



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**Sistema de Posgrado**  
**Facultad de Jurisprudencia**

**MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**  
**I PROMOCIÓN**

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE MAGISTER EN DERECHO**  
**CONSTITUCIONAL**

**TEMA:**

**DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN VERSUS  
DERECHO AL HONOR Y REPUTACIÓN. LA UTILIZACION DE LA  
PONDERACION PARA RESOLVER ESTA COLISION DE PRINCIPIOS EN  
LA CONSTITUCION Y EL PACTO DE SAN JOSE.**

**Autor: maestrante**

**ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL**

**Director: Prof. Dr. IVAN CASTRO PATIÑO**

2014

### *Agradecimiento*

Mi agradecimiento a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil por el acierto de una maestría seria y muy bien estructurada, que contó con la presencia de extraordinarios y reconocidos profesores extranjeros, y con profesores ecuatorianos que sin duda honraron la maestría con su saber y entrega permanente.

### *Dedicatoria*

Esta tesis está dedicada a Sonia, mi compañera de toda la vida, y a nuestros hijos: Sonnia Lilia, Alfonso Vladimir, Leonela Alfonsina y Anthony Alessandro, forjados en la fragua del amor y la verdad. Que les sirva como ejemplo!

Al presentar esta tesis como requisito para optar al grado de magister en Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, autorizo a la Universidad, a su Centro de Información y a la Biblioteca Central, para que se pueda difundir el contenido de esta tesis en formato digital, la misma que puede ser subida a la web de la Universidad. Centro de Información y Biblioteca para que sirva como medio de difusión del trabajo y como herramienta de consulta.

Si fuese del caso renuncio mis derechos autorales en beneficio de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil la misma que podrá difundir el contenido de la presente investigación y tesis, en formato de libro impreso. Dicha publicación se hará por una sola vez.

Como autor de las presente investigación y tesis podré ejercer el derecho a publicar la misma en formato de libro, con posterioridad a la decisión de la Universidad de publicar la tesis.

Alfonso Zambrano Pasquel

maestrante

## RESUMEN

El paradigma de los derechos humanos ha experimentado un desarrollo progresivo, inicialmente se sostuvo el paradigma de los derechos de primera y segunda generación casi como verdad inmutable, y con posterioridad hemos llegado a plantear la existencia de derechos de tercera, cuarta y quinta generación. Hoy a lomo de la segunda década del siglo veintiuno hay una ruptura de este paradigma, y la irrupción de los derechos de la naturaleza ha conllevado una quiebra del estatuto quo.

Este cambio epistemológico es incuestionable y por ello constituciones como la de Ecuador del 2008 expresan que los principios y los derechos son: inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. El tema central en discusión en la presente investigación, precisamente busca respuesta al conflicto que se suscita ante la presencia del derecho a la libertad de información, de opinión y de expresión, frente al derecho a la intimidad, a la honra, al prestigio y al buen nombre.

Utilizamos una de las propuestas del constitucionalismo moderno como es el *principio o test de ponderación*, que tiene un gran desarrollo doctrinario y jurisprudencial, para resolver el conflicto o colisión entre principios constitucionales que se encuentran inclusive en instrumentos internacionales, como el Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos de 1969. La doctrina y la jurisprudencia nos permiten proponer la solución que no está alejada por supuesto de una incuestionable controversia.

Palabras clave: ruptura del paradigma, cambio epistemológico, test de ponderación, colisión de principios, constitucionalismo moderno.

**ABSTRACT**

The paradigm of human rights has been a progressive development, initially the paradigm of the rights of first and second generation almost immutable truth held, and subsequently have come to pose any rights of third, fourth and fifth generation. Today on the back of the second decade of the twenty-first century there is a break this paradigm, and the emergence of the rights of nature has led to a bankruptcy status quo.

This epistemological shift is unquestionable and therefore constitutions like Ecuador, 2008 expressed that the principles and rights are inalienable, indivisible, interdependent and of equal rank. The central issue under discussion in the present investigation seeks precisely response to the conflict that arises in the presence of the right to freedom of information, opinion and expression, against the right to privacy, honor, prestige and good name.

We use one of the proposals of modern constitutionalism as is the principle or test weight, which has great doctrinal and jurisprudential development, to resolve the conflict or collision between constitutional principles found even in international instruments such as the Pact of San José or American Convention on Human Rights of 1969. the doctrine and jurisprudence allow us to propose the solution is not far course of unquestionable controversy.

Keywords: break the paradigm, epistemological change, test weights, collision early modern constitutionalism.

## SUMARIO DE LA TESIS

INTRODUCCION.....	p. 1
Capítulo 1.- PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACION.....	p. 3
1.1. ANTECEDENTES .....	p. 3
1.2.- DESCRIPCION DEL OBJETO DE LA INVESTIGACION.....	p. 7
1.3.- JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION.....	p. 12
Capítulo 2 .- PREGUNTAS DE LA INVESTIGACION .....	p. 13
Capítulo 3.- OBJETIVOS GENERALES Y ESPECIFICOS DE LA INVESTIGACION.....	p. 14
3.1. OBJETIVO GENERAL.....	p. 14
3.2.- OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	p. 15
Capítulo 4.- MARCO TEORICO DE LA INVESTIGACION.....	p.15
4.1.- INTRODUCCION TEORICA.....	p. 15
4.2.- CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	p. 18
4.3.- CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.....	p. 24
4.4.- BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.....	p. 30
4.5. LA PONDERACION COMO UN PRINCIPIO.....	p. 35
4.6.- EL CASO KIMEL VS. ARGENTINA Y LA APLICACIÓN DE LA PONDERACION.....	p. 42
4.6.1. ESTRUCTA FORMULACIÓN DE LA NORMA QUE CONSAGRA LA <i>LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN (LEGALIDAD PENAL)</i> .....	p. 44
4.6.2. IDONEIDAD Y FINALIDAD DE LA RESTRICCIÓN.....	p.46
4.6.3. NECESIDAD DE LA MEDIDA UTILIZADA.....	p.47

4.6.4. ESTRICTA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA.....	p. 48
4.6.5. LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR Y LA PONDERACION.....	p.50
4.6.6. CONCLUSIÓN PRELIMINAR DEL MARCO TEORICO.....	p.54
Capítulo 5.- METODOLOGIA.....	p.55
5.1. ENFOQUE.....	p.55
5.2. TECNICAS DE INVESTIGACION.....	p.56
HIPOTESIS.....	p.58
VARIABLES.....	p.58
INDICADORES.....	p.58
5.3. CONSTRUCCION DEL INSTRUMENTO DE RECOLECCION DE DATOS.....	p.62
5.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCION DE DATOS.....	p. 67
Capítulo 6.- ANALISIS E INTERPRETACION DE LA INFORMACION.....	p. 67
ESTUDIO DE CASOS.....	p. 68
ANALISIS MEDIANTE EL TEST DE PONDERACION.....	p. 84
Capítulo 7.- ENTREVISTAS EN PROFUNDIDAD.....	p. 92
Capítulo 8.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	p. 102
BIBLIOGRAFIA.....	p. 111
ANEXOS	

**MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**TESIS FINAL**

**TITULO:**

**DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN VERSUS  
DERECHO AL HONOR Y REPUTACIÓN. LA UTILIZACION DE LA  
PONDERACION PARA RESOLVER ESTA COLISION DE PRINCIPIOS EN LA  
CONSTITUCION Y EL PACTO DE SAN JOSE.**

**Autor: Alfonso Zambrano Pasquel**

**INTRODUCCION.-**

La Constitución de Ecuador del 2008 significó una verdadera ruptura epistemológica en el campo del derecho constitucional, pues se produce un cambio del paradigma de lo que significaba un Estado Social de Derecho a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. No era ni es un simple cambio de nombres sino de contenido que marca un hito histórico, y más allá de aceptar la denominación del llamado neoconstitucionalismo, es un hecho histórico innegable que le hemos dado carta de ciudadanía al constitucionalismo moderno, con esta o con otra denominación. Este salto paradigmático y ruptura epistemológica se ha producido en otras áreas, como en las del derecho penal en que pasamos de la escuela positivista y del llamado causalismo con autores como Alfonso Reyes Echandía, Eduardo Noboa Monreal, Luis Jiménez de Asúa, a la vertiente o doctrina del llamado finalismo de clara orientación alemana con autores como Hans Welzel, Maurach, Jeschek, Luis Gracia Martín, Raúl Zaffaroni, Juan Bustos Ramirez, Juan Fernández Carrasquilla, Alfonso Zambrano Pasquel, sin dejar de reconocer la discusión presente en derecho penal en torno al funcionalismo sistémico

y a la imputación objetiva cuyas figuras más señeras son los profesores Gunther Jakobs y Claus Roxin de Alemania.

La ruptura epistemológica se produjo igualmente en el campo de la criminología pues pasamos del modelo de la criminología causal explicativa y de la criminología clínica con profesores como Luis Rodríguez Manzanera, Alfonso Quiroz Cuarón, Manuel López Rey, Jean Pinatel, a la vertiente opuesta de la llamada criminología crítica o radical con profesores como Alessandro Baratta, Tamar Pich, Massimo Pavarini, Rosa del Olmo, Lolita Aniyar de Castro, Luis Marcó del Pont, otro tanto ocurrió en la psiquiatría en que aparece la vertiente de la denominada psiquiatría crítica y las propuestas de los manicomios de puertas abiertas y la psicoterapia grupal con autores como Franco Basaglia, Tomas Zsasz, en el derecho procesal penal hemos transitado del llamado modelo inquisitivo con autores como los profesores Jorge Zavala Baquerizo, Jorge Clariá Olmedo, Alfredo Vélez Mariconde al llamado modelo acusatorio oral con profesores como Julio B.J. Maier, Alberto Binder, Andrés Baytelman y Mauricio Duce. Si las reflexiones precedentes no son suficientes para afirmar la ruptura epistemológica en el derecho constitucional moderno, recordemos que hasta en la religión se producen propuestas que han dejado una profunda huella como la teología de la liberación con obispos y monseñores como Leonardo Boff, Edler Cámara, Gustavo Gutierrez, César Arnulfo Romero, Leonidas Proaño.

El Constitucionalismo moderno se nutre con la presencia de una legión de juristas nacidos incluso en el ámbito de la filosofía del derecho y luego posicionados en el constitucionalismo, mencionando entre otros a Hans Kelsen, Gustav Radbruch, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino, Manuel Atienza Rodríguez, Luis Prieto Sanchis, Juan Ruiz Manero, Josep Aguiló Regla, Marina Gascón, Susana Pozzolo, Nestor Bobbio, Luigi Ferrajoli, Ricardo Guastini, Paolo Comanducci, Ronald Dworkin, L.A. Hart, Hector Fix Samudio, José Juan Moreso, Juan Antonio García Amado, Miguel Carbonell, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Humberto Nogueira

Alcalá, Nestor Pedro Sagüez, Victor Bazan, Gustavo Adolfo Gozaini, Carlos Bernal Pulido, César Landa Arroyo, Luis Castillo Alba, Jorge Zavala Egas, Ramiro Avila Santamaría, Nicolás e Iván Castro Patiño, y una lista interminable de autores y profesores.

Nuestra constitución del 2008, proclama que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (Art. 1), en tanto que en la constitución de 1998 se expresaba que el Ecuador era un Estado de Derecho. Estoy con quienes piensan que hay un antes y un después en Ecuador, pues antes de la Constitución vigente no había modo o mecanismo para reclamar por la violación a garantías del derecho al debido proceso, con el manido argumento de la independencia y autonomía de la función judicial – a lo que se agregaba – que con la Corte Constitucional se pretendería crear una instancia judicial superior, que afectaría a la intangibilidad de la cosa juzgada, a la seguridad jurídica, y en definitiva a la sabiduría de los jueces, pues es inadmisibles un control de constitucionalidad que afectare a la cosa juzgada. Pero esto es precisamente lo que viene ocurriendo desde 1991 en Colombia con la Corte Constitucional, y lo que ha venido ocurriendo con el Tribunal Constitucional español, o con el Tribunal Constitucional alemán, y pasa con el control de constitucionalidad que efectúan la Suprema Corte de EE.UU., o la Corte Suprema de la nación Argentina.

Hoy se habla con propiedad del llamado *bloque de constitucionalidad* y su obligatoria aplicación, se alude al denominado *control de constitucionalidad*, y tan importante como lo anterior es referirnos al ya difundido *control de convencionalidad*. Un conocido constitucionalista ecuatoriano nos explica que la denominación *estado de derechos* a que se refiere la Constitución del Ecuador del 2008, no es una equivocación semántica sino que: en 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, y que incluso prima en importancia en el texto jurídico al

establecer el fin y al instrumentalizar para su efectivo cumplimiento a los órganos estatales. (Ávila Santamaría R. 2011. *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución del 2008*, Quito: Abya Yala, p. 122.)

## **Capítulo 1.- PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACION.-**

### **1.1. ANTECEDENTES.-**

El *neoconstitucionalismo* que caracteriza a la Constitución de Ecuador del 2008 deviene en la aplicación inmediata de las garantías constitucionales que antes estaban en el marco dogmático de las constituciones sin aplicación práctica, y directa. Ya era un avance el reconocimiento que hacía la Constitución de 1998, que impedía invocar la falta de ley como argumento para irrespetar al mandato constitucional. Hoy el desarrollo y aplicación del *neoconstitucionalismo* es incuestionable en la Constitución del 2008, bástenos recordar los artículos 11, 75, 76, 77, 172, 417, 424, 425, 426 y 427, que constituyen un sólido *bloque de constitucionalidad*.

El Art. Art. 11 señala: *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

*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.*

*Para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá invocarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.*

*4.- Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni las garantías*

*constitucionales.*

*5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que mas favorezcan su efectiva vigencia.*

*9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución... El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.*

El Art. 75 de la Constitución dice que:

*Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.*

El derecho a la tutela judicial efectiva que está previsto en el Art. 75 de la Constitución de 2008, demanda: 1) la existencia de un procedimiento exigible que resulte rápido y eficiente para atender el reclamo del justiciable, b) la presencia de un juez o autoridad que atienda de manera pronta y oportuna el reclamo resolviendo; y, c) el cumplimiento inmediato – sin dilaciones- de la decisión del juez o de la autoridad. Agregamos que una verdadera tutela jurisdiccional comprende: a) poder acceder a los órganos judiciales; b) que el proceso entablado se desarrolle bajo las garantías del debido proceso; c) que la autoridad competente dicte una resolución fundamentada; d) que las partes puedan impugnar la resolución si la consideran contraria a derecho; e) que se proceda a la ejecución de la sentencia firme.

El Art. 76 de la Constitución se refiere al conjunto de derechos y garantías que hacen efectivo el respeto al *debido proceso*:

*En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:...*

Cuando nos referimos al *debido proceso* entendemos por tal, a aquel en el que se respeten las garantías y derechos fundamentales, previstos en la Constitución, en las leyes que rigen el ordenamiento legal del país, y en los pactos, tratados y convenios que han sido ratificados y que en consecuencia forman parte de la normativa interna del país y que son de forzoso e incuestionable cumplimiento. Cuando nos referimos al *debido proceso penal* por su especificidad, tiene que ver con el respeto a las garantías y derechos fundamentales, que le asisten a cualquier ciudadano que es objeto de una imputación delictiva o que es sometido a un proceso penal. La *legalidad del debido proceso penal* es un imperativo propio de la vigencia de un Estado de Derecho en el que deben hacerse efectivos los principios rectores del proceso penal, que en definitiva constituyen y dan contenido a la garantía del debido proceso; esos principios rectores son la columna vertebral de un sistema procesal penal determinado.

Hablar del *debido proceso penal* es referirnos igualmente al respeto a los derechos humanos en la Administración de Justicia Penal, que como sabemos se refieren a aquellos derechos fundamentales que le son reconocidos a cualquier persona que, por una u otra razón, justa o injustamente entran en contacto con los sistemas de justicia penal en un país, refiriéndonos a un concepto de justicia penal en sentido amplio; es decir teniendo en cuenta no solo la fase judicial - penal, sino que cubre la actividad de los órganos represivos del Estado. Así nos hemos expresado en alguna de nuestras obras publicadas (Zambrano Pasquel A. 2005. *Proceso penal y garantías constitucionales*. Quito. Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia: Corporación de Estudios y Publicaciones, p. 39-80).

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, se reconocen ya una serie de derechos estrechamente vinculados con la administración de justicia penal, pues se consagra el derecho a la vida, la seguridad e integridad personales, el derecho a no ser sometido a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se hace referencia al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la igualdad ante la ley, al derecho de recurrir a una autoridad competente en caso de considerarse violados los derechos fundamentales, al derecho a no ser arbitrariamente detenido o encarcelado, etc. Pero, para hacer efectivo el respeto a esos derechos fundamentales, han ido surgiendo una serie de instrumentos internacionales que en los últimos años, se han venido aplicando con marcada eficacia en el caso particular de nuestro país, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

Como se infiere de la propia Constitución, *no puede alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en la Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos* (n. 3 *ibídem*). El Art. 76 de la Const. del 2008, que contiene también esta garantía (que es un derecho humano en general y en este caso particular del ecuatoriano) habla de asegurar el debido proceso, con lo cual se hace referencia a un juicio justo, un juicio imparcial, ágil, expedito, que requiere de una justicia que actúe con celeridad y en la que se respeten las garantías y derechos fundamentales inherentes al Estado de Derecho.

El Estado ecuatoriano es responsable por los supuestos de violación de las normas establecidas en el art. 76 *in fine*, y en cualquier momento ante requerimiento de legítimo interesado va a tener que responder nuevamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene competencia sobre el Estado ecuatoriano desde el año 1984, en que

Ecuador se allanó sin reserva a la competencia de la Corte. Por esta razón es que se indemnizó en el caso de los hermanos Restrepo (negociando), y se indemnizó en el caso de la profesora Consuelo Benavidez, (negociando), en el caso Suárez Rosero, en el caso Daniel Tibi, entre otros. La responsabilidad no está limitada solo a los actos de terrorismo de Estado o de un ejercicio abusivo de la fuerza pública que viola derechos humanos, sino que el Estado también es responsable por la violación de las Garantías Constitucionales que tienen que ver con el debido proceso.

En la presente investigación buscamos respuestas coherentes con la vigencia de un Estado constitucional de derechos y justicia como es el Ecuador de acuerdo con la Constitución del 2008, recurriendo al *bloque de constitucionalidad*, al *control de constitucionalidad* y al *control de convencionalidad* ante una colisión de principios de rango constitucional, pues nos encontramos por una parte con el ejercicio del *derecho a la libertad de información, expresión y de opinión* vs. el *derecho a que se respete la honra y dignidad de las personas*, así como el *derecho a la intimidad*, cualquiera que fuese su rango (ver Arts. 18 n. 1 y 66 n. 18 y 20 de la Constitución). El tema es de vieja data, el Prof. Robert Alexy de la Universidad de Kiel en Alemania reseña casos resueltos por Tribunales Alemanes en 1958, mismos que ante la colisión de principios debieron utilizar racionalmente el *principio de ponderación* que forma parte del test a que nos conduce una correcta aplicación del *principio de proporcionalidad* (Alexy R. 2010. Opúsculo *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad* en Libro *El canon neoconstitucional*. Miguel Carbonell, Leonardo García Jaramillo. Colombia: Universidad Externado de Colombia).

El *principio de ponderación* que es fundamental en la discusión y resolución del conflicto entre *libertad de información, de expresión y opinión*, vs el *derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad*, en expresiones del mismo Alexy se enuncia diciendo: *Cuanto mayor sea el*

*grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.* En un trabajo nuestro (Zambrano Pasquel A. 2011. *Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo*. El Sistema Interamericano de DD.HH a través de sus Sentencias. Lima: Edilex S.A.) manifestamos, que siguiendo al Prof. Alexy la *ponderación* se puede descomponer en tres pasos: en el primero se establece el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio; en el segundo paso se comprueba la satisfacción del principio contrapuesto, y en el tercer paso, finalmente se determina si la importancia de la satisfacción del principio contrapuesto justifica la afectación o el incumplimiento del otro. Nos queda en lo personal la preocupación de la forma o manera en que el intérprete o el juez que va a resolver el caso, forma su juicio de valor para otorgarle al principio un determinado peso, que se afirma que es un *peso abstracto*.

## **1.2.- DESCRIPCION DEL OBJETO DE LA INVESTIGACION.-**

El presente trabajo tiene como objeto determinar el proceso o mecanismo que permita a los jueces resolver adecuadamente el conflicto entre el derecho a la libertad de información, de expresión y de opinión, frente al derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad del ciudadano.

