo esencial a la dignidad sea o no funcionario, obliga al legislador y juez garantizar el honor en el ámbito penal, civil o administrativa; la democracia, el honor del funcionario público se protege cuando no se afecta la libertad de expresión que es sustancial para la democracia; el Estado constitucional, protege principios que da como resultado la justicia. En síntesis, la variable se otorga un valor de uno (1) que viene a dar tres (D1PC)

Así: libertad de expresión tiene como núcleo esencial a la dignidad que protege la Constitución y la ley, las ideas o pensamientos puedan ser expresados sea para buscar, recibir y difundir información; la democracia, sin esta no hay libertad de expresión, no hay debate de información interés público, no se controla la actuación de funcionarios públicos; Estado constitucional, los principios tutela de mejor manera la libertad de expresión que da como resultado la justicia diferente al método de subsunción. En síntesis, la variable se pone un valor de tres (3) que viene a dar nueve (D2PC).

La suma de cocientes del peso abstracto del derecho al honor es 3 y libertad de expresión es 3 (D1PA es 3 y D2PA es 3). Y el peso concreto derecho al honor es 3 y el peso concreto libertad de expresión es 9. (D1PC es 3 y D2PC es 9)

Suma de resultado final de cocientes de la fórmula de peso de honor en abstracto y concreto es 6; y, el peso de la libertad de expresión en abstracto y concreto es 12. Un total de 6 para el derecho al honor y 12 para la libertad de expresión. La fórmula de peso determina que 12 se sobrepone a 6 en el grado de afectación de la intervención al derecho objeto de discusión.

5. Previo a la aplicación de la fórmula de peso el juez debe determinar la materialidad y responsabilidad penal

La fórmula de peso, en el tipo penal de injuria y calumnia, es el primer paso que debe hacer el juzgador penal, al punto que es la parte central, porque debe extraer los elementos necesarios que encierran el tipo penal a través de la aplicación de la teoría del delito. El segundo paso a dar, sin perder el hilo del primero, debe tratar de ponderar bajo el criterio de la tipicidad respecto al bien jurídico y la antijuridicidad material en donde se establezca el grado alto, medio y leve de lesividad de las expresiones sobre el honor del funcionario público y la libertad de expresión.

La teoría del delito, es la parte esencial para aplicar la ley penal.³⁶⁷ Con la teoría de del delito se logra desmenuzar cada uno de los elementos del delito, es decir, saber que cada uno de ellos cumple una función específica en la construcción del delito. Cuando no se logra superar uno de esos elementos, simplemente, no se habrá perfeccionado el delito por estar incompleto en su estructura.

A esto, Eugenio Raúl Zaffaroni llama filtros o sistemas de filtros en donde se debe contener al poder punitivo más irracional como una especie de dique, caso contrario se desborda el mismo.³⁶⁸ Así, la teoría del delito busca aplicar la ley penal al caso concreto, para lo cual se debe analizar el acto, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, cuando se unen todos estos elementos habrá delito.

La obligación que tiene el juzgador en todo delito, igual en el tipo penal de injuria y calumnia objeto de estudio, determinar la materialidad y responsabilidad. Estas dos palabras deben ser puestas en práctica dentro del contexto que significa la aplicación de la teoría del delito, un método para llegar a un resultado.

Explico dentro de la teoría del delito. La materialidad, es sin duda la parte que se vincula con lo que se conoce en la doctrina, injusto penal, (acto, tipicidad y antijuridicidad), al contrario, la responsabilidad se vincula en cambio con la culpabilidad. Por lo pronto está

³⁶⁷ Enrique Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª ed. (Buenos Aires: Hamurabi, 2007), 25-6.

³⁶⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura básica del derecho penal*, (Buenos Aires: Ediciones Ediar, 2009), 32-4.

esta es una diferencia sustancial para poder analizar el tipo penal de injuria y calumnia defendido por los funcionarios públicos en ejercicio de funciones.

En el caso objeto de análisis, la contravención de injuria, “*La persona que, por cualquier medio, profiera expresiones en descrédito o deshonor en contra de otra*”.³⁶⁹ Este es el tipo penal, la cual voy a ver la materialización. Empiezo con el primero elemento de la contravención que es el acto, para el caso específico (caso Sebastián Cevallos), es una acción, es decir, expresar las injurias a una persona determinada, no aplica la omisión. No aplica tampoco la exclusión de la acción, dada la naturaleza de la acción.

La tipicidad, en la contravención, tenemos una parte objetiva y una parte subjetiva. Primero, el sujeto activo no calificado, puede ser cualquier persona; el sujeto pasivo, el titular del bien jurídico; verbo rector, profiera expresiones en descrédito o deshonor en contra de otra, el objeto jurídico, las expresiones que recaen en el honor del funcionario; el bien jurídico, es el honor o el buen nombre del funcionario; elementos normativos (no hay); valorativo (descrédito o deshonor); circunstancias que completan el tipo (no hay). Segundo, en esta clase de contravención, las expresiones deben ser dolosas, lo que se conocen en doctrina como *animus injuriandi*. No aplica la omisión.

La antijuridicidad, en este caso, debe ser la material. Lo que interesa aquí es la lesividad respecto a la lesión del bien jurídico del honor en la contravención, como dije antes, la ponderación opera en la lesividad respecto al grado de lesión del honor y la libertad de expresión desde lo constitucional. Pero antes debe determinarse la “antijuridicidad material” en albito penal, es decir, cómo lesión del bien jurídico honor.