Planteamos dos respuestas:

Una primera, que es la que sostiene que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, nacida como consecuencia de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), resolvió en octubre del año 2000 que los funcionarios públicos de los países miembros estaban “sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad”; todo lo cual nos debe llevar a reconocer que en el Ecuador de hoy ya no existe el delito de injurias contra la autoridad, conocido también como “desacato”, cuando las manifestaciones ofensivas,

eventualmente injuriosas, hubieren sido originadas en la libertad de expresión y sobre hechos públicos de trascendencia política, por las siguientes razones:

a.- Porque la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, ratificada por el Ecuador en 1977, en el artículo 13 garantiza el imperio de la “libertad de pensamiento y expresión”, y que se establece en el numeral 3 de ese artículo que en los países de la Convención, no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos.

b.- Porque los principios décimo y undécimo de la ‘Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión’, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre del 2000, dicen que 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, porque los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad; y, que la protección a su reputación debe estar garantizada solo a través de sanciones civiles.

c.- Porque la Constitución del 2008 le otorga a los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos –a los que declara “de aplicación directa”– un valor supraconstitucional, es decir, por encima de la Carta Fundamental ecuatoriana.

d.- Porque los derechos y garantías a las libertades de opinión, pensamiento, expresión, información y comunicación son derechos y garantías consagrados en los artículos 16, 20, 66 y 384 de la Constitución vigente, y porque el reconocimiento y protección a tales derechos humanos no puede conciliarse con el caduco tipo delictual de las injurias contra los funcionarios públicos, que era el texto del artículo 493 del Código Penal desde hace más de setenta años.

Una reflexión final sobre lo mismo es que, al entrar en vigencia la Constitución de Montecristi del 2008 el tipo penal previsto en el Art. 493 del Código Penal vigente en aquella época, quedó tácitamente derogado, según el artículo 37 del Código Civil, por el imperio del segundo inciso del artículo 424 de la Constitución y, para abundar, por su ‘Disposición

Derogatoria'. Que este razonamiento tenía que ser aplicado también para la figura del *desacato* prevista en los artículos 230 y 231 del Código Penal.

Una segunda respuesta, es la que sostiene que se deben despenalizar expresamente – vale decir suprimir del plexo normativo- las figuras de los *delitos de injurias* tanto *calumniosa* como *no calumniosa grave*, así como de la figura del *desacato* al que la doctrina durante mucho tiempo consideró como delito de *lesa majestatis*. Esto lo hemos consignado en el *anteproyecto de nuevo Código Penal para Ecuador* - del cual soy el autor - que quedó en el limbo en el entonces H. Congreso Nacional en el año 1997, (Zambrano Pasquel A. 1995. Tomo V. de *Práctica Procesal Penal*. Guayaquil: Edino. p. 135 y ss.) La discusión más de fondo tiene que ver con el carácter vinculante o no de la *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre del 2000 en el 108 periodo ordinario.

Los principios 10 y 11 expresan:

Principio 10: *Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.* Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/basicos/basicos13.htm>

Principio 11: *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.* Recuperado de <https://www.cidh.oas.or/basicos/basicos13.htm>

Reconocemos la importancia que tiene el *derecho a la libertad de expresión, de información y de opinión*, incluso como un mecanismo de control social frente al ejercicio de la función pública. Recordemos casos como el *Watergate y Nixon*, o uno más reciente sobre el ex Primer Ministro *Berlusconi* y sus desvaríos en el poder en Italia o sobre el Rey de España. De no ser por la presencia de la información muchos de los casos de pedofilia cometidos incluso por prelados de la Iglesia Católica hubiesen quedado en el anonimato que es sinónimo de impunidad. Los grandes fraudes y negociados han tenido un enemigo permanente que ha sido el ejercicio de la libertad de información, no obstante reconocemos también que se producen muchos casos en que hay un ejercicio abusivo de este derecho fundamental. Alguna vez he escuchado decir que el primer poder del Estado es la libertad de información, pero esto no es cierto porque también es posible que la libertad de información se convierta en una especie de *libertinaje informativo*, mediante cuyo ejercicio abusivo, la honra, la dignidad, el prestigio y el derecho a la intimidad personal y familiar, es arrasada por malos y abusivos comunicadores sociales.

En el Ecuador de acuerdo con la Constitución de 1998, se aplicaba el llamado *control difuso de constitucionalidad*, que significaba que si un juez consideraba al tiempo de resolver que habían *normas inconstitucionales* así las declaraba, y procedía a resolver el caso, y posteriormente elevaba una consulta debidamente fundamentada al entonces Tribunal Constitucional que resolvía con fuerza *erga omnes*, es decir con fuerza de ley y obligatoria

para todos los casos venideros. La Constitución de 2008, consagró el llamado *control concentrado de constitucionalidad* (Art. 436), siendo la Corte Constitucional el *órgano máximo de control de la Constitucionalidad*. Es famoso y conocido el caso *Marbury vs. Madison*, resuelto por la Suprema Corte de EE.UU el 24 de febrero de 1803, presidida por un extraordinario jurista John Marshall. Este es el inicio del llamado *control de constitucionalidad*. (Zambrano Pasquel A. 2011, pag. 329).

De acuerdo con la Constitución vigente, era viable que se plantee ante la Corte Constitucional una demanda para que se declare la inconstitucionalidad de los tipos penales relacionados con los delitos de *injuria calumniosa y no calumniosa grave*, así como del llamado *delito de desacato*, y esto podría hacerlo por ejemplo, un gremio que piense que el *derecho a la libertad de expresión, de información y de opinión* no se encuentran debidamente garantizados mientras subsistan los referidos tipos penales. Otra opción era que un *juez de garantías penales* en conocimiento de una demanda, decida elevar en consulta la constitucionalidad de los tipos penales señalados y del procedimiento penal que se pretende. Pero aquí surge la posibilidad de que se recurra al llamado *bloqueo de constitucionalidad* del que forman parte los artículos 11 n. 3 y 7, 417, y 426; y un juez decida aplicar el Art. 427 de la Constitución, declarando la inaplicabilidad de las figuras del desacato, y de injurias y calumnias en un caso concreto.

El Prof. Ramiro Avila Santamaría, nos dice algo que para muchos era y es desconocido en el Ecuador pero que es importante, la incorporación con fuerza vinculante del derecho internacional de los derechos humanos al derecho constitucional:

La discusión sobre jerarquía entre instrumentos internacionales de derechos humanos y

constitución se torna irrelevante por el principio ‘pro derechos’: se aplicará la norma que más favorezca al reconocimiento y ejercicio de derechos. La palabra usada por la Constitución de Ecuador ‘instrumentos’ merece un comentario. Intencionalmente no se utilizó la palabra ‘convenios’ o ‘tratados’ para ampliar el espectro de protección de los derechos. En los instrumentos tenemos ‘soft law’, resoluciones y sentencias de organismos internacionales y hasta declaraciones de Conferencias internacionales que contengan derechos o desarrollen el contenido de ellos. (*El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución del 2008*. 2011. Quito: Abya Yala. p. 62).

En el CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL para Ecuador publicado en el Registro Oficial, Suplemento 180 del 10 de febrero del 2014, se mantiene la sanción penal para el delito de injuria calumniosa (falsa imputación de un delito) y se suprime del plexo normativo la injuria no calumniosa grave y el delito de desacato (que es una especie de injuria a la autoridad pública, Jefe de Estado, Ministros, Asambleístas, etc.). Ya encontraremos respuestas valederas recurriendo incluso al llamado *control de convencionalidad* que significa en lenguaje de fácil entendimiento, recurrir tanto a la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), como a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debiendo destacar *prima facie* tanto el carácter vinculante de la convención, como los efectos *erga omnes* de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de DD.HH.

### **1.3.- JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION**

La justificación tanto doctrinaria, y jurídica de la presente investigación, es la ausencia de

doctrina nacional en relación concreta con el tema de la aplicación del *control de convencionalidad*, del *control de constitucionalidad* y del *bloqueo de constitucionalidad* que nos de la mejor respuesta, para solucionar la colisión de principios entre el *derecho a la libertad de información, de opinión y de expresión*, frente al legítimo derecho del ciudadano funcionario público o no, de que se respete *su honra, dignidad, prestigio y su intimidad personal y familiar*. El *control de convencionalidad*, el *control de constitucionalidad* y el *bloqueo de constitucionalidad* son temas nuevos aunque hay alguna aproximación a los mismos en los trabajos del profesor Ramiro Avila Santamaría, sin entrar a resolver en concreto el conflicto que planteamos.

Somos convencidos de que el foro jurídico nacional se interesará por este tema para encontrar mecanismos de respuesta a esta colisión de principios y derechos, y para conocer y discutir mejor lo que significan el *control de convencionalidad*, el *control de constitucionalidad* y el *bloqueo de constitucionalidad*, los mismos que tienen aplicación a partir de la Constitución de Ecuador del año 2008. Lo anterior nos permite afirmar la necesidad de asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva, que hasta ahora sigue más en el marco normativo constitucional, aunque con fallos esporádicos de la Corte Constitucional. Será de importancia fundamental acudir a las fuentes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Europea o Tribunal de Estrasburgo.

La relevancia social se sustenta en la necesidad de que la Corte Constitucional, la Corte Nacional, los jueces en general, los abogados litigantes, los docentes y todos los ciudadanos tengan el necesario conocimiento sobre sus derechos y sobre los mecanismos para reclamar su respeto, que surgen de la Constitución de Montecristi de 2008. El desconocimiento tanto de la ley como de los mecanismos de protección a los que se puede acudir, son una lamentable y

negativa consecuencia para la administración de justicia que impacta a los operadores y a los usuarios.

La justificación económica de esta investigación tiene su sustento en evitar que las garantías constitucionales pierdan no solo su objetivo sino inclusive su eficacia, pues el ciudadano incluyendo al abogado no conoce el contenido y verdadero alcance del *control de convencionalidad*, del *control de constitucionalidad* y del *bloqueo de constitucionalidad*, que en países cercanos como Colombia y Perú son frecuentemente utilizados por los jueces de diferentes niveles. El desconocimiento y la equivocación de jueces y abogados tiene un costo económico para el justiciable y para el Ecuador que viene siendo sancionado moral y económicamente desde la década de los noventa (caso Suárez Rosero vs. Ecuador. 1997) por el sistema interamericano de derechos humanos.

La justificación política se sustenta en proporcionar las herramientas teóricas y doctrinarias a la Asamblea Nacional que bien puede mediante un proceso de reforma suprimir la responsabilidad penal por el delito de calumnia (pues la injuria y el desacato ya no acarrear responsabilidad penal en Ecuador), como ya ha ocurrido en otros países en la región como Argentina, y se presentaron los proyectos en Chile y Brasil. Igualmente podrán los jueces desde los del primer nivel, hasta la Corte Constitucional, aplicar correctamente el *control de convencionalidad*, el *control de constitucionalidad* y el *bloqueo de constitucionalidad*. El Código Orgánico de la Función Judicial del 2009 dice en su Art. 28 que los jueces al resolver deben aplicar la ley, la doctrina y la jurisprudencia, y esto - salvo casos de excepción- no se cumple.

Concluimos señalando que la investigación es viable pues hay los recursos necesarios para llevarla a cabo, tanto en el ámbito doctrinario como en el jurisprudencial, y es conveniente

para aportar a la justicia, al poder político y a los ciudadanos, suficientes herramientas que surgidas desde el marco teórico se deben consolidar en su aplicación práctica.

## **Capítulo 2.- PREGUNTAS DE LA INVESTIGACION.-**

Las preguntas que planteamos sobre el tema de la investigación son las siguientes:

¿Que son los principios y las reglas en el constitucionalismo moderno, y como se aplican a un caso como en que motiva la presente investigación?

¿La aplicación del test o principio de ponderación permite responder al conflicto de derechos entre la libertad de información, expresión y opinión y el derecho a la honra, la dignidad y la intimidad de los ciudadanos?

¿Qué tipo de control de constitucionalidad se sigue actualmente en el Ecuador, el *control difuso* o el *control concentrado* o kelseniano, y en este caso como deben resolver los jueces la colisión del *derecho a la honra, dignidad e intimidad*, frente al *derecho a la libertad de información, de expresión y de opinión*?

¿Cómo se debe entender el llamado *bloque de constitucionalidad*, cual es su contenido y su real aplicación en la presente investigación?

- La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha resuelto casos como *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* o *Kimel vs. Argentina*, o *La última tentación de Cristo vs. Chile*, entre otros, tiene o no carácter vinculante o efecto *erga omnes* en materia de *libertad de información, de expresión y de opinión*, frente al *derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad de las personas*?

¿Qué importancia tienen la independencia, autonomía e imparcialidad de los jueces frente al poder político, en el objeto jurídico de la presente investigación, de acuerdo con las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

¿Es posible desarrollar con el marco normativo vigente, el llamado *control de convencionalidad* en Ecuador, y para que serviría su aplicación en la colisión de derechos: *la libertad de información, de expresión y de opinión vs. el derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad de los ciudadanos?*

### **Capítulo 3. OBJETIVOS GENERALES Y ESPECIFICOS DE LA INVESTIGACION.-**

#### **3.1. OBJETIVO GENERAL**

Determinar si el *control de convencionalidad* eventualmente es suficiente para solucionar en Ecuador el conflicto de derechos que surge de la *libertad de información, de expresión y de opinión vs. el derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad de los ciudadanos.*

#### **3.2.- OBJETIVOS ESPECIFICOS.-**

Para cumplir el objetivo general es imprescindible cumplir los siguientes objetivos específicos:

3.2.1. Justificar la aplicación del *control de convencionalidad* para resolver la colisión del *derecho a la libertad de información, de expresión y de opinión vs. el derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad* de los ciudadanos, a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3.2.2. Desarrollar doctrinariamente un adecuado *control de constitucionalidad* a partir de lo que señala la Constitución en los artículos 11, 75, 76, 77, 172, 417, 424, 425, 426 y 427, y encontrar en la doctrina y jurisprudencia ecuatoriana algún referente si lo hay.

3.2.3. Identificar en el *bloque de constitucionalidad* una posible respuesta al conflicto de derechos que surge de la *libertad de información, de expresión y de opinión* vs. el *derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad* de los ciudadanos.

3.2.4. Aplicar el test o *principio de ponderación* para responder al conflicto de derechos que surge de la *libertad de información, de expresión y de opinión* vs. el *derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad de los ciudadanos* utilizando tres casos.

3.2.5. Valorar la aplicación hipotética de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de DD.HH por parte de los jueces ecuatorianos al resolver casos sometidos a su competencia.

## **Capítulo 4.- MARCO TEORICO DE LA INVESTIGACION**

### 4.1.- INTRODUCCION TEORICA.-

La presencia del constitucionalismo moderno o del *neoconstitucionalismo* significa no un simple cambio de nombres como ya expresamos precedentemente sino que el Ecuador se proclama como Estado constitucional de derechos y justicia, como hemos expresado en uno de nuestros trabajos sobre el tema (Zambrano Pasquel A., *Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo*, en [http:// www.alfonsozambrano.com](http://www.alfonsozambrano.com) ):

Nuestra constitución del 2008, proclama que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (Art. 1), en tanto que en la constitución de 1998 se expresaba que el Ecuador era un Estado Social de Derecho. Estoy con quienes piensan que hay un antes y un después en Ecuador, pues antes de la Constitución vigente no había modo o mecanismo para reclamar por la violación a garantías del derecho al debido proceso, con el manido argumento

de la independencia y autonomía de la función judicial – a lo que se agregaba – que con la Corte Constitucional se pretendería crear una instancia judicial superior, que afectaría a la intangibilidad de la cosa juzgada, a la seguridad jurídica, y en definitiva a la sabiduría de los jueces, pues es inadmisibles un control de constitucionalidad que afectare a la cosa juzgada.

*El neoconstitucionalismo como teoría del derecho describe o explica los elementos caracterizantes del modelo y puede sintetizarse evolutivamente en:*

**1) Más principios que reglas.** Corresponde señalar que tanto los principios como las reglas son normas porque señalan lo que debe ser. Pero los principios son normas abiertas que presentan un condicionante fáctico– mandatos de optimización- fragmentado o indeterminado y que necesariamente serán cerrados por la justicia constitucional mediante los procesos de interpretación y ponderación. Los derechos fundamentales presentan, en general, la estructura de los principios, y posibilita que los procesos de determinación o delimitación de sus contenidos contemplen –en sentido plural- la mayor cantidad de opciones, visiones o planes de vida de los integrantes de una sociedad (Gil Dominguez A. 2005, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*. Buenos Aires: Ediar. p.54) En cambio, las reglas, son normas que pueden ser cumplidas o no y que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posibles.

**2) Más ponderación que subsunción.** En un estado de derecho, todos los derechos fundamentales poseen a priori y en abstracto la misma jerarquía, caso contrario no habría que ponderar ya que se impondría el derecho de mayor importancia. Ponderar es buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificadoras conflictivas del mismo valor (Prieto Sanchís L. 2003, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. España :Trotta, p. 189) .

**3) Omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas en lugar de espacios dejados a la discrecionalidad legislativa o reglamentaria.** Este precepto está estrechamente vinculado con los requisitos de la constitucionalización del ordenamiento jurídico propuesto por Ricardo Guastini ( *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: “el caso Italiano”*. En Neoconstitucionalismo (S) – editor Miguel Carbonell-. 2005. España: Editorial Trottra, p. 49/73).

Según Guastini (2005, p. 49-73), su finalidad es lograr impregnar e irradiar en todo el ordenamiento jurídico las normas constitucionales. Para ello, se tiene que dar las siguientes condiciones de constitucionalización: a) una constitución rígida, si en primer lugar es escrita y en segundo término, está protegida –garantizada- contra la legislación ordinaria y en donde, además, se deben distinguir dos niveles en el que la Constitución está por encima de la legislación común, no pudiendo ser derogada, modificada o abrogada por ésta última; b) la garantía jurisdiccional de la constitución: esta acepción requiere que aunque la rigidez de la ley fundamental esté formalmente estipulada, la misma no está asegurada si no existe algún tipo de control sobre la conformidad de la leyes con la constitución;

c) la fuerza vinculante de la constitución: importa la difusión, en el seno de la cultura jurídica de un país, de la idea que toda norma constitucional - independientemente de su estructura o contenido normativo- es una norma jurídica genuina, vinculante y capaz de producir efectos jurídicos. d) la sobre interpretación de la Constitución, lo que implica que no cabe lugar para la libre discrecionalidad del legislador y, consecuentemente, no existe materia por más política que revista su naturaleza, que quede al margen del control de un juez respecto a su legitimidad constitucional;

e) la aplicación directa de las normas constitucionales: importa la difusión de la cultura de un país en donde la función de la constitución es moldear las relaciones sociales, produciendo sus normas efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en las relaciones entre particulares en ocasión de cualquier controversia, siempre y cuando, la misma no pueda ser resuelta sobre la base de la interpretación conforme a la constitución, esto es, aquella que armonice la ley con la constitución -previamente interpretada- eligiendo, frente a una doble posibilidad interpretativa- el significado – la norma- que evite toda contradicción entre la ley y la constitución; y g) implica la influencia de la constitucionalización sobre las relaciones políticas, y depende de: el contenido mismo de la constitución, el rol de los jueces que ejerzan el control de constitucionalidad y la orientación de los órganos constitucionales y de los actores políticos.

**4) Omnipotencia judicial en vez de autonomía del legislador ordinario.** Sostiene Guastini (2005, p. 49-73), que este es un elemento esencial que define, por su importancia, al Estado Constitucional de Derecho. Es el órgano que detenta la última palabra, aún respecto de las decisiones colectivas, y están ligadas a los derechos fundamentales, lo que implica consecuentemente que hay un desplazamiento natural del legislador lo que conlleva a una elección a favor de la legalidad constitucional y la argumentación judicial respecto de la formulación del modelo de democracia deliberativa, siendo la mejor opción posible en torno a la custodia de la fuerza normativa constitucional. Esto no significa que desde la constitución se impongan límites sustanciales al legislador democrático, sino que en la determinación de los derechos se muta del procedimiento legislativo a la actividad jurisdiccional: en otras palabras, en lugar de ser la mayoría del parlamento la que dispone que derechos nos

corresponden, es el tribunal en su voto mayoritario quién titulariza el control de constitucionalidad.