La culpabilidad, en cambio es la otra parte, la responsabilidad. La culpabilidad tiene tres presupuestos: uno, imputabilidad, dos, conocimiento de la antijuridicidad, y tres, comportarse de acuerdo al derecho. En el caso de la contravención, la culpabilidad no es un tema de discusión dentro de los tres presupuestos, ya que el sujeto activo no está inmerso en ninguno de esos presupuestos.

En el caso del delito de calumnia “*cuando consiste en la falsa imputación de un delito [...]*”³⁷⁰, para efectos de comparación con la norma penal actual, es decir, Código Orgánico Integral Penal respecto a la calumnia dice “*La persona que, por cualquier medio, realice una*

³⁶⁹ Ecuador, Código Orgánico Integral Penal”, art. 396 núm. 1.

³⁷⁰ Ecuador, “Código Penal”, art. 489 Inciso primero.

falsa imputación de un delito en contra de otra [...]".³⁷¹ Sea con el Código anterior o actual, poco o nada cambia en cuanto a la redacción del tipo penal que sea significativo en lo jurídico penal. Ya que la prohibición de la conducta recae en que no puede hacerse expresiones que lesiones el honor o buen nombre de una persona determinada. Lo paradójico es que el honor es de un funcionario público.

Paso a revisar los elementos del delito de calumnia para establecer la materialidad. Primer elemento, el acto, son acciones, más no es omisión. No aplica el análisis de exclusión en esta clase de delito de calumnia. En otras palabras, deben existir expresiones, en este caso la imputación de un delito (calumnia) que no son delitos de resultado materialmente hablando sino de tipo ideal.

La tipicidad, puede ser objetiva y subjetiva. La primera, sujeto activo es no calificado, puede ser cualquier persona; sujeto pasivo, es el titular del bien jurídico-honor; verbo rector, falsa imputación de un delito; objeto jurídico, es la acción que recae en la persona referente al honor; bien jurídico, el honor de la persona; no elemento material; si elementos valorativos (honor), circunstancias que completan el tipo, no hay.³⁷² Segundo, se refiere a la imputación de un delito, debe ser doloso, en doctrina se conoce como *animus injuriandi*. Jamás podría ser delito culposos.

La antijuridicidad, se debe hacer mención que hay una diferencia conceptual entre lesividad y antijuridicidad material, puede haber lesividad y no antijuridicidad material, opera cuando hay causas de justificación. El caso que nos ocupa, no es objeto de discusión causas de justificación, pero sí es, la lesividad, para efectos de ponderar el grado de afectación leve, medio y alto respecto al honor del funcionario público en funciones.

La culpabilidad, es la responsabilidad. La culpabilidad tiene tres presupuestos: uno, imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad, comportarse conforme a derecho. En el delito de calumnia no es objeto estos presupuestos, además, la responsabilidad opera cuando se ha determinado la culpabilidad. Esto es en el caso El Universo.

En ese contexto, el juzgador en la contravención de injuria y en el delito de calumnia debe establecer la materialidad y la responsabilidad desde una perspectiva jurídico penal, es decir, desde el análisis de cada elemento del delito, para eso, utilizará la teoría del delito para

³⁷¹ Ecuador, Código Orgánico Integral Penal", art. 182.

³⁷² Maza, "Elementos del delito aplicados al COIP", 64-9.

aplicar la ley penal. Cuando del estudio de los elementos, en uno de ellos no logra pasar con la solvencia jurídica penal necesaria al otro elemento, prácticamente no se habrá perfeccionado el delito.³⁷³ En estos casos no se habría constituido la materialidad (injusto penal), o responsabilidad (culpabilidad), pero solo desde la óptica de lo penal, ya que necesita ir a la óptica de los constitucional para determinar la ponderación respecto a la lesividad que causa en la defensa del honor del funcionario público a la libertad de expresión.

Una vez determina la materialidad y la responsabilidad en la contravención y delito de calumnia al caso Sebastián Cevallos y caso El Universo el juez debe orientarse a determinar la lesividad desde un punto de vista constitucional. Se basara en el elemento del de tipicidad respecto al bien jurídico y en la antijuridicidad material respecto a la lesividad en el grado de afectación en leve, medio y alto en cuánto al honor del funcionario público y la libertad de expresión.

¿Cómo se hace la ponderación en materia penal en la contravención de injuria y el delito de calumnia? La respuesta es simple, pero debe ser argumentada dentro de los parámetros de la lógica racional respecto al honor como bien jurídico ya no desde lo penal sino desde lo constitucional. Para eso el juez democrático penal toma el concepto de bien jurídico y de lesividad material (elementos del delito tanto en tipicidad y antijuridicidad material) y lo eleva a un análisis dogmático constitucional el grado de lesividad tanto del honor y la libertad de expresión para hacerle un estudio jurídico constitucional cómo principios. Eso no significa que el principio (honor) subyace en el tipo penal de honor para efectos de protección penal. Sino que para efectos de ponderación se lo saca del tipo penal y se lo regresa a la Constitución para ponderar con el principio de libertad de expresión en rango constitucional. De la repuesta que sale de la ponderación, simplemente regresa a al elemento del tipo penal del bien jurídico y a la antijuridicidad material respecto a la lesividad para reforzar su argumento penal (primer razonamiento). Ya que el argumento segundo, es decir, el dogmático constitucional para efectos d ponderar, nos sirven para determinar que proteger el honor del funcionario público en funciones lesiona la libertad de expresión por ser ésta la base esencial de la democracia y el Estado de derecho.