**5) Coexistencia de una constelación plural de valores en lugar de homogeneidad ideológica.** Esto implica que a partir de la incorporación de los derechos humanos en nuestro sistema de fuentes, trae aparejado un nuevo orden simbólico, además del jerárquico, ya que comparten con la Constitución Nacional su supremacía, que al complementar el sistema legal interno, expande como dice Andrés Gil Domínguez (2005, p. 28) *una constelación de opciones de vida en lugar de un supuesto de uniformidad e igualdad ideológica o pensamiento único.*

#### 4.2.- CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Sentencias en casos como el Salvador Chiriboga vs. Ecuador, del 3 de marzo de 2011 dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ponen de manifiesto que la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (1969), tiene un campo de acción para todo el sistema de justicia sin que estuviese limitada únicamente a las violaciones al derecho al debido proceso en sede penal (*violaciones a derechos humanos en materia penal*).

Esto marca una ruptura con las afirmaciones de que La Convención Americana y las Convenciones europeas como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de NN.UU (1966) deben aplicarse únicamente para violaciones al debido proceso en el campo penal. Esta es una primera reflexión. Otra no menos importante es la que está relacionada con el *carácter vinculante* ( u obligatorio) tanto de la Convención como de las resoluciones que dicta la Corte Interamericana de Derechos Humanos (jurisprudencia) que tienen carácter vinculante no solo *inter partes* y para el caso concreto, sino que hoy tiene carta de ciudadanía

el llamado *control de convencionalidad* que significa que los Estados partes de la Convención (o Pacto) están no solamente obligados a respetar lo que dice la Convención, sino que deben a través de su sistema de justicia respetar los fallos y aplicarlos en la resolución de los casos presentes y futuros.

## SOBRE EL LLAMADO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El desconocimiento incluso de la existencia no digamos de la importancia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del carácter vinculante de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) –de donde surge el llamado Control de Convencionalidad- así como de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que al igual que la Convención tienen carácter vinculante para los Estados suscribientes y partes, así como el efecto obligatorio o *erga omnes* de la jurisprudencia de dicha Corte, a la que el Ecuador se allanó sin reserva alguna (1984), justifica que le demos espacio al llamado *control de convencionalidad*.

Hay importantes trabajos de constitucionalistas argentinos, como son el Prof. Dr. D. Nestor Pedro Sagúez (*El “ Control de Convencionalidad” como Instrumento para la elaboración de un Ius Commune Interamericano*, publicado en la biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México) y el Prof. Dr. D. Victor Bazàn (*La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable*. Ponencia en VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, México, 6 a 10 de diciembre de 2010), que sirven para comprobar la importancia del *Control de Convencionalidad*. Un distinguido profesor Leonardo Massimino de visita en la maestría de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Guayaquil decía en un coloquio extra clases, que el Ecuador en realidad vive un *Estado Convencional*

que es un *plus* al *Estado Constitucional*, porque si se diese un conflicto entre un mandato o norma constitucional ecuatoriana y un mandato o norma prevista en la Convención, debe primar lo que dice la norma de la Convención o norma convencional.

En el Ecuador a lomo de la segunda década del siglo XXI, los Pactos, Tratados y Convenciones, se aplican siguiendo el criterio *pro hómine*, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución, y la primacía de la normativa internacional pro derechos humanos frente a la Constitución está expresamente reconocida en la Constitución del 2008, de manera que el derecho internacional de los derechos humanos en todo lo que fuese más favorable a la Constitución es prevalente. Esta es una vieja discusión hoy superada, y así se infiere de nuestra Constitución.

*Art. 417. - Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.*

*Art. 424.- ...los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.*

## INFLUENCIA DE LOS TRATADOS Y PACTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.

Resulta necesario aproximarnos a una apreciación conceptual de lo que es o significan los derechos humanos, pues en más de una ocasión aparece como una categoría vaciada de

contenido. Para nosotros, pueden ser apreciados como el conjunto de garantías que le asisten al ser humano, necesarios e imprescindibles para el pleno desarrollo de su personalidad y del respeto a su dignidad.

Una definición tautológica muy repetida en la doctrina es la que afirma que *los derechos del hombre son los que le corresponden al hombre por el hecho de ser hombre*. Una definición formal es la que afirma que *los derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres, y de los que ningún hombre puede ser privado*. Una definición teleológica es la que dice que *los derechos del hombre son aquellos que son imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, para el progreso social, o para el desarrollo de la civilización*.

Dado este primer paso, de cara a la realidad ecuatoriana, podemos expresar que hace tres o cuatro décadas hablar en Ecuador del respeto a los derechos humanos era desconocido. Pensaría que el primer referente se constituye por la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana en el *caso Suárez Rosero* (1997) en que por primera ocasión se condena al Estado ecuatoriano por el abuso con la prisión preventiva al desconocerse el derecho a ser juzgado en tiempo prudencial y razonable. Otro caso importante es el reconocimiento del Estado ecuatoriano para pagar una indemnización por la muerte de la profesora Consuelo Benavides ocurrida en el año 1985, en manos de un comando de la Armada o fuerza naval ecuatoriana. O el pago de una indemnización por *la desaparición de los hermanos Restrepo* en manos de la Policía Nacional en 1986, que fue calificado como un *crimen de Estado*. Si bien es verdad aquí no se dio una sentencia de la Corte Interamericana, se creó una Comisión Internacional que concluyó en la responsabilidad del Estado ecuatoriano por la muerte de los dos jóvenes. Hay otros casos como la condena de la Corte Interamericana en el *caso del ciudadano Daniel Tibi* (2005), o el *caso del ciudadano Chaparro* o el *caso Vélez Zambrano* a

partir de los años 2007, en que se viene condenando al Estado ecuatoriano por la mala actuación de policías y jueces.

La suscripción de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (1969) y la aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, abrieron el gran espacio para que se vaya consolidando la posibilidad de que el ciudadano que encuentra vulnerados sus derechos humanos recurra a instancias internacionales amparado en los tratados y pactos internacionales de derechos humanos que ha suscrito el Estado ecuatoriano, cuando los mismos no son respetados en nuestro territorio. En el ámbito interno, la Convención Interamericana contra la Tortura fue invocada al resolver la Corte Suprema de Justicia de Ecuador a través de una de sus salas penales, un *recurso de casación* en el denominado caso de los *siete del Putumayo* en que ciudadanos de la Amazonía ecuatoriana fueron condenados en el año 1995 por la muerte de soldados ecuatorianos, habiéndose obtenido la aceptación de responsabilidad mediante la aplicación de tortura física y psicológica en contra de los justiciables.

En la misma línea de la reflexión precedente, la realidad de lo que ocurría hace tres o cuatro décadas en materia de violación de derechos humanos, es hoy diferente. Siempre se podrá hacer mas, pero en todo caso no ha habido un retroceso por parte de las agencias de control que antaño se caracterizaban por prácticas institucionalizadas abusivas, que hoy son menos frecuentes.

El Estado liberal o de Derecho permitió atender a los derechos humanos de primera generación, constituidos por los derechos civiles y políticos mediante un *no hacer* que se traducía en un respetar, por ejemplo, la inviolabilidad del derecho a la vida. Al reconocerse la existencia de los derechos de segunda generación, con toda la doctrina de los derechos económicos, sociales y culturales, esto obligó al Estado *a hacer*, es decir, a brindar

prestaciones positivas tales como proveer servicios de salud, asegurar la educación, sostener el patrimonio cultural, o lo que es lo mismo, *derecho a la salud, derecho a la vivienda, derecho a la educación o derecho al trabajo*. Estos nuevos cometidos del Estado, que alcanzan su punto máximo de expansión tras la segunda guerra mundial, son los que dan pie para hablar ya no sólo de un Estado Liberal de Derecho, sino de un Estado Social de Derecho.

A su vez, el Estado Social y Democrático de Derecho, al que se denomina también como Estado Constitucional, sería el marco institucional adecuado para llevar a cabo esta política de derechos fundamentales en general incluyendo los de tercera generación, como el derecho a la paz, el derecho a la calidad de vida, el derecho a la intimidad, a los que agregamos las garantías frente a la manipulación genética, el derecho a morir con dignidad, el derecho al disfrute del patrimonio histórico y cultural de la humanidad o el derecho de los pueblos al desarrollo, incluyendo el derecho de las comunidades indígenas, para mencionar algunos de los más significativos.

No podemos dejar de mencionar que hoy se habla incluso de derechos de cuarta y quinta generación en los que se ubican a los derechos de sectores considerados como de alta vulnerabilidad, en que se encuentran niños y adolescentes, personas de la tercera edad, y hasta quienes reclaman el derecho a la diversidad sexual, por cuya consolidación se han constituido movimientos de gay, lesbianas y transexuales.

La regla del agotamiento previo de los recursos internos se basa en el principio de que un Estado demandado debe estar en condiciones de brindar una reparación por sí mismo y dentro del marco de su sistema jurídico interno. El efecto de esa norma es asignar a la competencia de la Comisión un carácter esencialmente subsidiario. (Marzióni vs. Argentina, Opinión de la Comisión; 15 de octubre 1996).

El carácter de esa función constituye también la base de la denominada "fórmula de la cuarta instancia" aplicada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que es congruente con la práctica del sistema europeo de derechos humanos. La premisa básica de esa fórmula es que la Comisión no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención.

La llamada "fórmula de la cuarta instancia" fue elaborada por la Comisión en el caso de Clifton Wright, ciudadano jamaicano, que adujo un error judicial que dio lugar a una sentencia de muerte en su contra. El sistema nacional no preveía un trámite de impugnación de sentencias determinadas por errores judiciales, lo que dejó al Sr. Wright desprovisto de recursos. En ese caso, la Comisión estableció que no podía actuar como "una cuarta instancia cuasi-judicial" con facultades para revisar las sentencias de los tribunales de los Estados miembros de la OEA. No obstante, la Comisión declaró fundados los hechos aducidos por el peticionario y determinó que el mismo no pudo haber cometido el crimen. En consecuencia, la Comisión llegó a la conclusión de que el Gobierno de Jamaica había violado el derecho del peticionario a la protección judicial, lo que constituye una violación a sus derechos fundamentales, porque el procedimiento judicial interno no permitía corregir el error judicial. Consultamos sobre el tema la resolución No. 29/88 del 14 septiembre de 1988, y el caso está signado como 9260, recuperado de <https://www.cidh.oas.org/annualre/87.88sp/Jamaica9260.htm>

#### 4.3.- CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.-

Puede decirse que es la competencia o facultad que tienen los Jueces para estudiar y dictaminar si una norma o ley se ajusta a la Constitución, y de no ajustarse procede que se declare su inconstitucionalidad. Ninguna norma o ley contraria a la constitución se puede reputar como válida. Para llegar a la declaratoria de inconstitucionalidad se siguen dos caminos el uno llamado el *control difuso de constitucionalidad* que era el que surgía de la Constitución de 1998 que permitía que todos los jueces cualquiera que fuese su rango o nivel pudiesen declarar la inconstitucionalidad en el caso en estudio, y posteriormente elevar en consulta ese pronunciamiento ante el Tribunal Constitucional, en algunos momentos llamado Tribunal de Garantías Constitucionales que resolvía con efectos *erga omnes* es decir obligatorio para todos los casos venideros.

El otro es el llamado *control concentrado de constitucionalidad*, que hace residir en un juez o tribunal especializado, Sala Constitucional (Costa Rica), Tribunal Constitucional (Perú), Corte Constitucional (Colombia y Ecuador) dicha competencia. Profesores como Ramiro Ávila Santamaría sostienen que el control de constitucionalidad de Ecuador de acuerdo con la Constitución del 2008 es mixto, pues el *control difuso* lo ejercen todos los jueces en los casos que llegan a su conocimiento conforme a los artículos 426 y 427:

*Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.*

*Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y*

*garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.*

*Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.*

Puedo afirmar que la mayoría de los profesores y doctrinarios ecuatorianos se pronuncia por la tesis de que en Ecuador y de acuerdo con la Constitución del 2008 en realidad existe un *control concentrado de constitucionalidad* cuyo único y máximo juez es la Corte Constitucional. Esta afirmación surge de la propia Constitución que señala:

*Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito.*

Agregamos lo que sostiene la misma Constitución del 2008 en una larga disposición normativa:

*Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:*

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 dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.*
2. *Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.*
3. *Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.*
4. *Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo.*
5. *Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.*
6. *Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.*
7. *Dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución.*

8. *Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales.*

9. *Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales.*

10. *Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.*

Para resolver el conflicto de derechos que es el tema central de esta investigación: el ejercicio del *derecho a la libertad de información, expresión y de opinión* vs. el *derecho a que se respete la honra y dignidad de las personas*, así como el *derecho a la intimidad*, cualquiera que fuese su cargo o jerarquía, puede ser válida la aplicación del llamado *control difuso* o del *control concentrado*, pues de lo que se trata es de que el juez aplique correctamente el control de constitucionalidad dando la preeminencia a un derecho o al otro en el caso concreto que debe resolver.

Luis Prieto Sanchís (*Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, p. 101- 102) nos ilustra al manifestar que con la expresión, neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo, o a veces simplemente constitucionalismo, se alude a una presunta nueva cultura jurídica, y que se pueden identificar cuatro acepciones principales.

*En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de*

*Derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del derecho más concretamente aquella teoría apta para describir o explicar las características de dicho modelo. Así mismo por constitucionalismo cabe entender la ideología o filosofía política que justifica o defiende la fórmula así designada. Finalmente el constitucionalismo se proyecta en ocasiones sobre un amplio capítulo que en sentido lato podríamos llamar de filosofía jurídica y que afecta a cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición del derecho, el estatus de su conocimiento o la función del jurista; esto es, cuestiones tales como la conexión, necesaria o contingente del Derecho y de la moral, la obligación de obediencia, la neutralidad del jurista o la perspectiva adecuada para emprender una ciencia jurídica.*

Habría que admitir que el control de constitucionalidad en ocasiones está residenciado en el *poder judicial* propiamente dicho, por ejemplo a través de los jueces que ejercen un control difuso de constitucionalidad. En otros momentos nos encontramos con salas especializadas en materia constitucional como es el caso de Costa Rica, o Tribunales Constitucionales como acontece en España o Alemania o Perú, o existe una Corte Constitucional como en el caso de Colombia y el más reciente de Ecuador, lo cual nos advierte de que no sólo estamos ante un control concentrado de constitucionalidad, sino que además debemos reconocer la existencia de un verdadero *poder judicial constitucional*.

Hemos afirmado en otro de nuestros trabajos en materia constitucional (Zambrano Pasquel A. *Marbury vs. Madison* y el control de constitucionalidad. En <http://www.alfonsozambrano.com>):

La formulación de la doctrina de la supremacía de la Constitución toma trascendencia sólo con el fallo del juez John Marshall, el 24 de febrero de 1803, donde quedaron sentadas las bases fundamentales: a) la Constitución es una ley superior; b) por consiguiente, un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley; c) es siempre deber del tribunal decidir entre dos leyes en conflicto; d) si un acto legislativo está en conflicto con la ley superior, la Constitución, claramente es deber del tribunal rehusarse a aplicar el acto legislativo; e) si el tribunal no rehúsa aplicar dicha legislación, es destruido el fundamento de todas las constituciones escritas.

En la elaboración de la Constitución de los EEUU de 1787 se propuso controlar la constitucionalización de las leyes por los jueces ordinarios, aunque estas propuestas no se recogen normativamente y en forma expresa en la Constitución, se aplican como consecuencia de la sentencia *Marbury vs Madison*, preparada por el juez John Marshall. Se afirma que la ley judicial de 1789 es contraria a la Constitución, y se debe inaplicar esa ley contraria. Para llegar a esta conclusión se parte de dos hipótesis:

1) La Constitución es una Norma Superior a cualquier otra ley y todas aquellas leyes que vayan en su contra, deben ser inaplicables.

2) El control de Constitucionalidad de las leyes corresponde a los jueces porque son ellos a quienes corresponde aplicar las leyes.

Se consagra en definitiva la supremacía de la Constitución, se reconoce la necesidad del control de constitucionalidad, y se reconoce que la máxima instancia del control de constitucionalidad son los jueces.

La construcción de un Estado tal viene apuntada por el desplazamiento de la primacía de la ley a la primacía de la constitución, por el desplazamiento de la reserva de ley a la reserva de constitución y por el desplazamiento del control jurisdiccional de la ley al control

jurisdiccional de la constitución. El Estado Constitucional mantiene la primacía de la constitución sobre la ley, la reserva de constitución sobre la de ley y la del control jurisdiccional de la constitución sobre el de la ley. En último término, constituiría el marco normativo y político dentro del que tendrían su reconocimiento y sus garantías los Derechos Humanos de la Tercera Generación y más. Por otra parte, la preeminencia de la constitución podría preparar el camino para un constitucionalismo internacional que acogiera bajo sí las diferentes generaciones de derechos mencionadas, como se perfila ya en Europa. La Constitución de Ecuador del 2008 con sus 444 artículos es una de las más innovadoras.

#### 4.4.- BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.-

##### ANTECEDENTES DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Dicho concepto, como lo indica el Profesor Hernán Alejandro Olano García,( *El bloque de constitucionalidad en Colombia*. En Estudios Constitucionales, año/vol. 3, número 001. Centro de Estudios Constitucionales, Santiago de Chile. P. 232) fue utilizado por primera vez en Francia. Es de general aceptación reconocer que la expresión, *bloque de constitucionalidad* fue acuñada a mediados de los setentas cuando Louis Favoreu la utilizó en un trabajo dedicado a explicar la Decisión D-44, de 16 de julio de 1971, emitida por el Consejo Constitucional francés; ahí explicaba una Decisión innovadora del Consejo Constitucional, mediante la cual declaró la inconstitucionalidad de una ley que modificaba, a su vez, una disposición legislativa de 1901, la cual limitaba el régimen de las asociaciones. El Consejo Constitucional francés, para declarar su invalidez consideró que la ley cuestionada debía ser analizada no sólo a la luz de la Constitución francesa de 1958, sino también considerando la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

El Consejo Constitucional sostuvo que si bien la Declaración de 1789 constituía un documento distinto a la Constitución de 1958, en el preámbulo de ésta se aludía a dicha Declaración. Así, al lado de la Constitución de 1958 el Congreso consideraba la Declaración de 1789 al momento de realizar el control previo de constitucionalidad y por esta razón, a esa nueva estructura del parámetro del control constitucional se le denominó *bloque de constitucionalidad*.

Como lo menciona Edgar Carpio Marcos (*Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes*. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, vol. 4, julio-diciembre 2005, México: Ed. Porrúa, p.81) citando el artículo del francés Louis Favoreu, el *bloc de constitutionnalité* es tributario de una idea análoga existente en el proceso contencioso-administrativo francés; es decir, se trata de la adaptación del concepto “bloque de legalidad” —acuñado por Maurice Hauriou a principios del siglo XX— con el cual el Consejo de Estado francés realiza el control de legalidad de los actos administrativos. Mediante el bloque de legalidad en el Derecho Administrativo francés, se describía al conjunto de normas que limitan la actuación de los órganos de la administración pública y se designaban las normas que cumplían una función procesal de servir como parámetro de control al Consejo de Estado en la evaluación de validez de los actos administrativos.

Está claro que dicha norma es de carácter supranacional en la cual se consagra la preeminencia, superioridad o supremacía de los tratados y convenios internacionales en el orden jurídico colombiano. Y en donde se hace necesario que tales acuerdos sean ratificados por el país. Lo mismo ocurre en el Ecuador desde la Constitución de 1998 y con la del 2008.

En la sentencia T-568-99 MP: Carlos Gaviria Díaz, se integró al bloque de constitucionalidad los Convenios 87 y 88 de la OIT que protegen la libertad sindical, por ser éste uno de aquellos derechos no susceptible de limitación durante los estados de excepción.

Por la adhesión del Estado ecuatoriano a los tratados y convenios internacionales esto obliga a crear una legislación interna que guarde coherencia con esos instrumentos internacionales que son ratificados por nuestro país. Esta densa normativa internacional de acuerdo con la Constitución del 2008 de Ecuador forma parte de la normativa interna en nuestro país, e incluso en caso de un conflicto o colisión entre lo que dice una normativa internacional y la normativa internacional en materia de derechos humanos que fuese prevalente o superior en materia de esos derechos, *debe aplicarse* la normativa que fuese más favorable a esos derechos, y esto forma parte del llamado *bloque de constitucionalidad*. Igual debería aplicarse con criterio prevalente lo que se diga en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través de sus resoluciones pues su jurisprudencia tiene carácter vinculante y debe aplicarse con efecto *erga omnes*, lo cual nos va a servir en el momento en que resolvamos el conflicto de derechos materia de esta investigación pues hay una jurisprudencia importante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a lo que habría que considerar la Declaración de Principios de la Comisión de Derechos Humanos en materia de Libertad de Expresión, sin menospreciar algunas sentencias de la Corte Constitucional de Ecuador al resolver otra colisión de derechos y principios.

Nuestra Constitución (2008) dice:

*Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.*

*La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.*

*Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.*

*En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.*

Como hemos expresado en líneas precedentes los artículos 11, 75, 76, 77, 172, 417, 424, 425, 426 y 427, constituyen un sólido *bloque de constitucionalidad*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha previsto el respeto a los derechos fundamentales en los Estados de Excepción en sendas opiniones consultivas como la 08 y la 09.

#### 4.5. LA PONDERACION COMO UN PRINCIPIO.-

Como hemos señalado en otros momentos el *neoconstitucionalismo* o *constitucionalismo moderno* como teoría del derecho describe o explica los elementos que caracterizan al modelo, de los que destacamos:

Más principios que reglas: Corresponde señalar que tanto los principios como las reglas son normas porque señalan lo que debe ser. Pero los principios son normas abiertas que presentan un condicionante fáctico— mandatos de optimización— fragmentado o indeterminado y que necesariamente serán cerrados por la justicia constitucional mediante los procesos de interpretación y ponderación. Los derechos fundamentales presentan, en general, la estructura de los principios, y posibilita que los procesos de determinación o delimitación de sus contenidos contemplen —en sentido plural— la mayor cantidad de opciones, visiones o planes de vida de los integrantes de una sociedad. En cambio, las reglas, son normas que pueden ser cumplidas o no y que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posibles. (Zambrano A, 2011, p. 49).

Más ponderación que subsunción; En un estado de derecho, todos los derechos fundamentales poseen a priori y en abstracto la misma jerarquía, caso contrario no habría que ponderar ya que se impondría el derecho de mayor importancia. Ponderar es buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificadoras conflictivas del mismo valor.

Creemos que es válido utilizar y aplicar el principio de la ponderación de los bienes jurídicos, de manera que estará por una parte el interés por buscar y encontrar la verdad, y por otras garantías como el principio de presunción de inocencia, y el de la lealtad y buena fe procesal, en constituciones como la nuestra se reconoce la preeminencia del principio pro homine o a favor del ciudadano y no del propio Estado como se consigna en el Art. 417 de la Constitución del 2008 de Montecristi. (Zambrano Pasquel A. 2011. *Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo. El Sistema Interamericano de DD.HH a través de sus sentencias*. Lima: Edilexsa. p. 50 y ss.)

Este nuevo enfoque significa un cambio del paradigma, un salto cualitativo de un sistema constitucional que requiere para el respeto de sus derechos fundamentales la existencia de *principios* antes que de normas de derecho positivo, que no pueden ser invocadas para inaplicar (no aplicar) los *principios*, pues como viene reconociendo la Corte Constitucional de Ecuador se debe acudir a principios como los de *ponderación* y de *proporcionalidad*, para decidirse frente a un conflicto entre principios como los de *celeridad* vs. *Inviolabilidad del derecho de defensa*. Recordemos que el Art. 11 de la Constitución vigente establece en su numeral 3, la aplicación directa e inmediata por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos (Zambrano A, 2011, p. 51).

Expresamente se señala que para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley, que los derechos serán plenamente justiciables, y que no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento (sic).

En lo que dice relación con los derechos constitucionales que se deben aplicar por sobre el argumento de que falta ley (para no aplicarlos), estos son los derechos de protección como los de tutela judicial, principio de presunción de inocencia, derecho de defensa, etc., que son estimados como autosuficientes. Todos los derechos constitucionales están cobijados o protegidos por el *principio de su eficacia directa* que se traduce en la inmediata aplicación sin que fuese necesario que haya un desarrollo programático por parte del legislador, porque se trata de un *derecho fundamental o constitucional*. Esa es la importancia de la Constitución como la *norma de las normas* para cuya directa e inmediata aplicación basta su valor dogmático (Zambrano A, 2011, p. 54).

Pudiera darse el caso en que se requiera del dictado de una ley, para hacer operativo el reclamo, por ejemplo, por la vulneración de un principio constitucional. Una primera consecuencia de que los derechos sean directamente aplicables es que siendo anteriores o preexistentes a la ley, no pueden ser restringidos por el legislador hasta el extremo de desvirtuar su contenido, pues si esto se pretendiere, las leyes que se expidan con tal finalidad resultan ser inconstitucionales conforme el Art. 11. n. 4 de la Const. Pol. Esto viene a ratificar el aserto de que los derechos son anteriores a la actividad del legislador que pretende cohonestar o limitar su efectiva y directa aplicación.

La aplicación de la Constitución a diferencia de lo que ocurre con la Ley, no se realiza por el método de la subsunción sino por la aplicación directa e inmediata de los *principios*. Vale decir que los *principios* tienen la característica de su operatividad inmediata que los hace más eficaces incluso que las *reglas*, porque estas requieren de un *supuesto* y como consecuencia de ello de un *precepto de conducta*. Por ejemplo cuando se trata de interrogar a un ciudadano con fines de investigación, en que hay este *supuesto*, del que surge el *precepto de conducta*, que es proveerlo de un abogado defensor, porque ésta es un garantía inviolable, y en ningún caso puede quedar en indefensión (Zambrano A, 2011, p.59).

Los *principios* son en verdad las normas que reconocen los *derechos* de rango constitucional. Así de acuerdo con la Constitución de Ecuador del 2008, es un *principio* de inmediata y directa aplicación el de la *legalidad del debido proceso* (Art. 76 n. 3), el de *presunción de inocencia* (Art. 76 n. 2), el de *garantía del cumplimiento de los derechos de las partes*, a que está obligado cualquier autoridad administrativa o judicial (Art. 76 n. 1). El *principio de la tutela judicial efectiva*, es de aplicación directa e inmediata por expreso mandato del Art. 75 de la Constitución vigente (Zambrano A, 2011, p.59-60).

## REGLAS Y PRINCIPIOS

Las reglas se constituyen por un presupuesto de hecho y por una consecuencia jurídica. Si se da el supuesto de hecho se va a producir necesariamente la consecuencia jurídica. Los principios, no tienen condiciones de aplicación. Todo el derecho está plagado de reglas. El derecho a la vida no está sujeto a condición alguna y por ello en verdad es un principio. Los principios carecen de supuestos de hecho, de antecedentes.

En las *reglas* nos encontramos con antinomias y se aplican criterios como los de garantía, especialidad y temporalidad. Las reglas tienen un supuesto de hecho y se produce la consecuencia. Si hay contradicciones una se aplica y la otra se expulsa del ordenamiento jurídico. Si las reglas chocan no pueden coexistir en el sistema.

Los *principios* no tienen condiciones de aplicación (Ronald Dworkin es quien le da peso a los principios y de allí surge la *teoría de los pesos*). En un caso concreto se puede producir una colisión de principios y unos van a prevalecer sobre otros. Es conocida la colisión entre la libertad de expresión y el derecho a la honra o el derecho a la intimidad, y allí se va a balancear cual pesa más. En la colisión un principio cede ante otro en el caso fáctico y jurídico. Surge lo que se llama la *derrotabilidad* del principio, que en otros casos puede ser *inderrotable*. (Los casos contra la revista satírica *Titanic* resueltos en Alemania en 1958).

En las reglas se aplica la *subsunción*, de manera que si se presenta un caso concreto (supuesto de hecho) que encaja en la regla se la aplica porque se subsume, hay una suerte de silogismo judicial. Cuando se trata de los principios, como estos no tienen condiciones de aplicación, si colisionan se resuelve el problema mediante la *ponderación*. La argumentación jurídica tiene varios modelos, y uno de ellos es la subsunción porque las reglas tienen esa estructura, de condiciones y consecuencias. Como los principios no tienen condiciones de aplicación, no tienen supuestos de hecho, no hay subsunción posible.

La *ponderación* debe ser apreciada dentro del *principio de proporcionalidad*, en que se da inicialmente un *test de idoneidad*, luego un *test de necesidad*, y superado éste se aplica el *juicio de proporcionalidad* en sentido estricto que es en verdad la *ponderación*. La doctrina alemana ha desarrollado muy bien el *principio de proporcionalidad*. Cuando se dicta la ley se impone la constitucionalidad del ente en juego (el Congreso o la Asamblea). En el *test de idoneidad* el juez se pregunta si esa ley (la que se cuestiona) es apta a efectos de realizar un determinado principio constitucional o no. Por ejemplo si el Congreso dijera que para eliminar todas las formas de violencia hay que prohibir las corridas de toros. Lo primero que nos vamos a preguntar es si tal prohibición es apta (idónea) en verdad para eliminar la violencia, es decir si esa ley será adecuada para cumplir los fines que persigue el legislador.

En otro caso el *principio de necesidad* apunta a que hay un fin legítimo del Estado que es tratar de evitar el consumo de tabaco y para cumplir este objetivo se prohíbe la siembra, la producción, la elaboración y la comercialización del tabaco. Pero si fuese necesaria, también habrá que *examinar si no hay medidas alternativas para cumplir el mismo objetivo*, como por ejemplo una campaña de información en los medios de comunicación, e incluso estampar en la envoltura del producto los efectos dañinos de su ingesta. Si se pasan estos dos filtros nos queda la aplicación del *principio de proporcionalidad* en sentido estricto que es en verdad el *test de ponderación o principio de ponderación*. Allí entrarán en colisión el derecho de libre empresa y de comercialización vs. el derecho a la salud, mirados como principios constitucionales y cuyo choque o colisión se resolverá en última instancia con la *ponderación*.

Con una frecuencia que puede cambiar de acuerdo con muchos factores, los jueces tienen que enfrentarse con casos para los que el sistema jurídico de referencia no provee reglas, o provee reglas contradictorias, o reglas que no pueden considerarse justificadas de acuerdo con los principios y valores del sistema. Naturalmente, esto no quiere decir que en tales supuestos el juez pueda prescindir de la reglas, sino que tiene que llevar a cabo un proceso de

deliberación práctica (de ponderación) para transformar ciertos principios en reglas. Ello supone realizar operaciones como las siguientes: la construcción de una tipología de clases de casos a partir de un análisis de las semejanzas y de las diferencias consideradas relevantes; (en algunas ocasiones) la formulación de un principio a partir del material normativo establecido autoritativamente (la explicitación de un principio implícito); la priorización de un principio sobre otro, dadas determinadas circunstancias (el paso de los principios a las reglas).

La argumentación jurídica en estos casos no puede reducirse, obviamente, a su esquematización en términos deductivos; el centro radica más bien en la confrontación entre razones de diversos tipos: perentorias o no perentorias, autoritativas o substantivas, finalistas o de corrección, institucionales o no... (*Argumentación jurídica y estado constitucional*, jan./abr. 2004. Publicado en *Novos Estudos Jurídicos* - v. 9 - n. 1 - p.09-22)

Como dato histórico, por nuestra parte señalamos, que los primeros casos de la aplicación del principio de ponderación se dan en Alemania en el año 1958 en que el Tribunal Constitucional Federal Alemán debió ponderar en casos en que entraban en colisión el derecho a la comercialización del tabaco vs. el riesgo para la salud, o la libertad de información vs. el derecho a la honra, el respeto a la dignidad y al buen nombre.

Hay que evitar las prácticas equivocadas a pretexto de aplicar la Constitución y sus principios. Este sería el caso de quien pretende divorciarse (como ocurrió en Quito), en que la parte afectada invocó los principios constitucionales que determinan las finalidades de la unión matrimonial, expresando que como una de las partes (la pareja), no cumplía con los principios constitucionales, se le debía conceder el divorcio invocando la aplicación de esos principios constitucionales incumplidos, sin acudir a las causales de divorcio previstas en la normativa civil. En este caso hay normas y hay reglas que deben cumplirse, por lo que se debe subsumir el caso en lo que dice la regla, sin que proceda acudir a los principios. Se nos

ocurre que se podrían mencionar los principios en la fase de la argumentación, pero no pueden servir como causas de invocación para demandar el divorcio. El Prof. Argentino don Néstor Pedro Sagüéz hace un importante aporte sobre lo que denomina *la manipulación constitucional* (en [http:// www.alfonsozambrano.com](http://www.alfonsozambrano.com) ) .

Hay que pensar en un caso concreto si hay medios alternativos para resolver el conflicto cuando se produce un conflicto entre principios. A veces podría funcionar el principio de autoridad que es la que va a resolver de un modo o de otro. Habría que resolver que derecho prevalece en el caso en cuestión tanto más si ambos aparecen como de la misma jerarquía. En el caso del ciego que quiere que lo atiendan en un restaurant en que está prohibido el ingreso de animales y pretende ingresar con su perro, el derecho del ciego tiene un peso abstracto y el derecho de otro comensal que puede ser alérgico a los animales, tiene otro peso abstracto. Aquí el *test de ponderación* será fundamental para encontrar la respuesta justa.

No hay derechos prioritarios frente a otros derechos para todos los casos, pues hay derechos con peso abstracto distinto. Guastini habla de jerarquías móviles de manera que en un caso el *principio x* estará por encima del *principio y*. Se puede producir la situación de que en un caso concreto un derecho en principio absoluto (como el derecho a la vida) puede ser derrotado por otro derecho (como el ejercicio del derecho a la legítima defensa): en un caso concreto habría que examinar si se cumplen los presupuestos que le dan nacimiento por ejemplo al derecho a la legítima defensa, que tiene como uno de sus componentes la proporcionalidad del medio que se utiliza para repeler una agresión ilegítima actual. En ese caso la *ratio decidendi* es fundamental. En suma la *ponderación* es posible en toda colisión de principios.

Se busca romper el formalismo y el decisionismo. En el *formalismo*, la ley aplasta el espíritu de la ley y se aceptan solamente las reglas desconociendo la existencia de los

principios. No se acepta la dimensión axiológica o valorativa del derecho. La ética queda de lado frente a la cultura formalista del derecho, por eso se propone que el formalismo sea combatido, pues lo que diga la ley puede ser irracional, la llamada *huelga del celo* puede llegar a producir el colapso. Cumplir la ley a la letra puede producir un desastre pues no todo funciona bien a partir de un excesivo ritualismo formalista, porque fácilmente del formalismo se llega a la arbitrariedad. El rigor formalista llega a debates sin importancia. Hay que pensar en derechos desde una visión no formalista.

Cuando pensamos en los *principios* nos dirigimos al espíritu de las leyes, que en definitiva significa la razón de las normas. El constitucionalismo bien entendido nos debe conducir a una práctica jurídica más racional. Para que haya una práctica jurídica más racional (que es un valor del constitucionalismo) se propone una mejor formación de los operadores en el manejo de una adecuada argumentación jurídica de la que forma parte incluso la hermenéutica jurídica. En verdad no hay formación en los operadores (jueces, fiscales, defensores y abogados litigantes) en *argumentación jurídica*. La característica presente es que ha habido una mala recepción de lo que es el constitucionalismo.

Debe alimentarse una argumentación a partir de los principios, pero sin olvidarse de las reglas. Hay que tener cuidado para evitar un abuso de los principios. Se dice que sin reglas no hay derechos y que detrás de las reglas están los principios constitucionales. Cuando nos enfrentamos a los riesgos del constitucionalismo hay que tener presente que detrás de las reglas vamos a encontrar siempre un principio constitucional y que hay que tener razones muy fuertes para derrotarlo. Por ejemplo si se trata del *principio del in dubio pro reo*, su correcto entendimiento y aplicación demanda una gran carga argumental. En derecho penal los principios son bienes jurídicos protegidos. Si los principios entran en conflicto hay que ponderar. Si las reglas no tienen principios son inaplicables.

Hay que crear pautas de racionalidad para apreciar las normas, y es evidente que se tiene una gran carencia del conocimiento y manejo de la *teoría de la argumentación*. La *ponderación* es un *juicio axiológico* (o de valores) que en determinadas situaciones nos impone resolver de una u otra manera. Hemos expresado que se requiere de una *teoría de la justicia* que no es incommovible pues alguna vez la aceptábamos como *dar a cada quien lo suyo* que es igual a *dar a cada quien lo que le corresponde*, y hoy estamos pensando que un mejor concepto de la justicia es, *dar a cada quien de acuerdo con sus necesidades*. (Zambrano Pasquel A., (2011). *Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo. El Sistema Interamericano de DD.HH a través de sus sentencias*. Lima: Edilexsa. p. 69 y ss.).

#### 4.6.- EL CASO KIMEL VS. ARGENTINA Y LA APLICACIÓN DE LA PONDERACION.-

Hay que admitir que en las últimas décadas, los llamados *juicios de proporcionalidad* (comúnmente conocido como *juicios de ponderación*), han protagonizado múltiples debates en las salas de justicia y facultades de derecho. Sin embargo, es verdad que desde hace pocos años, el llamado *juicio de proporcionalidad* y de *ponderación* ha sido desarrollado a plenitud dentro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La ponderación es una de las actividades más delicadas en el proceso de razonamiento y argumentación de la justificación de las decisiones judiciales frente a conflictos entre normas fundamentales (o bien principios); la solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio.

El caso *Kimel vs. Argentina* fue resuelto mediante sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *del 2 de mayo del 2008*. Se afirma que el caso *Kimel vs. Argentina* (recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie\\_177\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie_177_esp.doc)) es la primera

sentencia en que la Corte Interamericana realiza un *juicio de proporcionalidad* en torno a la *colisión entre el derecho a la libertad de pensamiento y expresión y la protección de la honra y dignidad*, ambos consagrados en la Convención Americana en los artículos 13 y 11 respectivamente.

El 19 de abril de 2007, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte Interamericana una demanda en contra de la República Argentina, para que la Corte determine si el Estado ha incumplido sus obligaciones internacionales, al condenar penalmente al señor Gabriel Kimel por la comisión del delito de calumnia; la Comisión solicitó que la Corte establezca la violación de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 13 (Libertad de Expresión) de la Convención Americana, en relación con la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Argentina reconoció su responsabilidad parcial respecto de la violación a la libertad de expresión y garantías judiciales consagrados en los artículos 13 y 8 de la Convención Americana respectivamente.

Eduardo Gabriel Kimel era un conocido periodista, escritor e investigador histórico argentino, quien había publicado varios libros relacionados con la historia política argentina, entre ellos “La masacre de San Patricio”, que analiza el asesinato de cinco religiosos pertenecientes a la *orden palotina*, ocurrido en Argentina el 4 de julio de 1976, durante la última dictadura militar y donde se criticó la actuación de las autoridades encargadas de la investigación de los homicidios, entre ellas un funcionario judicial. El Juez mencionado por el señor Kimel, promovió una querrela criminal en su contra por el delito de calumnia, luego de concluido el proceso penal, el señor Kimel fue condenado por la Sala IV de la Cámara de Apelaciones a un año de prisión y multa de veinte mil pesos por el delito de calumnia.

En torno a estos hechos 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 prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la *ponderación* que haga la Corte *a través de un juicio de proporcionalidad*. Es necesario precisar que para poder realizar un juicio de proporcionalidad se parte de la premisa de la inexistencia de los derechos absolutos, ya que al finalizar el juicio se determinara la restricción de un derecho frente al goce de otro para el caso concreto. (Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie\\_177\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie_177_esp.doc))

Para la resolución del presente caso (*Kimel vs. Argentina*), la Corte establece la necesidad de resolver conforme a un criterio de estricta proporcionalidad, buscando 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, de acuerdo a los mismos límites fijados por la propia Convención.

Corte realizó el juicio de ponderación aplicando el principio de proporcionalidad, para determinar si el Estado era responsable internacionalmente conforme a los siguientes criterios: 1) verificando si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; 2) estudiando si la protección de la reputación de los jueces sirve a una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinando, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; 3) evaluando la necesidad de tal medida, y 4) analizando la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión. (Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie\\_177\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie_177_esp.doc))

#### 4.6.1. ESTRICTA FORMULACIÓN DE LA NORMA QUE CONSAGRA LA *LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN (LEGALIDAD PENAL)*.-

La Comisión IDH alegó que “se utilizaron los delitos contra el honor con el claro propósito de limitar la crítica a un funcionario público”. En este sentido, sostuvo que “la, amplitud y apertura que permite [...] que las conductas anteriormente consideradas como desacato sean sancionadas indebidamente a través de estos tipos penales”. Además, la Comisión opinó que la “mera existencia [de los tipos penales aplicados al señor Kimel] disuade a las personas de emitir opiniones críticas respecto de la actuación de las autoridades, dada la amenaza de sanciones penales y pecuniarias”. Al respecto, indicó que la descripción de las conductas de [calumnia e injurias] tiene[...] tal ambigüedad “[s]i el Estado decide conservar la normativa que sanciona las calumnias e injurias, deberá precizarla de forma tal que no se afecte la libre expresión de inconformidades y protestas sobre la actuación de los órganos públicos y sus integrantes”. (Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie\\_177\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie_177_esp.doc)).