Entonces, ¿se puede ponderar en materia penal? La respuesta sería la siguiente, no sé si en otros tipos penales cabría ponderación, pero lo que si me atrevo a determinar es que en

³⁷³ *Ibíd.*, 70.

el caso El Universo y Sebastián Cevallos que manifiestan la defensa de la libertad de expresión, y de los argumentos referidos se afecta la democracia, Estado constitucional y la dignidad humana. En el caso de los funcionarios públicos en funciones (Presidente y sobrina de Ministro de Trabajo) que invocan derecho de honor. En esa disyuntiva, tal como queda demostrado, juez democrático penal, primero debe determina la materialidad y responsabilidad en el sentido expuesto, luego, ir hacia una ponderación respecto a la lesividad de la antijuridicidad material y el elemento del tipo penal del bien jurídico pero en base de la dogmática constitucional. Y finalizar, con el resultado de esa ponderación, volviendo a reincorporar en la tipicidad y antijuridicidad material para determinar si hay o no lesividad al bien jurídico de honor.

6. La construcción del juez democrático

Se trae a colación la construcción del juez democrático. Se base en el método de interpretación jurídica denominado ponderación que permite sopesar principios a diferencia de las reglas que tiene el método de subsunción. Se realiza dentro del Estado constitucional de derechos, justicia, y las democracias (deliberativa, constitucional, formal y sustancial) capaz de tutelar principios como la libertad de expresión y el honor. Así, Gargarella expresa que la democracia parte del principio de confianza, inclusiva y amplía, no de un principio de desconfianza, restringida, excluyente y elitista³⁷⁴, la razón es que toda sentencia repercute en la democracia.³⁷⁵

La democracia posterior a la revolución francesa y norteamericana desarrolla cambios significativos al contenido del concepto de democracia como: democracia deliberativa³⁷⁶, democracia constitucional,³⁷⁷ y democracia formal y sustancial³⁷⁸, al permitir una relación directa entre derecho y democracia y viceversa. La primera, es el mecanismo de deliberación de valores morales de forma racional y libre de los directamente afectados, la segunda, es la

³⁷⁴ Ramiro Ávila Santamaría, Protesta social, libertad de expresión y derecho penal, 1ª ed. (Quito: Corporación Editorial Nacional- UASB, 2012), 33.

³⁷⁵ Gargarella, “De la injusticia penal a la justicia social”, 198.

³⁷⁶ Barberis, “Democracia en Ética para juristas”. 1-87.

³⁷⁷ *Ibíd.*

³⁷⁸ Ferrajoli, “El derecho como sistema de garantías”, 66.

fuerza normativa y rigidez de la Constitución a la hora de defender derechos, y tercero, mantiene la vigencia y valides de principios.

La democracia deliberativa es el instrumento racional y legítimo de deliberación de asuntos diversos y en diverso campos como: vida, libertad, propiedad, tributos, honor y libertad de expresión; la democracia formal y sustancial hace que las leyes tenga relación directa con los principios; y, la democracia constitucional garantiza derechos dentro del Estado constitucional, en dos escenarios: rigidez de la Constitución y el control de la ley.³⁷⁹

La democracia constitucional se discute entre Dworkin y Waldron de quien tiene la última palabra de una decisión: el Parlamento o la Corte Constitucional.³⁸⁰ Se dice, no es un proceso lineal definitivo sino circular infinito, y nadie tiene la última palabra en la toma de decisiones. Nuestro sistema jurídico hay dos instituciones: una, la Constitución determina la competencia o atribuciones de la Corte Constitucional³⁸¹ al ser el máximo intérprete de la Constitución, entre otras atribuciones, dos, tenemos a la Asamblea Nacional³⁸² que crea, modificar o derogar leyes y fiscaliza actos de poder público, entre otras funciones.

Así, los jueces ordinarios (control concreto)³⁸³ tiene la facultad de determinar si la norma jurídica aplicable al caso concreto guarda compatibilidad con la Constitución, con el respaldo del juez constitucional (control concentrado)³⁸⁴ que establecerá si dicha norma consultada es o no constitucional, a parte, hay otras formas en donde la Corte puede pronunciarse de la constitucionalidad de normas jurídicas. La Corte Constitucional mira que

³⁷⁹ *Ibíd.*, 81.

³⁸⁰ *ibíd.*

³⁸¹ “Expedir, codificar, reformar, y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio, y Fiscalizar los actos de las funciones ejecutivas, Electoral, y de Transparencia y Control Social, y los otros órganos del poder público, y requerir a las servidoras y servidores públicos las informaciones que considere necesarias”. *

* Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, art. 120. No 6.

³⁸² *Ibíd.*, art. 436 No 1. “Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus sentencias y dictámenes. Sus decisiones tendrán carácter vinculante”. *

* Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, art. 436 núm. 1.

³⁸³ “Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma”. *

* Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, art. 428.

³⁸⁴ *ibíd.*

todo el orden jurídico nacional sea integral, es decir, inicie y regrese a la fuente madre que es la Constitución. El objetivo principal.