Los representantes indicaron que la figura de injurias “se refiere a una conducta absolutamente indeterminada”, toda vez que “la expresión ‘deshonrar’ como la de ‘desacreditar’ a otro, no describe conducta alguna”. Por ello, consideraron que “no existe un parámetro objetivo para que la persona pueda medir y predecir la posible ilicitud de sus expresiones sino, en todo caso, se remite a un juicio de valor subjetivo del juzgador”. Agregaron que la figura de calumnia “resulta también excesivamente vaga”. Concluyeron que la “vaguedad de ambas figuras ha resultado manifiesta”, dado que el señor Kimel “fue condenado en primera instancia por injurias, y luego por calumnias”.

La Corte IDH aseguró su competencia –a la luz de la Convención Americana y con base en el principio *iura novit curia*, el cual se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional– para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella, en la inteligencia de que las partes hayan

tenido la oportunidad de expresar sus respectivas posiciones en relación con los hechos que las sustentan. (Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie\\_177\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie_177_esp.doc)).

En el presente caso ni la Comisión ni los representantes alegaron la violación del artículo 9 de la Convención Americana que consagra el principio de legalidad. Sin embargo, el Tribunal estima que los hechos de este caso, aceptados por el Estado y sobre los cuales las partes han tenido amplia posibilidad de hacer referencia, muestran una afectación a este principio en los términos que se exponen a continuación.

La Corte ha señalado que “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información”. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. Al respecto, este Tribunal ha señalado que:

La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de

legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana. (Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie\\_177\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie_177_esp.doc)).

La Corte resalta que en el presente caso el Estado indicó que “la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana” (*supra* párr. 18).

En razón de lo anterior y teniendo en cuenta las manifestaciones formuladas por el Estado acerca de la deficiente regulación penal de esta materia, la Corte considera que la tipificación penal correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

#### 4.6.2. IDONEIDAD Y FINALIDAD DE LA RESTRICCIÓN.-

En este paso del análisis, lo primero que se debe indagar es si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de una finalidad compatible con la Convención. (Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie\\_177\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie_177_esp.doc)).

Los jueces, al igual que cualquier otra persona, están amparados por la protección que les brinda el artículo 11 convencional que consagra el derecho a la honra. Por otra parte, el artículo 13.2.a) de la Convención establece que la “reputación de los demás” puede ser motivo para fijar responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión. En consecuencia, la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención. Asimismo, el instrumento penal es idóneo porque sirve el fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo. Sin embargo, la Corte advierte que esto no significa que, en la especie que se analiza, la vía penal sea

necesaria y proporcional. (Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie\\_177\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie_177_esp.doc)).

#### 4.6.3. NECESIDAD DE LA MEDIDA UTILIZADA.-

La Comisión considera que “el Estado tiene otras alternativas de protección de la privacidad y la reputación menos restrictivas que la aplicación de una sanción penal”. En este sentido, “la protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público” y a través de “leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta”. (Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie\\_177\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie_177_esp.doc)).

Para determinar la necesidad de la medida, la Corte debe examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas. (Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie\\_177\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie_177_esp.doc)).

La Corte ha señalado que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. (Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie\\_177\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie_177_esp.doc)).

Tomando en cuenta las consideraciones formuladas hasta ahora sobre la protección debida de la libertad de expresión, la razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel

derecho, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana. (Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie\\_177\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie_177_esp.doc)).

Si bien es cierto que la Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, a su vez reconoce que la posibilidad de utilizar al derecho penal debe realizarse con especial cautela. Es por ello que este Alto Tribunal resuelve que para el presente caso, resulta notorio el abuso en el ejercicio del poder punitivo del Estado.

#### 4.6.4. ESTRICTA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA.-

En este último paso del análisis se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación. (Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie\\_177\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie_177_esp.doc)).

En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra. (Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie\\_177\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie_177_esp.doc)).

Para efectuar el análisis de la estricta proporcionalidad, la Corte examina los siguientes puntos:

**a) El grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada.**

Respecto al grado de afectación de la libertad de expresión, la Corte considera que las consecuencias del proceso penal en sí mismo, la imposición de la sanción, la inscripción en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena penal impuesta al señor Kimel demuestran que las responsabilidades ulteriores establecidas en *este caso fueron graves* (el énfasis es mío). Incluso la multa constituye, por sí misma, una afectación grave de la libertad de expresión, dada su alta cuantía respecto a los ingresos del beneficiario. (Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie\\_177\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie_177_esp.doc)).

En cuanto a la afectación del derecho a la honra, las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente; no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza, como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso; por lo que la Corte no determina el grado de afectación como grave. (Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie\\_177\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie_177_esp.doc)).

**b) La importancia de la satisfacción del bien contrario**

En este punto la Corte reafirma que 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 democrático. 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. (Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie\\_177\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie_177_esp.doc)).

Con base en lo anterior, la Corte resuelve que la crítica realizada por el señor Kimel estaba relacionada con temas de notorio interés público, se refería a un juez en relación con el desempeño de su cargo y se concretó en opiniones que no entrañaban la imputación de delitos.

**c) Si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.**

La Corte observa que el señor Kimel realizó una reconstrucción de la investigación judicial de la masacre y, a partir de ello, emitió un juicio de valor crítico sobre el desempeño del Poder Judicial durante la última dictadura militar en Argentina. La crítica realizada por el señor Kimel estaba relacionada con temas de notorio interés público, se refería a un juez en relación con el desempeño de su cargo y se concretó en opiniones que no entrañaban la imputación de delitos. Había un grado de satisfacción mayor que la afectación de la honra. (Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie\\_177\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie_177_esp.doc)).

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.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluye que la afectación a la libertad de expresión del señor Kimel fue manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación

con la alegada afectación del derecho a la honra en el presente caso. Por lo que el Estado Argentino resulta responsable internacionalmente por la violación a sus obligaciones internacionales.

Este es un caso como hemos manifestado emblemático porque la Corte Interamericana, pone de relieve la importancia del juicio de proporcionalidad y los mecanismos para solucionar en este caso concreto una colisión de principios que están en la propia convención, el derecho a la libertad de expresión y de información (Art. 13) vs. El derecho a la honra (Art. 11), mediante la aplicación del principio o ley de la ponderación.

La importancia de este caso radica en determinar que el ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. Esto implica un proceso de armonización de derechos en donde el Estado tiene un papel medular al establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito; y de no hacerlo entonces resulta fundamental el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana como Tribunal complementario y subsidiario garante de los derechos humanos.

Cabe señalar que la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado Argentino por la violación a la libertad de pensamiento y expresión, al principio de legalidad y las garantías judiciales, todas ellas en relación con la obligación de respetar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, todos contenidos en la Convención Americana.

#### 4.6.5. LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR Y LA PONDERACION.-

La Corte Constitucional de Ecuador dictó el 19 de mayo de 2009 la Sentencia No. 009-09-SEP-CC en el CASO: 0077-09-EP, en la misma que resolvió una reclamación mediante Acción Extraordinaria de Protección que propuso un acusado que había solicitado pruebas con ocasión de una audiencia oral, pública y contradictoria por un caso de tránsito, pruebas que dispuestas no se practicaron, no obstante que había el mecanismo procesal del *exhorto* para que dicha prueba fuese evacuada antes de la audiencia de juicio. El juez de la causa decidió continuar con La sustanciación del juicio e invocó el *principio de la celeridad procesal* frente al *principio de la inviolabilidad del derecho a la defensa* que le asistía al acusado.

La Corte Constitucional de acuerdo con la Constitución (art. 87 de la Constitución) dispuso desde el inicio la *medida cautelar* de suspensión de la continuación del juicio, como se sabe con la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Jurisdiccional se limitó la *medida cautelar* prohibiéndola cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección (art. 27). Quienes trabajaron con la preparación de esta ley se olvidaron que las *medidas cautelares* tienen como finalidad u objetivo evitar una inminente y grave violación (a veces irreversible o irreparable) de un derecho, o reparar y/o restituir el derecho ya violado.

En la parte medular del fallo dice la Corte Constitucional:

“Es evidente para esta Corte que el auto judicial impugnado pretende aplicar el principio de celeridad procesal consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República. Pero también resulta evidente que ese auto considera que el principio de celeridad debe aplicarse con supremacía sobre otros principios y garantías relativos al debido proceso que están igualmente establecidos en la Constitución de la República. Y es en ese punto en el que esta

Corte considera que el auto judicial impugnado infringe la Constitución, pues si bien ésta establece en su artículo 75 que la celeridad es un principio que hace parte de la tutela judicial efectiva, también establece claramente que ese principio -el de celeridad- no puede jamás sacrificar el derecho a la defensa. Por eso, ese mismo artículo 75 agrega que es derecho de las personas a "en ningún caso" quedar en indefensión. La locución "en ningún caso" es tajante: si en un caso concreto debe ponderarse el derecho a la defensa versus el principio de celeridad, éste último debe ceder en beneficio del primero. El auto judicial impugnado valoró las cosas a la inversa y de ahí su inconstitucionalidad.

Como anteriormente se ha dicho esta Corte afirmó que el auto judicial impugnado es violatorio del derecho a la defensa y de ahí su inconstitucionalidad. Corresponde profundizar en la cuestión: a) El artículo 76, 7°, de la Constitución de la República dice que el derecho a la defensa de las personas incluye ciertas garantías, entre las cuales, está, según el literal j, la de que "Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder el interrogatorio respectivo "; b) La norma constitucional citada consagra, pues, como parte de derecho a la defensa de una persona, que los testigos y peritos tengan la obligación de comparecer a responder los interrogatorios que planteen las partes procesales.

Derecho de la parte y correlativa obligación del testigo o perito; e) Empero, para que surja la obligación constitucional del testigo o perito de comparecer –derecho de la parte- es indispensable un acto instrumental previo: la notificación oficial al testigo o perito para que comparezca. Ese acto instrumental previo –notificación puede hacerse en las diversas formas previstas por la ley, pero lo fundamental es que el sujeto notificador no es la parte procesal,

sino el sistema judicial. Este es un principio irrefragable, consignado en el Código de Procedimiento Civil (Art.73), aplicable supletoriamente a los procesos penales...

... (Sentencia No. 009-09-SEP-CC en el CASO: 0077-09-EP), Corolario de todo lo expuesto hasta ahora es que la obligación que la Constitución impone, en beneficio de las partes procesales, para que los testigos o peritos comparezcan ante el juez y respondan los interrogatorios de las partes, solo se hace exigible cuando el sistema judicial, a través de las diversas formas previstas en la ley, notifica al testigo o perito la providencia judicial que dispone su comparecencia. Hasta que la notificación no se realice en debida forma no se produce la obligación de comparecer del testigo o perito y por tanto no es exigible. En el caso concreto del proceso en que se expidió la providencia impugnada, la notificación a los testigos o peritos residentes en el extranjero debe hacerse mediante exhorto, conforme al artículo 130 del Código de Procedimiento Penal;

e) Lo dicho en el literal precedente demuestra porqué la providencia judicial impugnada en esta causa es violatoria del derecho a la defensa: según la providencia impugnada, la audiencia oral y pública de prueba y juzgamiento señalada para el 15 de abril del 2009 a las 09h40, dentro del proceso penal de tránsito N.O 026-2007, "se llevará a cabo con la presencia de los testigos y peritos que a ella concurran, por cuanto esta judicatura considera que no se puede dilatar en exceso la celebración de la referida audiencia de juzgamiento". (Sentencia No. 009-09-SEP-CC en el CASO: 0077-09-EP).

Luego, según esa providencia, la referida audiencia pudiera celebrarse aun cuando no se hubiese notificado legalmente a los peritos y testigos para que comparezcan a ella; es decir, celebrarse antes de que se hubiese tomado exigible la obligación de tales peritos o testigos de comparecer; o, dicho de otro modo, se la pudiese realizar vulnerando el derecho de la parte a exigir su comparecencia que solo se activa con la notificación apropiada. Eso coloca en indefensión al accionante, cuestión que "en ningún caso" puede suceder conforme al artículo 75 de la Constitución de la República, ni siquiera en beneficio del principio de celeridad procesal.

Expresamos por nuestra parte, que de no haber existido la posibilidad de las *medidas cautelares* al tiempo de avocar conocimiento del reclamo la Corte Constitucional el justiciable hubiese quedado en indefensión y pudo recibir una injusta e improcedente condena. Como se conoce del contenido de la sentencia, la Corte Constitucional declaró con lugar la acción extraordinaria de protección y anuló la providencia del juez que dispuso la celebración de la audiencia del juicio mientras no se practique la prueba pedida y ordenada. Ya habrá oportunidad en la investigación de referirnos a otros casos.

Sobre este caso y sobre la ponderación con ocasión de la *prueba ilícita*, hemos dicho:

Consignamos que haciendo efectivo el derecho a la tutela y a la acción extraordinaria de protección, en acto que debe ser emulado por respeto al Estado de Derecho, la Corte Constitucional al sustanciar la demanda, de conformidad con el artículo 87 de la Constitución de la República, dispuso la suspensión inmediata de los efectos jurídicos del acto impugnado en la causa. Al resolver decidió, aceptar la Acción Extraordinaria de Protección deducida por el doctor E C V, y dejar sin efecto la providencia dictada el 23 de enero del 2009 por el Juez

Décimo Octavo de lo Penal del Guayas, dentro del proceso penal de tránsito N.º 026-2007. (Zambrano A, 2011, p. 387).

Este precedente es importante para preservar el derecho de defensa, y en tratándose de la llamada prueba ilícita en el proceso penal, de acuerdo con las reformas del 24 de marzo de 2009, el juez de garantías penales debe calificar la excepción procesal penal de exclusión de la prueba ilícita, de acuerdo con lo previsto en el Art. 261.1. n. 4 de las reformas, al sustanciar la audiencia de preparación del juicio. Si se llegare a agotar el reclamo ante el mismo juez mediante la providencia de revocatoria o de ampliación, nos queda la vía de reclamar la acción de tutela mediante el mecanismo de la acción extraordinaria de protección, al que nos hemos referido en los párrafos que preceden. La propuesta es válida porque no se puede ni debe utilizarse una prueba que viola la previsión contenida en el Art. 76 n. 4 que consagra como una de las garantías del debido proceso, la exclusión de la prueba ilícita.

Aquí surge la aplicación del principio o test de ponderación entre el derecho a llegar a la verdad procesal y la obligación constitucional de acceder a la misma mediante procedimientos lícitos. (Zambrano Pasquel A. 2011. *Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo*. El Sistema Interamericano de DD.HH a través de sus Sentencias. Lima: Edilex S.A. p. 395 y ss.).

#### 4.6.6. CONCLUSIÓN PRELIMINAR DEL MARCO TEORICO.-

Del examen que hemos realizado en referencia al llamado *control de convencionalidad*, del *control de constitucionalidad* y del *bloque de constitucionalidad*, apreciamos que si existen herramientas para encontrar soluciones al conflicto de derechos ya señalado entre la *libertad de expresión, de opinión y de información*, frente al *derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad* del ciudadano, funcionario público o no. Surge la interrogante de

cómo hacer efectiva la respuesta debida? En principio podemos afirmar que un juez muy conocedor de la Constitución, de la mejor doctrina constitucional, de la jurisprudencia constitucional de algunos países como es el caso de Colombia y podríamos agregar de Perú, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de la que ya ha producido la Corte Constitucional de Ecuador, tiene como pronunciarse y resolver en un caso concreto utilizando adecuadamente la *ponderación*, en este conflicto de derechos fundamentales.

El problema podía subsistir si ese mismo juez no es un perito en el manejo de la mejor doctrina y jurisprudencia constitucional, ni maneja adecuadamente los mecanismos de una solvente *argumentación jurídica*. Otras vías de solución son: la jurisprudencia de la Corte Constitucional para resolver una *consulta en caso de duda*, el pronunciamiento de la Corte Constitucional de una eventual declaración de inconstitucionalidad de los tipos penales que supervivían en el Código Penal a propósito de la *injuria* y de la *calumnia*, y nos quedaba la opción de una reforma a través de la Asamblea Nacional para suprimir los tipos penales que resulten contrarios a la Convención y a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hemos manifestado precedentemente que al entrar en vigencia el CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL publicado en el RO. S 180 del 10 de febrero del 2014, solamente subsiste como delito la *calumnia*, y de producirse un caso habría que ver la solvencia y conocimientos de un juez que debiera actuar con absoluta *imparcialidad e independencia*.

## **Capítulo 5.- METODOLOGIA**

A continuación se presentará el método, técnicas y procedimientos que fueron utilizados para alcanzar los objetivos propuestos en la presente tesis.

## 5.1. ENFOQUE

La investigación se realiza mediante un enfoque cualitativo, tratándose de una investigación pura en su finalidad por cuanto su intención es la de aportar al conocimiento de esta temática. En su nivel de profundidad es un estudio descriptivo ya que se descubrirán algunas variables que se encuentran presentes en la realidad y acorde con la temporalidad, la investigación es transversal en vista que los datos son recopilados en un solo momento.

El estudio se efectúa en dos fases. Una primera fase en la cual se utiliza como técnica el Estudio Cualitativo de Caso, para una vez analizados los casos y evidenciado en sus contenidos la presencia de los indicadores de las variables de la hipótesis, se procede a ejecutar la fase consecuente utilizando la técnica de Entrevistas en Profundidad dirigidas a quienes son los responsables de aplicar la justicia para que sea pertinente al control de convencionalidad; los jueces del Ecuador.

Como fue indicado con anterioridad, la investigación parte desde un estudio de casos en el cual fueron considerados todos aquellos casos en los que se encuentren vulnerados los derechos a la libertad de información, expresión y de opinión vs. el derecho a que se respete la honra y dignidad de las personas, así como el derecho a la intimidad, para finalmente seleccionar dos casos emblemáticos que representen el objeto de esta investigación. Una vez analizados los casos por el investigador utilizando las variables e indicadores de la hipótesis como criterios de análisis, se continúa con la segunda fase de la metodología propuesta con la finalidad de determinar el conocimiento sobre el sistema interamericano de derechos humanos por parte de los jueces en Ecuador.

### Universo

Los jueces de las Cortes del Ecuador.

### Muestra

8 Jueces de las Cortes Constitucional y de la Corte Provincial

### Tipo de Muestreo

Se realiza un muestreo de casos políticamente importantes ya que los seleccionados intervienen directa o indirectamente, pero de modo significativo en la toma de decisiones involucradas en dichos procesos. Comprender su visión es fundamental para conocer el rumbo que seguirán los procesos en cuestión.

### Conformación de la Muestra

La muestra está conformada por un total de ocho jueces, cuatro de ellos pertenecientes a la Corte Constitucional y cuatro de ellos magistrados de la Corte Provincial. Se intenta guardar paridad de género en cuanto a su selección.

## **5.2. TECNICAS DE INVESTIGACION:**

### **Estudios Cualitativos de Casos**

El estudio de casos se basa en un diseño de investigación orientado al análisis de las relaciones entre muchas propiedades concentradas en una sola unidad. Trabajar con muchas variables y un caso (o muy pocos) ha dado lugar a diversas estrategias de abordaje encaminadas a la búsqueda de múltiples fuentes de evidencia (Yin 1993).

Stake (1994) sostiene que el estudio de caso no se trata de una opción metodológica sino de la elección de un objeto de estudio; es el interés en el objeto lo que lo define y no el método que se utiliza. Cualquier unidad de análisis puede convertirse en ese objeto, el caso, el cual puede tratar tanto de una unidad individual como colectiva. Una vez definido el objeto, en el se concentra toda la atención investigativa orientada a un análisis intenso en sus significados con la intención de comprenderlo en su especificidad más que buscando generalizaciones. El objeto se puede abordar desde diferentes métodos y con diversas técnicas de recolección de datos y análisis (observación, entrevistas en profundidad, análisis documental, análisis de datos estadísticos, sondeos, etc.).

Un estudio de caso es una indagación empírica que: investiga un fenómeno contemporáneo dentro de su contexto real de existencia, cuando los límites entre el fenómeno y el contexto no son claramente evidentes y en los cuales existen múltiples fuentes de evidencia que pueden usarse.

Desde una perspectiva cualitativa, el valor científico del estudio de caso estriba en su carácter de estudio denso, narrado en toda su diversidad a fin de desentrañar sentidos generales, metáforas, alusiones, alegorías, que se expresan a través de múltiples marcas en la unicidad del caso. Si bien no provee elementos de prueba de enunciados generales, provee de muchos indicios que pueden considerarse de apoyo a estos. Además, puede constituirse en fuentes conceptuales, categoriales y de bases de datos inherentes a la construcción de teoría, así como en un elemento crítico importante en el proceso de

reformulación de generalizaciones (Feagin 1991).

## **HIPOTESIS**

Del análisis y estudio del marco teórico que antecede cuya amplitud reconocemos, aparece sin duda que el problema a resolver, es la correcta aplicación por parte de los jueces del principio de ponderación ante el innegable conflicto de derechos que significan el ejercicio por una parte del derecho a la libertad de información, de expresión y de opinión, frente al derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad que le asisten a un ciudadano incluyendo al que ejerce una función pública. Cuál es el límite que existe racionalmente en el ejercicio legítimo de esos derechos en un Estado constitucional de derechos y justicia como es el Ecuador, y de no existir legitimidad cuales deben ser los límites del ejercicio del poder punitivo por parte del Estado?

La hipótesis que planeamos para resolver el problema es la que sigue:

*“El desconocimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos genera jurisprudencia en contra del Estado ecuatoriano”.*

Lo comprobaremos mediante el análisis de los criterios comprendidos dentro de las variables de la hipótesis.

## **VARIABLES**

### **VARIABLE INDEPENDIENTE**

” Desconocimiento del Sistema Interamericana de Derechos Humanos”

## **VARIABLE DEPENDIENTE**

”Jurisprudencia en contra del Estado ecuatoriano”

## **INDICADORES**

### DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE

- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Ecuador
- Desarrollo doctrinario
- Obligatoriedad
- Conocimiento
- Aplicación por parte del juez
- Impedimentos

### DE LA VARIABLE DEPENDIENTE

- Indemnizaciones que paga el Estado ecuatoriano
- Observaciones a la política del Estado
- Conminación al cumplimiento
- Reformas legales
- Educación a jueces, fiscales, policías

## **Criterios de Análisis de los Casos**

Los casos seleccionados serán analizados mediante dos procedimientos.

a) Utilizando el Test de ponderación con el fin de determinar ante un conflicto o colisión de principios o bienes jurídicos cual es preponderante o prevalente: para cumplir con lo propuesto en el cuarto objetivo específico declarado para la elaboración del presente estudio.

b) Las variables de la hipótesis de estudio (Variable Independiente: Desconocimiento de los jueces del sistema interamericano de derechos humanos; Variable Dependiente: jurisprudencia en contra del Estado Ecuatoriano), con los respectivos indicadores que las componen. Ver Tabla No. 1.

Una vez realizada la observación de la presencia de los indicadores de la hipótesis en los Estudios de Casos seleccionados, constituyéndose dichos indicadores en los criterios de análisis, se dará paso a la ejecución de la segunda fase de la investigación, la ejecución de entrevistas en profundidad tanto a jueces constitucionales en la ciudad de Quito, como a jueces de la Corte Provincial de la ciudad de Guayaquil. Las entrevistas serán llevadas a cabo por el investigador.

## **Entrevistas en Profundidad**

Según los planteamientos de Ezequiel Ander-Egg, las entrevistas cualitativas son flexibles y dinámicas. Las entrevistas cualitativas han sido descritas como no directivas, no estructuradas, no estandarizadas y abiertas. Por entrevistas cualitativas en profundidad entendemos reiterados encuentros cara a cara entre el investigador y los informantes, encuentros éstos dirigidos hacia la comprensión de las perspectivas que tienen los informantes respecto de sus vidas, experiencias o situaciones, tal como las expresan con sus propias palabras. Las entrevistas en profundidad siguen el modelo de una conversación entre iguales, y no de un intercambio formal de preguntas y respuestas. El propio investigador es el instrumento de la investigación, y no lo es un protocolo o formulario de entrevista. El rol implica no sólo obtener respuestas, sino también aprender qué preguntas hacer y cómo hacerlas.

Lo primordial de las entrevistas cualitativas en profundidad es el aprendizaje sobre lo que es importante en la mente de los informantes: sus significados, perspectivas y definiciones; el modo en que ellos ven, clasifican y experimentan el mundo. Para la ejecución se elaborará un guión de entrevista que no constituye un protocolo estructurado, sino que incluye los indicadores de la hipótesis (criterios de análisis) que deben cubrirse con cada informante. En la situación de entrevista el investigador decidirá como enunciar las preguntas y cuándo formularlas. El guión de la entrevista servirá únicamente para recordar que se deben hacer preguntas sobre algunos aspectos del objeto de estudio.

El investigador tuvo previsto llevar a cabo ocho entrevistas en profundidad con jueces de la Corte Constitucional y de la Corte Provincial del Guayas. Este procedimiento se realizaría hasta el momento de obtener la saturación teórica, por lo cual podría suceder que la necesidad de entrevistar el número total de la muestra no fuese necesaria.

Las entrevistas se hicieron utilizando una comunicación escrita, y la respuesta a la misma fue sometida al correspondiente proceso de análisis.

### 5.3. CONSTRUCCION DEL INSTRUMENTO DE RECOLECCION DE DATOS

#### Variable independiente

#### OPERACIONALIZACION DE LAS VARIABLES

VARIABLE	INDICADORES (CATEGORÍAS DE ANÁLISIS)	PREGUNTAS DEL GUIÓN DE ENTREVISTA
Sistema Interamericano de Derechos Humanos	Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	¿Cómo resolvería usted un caso en que se discutan principios convencionales y constitucionales?
	Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Ecuador	¿Qué Ley aplicaría?
	Desarrollo doctrinario	¿Cómo fundamentaría su resolución?
	Obligatoriedad	¿Qué valor tiene para usted la jurisprudencia de la Corte Interamericana?
	Conocimiento	¿Qué valor tiene para usted la jurisprudencia de la Corte Constitucional?
	Aplicación por parte del juez	¿Qué es para usted el bloque de constitucionalidad?

	Impedimentos	¿Qué es para usted el bloque de convencionalidad?

### Variable Dependiente

VARIABLE	INDICADORES (CRITERIOS DE ANÁLISIS)	PREGUNTAS DEL GUIÓN DE ENTREVISTA
<b>Jurisprudencia contra el Estado Ecuatoriano</b>	Indemnizaciones que debe pagar el Estado	¿Mencione en cuanto casos conoce que se ha condenado al Estado ecuatoriano por violación de garantías de un ciudadano?
	Observaciones a la Política de Estado	¿Cuál ha sido la Política del Estado en el respeto a las garantías del ciudadano?
	Observaciones al sistema procesal	¿Qué cambios considera importantes en el sistema procesal?
	Conminación por incumplimiento	¿Cómo estima usted que se debe conminar a los jueces para que cumplan con el respeto a las garantías del ciudadano?
	Necesidad de educación a jueces, fiscales y policías	¿De qué manera se debe educar a los jueces, fiscales y policías para hacer efectivo el respeto a las garantías de la Convención y

		de la Constitución?
	Derecho de repetición	¿Considera usted que la falta de cumplimiento del derecho de repetición, impide un mayor respeto a las garantías de la Convención y de la Constitución?

## **Método para el Análisis de Datos: TEORIA FUNDAMENTADA**

El libro de Glaser y Strauss " The Discovery of Grounded Theory" publicado en 1967 establece las bases de esta corriente metodológica cualitativa. El intento es básicamente de eliminar la distancia entre las grandes tradiciones teóricas en ciencias sociales y la investigación empírica. Se trata por tanto de enfatizar la calidad de generación de teoría más que la verificación de teoría.

Los autores de esta metodología plantean que el problema reside, desde un punto de vista metodológico, en que la teoría ha llegado a ser sinónimo con lo planteado por los grandes clásicos de las ciencias sociales, y lo que queda es solamente verificar sus planteamientos. Esta orientación metodológica señala que el investigador no debe quedarse en el rol secundario de verificar las grandes teorías sino también de generarla, puesto que en definitiva una teoría sólo puede ser reemplazada por otra teoría.

Al emplear la teoría fundada, el propósito primario, según Glaseer y Straus, es generar modelos explicativos de la conducta humana que se encuentren apoyados en los datos. La recolección de información y su análisis tiene lugar de manera simultánea. La generación de la teoría se basa en los análisis comparativos entre o a partir de grupos en el interior de un área sustantiva mediante el uso de métodos de campo para la captura de datos. Mediante el uso de la teoría fundada, el investigador trata de identificar patrones y

relaciones entre esos patrones.

Como lo señalan los autores, una estrategia efectiva en este contexto es de ignorar en un comienzo la literatura teórica y factual relativa a lo que se está investigando, para asegurarse que las necesarias categorías de análisis que deben ser creadas para la investigación no son contagiadas con conceptos más adecuados a otros problemas de investigación. Las igualdades y convergencias con la literatura pueden ser establecidas después de que el núcleo analítico central de las categorías ha sido producido.

Es importante en todo caso señalar, dicen Glaseer y Strauss, de que el investigador no se aproxima a la realidad en "blanco" como "tabla rasa", sino que debe tener una perspectiva que lo ayude a ver datos relevantes y a abstraer categorías significativas para su análisis de los datos. Esto se basa además en que todos los datos están en realidad cargados de teoría todo el tiempo. Siempre estamos cargando nuestra percepción de la realidad con un conjunto complejo de contextos cognitivos y teóricos. La realidad está siempre ya interpretada.

El dato debe en todo caso ser algo que siempre debe existir para poder hacer análisis metodológicos, por eso es crucial donde se encuentra el dato, sus fuentes. En este contexto, la metodología teóricamente fundada utiliza además de la observación participante y entrevistas, una serie de técnicas poco convencionales: datos extraídos de la experiencia propia o como los autores

llaman, comparación anecdótica. Dan mucha importancia a la utilización de todo tipo de documentos.

Una vez que el dato ha sido "encontrado", se trata de crear "categorías" a través de un proceso de codificación. Se trata de construir categorías a través de la codificación del dato. Es un proceso intensivo donde palabra por palabra, línea por línea, párrafo por párrafo, se analiza el material empírico. Las categorías deben ser buscadas en los actores o al menos deben ser fácilmente entendibles por actores. En principio las categorías son de dos tipos: aquellas que se encuentran directamente en el material puesto que son manifestadas por los actores, categorías " in -vivo", y aquellas que el mismo investigador construye a partir del material, categorías " in- vitro". En este estudio se ha iniciado el análisis mediante el uso de categorías " in-vitro" que proceden de los indicadores presentes en la hipótesis de estudio, elaboración del investigador.

El proceso de análisis de datos será desarrollado de la forma siguiente:

- a) Se lee el texto.
- b) Se establece la pregunta en qué categorías entendibles para los actores, puede incluirse el dato.
- c) Se anotan las categorías y qué datos caen dentro de ellas.
- d) Se " inspeccionan" los datos y categorías, o sea a través de un proceso mental, dice Strauss (1987) dar vueltas las categorías en todas las formas posibles, todo el tiempo con la práctica cotidiana en mente. En otras palabras utilizar la relación causa-consecuencia en el análisis de las categorías.

La metodología representada por esta corriente teórico - metodológica, puede ser modificada en diversos puntos, pero no puede dejarse de usar la codificación en categorías. Así, se compara continuamente datos recientemente codificados en una categoría con los datos anteriormente codificados en esa categoría, para desarrollar sus características. El trabajo con la codificación continúa hasta que se ha alcanzado el nivel de "saturación teórica" el que ocurre cuando nuevos análisis no contribuyen a descubrir una nueva categoría.

A partir de las categorías se construye una teoría

Esta se construirá escribiendo ensayos continuamente sobre las ideas teóricas que emergen en relación con la codificación especialmente con la creación de características de las categorías. Los ensayos pueden ser discursivos, pueden contener material gráfico, tablas, etc. La idea es que a través de escribir continuamente ensayos crece la teoría sucesivamente.

En definitiva, puede decirse que la metodología teóricamente fundamentada representa un camino cualitativo que se apoya decisivamente en el dato empírico, sin caer en el espiritismo. Implica fundamentalmente un camino para generar teorías a partir de observaciones cualitativas, las que mediante un proceso intensivo de codificación permite el crecimiento del acervo teórico.

#### 5.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCION DE DATOS

Se efectúa una ENTREVISTA mediante un GUIÓN NO ESTRUCTURADO preparado y dirigido para obtener las respuestas necesarias de parte de los jueces. El cuestionario está

dirigido tanto al problema como a la hipótesis o respuesta al mismo.

## **Capítulo 6.- ANALISIS E INTERPRETACION DE LA INFORMACION**

Para el análisis de la información obtenida mediante el Estudio de Casos y las Entrevistas en Profundidad se utilizaron los siguientes criterios extraídos de las variables de la hipótesis:

- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
  
- Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Ecuador
  
- Desarrollo doctrinario
  
- Obligatoriedad
  
- Conocimiento
  
- Aplicación por parte del juez
  
- Impedimentos

- Indemnizaciones que debe pagar el Estado
  
- Observaciones a la Política de Estado
  
- Observaciones al sistema procesal
  
- Conminación por incumplimiento
  
- Necesidad de educación a jueces, fiscales y policías
  
- Derecho de repetición

Inicialmente presentamos la información obtenida del análisis de los casos que se detallan a continuación:

Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. 2001

Caso Bustos vs. Chile (La última tentación de Cristo). 2001

Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. 2004

Caso Kimel vs. Argentina. 2007

Caso Fontevecchia y D` Amico vs. Argentina. 2011

Caso Mondragón vs. España. 2011

## **ESTUDIO DE CASOS:**

### **Caso Ivcher Bronstein vs. Perú 2001**

Este caso fue resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuya sentencia se dicta el 6 de febrero de 2001 (se puede consultar íntegramente el fallo en <http://www.corteidh.or.cr> ).

De conformidad con la exposición hecha por la Comisión, el Estado privó arbitrariamente del título de nacionalidad al señor Ivcher Bronstein, ciudadano peruano por naturalización, accionista mayoritario, Director y Presidente del Directorio del Canal 2 -Frecuencia Latina- de la televisión peruana, con el objeto de desplazarlo del control editorial de dicho Canal y de coartar su libertad de expresión, la cual se manifestaba a través de denuncias de graves violaciones a derechos humanos y de actos de corrupción.

En lo principal la Corte IDH:

2. declara que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Baruch Ivcher Bronstein.

3. declara que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Baruch Ivcher Bronstein.

4. declara que el Estado violó el derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 21.1 y 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Baruch Ivcher Bronstein.

5. declara que el Estado violó el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13.1 y 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Baruch Ivcher Bronstein.

### **Análisis del contenido de acuerdo con los criterios de investigación**

En el caso Ivcher Bronstein, se encuentra evidencia en torno a los siguientes criterios de análisis utilizados en este estudio:

#### **a) Aplicación por parte del juez**

Sin duda hay evidencia en este caso de las violaciones al derecho que le asistía al ciudadano Baruch Ivcher Bronstein, a ejercer una actividad lícita relacionada con la *libertad de expresión*. Podemos afirmar que en verdad existe inaplicación por parte del juez del derecho.

En ejercicio de ese derecho se denuncias de graves violaciones a derechos humanos y de actos de corrupción.

#### **b) Observaciones a la Política de Estado**

Una política del Estado peruano que caracterizó un ejercicio abusivo del poder político en la administración del Presidente Alberto Fujimori, fue la de la intimidación a los opositores y el secuestro de sus propiedades.

### **c) Observaciones al sistema procesal**

El sistema procesal peruano no le permitió un uso racional y adecuado del derecho a la tutela judicial efectiva. El resultado fueron las indemnizaciones que debió pagar el Estado peruano y la reparación del daño causado al ciudadano Baruch Ivcher Bronstein.

*Nuestro comentario:* El caso que se reseña es uno de los tantos que se dieron en el Gobierno del Presidente peruano Alberto Fujimori, caracterizado por una gran intolerancia con los medios de comunicación y por la utilización del aparato judicial que estaba desprovisto de independencia, autonomía e imparcialidad.

En el proceso surgió a la luz que en el año 1997 el señor Ivcher era el accionista mayoritario de la Compañía, empresa operadora del Canal 2 de la televisión peruana; asimismo, era Director y Presidente del Directorio de dicha Compañía y se encontraba facultado para tomar decisiones editoriales respecto de la programación. En abril de 1997, el Canal 2 difundió, en su programa Contrapunto, reportajes de interés nacional, como las denuncias sobre las posibles torturas cometidas por miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército en contra de la agente Leonor La Rosa, el supuesto asesinato de la agente Mariela Barreto Riofano y los supuestos ingresos millonarios percibidos por el señor Vladimiro Montesinos Torres, asesor del Servicio de Inteligencia del Perú. (Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr>).

### **Caso Olmedo Bustos vs. Chile (La última tentación de Cristo). 2001**

#### **Análisis del contenido de acuerdo con los criterios de investigación**

Este es un caso también importante que puede ser revisado íntegramente en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en <http://www.corteidh.or.cr>) que pone en discusión la libertad de pensamiento y de expresión frente a la libertad de conciencia y de religión.

En el caso Olmedo Bustos se encuentra evidencia en torno a los siguientes criterios de análisis utilizados en este estudio:

#### **a) Aplicación por parte del juez**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió este caso con el fin de que la Corte decidiera si hubo violación, por parte de Chile, de los artículos 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) y 12 (Libertad de Conciencia y de Religión) de la Convención. Según la demanda, dichas violaciones se habrían producido en perjuicio de la sociedad chilena y, en particular, de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, como resultado de la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película *LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO* confirmada por la Excelentísima Corte Suprema de Chile con fecha 17 de junio de 1997.

Chile vivía un proceso de censura previa, incluso por motivos religiosos.

#### **b) Observaciones al sistema procesal**

La jurisprudencia de la Corte IDH en este caso, resolvió:

(...) 97. Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película *La Última Tentación de Cristo*, ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y

pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.

Podemos deducir la obligatoriedad del Estado chileno en el párrafo que sigue:

(...) 98. En relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, las normas de derecho interno chileno que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana en el sentido de que no puede haber censura previa.

### **c) Observaciones a la Política de Estado**

Hay observaciones a la Política de Estado, cuando se expresa que:

El Estado continúa incumpliendo los deberes generales a que se refieren aquéllas disposiciones convencionales. En consecuencia, Chile debe adoptar las medidas apropiadas para reformar, en los términos del párrafo anterior, su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención. (Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr>).

Este caso se vuelve emblemático en el sistema interamericano de derechos humanos, pues se reconoce que se violan derechos humanos fundamentales al prohibirse la exhibición de una película acudiendo incluso a principios religiosos supuestamente vulnerados. (Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr>).

Había una Política de Estado cuestionable incluso por la manipulación constitucional que daba paso a la censura cinematográfica. (Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr>).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana que para nosotros tiene valor y obligatoriedad no solamente *inter partes*, sino que debe ser respetada para los casos venideros, dispuso que se permita la exhibición de la película sin censura previa y que cumpla el Estado chileno con

adecuar su legislación a la Convención o Pacto de San José. (Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr>).

*Nuestro comentario:* Aunque pareciera no tener importancia un caso en el que se prohíbe la exhibición de una película aduciendo motivaciones morales y religiosas, el corolario de la reclamación ante el sistema interamericano de derechos humanos reafirma el respeto al derecho a la libertad de expresión y ratifica la violación de la Convención o Pacto de San José de Costa Rica por la censura previa. Chile incluso a raíz de este fallo reformó su Constitución.

En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado estaba incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención.

El 20 de enero de 1997 la Corte de Apelaciones de Santiago dictó sentencia en relación con el presente caso, la que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile el 17 de junio 1997. Por no estar de acuerdo con los fundamentos de estas sentencias, el Gobierno de Chile presentó el 14 de abril de 1997 al Congreso un proyecto de reforma constitucional para eliminar la censura cinematográfica.

#### **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. 2004**

Este caso puede ser revisado íntegramente en la web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ( Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr> ) y ubica la discusión en torno al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, garantías judiciales, protección

judicial, obligación de respetar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

El caso en análisis versa sobre el procedimiento y sanción penal impuesta al periodista Mauricio Herrera Ulloa y la sanción civil impuesta a este último y al señor Fermín Vargas Rohmoser, representante legal del medio de comunicación social La Nación, como consecuencia de haber publicado diversos artículos que reproducían parcialmente información de algunos periódicos europeos referentes a supuestas actividades ilícitas del señor Félix Przedborski. En la época de dichas publicaciones el señor Przedborski era representante de Costa Rica ante la Organización de Energía Atómica en Austria, en calidad de Cónsul ad honorem.