A pesar que se quiera deslegitimar al juez por no tener una legitimidad democrática en un sentido que no haya sido elegido por voto popular y sea capaz de dejar sin efecto una norma contraria a la Constitución o instrumento internacional. En este sentido se expresa que las actuaciones y discusiones políticas se ven representadas por mayorías del parlamento que tiene legitimidad en el voto, por el contrario, la legitimidad del juez proviene del poder constituyente y no es un poder contramayoritario.³⁸⁵

En cualquier caso, la función que cumple el juez democrático dentro del Estado constitucional, de derechos y justicia, y democrático guarda armonía conceptual con el paradigma del constitucionalismo que Ramiro Ávila³⁸⁶ invoca en la tutela de reglas y de principios constitucionales, ya que los principios vienen a representar a la justicia, y otorga vigencia y valdes al derecho para que sea justo e irradie en la ley.

Pero el juez democrático, utilizará toda la estructura dogmática constitucional que está encaminada a la defensa de los principios para efectos de ponderar, tal como se ha expuesto a lo largo del primer, segundo y tercer capítulo. Pero es uno de los argumentos que usará el juez democrático para efectos de justificar la ponderación en el caso objeto de tesis, además debe incorporar, la parte central en materia penal, la materialidad y la responsabilidad del tipo penal de injuria y de calumnia.

En definitiva: el juez democrático tendrá dos argumentos: una, la materialidad y la responsabilidad, para eso deberá hacerlo dentro de la estructura del delito, es decir, analizar cada elemento de la estructura del delito de calumnia y de injuria. Dos, ponderar en el grado de lesividad respecto al bien jurídico honor de los funcionarios y la libertad de expresión. En ese contexto, el juez democrático será un juez que en materia penal respeta la teoría del delito en la aplicación de la ley penal, también será, un juez que utiliza la estructura de la dogmática constitucional cuando el caso amerita. El honor y libertad de expresión lo amerita.

³⁸⁵ Barberis, “Democracia” en *Ética para juristas*, 78.

³⁸⁶ Ávila, “Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia”, 29.

Características:

1. La aplicación de la subsunción, cuando el caso a resolver sea de aquellos que la doctrina llama fáciles.
2. La aplicación de la ponderación, cuando el caso a resolver sea de aquellos que la doctrina llama difíciles.
3. La diferencia de reglas y principios, para lo cual, la teoría de Robert Alexy, Carlos Bernal Pulido y Prieto Sanchís, entre otros, determinan que las primeras son mandatos definitivos y la segunda mandatos de optimización.
4. La aplicación de la ponderación a través de la fórmula de peso en la intensidad de la intervención, en leve, medio y grave, da como resultado excluir un principio y mantener otro.
5. Una concepción predeterminada sobre la democracia deliberativa y democracia constitucional que más se ajuste a la defensa de valores morales como principios constitucionales normativos. Y, una democracia formal y material que hace que las reglas sean vigentes y válidas si respetan principios.
6. Ser consciente que el parlamento al crear, reformar o derogar leyes, es movido por pasiones populares, y que, no en todos los casos, pero en la mayoría tiende a vaciar de contenido los principios constitucionales.
7. Ser consciente que el juzgador ordinario (concreto) y juez constitucional (concentrado) tiene legitimidad democrática de manos del poder constituyente.
8. Que los principios o valores morales es la expresión misma de la justicia, al superar al Estado de derecho y pasar a un Estado constitucional de derechos y justicia.
9. Que la ponderación, u otro método, deben materializar valores morales o principios que refuercen la validez y vigencia de los derechos, la democracia y la dignidad dentro del Estado constitucional de derechos y justicia.
10. Que el juzgador, en un caso penal, como es el tipo penal de calumnia y la injuria debe determina la materializad y responsabilidad del tipo penal expresado. Esto como primer argumento jurídico penal, en cambio, como argumento dogmático constitucional, ponderar bajo el criterio del grado de lesividad la afectación del honor del funcionario público y la libertad de expresión del ciudadano.

11. La contravención de injuria y el delito de calumnia, no puede el juez democrático quedarse solo en materia penal (materialidad y responsabilidad), obligado debe ponderar la lesividad del bien jurídico de honor y libertad de expresión en el grado leve, medio, alto, pero desde la dogmática constitucional.
12. No es que se pondera en reglas sino que se pondera en principios como el honor y la libertad de expresión, eso no significa que el principio de honor no subyace en el tipo de honor que fue objeto de protección penal. Sino más bien, para efectos de ponderación se saca el concepto de bien jurídico y lesividad del ámbito puramente penal y se lo lleva al ámbito constitucional para ser tratado como principio al honor y libertad de expresión. Su resultado se vuelve a reincorporar al elemento del tipo penal del bien jurídico honor y la antijuridicidad material respecto a la lesividad.
13. Y, en conclusión, ante la pregunta: ¿cuál es el rol que debe cumplir el juez frente al poder público cuando reclama derecho al honor y frente al poder ciudadano que reclama libertad de expresión? La respuesta es constituirse en “juez democrático” con fundamento en los presupuestos establecidos en estos numerales.

Conclusiones

1.- Un punto neurálgico a considerar sobre el juez es acerca a la función que cumplen los principios dentro del Estado constitucional, de derechos y justicia, y la función que cumplen las reglas. Los primeros tienen una estructura propia de la dogmática constitucional en donde la ponderación es la expresión máxima para la defensa de los derechos, La segunda, tiene una estructura legal en donde la subsunción (silogismo jurídico) es el medio de defensa de reglas jurídicas, tal como ocurre en los tipos penales.