La Corte encontró que, con ocasión de los hechos de este caso, el Estado violó los artículos 13 y 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, y el artículo 8.2. h. de la Convención en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño genera una nueva obligación: reparar adecuadamente el daño causado. A tales efectos, la Corte se ha basado en el artículo 63.1 de la Convención Americana, según el cual:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados.

### **Análisis del contenido de acuerdo con los criterios de investigación**

En Herrera Ulloa, se encuentra evidencia en torno a los siguientes criterios de análisis utilizados en este estudio:

#### **a) Desarrollo doctrinario**

Este caso reafirma el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del sistema interamericano de derechos humanos en materia de libertad de expresión y opinión, a lo que sumamos el derecho de opinión.

#### **b) Aplicación por parte del juez**

No dudamos del conocimiento de la Convención o Pacto de San José, y de la jurisprudencia del sistema interamericano por parte de los jueces que debieron resolver en las diversas instancias en Costa Rica, pero hubo una inaplicación de ese conocimiento, pues al ejercicio del derecho a la libertad de información y de opinión apareció una limitada estructura del sistema procesal penal costarricense en materia de recursos, pues el de casación resultaba limitado y no existía el recurso de apelación en el código de procedimiento penal de Costa Rica.

#### **c) Indemnizaciones que debieron pagarse**

Se dispuso la anulación de la condena penal y la sanción civil, y se establecieron indemnizaciones a favor del periodista Mauricio Herrera Ulloa. En este caso había también una sanción civil impuesta al señor Fermín Vargas Rohrmoser, representante legal del medio de comunicación social La Nación, que había reproducido parcialmente noticias publicadas en periódicos europeos.

**Nuestro comentario:** Para garantizar el derecho al recurso de alzada ante otro tribunal, Costa Rica reformó su ley de procedimiento penal estableciendo el derecho al recurso de apelación de la sentencia, pues al tiempo de la sentencia condenatoria solamente era posible el recurso de casación.

En este fallo se recordó que la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-5/85, hizo referencia a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión, al establecer que, la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada no es plenamente libre (sic).

### **Caso Fontevecchia y D` Amico vs. Argentina. 2011**

Este es un caso igualmente importante porque pone en el tapete de la discusión el derecho a la libertad de expresión a través del derecho a la libertad de información, vs. el derecho a la intimidad que al igual que la honra y dignidad le asiste a cualquier ciudadano. En el caso presente la persona que asume el rol de haber sido afectada en su vida privada y en su derecho a la intimidad es el ex Presidente argentino Carlos Saúl Menem de quien se ha manifestado públicamente que tenía una vida afectiva o sentimental vinculada a algunas damas. Aquí el reclamo se presenta por la publicación de la existencia de un hijo fuera de matrimonio del ex Presidente. El fallo puede ser revisado íntegramente en la web de la Corte Interamericana de

DD.HH (Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr> ).

Expresó la Corte IDH:

(...) 42. Respecto al contenido de la libertad de pensamiento y de expresión, la jurisprudencia de esta Corte ha sido constante en señalar que quienes están bajo la protección de la Convención Americana tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. (Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr> ).

(...) 43. Sin embargo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.

El Tribunal concluye que no hubo una injerencia abusiva o arbitraria en la vida privada del señor Menem en los términos del artículo 11 de la Convención Americana y que, por el contrario, las publicaciones cuestionadas constituyeron un ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión reconocido en el artículo 13 de dicho tratado. En consecuencia, la Corte Interamericana concluye que la medida de responsabilidad ulterior impuesta en el presente caso violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de los señores Jorge Fontevicchia y Héctor D` Amico, reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana,

en relación con la obligación de respetar ese derecho, establecida en el artículo 1.1 del mismo instrumento. (Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr> ).

### **Análisis del contenido de acuerdo con los criterios de investigación**

En *Fontevecchia y D` Amico* , se encuentra evidencia en torno a los siguientes criterios de análisis utilizados en este estudio:

#### **a) Jurisprudencia de la Corte IDH**

La Corte IDH destaca la jurisprudencia reiterada en materia de libertad de expresión, e incluso deja a salvo la responsabilidad ulterior en el caso de un ejercicio abusivo del derecho a informar.

#### **b) Desarrollo doctrinario**

Considera la Corte que *Fontevecchia y D` Amico* que habían sido condenados por afectar la vida privada del ex Presidente Carlos Saúl Menem, en este caso actuaron dentro del ejercicio legítimo de su derecho a informar sobre la existencia de un hijo fuera del matrimonio, sin que por ello se menoscabe el derecho a la intimidad del pretense afectado.

#### **c) Indemnizaciones que debió pagar el Estado**

Se dispuso que se dejen sin efecto las sanciones a los periodistas afectados, y que se los indemnice por parte del Estado argentino.

*Nuestro comentario:* En el presente caso se trató de encontrar el punto de equilibrio entre la vida privada y la libertad de expresión que, sin ser absolutos, son dos derechos fundamentales garantizados en la Convención Americana y de la mayor importancia en una sociedad democrática. El Tribunal recuerda en el fallo, que el ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos

fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. La necesidad de proteger los 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.

### **El caso Otegui Mondragón vs. España. 2011**

El fallo puede ser revisado íntegramente en nuestra web en <http://www.alfonsozambrano.com>.

El antecedente es la demanda 2034/07 dirigida contra el Reino de España, uno de cuyos ciudadanos, el Sr. Arnaldo Otegi Mondragón recurrió al Tribunal el 5 de enero de 2007 al amparo del artículo 34 del Convenio de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. El demandante alegaba que la decisión del Tribunal Supremo que le declara culpable de injurias graves al Rey constituía un ataque injustificado a su derecho a la libertad de expresión con arreglo al artículo 10 del Convenio. La condena era a un año de prisión privativa del derecho a la libertad. (Recuperado de [http://www.idhc.org/cat/documents/incidencia/...ST\\_20110315](http://www.idhc.org/cat/documents/incidencia/...ST_20110315)).

### **LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO**

Durante una rueda de prensa celebrada en San Sebastián, el demandante, como portavoz del grupo parlamentario Sozialista Abertzaleak, expuso la evaluación política hecha por su grupo de la situación del Diario Egunkaria. En respuesta a una cuestión planteada por un periodista, afirmó, refiriéndose a la visita del rey al País Vasco, que esto era patético y que era

una verdadera vergüenza política que el Presidente del Gobierno vasco inaugurara el proyecto (...) con Juan Carlos de Borbón, indicando que esta imagen valía más que mil palabras. Añadió que inaugurar un proyecto con el Rey de los Españoles, que era el jefe supremo de la Guardia civil y el jefe supremo de las Fuerzas armadas españolas, era absolutamente lamentable. (Recuperado de [http://www.idhc.org./cat/documents/incidencia/...ST\\_20110315](http://www.idhc.org./cat/documents/incidencia/...ST_20110315)).

El 7 de abril de 2003, la Fiscalía presenta una querrela criminal contra el demandante a causa de sus declaraciones del 26 de febrero de 2003, por "injurias graves al Rey", según lo dispuesto en el artículo 490 n 3 del Código penal, en relación con el artículo 208 del Código. Por una sentencia del 18 de marzo de 2005, el Tribunal Superior del país Vasco declaró al demandante inocente de los hechos que se le acusaban.

Mediante dos sentencias del 31 de octubre de 2005, el Tribunal Supremo, en primer lugar, casó la sentencia dictada por la jurisdicción a quo basándose en numerosas referencias a la jurisprudencia del Tribunal y, en segundo lugar, condenó al demandante a una pena de un año de prisión, a la suspensión del derecho de sufragio pasivo durante la duración de la pena y al pago de las costas, como autor penalmente responsable de un delito de injurias graves al Rey.

La Corte Europea de Derechos Humanos, dijo:

La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada individuo. Sin perjuicio del apartado 2 del artículo 10, ampara no solo para la información o las ideas recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también las que ofenden, chocan o perturban: así lo demanda el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de

apertura sin las cuales no existe una sociedad democrática tal como consagra el artículo 10, esa libertad se combina con excepciones que requieren no obstante una interpretación restrictiva, y la necesidad de limitarla debe encontrarse establecida de manera convincente. (Recuperado de [http://www.idhc.org/cat/documents/incidencia/...ST\\_20110315](http://www.idhc.org/cat/documents/incidencia/...ST_20110315)).

Además, los límites de la crítica admisible son más amplios respecto a un hombre político, contemplado en este carácter, que los de un particular: a diferencia del segundo, el primero se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos tanto por los periodistas como por el conjunto de los ciudadanos; debe, por lo tanto, mostrar una mayor tolerancia. Tiene ciertamente derecho a ver protegida su reputación, incluso fuera del marco de su vida privada, pero los imperativos de esta protección deben ponderarse con los intereses del libre debate de las cuestiones políticas, las excepciones a la libertad de expresión requieren una interpretación restrictiva. (Recuperado de [http://www.idhc.org/cat/documents/incidencia/...ST\\_20110315](http://www.idhc.org/cat/documents/incidencia/...ST_20110315)).

### **Análisis del contenido de acuerdo con los criterios de investigación**

#### **a) Desarrollo doctrinario**

Nos pareció oportuno insertar esta sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (o Corte de Estrasburgo) para cumplir con una propuesta de *derecho comparado* entre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su par que es la Corte Europea de Derechos Humanos.

#### **b) Obligatoriedad del respeto a la libertad de expresión**

El nivel de tolerancia de la Corte Europea de DH en este caso es grande, pues si se lee la imputación al Rey de España puede parecer objetivamente injuriosa, pero se destacó la

obligatoriedad de respetar el derecho a la libertad de expresión expuesta en comentarios en contra de la presencia del visitante en el país vasco.

### **c) Necesidad de educación a los jueces**

Destacamos el carácter restrictivo que le atribuye la Corte de Estrasburgo a las limitaciones a la libertad de expresión, lo cual nos lleva a presumir que hubo por parte de los jueces españoles un uso irracional de tal limitación en perjuicio del ciudadano Arnaldo Otegi Mondragón.

*Nuestro comentario:* Aunque en la sentencia no se utiliza expresamente el concepto de la ponderación, el hecho cierto es que en la decisión del Tribunal Europeo se considera el conflicto de derechos que tienen que ver con el honor, la dignidad y la reputación, vs. el derecho a la libertad de expresión. El Tribunal de Estrasburgo (Corte Europea de DD.HH) recurrió a una amplia jurisprudencia y destacó que las personas públicas están más expuestas a la crítica, y deben ser incluso más tolerantes que los particulares.

### **Corte Constitucional de Ecuador. Caso no 1116- 10 ep.**

#### **Análisis del contenido de acuerdo con los criterios de investigación**

La Corte dice en los párrafos más relevantes:

El legitimado activo, Segundo Ángel Pandi Toalombo, interpone la presente acción extraordinaria de protección. Menciona que la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte provincial de Justicia de Imbabura en el proceso signado con el No. 0064-2010, se encuentra ejecutoriada por el Ministerio de la ley y por el transcurso del tiempo, y

que los recursos de casación y de hecho se han negado.

Que el derecho constitucional supuestamente vulnerado según el legitimado activo es el derecho de libertad, contemplado en el artículo 66, numeral 21, literal d de la Constitución de la República que dispone: "ninguna persona está obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley".

#### **a) Desarrollo doctrinario**

##### Ponderación de derechos constitucionales

Dentro de un caso concreto, el intérprete constitucional puede encontrarse con conflictos entre los denominados derechos constitucionales. Frente a esto, dentro de la dinámica garantista que impregna el constitucionalismo ecuatoriano actual, el intérprete debe buscar soluciones hermenéuticas que permitan brindar la tutela de los derechos de las personas, puesto que estos son el pilar fundamental del actual paradigma del Estado ecuatoriano como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Los derechos constitucionales generalmente se expresan a través de principios, los mismos que pueden llegar a colisionar; frente a aquello se debe acudir a nuevos métodos de interpretación del constitucionalismo contemporáneo, y en la especie al método de interpretación denominado ponderación.

Todo esto tiene consecuencias notables. Los conflictos entre principios constitucionales no pueden resolverse utilizando criterios de solución estándar de los conflictos. No se puede usar

el criterio *lex posterior*, porque los dos principios son contemporáneos. No se puede utilizar el criterio *lex superior* porque los dos principios tienen la misma posición en la jerarquía de las fuentes. No se puede utilizar el criterio *lex specialis* porque las dos clases de hechos regulados por los principios se entrecruzan.

## **b) Conocimiento**

La ponderación es un método de interpretación constitucional que consiste en sopesar dos derechos constitucionales en conflicto dentro de un caso concreto, con el objeto de que atendiendo a los elementos fácticos y particularidades de cada caso, el intérprete constitucional le otorgue una primacía de un derecho por sobre el otro.

Conforme lo destaca Robert Alexy: "La ponderación resulta indispensable cuando el cumplimiento de un principio significa el incumplimiento del otro, es decir, cuando un principio únicamente puede realizarse a costa del otro: para estos casos puede formularse la siguiente ley de la ponderación: Cuando mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro".

### La ponderación de derechos en el caso *sub judice*

En este caso nos encontramos frente a la colisión de derechos de personas que se encuentran inmersas dentro de los denominados grupos vulnerables y de atención prioritaria por parte del Estado, en la especie, los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a los derechos de las personas con discapacidad.

### **c) Aplicación por parte del juez**

En el caso concreto surgen varias interrogantes: en qué medida la obligación de pagar pensiones alimenticias a una persona discapacitada atenta su derecho a la dignidad?; el principio del interés superior del menor , puede ir en contra del derecho a la dignidad y vida de su progenitor?; en el caso concreto, la obligación de pagar pensiones alimenticias a una persona con un alto grado de discapacidad física puede atentar su derecho a la libertad ambulatoria?;

En qué medida el no pago de pensiones alimenticias por parte de su padre discapacitado atenta el derecho a la vida de la menor de edad? existen otros mecanismos que aseguren el ejercicio de los derechos de la menor?; y finalmente existe una condición de doble vulnerabilidad de la persona discapacitada en el caso sub judice?

Sin embargo, el grado de restricción o afectación del derecho a la dignidad de las personas con discapacidad física frente a un posible no pago de pensiones alimenticias, resulta ser intensa, en la medida en que el no cumplimiento del pago de pensiones, en este caso concreto, podría generar la privación de su libertad ambulatoria, frente a lo cual, el legitimado activo, para evitar esta situación, se vería obligado a emprender en actividades físicas que empeorarían su condición, atentándose por ende su derecho a la salud e integridad física; por otro lado, al realizar determinadas actividades en busca de recursos económicos le puede ocasionar un atentado a su integridad física al exponerse debido a su incapacidad (subir a buses, o vender artículos en la calle); a través de ciertas medidas lo que se estaría provocando es que el legitimado activo se dedique a la realización de actividades contrarias a su derecho a la dignidad, pudiendo en ocasiones hasta llegar a la mendicidad con el objeto de cumplir su

obligación alimentaria..

En contraste con esto nos encontramos con el grado de afectación del derecho a percibir alimentos por parte de la menor, considerando las particularidades de este caso en concreto, toda vez que el establecimiento de una pensión alimenticia equivalente a veinte y tres dólares con quince centavos, no afecta en gran medida su derecho a percibir alimentos, más se ha considerado que la obligación alimentaria es una obligación solidaria en donde debe intervenir no solo el padre de la menor, sino todo su núcleo familiar y el ente Estatal. A través de los elementos aportados en el proceso se ha podido evidenciar que la madre de la menor. Martha Cecilia Urcuango Anrrango, mantiene un puesto en condición de vendedora en el Mercado Amazonas de la Ciudad de Ibarra, lo cual le ha permitido mantener una congrua subsistencia de su persona y de la menor Neuvelly Vanesa Pandi Urcuango; adicionalmente, la menor cuenta con el apoyo de la Fundación "Child Fund - Ecuador" siendo beneficiaria de uno de sus programas asistenciales, con lo que se demuestra que el derecho de alimentos de la menor se encuentra tutelado de acuerdo a su situación socio económica.

#### **d) Obligatoriedad**

En conclusión, la Corte Constitucional, considerando la ponderación, determina que en el caso concreto los derechos de esta persona con discapacidad y que adolece una enfermedad degenerativa, se superponen al derecho a percibir una pensión de alimentos por parte de la menor, cuyos derechos a la vida y demás derechos propios de su edad, se encuentran garantizados de manera solidaria por su núcleo familiar, el Estado ecuatoriano e instituciones privadas.

En este caso la Corte Constitucional de Ecuador hace un uso racional y son suficiente conocimiento doctrinario del principio o test de la *ponderación*.

Apreciamos que se revela un buen manejo de la mejor doctrina constitucional para abordar un conflicto de derechos ambos importantes, y cuyos titulares pertenecen a grupos de reconocida *vulnerabilidad*, una niña que había reclamado el derecho a percibir una pensión de alimentos relativamente modesta, y la situación del alimentante su padre que es una persona con grave discapacidad y que se encontraba en situaciones de no poder cumplir con esa modesta pensión de alimentos.

La Corte Constitucional examinó la situación de la niña y de su padre, y ante la colisión de derechos resolvió que no se podía obligar legalmente al padre a que pague una pensión que no podía cubrir. Igualmente se destaca en el fallo que la niña si estaba debidamente protegida en su derecho a la subsistencia, tanto por el trabajo de la madre como por la ayuda en su proceso de educación.

**Nuestro comentario:** Si bien es verdad que no se trata de un conflicto entre el derecho a la libertad de información y de expresión u opinión vs. el derecho a la intimidad, a la honra o dignidad, lo que nos interesa destacar es que la Corte Constitucional de Ecuador si conoce lo que es el principio de ponderación e incluso menciona expresamente al Prof. Robert Alexy que es para nosotros la figura más descollante en esta temática. De manera que ante el evento de tener que resolver una colisión de principios, si hay el suficiente conocimiento y dominio de la llamada también *ley de la ponderación* para resolver un eventual conflicto.

## **ANALISIS MEDIANTE EL TEST DE PONDERACION**

Recordemos que en el desarrollo de los derechos se ha reconocido la presencia de *derechos de primera generación* identificados como derechos civiles y políticos porque arrancan con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Entre otros: derecho a la vida, integridad física y moral, libertad personal, igualdad ante la ley, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, libertad de movimiento y de tránsito, a la justicia, a la nacionalidad, a la participación en la dirección de asuntos políticos, el derecho a elegir y ser elegido, el derecho a formar partidos políticos o afiliarse a uno, participación en elecciones democráticas.

Posteriormente se han reconocido los *derechos de segunda generación* que se identifican como Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que pretenden mejorar las condiciones de vida que es responsabilidad del Estado a través de dos vías, la satisfacción de necesidades y la prestación de servicios. Merecen destacarse: la seguridad social, el trabajo, salario justo e igualitario que asegure una existencia acorde a la dignidad humana, el derecho a formar sindicatos y a ser parte de ellos, derecho al descanso y al tiempo libre, a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar lo que se traduce en alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, seguro en caso de desempleo, enfermedad, invalidez y vejez, la protección de la maternidad y de la infancia, la educación, la participación en la vida cultural de la comunidad y el derecho de autor.

Luego se han reconocido *derechos de tercera generación*, en que se consideran los Derechos de los Pueblos o Derechos de Solidaridad que surgen de problemas y conflictos supranacionales como respuesta a la necesidad de cooperación entre las naciones así como dentro de los distintos grupos que las integran. Tienen que ver con problemas del medio ambiente, las guerras, el reclamo de autodeterminación y desarrollo digno de los pueblos

indígenas y de las naciones del tercer mundo. Se pretende el desarrollo integral del ser humano, el progreso y desarrollo económico y social de los pueblos, la descolonización y prevención de discriminaciones, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la libre determinación de los pueblos (condición política, desarrollo económico, social y cultural), derecho de los pueblos a ejercer soberanía plena sobre sus recursos naturales.

Se dice que hay que admitir la presencia de *derechos de cuarta y quinta generación*, entre los de *cuarta generación* se mencionan los de las comunidades de gay, lesbianas, bisexuales, travestis y transexuales (GLBT) que tienen mucha presencia mediática y formulan reclamos por la vulneración de sus derechos (al matrimonio, a la adopción, a la intimidad, a la dignidad, a la no discriminación, etc.). Hay quienes sostienen un *derecho a morir con dignidad*, reclamando la eutanasia en enfermedades terminales. Entre los *derechos de quinta generación* se mencionan los relacionados con los impactos que las tecnologías de punta producen en la existencia humana pues vivimos en la era de la informática, de la autopista virtual, de la nube digital, del ciber espacio, etc.