2.- Para resolver el problema del tipo penal de honor tanto en el delito de calumnia y contravención de injuria se debe considerar en principio un primer razonamiento dentro de la estructura de las reglas, para determinar la materialidad y la responsabilidad. Esto significa que debe usar la teoría del delito para aplicar la ley penal. La cual se ha desmenuzado cada elemento del delito. Una vez realizado aquello queda evidenciado la materialidad y la responsabilidad penal de la contravención de injuria y el delito de calumnia.

3.- Este es el primer razonamiento, hay que pasar a un segundo razonamiento, en donde se saca dos los elementos de la teoría del delito que constan en la contravención de injuria y delito de calumnia. El elemento del bien jurídico honor y la antijuridicidad material respecto a la lesividad. Luego se lo ubica como principio constitucional al honor y libertad de expresión para efectos de ponderación.

4.- ¿Que se logra con aquello? Se logra saber el grado de lesividad en leve, medio y alto de la afectación causada al honor de los funcionarios público en funciones. La afectación del honor quedó en leve. Además, con la ponderación se logró demostrar que la libertad de expresión es la columna vertebral de la democracia y Estado de derecho. Y que para proteger el honor del funcionario no se debió causar una lesión *grave* a la libertad de expresión en el contexto de lo que significa conceptualmente el Estado constitucional, el Estado de derechos y el Estado de justicia.

5.- Entonces, muy bien puede unirse en esta clase de infracciones penales, como es el delito de calumnia y la contravención de injuria, la estructura del derecho penal y la estructura del derecho constitucional. Pues el primero inicia y regresa en el ámbito de argumentación jurídica penal a la Constitución. No podría ser de otra manera. Primero se determina la materialidad (injusto penal) y la responsabilidad penal (reproche social). Segundo, la

ponderación, permite ubicar el grado de lesividad que se ha causado a la libertad de expresión al haber dado la razón al Presidente de la República y sobrina de Ministro de Trabajo respecto a su honor. Lo que hubo por parte del juez en el Caso El Universo y el caso Sebastián Cevallos solo en primer argumento, el penal, el segundo argumento, el constitucional no se dio.

6.- ¿Cómo se logra unificar racionalmente a la dogmática penal y a la dogmática constitucional en el tipo penal de honor? La respuesta no es simple, pero se ajusta al derecho penal y el derecho constitucional, eso no significa que haya ponderado entre reglas, sino entre principios. Para ello determinó primero la materialidad y responsabilidad penal, luego, saco el bien jurídico honor de la contravención de calumnia y del delito de calumnia y la regreso a su origen de donde se desprendió previa política criminal legislativa para darle protección penal. Una vez el honor y la libertad de expresión como principios constitucionales empiezo a ponderar la afectación leve, medio y alto. La respuesta ponderativa es que la libertad de expresión se ve afectada en un grado de *grave* y el honor en un grado de *leve*.

7.- Dicho aquello, existe un primer razonamiento exclusivo en materia penal respecto a la materialidad y responsabilidad penal (teoría del delito aplicar la ley penal), luego, la ponderación entre honor y libertad de expresión. Pero ya no hago el análisis ponderativo de la lesividad en el campo penal, sino que, se lo hace en el ámbito constitucional, el honor y la libertad de expresión son estudiados como principios para efectos de poder ponderar.

8.- La ponderación la hago en base a tres variables (Estado constitucional, democracia y dignidad) desde el punto de vista abstracto y concreto. En el abstracto el honor y la libertad de expresión tienen el mismo peso constitucional, en el concreto, en cambio, el peso cambia, el honor se radica en “leve”, y la libertad de expresión “grava-alto”. Su resultado es que proteger el honor del funcionario público conlleva a que se lesione la libertad de expresión desde un contexto de las variables utilizadas.

9.- En definitiva: el juez democrático se construye: una, determinando la materialidad y la responsabilidad (injusto penal), es decir, se utiliza la teoría del delito para aplicar la ley penal, dos, se pondera para reforzar el grado de lesividad en el bien jurídico de honor tanto para la contravención de injuria y de calumnia. Así se habrá obtenido una respuesta de que a la pregunta ¿El rol del juez frente al poder político y frente al poder ciudadano, cuando está en pugna el honor vs libertad de expresión? no podría ser más que el de construirse en juez democrático.

Bibliografía

- Ávila Santamaría Ramiro. “Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia” en La constitución del 2008 en el contexto andino, ed. Ramiro Ávila. Quito-Ecuador, Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, 2010.
- . “La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo. Quito, UASB, 2013.
- . “El principio de legalidad vs principio de proporcionalidad”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, 1ª ed. editado por Miguel Carbonell, 333. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . Protesta social, libertad de expresión y derecho penal, 1ª ed. Quito: Corporación Editorial Nacional- UASB, 2012.
- Atienza, Manuel. Curso de argumentación jurídica, 1ª ed. en *Colección Estructuras y Derechos Serie Derecho*, Madrid: Editorial Trotta, 2013.
- Adela, Cortina. “Democracia deliberativa”, en *Ética, Ciudadanía y Democracia*, editado por José Rubio Carracedo, Ana María Salmerón y Manuel Toscano Méndez, 156. Málaga, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Málaga, 2007.
- Alexy, Robert. “La fórmula de peso”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, 1ª ed. editado por Miguel Carbonell, 14. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . *Contenido y validez del derecho y otros ensayos* 2ª ed. Barcelona: Editorial Gedisa S.A 1997.
- Andrés Ibáñez, Perfecto. “El oficio de juez de hoy”, en *justicia penal, derechos y garantías*, Lima: Editorial Temis, 2007.
- Abad, Yupanqui, Samuel. *Límite y Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales: Estudio preliminar*. Revista jurídica Thémis en:
- Barbosa, Delgado, Francisco R. *El margen nacional de apreciaciones y sus límites en la libertad de expresión: análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*, 1ª ed. Bogotá, Universidad de Externado, 2012.
- Bacigalupo, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*, 1ª ed. Madrid: ARA Editores, 2004.
- Beccaria, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

- . *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª ed. (Buenos Aires: Hamurabi, 2007).
- Betancur, Nódier, Agudelo. *Curso de derecho penal*, 4ª ed. Bogotá: Ediciones Nuevo Fuero, 2013.
- Bertoni, Eduardo. Informe Anual del Relator Especial de la Libertad de Expresión 2002, párr. 7, en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=138&IID=2>.
- Botero Marino, Catalina. Informe Anual 2010, CIDH. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo III (Acceso a la información sobre violaciones de derechos humanos). <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/informes/anuales.asp>.
- Bernal Pulido Carlos. *El derecho los derechos*, Bogotá: Universidad de externado, 2004.
- . “La racionalidad de la ponderación”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, 1ª ed. editado por Miguel Carbonell, 14. Quito, Ministerio de justicia y derechos humanos, 2008.
- . “Racionalidad, proporcionalidad, y razonabilidad en el control de constitucionalidad de la leyes”, en *El Derecho de los derechos*, 61-87. Bogotá, Universidad de externado de Colombia, 2005.
- . El concepto de libertad en la teoría política de Norberto Bobbio, *Isomía*, No 29 (2008): 103. <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n29/n29a5.pdf>.
- Carbonell, Miguel. “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, 1ª editado por Miguel Carbonell, 9. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Colombara López, Ciro. *Los delitos de la ley sobre abusos de publicidad*, Santiago: Ediciones la Ley, 1996.
- CIDH. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2018, vol.2/Edison Lanza, Relator Especial para la Libertad de Expresión, 141-142, en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/IA2018RELE-es.pdf>.
- . Informe Anual 2009. CIDH. Capítulo III (Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009.

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202009%201%20ESP.pdf>.

- . Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2018, vol.2/Edison Lanza, Relator Especial para la Libertad de Expresión, 141-142, en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/IA2018RELE-es.pdf>.
- . Informe de la Relatoría de la Libertad de Expresión de la CID, 2008, 135, en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/informes/anuales.asp>.
- Corte IDH. “Sentencia de 5 de febrero del 2001 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Última tentación de Cristo, Olmedo Bustos y otros vs. Chile*. 5 de febrero del 2001. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf.
- . “Sentencia de 2 de julio 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. 2 de julio 2004. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf.
- . “Sentencia de 2 de mayo 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Kimel vs Argentina*. 2 de mayo de 2008. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf.
- . “Sentencia 31 de agosto de 2004 (Fondos, Reparaciones y Costas)”. *Caso Ricardo Canese vs Paraguay*. 31 de agosto de 2004. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf.
- . “Sentencia de 31 de agosto del 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. 23 de noviembre de 2010. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf.
- . “Sentencia de 2 de mayo 2008, (Excepciones Preliminares, Fondos, Reparaciones y Costas)”. *Caso Kimel vs. Argentina*. 2 de mayo 2008. http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf.
- . “Sentencia de 6 de febrero del 2001 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, 6 de febrero del 2001. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf.

- . “Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Palmara Iribarne vs. Chile*, 22 de noviembre de 2005. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf.
- . “Sentencia de 2 de julio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2 de julio 2004. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf.
- . Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Corte IDH párr. 30. en: http://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1879, en: <https://democraciaparticipativa.net/documentos-data-a-referenda/documentos-en-espanol/documentos-sobre-derechos-humanos/10371-declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-1789.html>.
- Damián Loreti y Luis Lozano, *El derecho a comunicar: Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas*, 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de América, 1776, en: <http://hmc.uchbud.es/Materiales/DeclaraUSA.pdf>.
- Elster, Jon. “Antecedentes históricos”, en *la democracia deliberativa*, editado por Jon Elster, Trad. por José María Lebrón, 18. Barcelona: Gedisa, 2001.
- Ecuador. Juzgado M de la Unidad Judicial de Penal del cantón Cuenca. “sentencia”. en *juicio No: 01283-2015-04771*. 11 de diciembre del 2015.
- Expreso, *El ciudadano Rafael Correa ha ganado seis juicios entre 2009 y 2016*, 7 de Septiembre del 2017. <https://www.expreso.ec/actualidad/rafael-correa-gana-juicios-ecuador-JX653092>. (consulta el 4 de agosto 2018).
- El Universo. “Manifiesto por la libertad de expresión en el Ecuador”, 25 de febrero 2012, (consulta 5 de septiembre 2018), en <https://www.eluniverso.com/2012/02/25/1/1355/manifiesto-libertad-expresion-ecuador.html>.
- Ecuador Corte Provincial de Justicia del Guayas Sala Especializada de lo Penal y Tránsito. “Sentencia”. En *juicio No: 09122-2011-0525*, 23 de septiembre del 2011.

- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial No 449, 20 de octubre 2008.
- Encalada Hidalgo, Pablo. *Teoría constitucional del delito. Análisis aplicado al Código Orgánico Integral Penal*, 1ª ed. Quito: CEP, 2015.
- Ecuador. *Código Penal*, Registro Oficial, Suplemento No 160 29 de marzo del 2010, art. 489
- Edison Lanza, “Informe Anual Relator Especial para la Libertad de Expresión”, 440. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/observaciones%20preliminarez%20visita%20EC%202018.pdf>.
- Ecuador, Unidad Judicial Penal de Cuenca, “Sentencia”, en *Juicio No: 01283-2015-04771*, 11 de diciembre de 2015, 1.
- Ecuador, Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas, “Sentencia”, en *Juicio No: ,20 de julio 2011*.
- Espinoza, Jessica, *Aplicación Directa de los Convenios Internacionales de Derechos Humanos en el Ecuador*. Quito, FORUM, 2013.
- Fiss, Owen M. *Democracia y Disenso. Una teoría de la libertad de expresión*, 1ª ed. Buenos Aires, Ad.Hoc, 2010.
- . “efecto silenciador de la libertad de expresión”, en *Revista de Teoría y Filosofía del derecho Isonomía*, n 4, abril (1996): 18-27.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, (Madrid: Editorial TROTТА, 1995), 851-852.
- . *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. 3ª ed. Madrid, Editorial Trotta, 2002.
- . El derecho como sistemas de garantías, *Nuevo Foro Penal*, No 60 (1999): 66. <file:///C:/Users/USER/Downloads/3896-1-15137-1-10-20161026.pdf>.
- García, Pelayo, Manuel. “Constitución y Derecho Constitucional “*en Escritos Políticos Sociales*, 30. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1989.
- Gargarella, Roberto. “De la injusticia penal a la justicia social”, en *Colección de Derecho y Sociedad*, 198. Bogotá. Siglo del Hombre-Universidad de Los Andes, 20008.
- Grondona, Mariano. “Historia de la democracia”, *Universidad del CEMA Departamento de Ciencias Políticas*, Trabajo No 175 (2010): 14.
- Gautheron, Marie. *El honor, imagen de sí o donde sí: un ideal equivoco*, Madrid: Editorial Cátedra, 1992.

- Hart y Dworkin. “La decisión judicial”, en *Estudio preliminar de Cesar Rodríguez*, 36. Bogotá, Siglo de Hombres Editores: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997.
- Juan, Carlos, Velasco. “Democracia y deliberación pública” en confluencia siglo XXI Revista de pensamiento político No6 (2009): 40. <http://digital.csic.es/bitstream/10261/23050/1/Democracia%20y%20deliberaci%C3%B3n%20p%C3%ABlica%20-%20CONFLUENCIA%20XXI%206%202009.pdf>.
- Juan Carlos Carbonell Matéu, La libertad de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal, 30, en: https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4166/pg_009-046_penales18.pdf?sequence=1.
- Lozada Prado y Catherine Ricaurte, *Manual de Argumentación Constitucional: Propuesta de un método*, 1ª ed. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2015.
- Lanza Edison. Relator Especial Para la libertad de expresión. Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, vol.2, <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2017/docs/AnexoRELE.pdf>.
- Maza, José. Elementos del delito: Aplicados al COIP, 1ª ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2021.
- Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del delito*, 3ª ed. Bogotá: Editorial TEMIS S.A.2008.
- Martín, Valeriano, Hernández. *La independencia del juez y la desorganización judicial*, Madrid, Ministerio de justicia-Civitas, 1991.
- Mazuelos, Bellido, Ángel. SOFT LAW: ¿Mucho ruido y pocas nueces? Revista Electrónica de Estudios Internacionales No 8 (2004): 1-5., <file:///C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-SoftLaw-1004415.pdf>.
- Masapanta, Cristian. “El juez Garantista: un nuevo rol de los actos judiciales en el constitucionalismo ecuatoriano”, en *Debate Constitucional*, editado por Luis Fernando Torres. 104, Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2010.

- Martín, José Luis. Alguna precisión sobre las nuevas tecnologías y la democracia deliberativa y participativa, *Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 6. UOC. (2008): 7. <http://www.uoc.edu/idp/6/dt/esp/marti.pdf>.
- Milagro, Elena, Rodríguez. “Perspectivas de la educación desde la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas”, Investigadora de posdoctoral de la Universidad de Oriente, Departamento de Matemáticas de la República Bolivariana de Venezuela, [file:///C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-PerspectivasDeLaEducacionDesdeLaTeoriaDeLaAccionCo-4713685%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-PerspectivasDeLaEducacionDesdeLaTeoriaDeLaAccionCo-4713685%20(2).pdf). 51.
- Manuel Atienza y Juan Ruiz Moreno. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Insonomía* No 27(2007): 10-11. <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n27/n27a1.pdf>.
- Martínez Maroto, Antonio. “El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, en *Sexualidad y personas con discapacidad psíquica*, 200. Editado por José Ramón Pan Madrid, FEAPS, 2000.
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2010.
- Mauro Barberis. “*Democracia*” en *Ética para juristas*, Madrid, Trotta, 2008.
- Naranjo, Mesa, Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones Públicas*, 8ª ed. Bogotá, Editorial Temis S. A, 2000.
- Nino, Carlos, Santiago, La constitución de la democracia deliberativa, 1ª ed. Barcelona, Gedisa, 1997.
- OEA. Asamblea General. Declaración de principios sobre la libertad de expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, principio 11, <https://www.cidh.oas.org/basicos/declaracion.htm>.
- . Asamblea General. Carta Democrática Interamericana, Aprobada en la primera sesión plenaria celebrada el 11 de septiembre de 2001, art. 4. http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm.
- . Asamblea General. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá Colombia, 1948.

- . Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, 1969.
- . Organización de Estados Americanos, <http://www.oas.org/es/>.
- . Organización de Estados Americanos, <http://www.oas.org/es/>.
- ONU. Organización de Naciones Unidas, <https://www.un.org/es/>.
- . Organización de Naciones Unidas, <https://www.un.org/es/>.
- . Asamblea General. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, principio 10, en: <https://www.cidh.oas.org/basicos/declaracion.htm>.
- . Observaciones preliminares del Relator Especial de la Naciones Unidas sobre libertad de expresión de su visita al Ecuador del 5 al 11 de octubre, en: <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23713&LangID=E>.
- . Asamblea General. Comité de Derechos Humanos sobre libertad de opinión y expresión, Observación General 34, párr. 47.
- . Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión, por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXX), 16 de diciembre de 1966.
- Pareja, Vallejo, Miguel, Ángel. “El poder judicial y las Comunidades Autónomas: Especial referencia a Andalucía”, tesis doctoral, Universidad de Córdoba- España 2012-2013. <https://helvia.uco.es/bitstream/handle/10396/10512/2013000000778.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Poggio, Pier Paolo. *Nacismo y revisionismo histórico*, Trád. Marta Malo de Molina Bodelón, Madrid, Editorial Akal S.A, 2006.
- Prieto Sanchís, Luis. *Derecho Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación jurídica*, 1ª ed. Lima: Palestra Editores S.A.C, 2002.
- . *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*, Madrid: Editorial Trotta, 2013.
- Peter, Haberle. Estado Constitucional. Lima: PUCP/IIJ-UNAM, 2003.
- Ponce Villacís, Alejandro. “El Ecuador y el Sistema Interamericana de Protección a los Derechos Humanos: una mirada crítica a la conducta estatal”. en:

https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_9/El_ecuador_y_el_sistema_interamericano.pdf.

- Rodríguez Guitián, Alma María. “El Derecho al honor en las personas jurídicas”, Para la obtención de la Tesis doctoral en la Universidad Autónoma de Madrid, Sede España, 1995. file:///C:/Users/USER/Downloads/29459_rodriguez_guitian_alma_maria.pdf.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal: Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura del delito*, 2ª ed. trad. Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, (Madrid: CIVITAS, 1997).
- . *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, trad. Carmen Gómez Ribero y María del Carmen García Cantizano, Valencia: tirant lo Blanch, 2000.
- Real Academia Española. Diccionario de la Real Academia Española. “La democracia”, (consultado 5 de septiembre del 2018), en <http://dle.rae.es/?id=C9NX1Wr>
- Serra Cristóbal, Rosario. *La libertad ideológica del juez*, Valencia, Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia, 2004.
- Silva, Sánchez, Jesús, María. *Aproximación al derecho penal contemporánea*, Barcelona: Bosch Editores S.A. 1992.
- Sánchez, Sala, P. “El gobierno del Poder Judicial”, en *Constitución y Poder judicial. XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, editado por Francisco José Hernando Santiago, 209. Madrid, Concejo General del Poder Judicial, 2003.
- Solozabal Echeverría, Juan José. “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 2011 No 32 (1991): 78. en: <file:///C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-LaLibertadDeExpresionDesdeLaTeoriaDeLosDerechosFun-79437.pdf>.
- Sánchez M, Romero. *Derechos humanos. Constitución Códigos Leyes-Reglamentos Convenios Venezolana* Caracas, Editorial Buchivacoa, 2006.
- Soría, Carlos. *Derecho a la información y Derecho a la honra*, Barcelona: Editorial Ate, 1981.
- Serra, Ruiz, Rafael. “Honor honra e Injuria en el Derecho Medieval español” en: <file:///C:/Users/USER/Downloads/104401-Texto%20del%20art%C3%ADculo-417331-1-10-20100512.pdf> Pág.145.

- Troper, Michel, “El poder judicial y la democracia” Traducido del original en francés por Rolando Tamayo y Salmorán, Universidad de París X-Nanterre, Isomia No 18 (2003): 48. <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n18/n18a3.pdf>.
- Vázquez, Sánchez, Omar. *De lo que la teoría argumentativa jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica*, Revista Telemática de la filosofía del derecho, No 12 (2009): 105.
- Vidal Marín, Tomás. “Derecho al honor, personas jurídicas, y tribunal constitucional”, Revista para el análisis del derecho InDret, No 397 (2007): 6. en: <file:///C:/Users/USER/Desktop/Honor,%20Honra%20e%20Injuria...Tom%C3%A1s%20Vidal%20Mar%C3%ADn....pdf>.
- Villanueva-Turnes, Alejandro. *El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y su choque con el derecho a la libertad de expresión y de información en el ordenamiento jurídico español*, en DIKAION, No 25 (2016): 196. <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v25n2/0120-8942-dika-25-02-00190.pdf>.
- Zaffaroni, Raúl Eugenio. *Estructura básica del derecho penal*, Buenos Aires: Ediciones Ediar, 2009.