La Constitución del 2008 vigente crea un nuevo paradigma al expresar que los principios y derechos son de igual jerarquía, pues expresa en el artículo 11 numeral 6 que: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”. En la parte orgánica de la Constitución aunque implícitamente vamos a encontrar todos los derechos, no hay división por categorías o generaciones. Como hemos expuesto en este trabajo, en casos en que la Corte Constitucional se ha encontrado con una colisión o enfrentamiento de principios como el de celeridad procesal vs. el de inviolabilidad del derecho de defensa, ha ponderado adecuadamente para resolver que de conformidad con el Art. 75 de la Constitución vigente, *el justiciable en ningún caso quedará en indefensión*.

(Caso Carmigniani Valencia vs. juez de Tránsito de Durán), o en el caso de los derechos de una niña a alimentos frente a la situación del padre que es persona sin trabajo formal y discapacitado (Caso no 1116- 10), en que resolvió mediante acción extraordinaria de protección con un sólido razonamiento sobre la ponderación, anular la sentencia que ordenada el pago de una prestación alimentaria. Recordemos que la madre de la niña tenía un trabajo para mantenerla y la menor gozaba de una beca de estudios por parte de una ONG.

### APLICACIÓN DE LA PONDERACION

Para estructurar adecuadamente el contenido del test o juicio de ponderación aplicando el principio de proporcionalidad, en cualquier caso que debamos examinar, sintetizamos su contenido de la siguiente manera, con un método estratificado es decir de construcción progresiva.

1) verificando si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afecta la *legalidad estricta* que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal (*ultima ratio*);

2) estudiando si la protección de la reputación de los funcionarios públicos sirve a una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinando, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida;

3) evaluando la necesidad de tal medida, y

4) analizando la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta garantiza en forma amplia el derecho a la reputación del particular o del funcionario público mencionado en una publicación, sin hacer nugatorio el derecho del autor de la publicación de manifestar su opinión.

## 1. ESTRICTA FORMULACIÓN DE LA NORMA QUE CONSAGRA LA *LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN (LEGALIDAD PENAL)*

Conforme ha apreciado la Comisión IDH hay que examinar si se utilizan los delitos contra el honor con el claro propósito de limitar la crítica a un funcionario público. En este sentido, sostuvo que *es negativa la amplitud y apertura que permite que las conductas anteriormente consideradas como desacato sean sancionadas indebidamente a través de tipos penales*. Reconocemos que la mera existencia de los tipos penales cuando se aplican, termina por disuadir a las personas de emitir opiniones críticas respecto de la actuación de las autoridades, dada la amenaza de sanciones penales y pecuniarias. La descripción de las conductas de calumnia e injurias son en muchas ocasiones de mucha ambigüedad y su falta de precisión (legalidad penal) afecta la libre expresión de inconformidades y protestas sobre la actuación de los órganos públicos y de sus integrantes. (Cf. Kimel vs. Argentina. 2008)

Se sostiene que en ocasiones la figura de injurias se refiere a una conducta absolutamente indeterminada con expresiones como *deshonrar* como *desacreditar* a otro, que no describen conducta alguna. En estos casos no existe un parámetro objetivo para que la persona pueda medir y predecir la posible ilicitud de sus expresiones sino, en todo caso, se remite a un juicio de valor subjetivo del juzgador. La figura de calumnia resulta también en muchas ocasiones excesivamente vaga.

La Corte IDH ha señalado que *es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información*. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. La Corte IDH ha señalado que en la elaboración de los tipos penales es

preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.

La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de los jueces, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Las normas que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana.

En el caso *Kimel vs. Argentina* el propio Estado argentino demandado reconoció que, *la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana*. Teniendo en cuenta las manifestaciones formuladas por el Estado acerca de la deficiente regulación penal de esta materia, la Corte consideró que la tipificación penal correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

## 2. FINALIDAD E IDONEIDAD DE LA RESTRICCIÓN

En este paso del análisis, lo primero que se debe indagar es si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de una finalidad compatible con la Convención.

Los funcionarios públicos, al igual que cualquier otra persona, están amparados por la protección que les brinda el artículo 11 convencional que consagra el derecho a la honra. Por

otra parte, el artículo 13.2.a) de la Convención establece que la “reputación de los demás” puede ser motivo para fijar responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión. En consecuencia, la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención. Asimismo, el instrumento penal aparece idóneo porque sirve al fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo. Sin embargo, no siempre la vía penal es necesaria y proporcional.

### 3. NECESIDAD DE LA MEDIDA UTILIZADA

Habría que considerar si frente al reclamo del ofendido, el Estado a través de la justicia tiene otras alternativas de protección de la privacidad y la reputación menos restrictivas que la aplicación de una sanción penal. En este sentido, la Corte IDH ha expresado *que la protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público y a través de leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta.*

Para determinar la *necesidad de la medida*, hay que examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas. Reconocemos - como lo venimos sosteniendo desde hace muchos años - que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de *última ratio* del derecho penal, previsto incluso en el Art. 195 de la Constitución de Ecuador del 2008. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes

jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.

Tomando en cuenta las consideraciones formuladas hasta ahora sobre la protección debida de la libertad de expresión, la razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de la Corte IDH, en el examen del artículo 9 de la Convención Americana.

#### 4. ESTRICTA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA

En este último paso del análisis se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.

Para efectuar el análisis de la estricta proporcionalidad, hay que examinar los siguientes aspectos:

**a) El grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada.**

Respecto al grado de afectación de la libertad de expresión, hay que considerar que las consecuencias del proceso penal en sí mismo, la imposición de la sanción, la inscripción en el

registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena penal demuestran que las responsabilidades ulteriores establecidas *son graves*. Incluso la multa constituye, por sí misma, una afectación grave de la libertad de expresión, cuando su cuantía es alta y desproporcionada.

En cuanto a la afectación del derecho a la honra, las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores, están expuestos al debate democrático, a la crítica, al cuestionamiento sin que esto signifique que no tienen protección. Lo que se demanda es un nivel de tolerancia mayor que el que se puede exigir a un particular. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente; no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza. Esto permite que el juez llegue a determinar el grado de afectación como *grave, intermedia o moderada*, siempre que haga un uso racional del derecho.

**b) La importancia de la satisfacción del bien contrario.**

En este punto la Corte IDH reafirma que 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 democrático. 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.

Con base en lo anterior, hay que resolver que la crítica realizada sobre temas de notorio interés público, como cuando se refieren a un funcionario en relación con el desempeño de su cargo se concretan en opiniones que no entrañan la imputación de delitos.

**c) Si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.**

En el caso Kimel (2008) la Corte IDH observó que el señor Kimel realizó una reconstrucción de la investigación judicial de la masacre y, a partir de ello, emitió un juicio de valor crítico sobre el desempeño del Poder Judicial durante la última dictadura militar en Argentina. La crítica realizada por el señor Kimel estaba relacionada con temas de notorio interés público, se refería a un juez en relación con el desempeño de su cargo y se concretó en opiniones que no entrañaban la imputación de delitos.

Las opiniones vertidas 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. (Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie\\_177\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie_177_esp.doc)).

Hay que estar prevenidos para que la afectación a la libertad de expresión no sea manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra. La Corte Interamericana, ha puesto de relieve la importancia del juicio de proporcionalidad y los mecanismos para solucionar en un caso concreto (Kimel vs. Argentina) una colisión de principios que están en la propia convención, el derecho a la libertad de expresión y de información (Art. 13) vs. El derecho a la honra (Art. 11), mediante la aplicación del principio o ley de la ponderación. (Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie\\_177\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie_177_esp.doc)).

El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. Esto implica un proceso de armonización de derechos en donde el Estado tiene un papel medular al establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito; y de no hacerlo entonces resulta fundamental el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana como Tribunal complementario y subsidiario garante de los derechos humanos. Recordemos que en el *caso Kimel* la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado Argentino por la violación a la libertad de pensamiento y expresión, al principio de legalidad y a las garantías judiciales, todas ellas en relación con la obligación de respetar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, todos contenidos en la Convención Americana. (Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie\\_177\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/casos/articulos/serie_177_esp.doc)).

### **Un necesario señalamiento**

En Ecuador se encuentra vigente la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial, No. 52 de octubre del 2009, que en el Art. 3 establece los *Métodos y reglas de interpretación constitucional*. La propuesta se dirige a tener mecanismos para la interpretación de las normas Constitucionales partiendo de la premisa de que deben ser interpretadas en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda procede la interpretación que favorezca de mejor manera la vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del Constituyente (sic).

Los métodos y reglas de interpretación jurídica valen tanto para la interpretación jurídica constitucional como para la ordinaria o común, y para cumplir este objetivo se prevé en el numeral 1 las llamadas *Reglas de solución de antinomias*, con el siguiente tenor: “Cuando

existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial o la posterior”.

En el numeral 2 establece el *Principio de proporcionalidad*, manifestando: “Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional”.

En el numeral 3. se consagra la *Ponderación* expresando que: “Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

Destacamos que de lo que se reseña de manera precedente, se infiere inequívocamente que si tenemos en Ecuador mecanismos a través de los métodos y reglas de interpretación constitucional, para solucionar un conflicto de derechos o una colisión de principios que tienen protección o amparo constitucional. Sirve igualmente en la búsqueda de este cometido acudir cuando fuese del caso a la *interpretación evolutiva o dinámica*, a la *interpretación sistemática*, a la *interpretación teleológica*, a la *interpretación literal*, y finalmente se puede recurrir a los principios generales del derecho y la equidad, así como a los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación (sic).

## **Capítulo 7.- ENTREVISTAS EN PROFUNDIDAD**

Acorde con la propuesta metodológica en la segunda fase del proyecto se ejecutaron entrevistas en profundidad a jueces de Corte Constitucional y a jueces de Corte Provincial con

la finalidad de obtener información acerca de su grado de conocimiento y de aplicación del mismo en la temática investigada y analizada.

Del total de entrevistas propuestas respondieron dos jueces de la actual Corte Constitucional de Ecuador y dos jueces de la Corte Provincial del Guayas.

Las entrevistas realizadas, constan como anexo de esta tesis.

**Los criterios de análisis fueron los siguientes:**

- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
  
- Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Ecuador
  
- Desarrollo doctrinario
  
- Obligatoriedad
  
- Conocimiento
  
- Aplicación por parte del juez
  
- Impedimentos

- Indemnizaciones que debe pagar el Estado
  
- Observaciones a la Política de Estado
  
- Observaciones al sistema procesal
  
- Conminación por incumplimiento
  
- Necesidad de educación a jueces, fiscales y policías
  
- Derecho de repetición

### **Preguntas para los jueces de la Corte Constitucional**

- 1.- Como resolvería usted un caso en que se discutan principios convencionales y constitucionales?
  
- 2.- Qué Ley aplicaría?
  
- 3.- Como fundamentaría su resolución?
  
- 4.- Qué valor tiene para usted la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?
  
- 5.- Qué valor tiene para usted la jurisprudencia de la Corte Constitucional?
  
- 6.- Que es para usted el bloque de constitucionalidad?

7.- Que es para usted el bloque de convencionalidad?

**1.- Entrevista al Dr. Antonio Gagliardo Loor MSc. Magistrado de la Corte Constitucional de Ecuador** (ver anexo)

**Comentario**

Hemos podido verificar en esta entrevista:

**Conocimiento**

a.- Que existe suficiente conocimiento e información sobre cómo resolver una discusión entre principios constitucionales y convencionales, pues manifestó el entrevistado:

*“Es importante señalar que el principio convencional –del tratado internacional de DD. HH. -no está violando a la Constitución, sino que, en ciertas circunstancias genera una colisión con un principio constitucional. En este caso, de conformidad con el ordenamiento constitucional ecuatoriano se puede resolver de dos modos:*

- i) Mediante reglas de solución de antinomias, que en su orden son: 1. La competente, 2. La jerárquicamente superior, 3. La especial, y 4. La posterior.*
- ii) A través del método de ponderación de principios, es decir, se preferirá el principio (convencional o constitucional) que más favorezca para adoptar una decisión adecuada en el caso concreto”.*

**Aplicación por parte del juez**

b.- Un aspecto importante es el de la fundamentación de la resolución, que como sabemos es una de las garantías constitucionales del derecho al debido proceso (Art. 76 n. 7, 1 de la

Constitución). La fundamentación que tiene que ver con el razonamiento e inclusive con la argumentación jurídica, no es un problema excepcional o episódico, sino que es más bien un defecto endémico en muchas resoluciones, y en jueces de diferentes niveles. El entrevistado dijo en respuesta a nuestra inquietud, y al desarrollar el principio de ponderación:

*“Se presenta cuando el caso puede ser resuelto a partir de dos o más normas jurídicas, por ejemplo, una regla con la otra, un principio contra otro principio o contra un valor, o valores enfrentados entre sí. La forma de resolver varía dependiendo de lo que esté en juego...”*

*Para el juicio de ponderación, el artículo 3 numerales 2 y 3 de la LOGJCC ha diseñado el test de proporcionalidad y criterios orientadores de la interpretación constitucional, mediante las cuales se busca ofrecer pautas que permitan justificar la decisión elegida. Se trata de un balance de razones jurídicas y fácticas que permite formular una regla específica para el caso y tomar una decisión razonable a partir de ella. La ponderación se lo realiza a través de los test de proporcionalidad que comprende:*

*1. La idoneidad o adecuación: se refiere la idoneidad del medio utilizado para conseguir el objetivo propuesto.*

*2. La necesidad: examina cual de los medios utilizados es más beneficiosos para la consecución de tal propósito con igual eficacia.*

*3. La proporcionalidad: atiende el comportamiento de tales medios en relación con otros principios en juego, es decir, se debe observar que exista más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicio sobre otros bienes o valores en*

*conflicto, en otras palabras, la afectación o no satisfacción de un derecho debe estar en función de la satisfacción del otro.*

*El ejercicio de la ponderación les permite elegir el principio convencional o constitucional para establecer una cláusula de excepción a un principio y decidir el caso, claro está, recurriendo a la interpretación pro ser humano, de aplicación directa y de progresividad de derechos, es decir, quién triunfe en definitiva depende de cómo se resuelva el conflicto, depende de la argumentación".*

c.- En cuanto al valor de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que es un tema que se sigue discutiendo por el carácter vinculante que se le pretende atribuir, no solo con fuerza inter partes, sino en cuanto a los discutidos efectos *erga omnes* (obligatoria para todos los casos venideros), se reconoció su importancia y se manifestó:

*“La jurisprudencia de la Corte Constitucional es un instrumento de generación del derecho objetivo, por tanto, constituye fuente formal del derecho, toda vez que se caracteriza por la obligatoriedad del precedente –PCO-, pues, los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante, horizontal y vertical, de conformidad con el artículo 436 numeral 6 de la Constitución”.*

**2.- Entrevista a la Dra. Ruth Seni Pinoargote. Magistrada de la Corte Constitucional de Ecuador** (ver anexo)

## Comentario

Hemos podido verificar en esta entrevista:

### Conocimiento

a.- Buscando respuestas a la ley que debe aplicarse para resolver una controversia entre principios convencionales y constitucionales, recordando nuestra posición del carácter preeminente de la Convención frente a la Constitución, la entrevistada destacó la importancia de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, expresando:

*" La Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, contempla varios métodos y reglas para efecto de resolver casos donde se necesite interpretar el alcance de las normas constitucionales respecto a un caso concreto; ... es decir, donde se discutan principios convencionales y constitucionales, el ejemplo es muy general y supongo que estamos hablando de un caso donde se discuten derechos o principios de igual jerarquía (por mandato constitucional en el caso de Ecuador) que deben resolverse en virtud de la regla ya explicada; por lo que, si es así, para este caso en concreto, sería necesario acudir a métodos específicos como el de ponderación o el principio de proporcionalidad, con el fin de interpretar la norma constitucional en el sentido que más se ajuste a la Constitución de manera integral; y de esta manera resolver el problema en base a la fundamentación que corresponda".*

### Obligatoriedad

b.- Hemos destacado en nuestra investigación el valor de la jurisprudencia de la Corte IDH, y en aplicación del *principio de convencionalidad* se puede inferir la obligación de

acatamiento en todos los casos posteriores. La entrevistada le otorgó un valor del mismo rango que tienen las que conforman el bloque de constitucionalidad, afirmando:

*“Primero hay que definir cuál es la naturaleza de los pronunciamientos de la CIDH; debiendo definirlos, como una manifestación del control de convencionalidad concreto que ejerce esta corte sobre los actos de un Estado miembro. Por medio de este control, la CIDH puede requerir al Estado que modifique o repare el acto si este es contrario a las normas y principios constantes en la Convención Americana de Derechos Humanos; por lo tanto, tiene igual valor que cualquiera de las normas o pronunciamientos que conforman el bloque de constitucionalidad”.*

#### **Aplicación por parte del juez**

c.- En el tema del *bloque de convencionalidad*, hemos reconocido su inaplicación porque se le pretende reconocer carácter obligatorio y vinculante a la jurisprudencia solamente para el caso que se resuelve, cuando el desarrollo doctrinario le da una amplitud mayor acorde con el contenido de la Convención. La entrevistada se refirió más concretamente al *control de convencionalidad* y dijo:

*" Es una herramienta que se utiliza para verificar que la producción legislativa, normativa, o actos de la administración se ajustan a las normas y principios de la Convención Americana de Derechos Humanos; es decir, es un control de conformidad de esta producción en relación a las normas y principios de la convención; se realiza de dos formas: mediante el control concentrado ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH; y la segunda, mediante el*

*control difuso realizado por los mismos Estados en el ejercicio de sus propias competencias, de manera interna".*

### **Preguntas para los jueces de la Corte Provincial**

1.- Mencione en cuanto casos conoce que se ha condenado al Estado ecuatoriano por violación de garantías de un ciudadano?

2.- Cual ha sido la Política del Estado en el respeto a las garantías del ciudadano?

3.- Que cambios considera importantes en el sistema procesal para mejorar el respeto a las garantías ciudadanas?

4.- Como estima usted que se debe conminar a los jueces para que cumplan con el respeto a las garantías del ciudadano?

5.- De qué manera se debe educar a los jueces, fiscales y policías para hacer efectivo el respeto a las garantías de la Convención y de la Constitución?

6.- Considera usted que la falta de cumplimiento del derecho de repetición, impide un mayor respeto a las garantías de la Convención y de la Constitución?

### **1.- Entrevista al Dr. Victor Vacca Gonzalez. Juez de la Corte Provincial del Guayas**

(Ver anexo)

### **Comentario**

Hemos podido verificar en esta entrevista:

## Conocimiento

a.- Como hemos consignado en nuestra investigación, desde el caso Suárez Rosero (1997) son muchos los casos en que la Corte Interamericana de DD.HH ha sancionado al Estado ecuatoriano por graves violación a los derechos humanos, como en los casos Consuelo Benavides (1998), Daniel Tibi (2004), Zambrano Vélez y otros (2007), Chaparro Alvarez (2008), etc.. Nuestro entrevistado reconoció conocer los casos y expresó:

“creo recordar los siguientes casos:

*En el año 1997, el caso Suárez Rosero.*

*En el año 1998, el caso de la profesora Consuelo Benavidez.*

*En el año 1998, Ecuador aceptó su responsabilidad ante la Comisión (CIDH) en el caso de los hermanos Restrepo.*

*No recuerdo el año, pero la CIDH, sentenció a Ecuador, en el caso de la niña TGGL, contagiada con VIH, que ingresó al Hospital Universitario de la ciudad de Cuenca, del que fue trasladada a la Clínica Humanitaria Fundación Pablo Jaramillo Crespo.*

*En el año 2004, el caso Tibi.*

*En el año 2005, el caso Acosta Calderón.*

*En el año 2007, el caso Albán Cornejo.*

*En el año 2007, el caso Salvador Chiriboga.*

*En el año 2007, el caso Zambrano Vélez.*

*En el año 2008, el caso Chaparro Álvarez.*

*En el año 2011, el caso Mejía Idrovo.*

*En el año 2012, el caso Sarayaku.*

*En el año 2013, el caso Suárez Peralta.*

*En el año 2013, el caso Quintana Coello y otros.) En el año 2013, el caso Camba Campos y otros."*

### **Observaciones a la Política de Estado**

b.- Una variable importante es encontrar los mecanismos idóneos para mejorar el respeto a las garantías del ciudadano, pues tenemos la mejor constitución de la América hispanoparlante, pero la aplicación en el campo práctico está divorciada del discurso teórico. El operador de justicia entrevistado, dijo en relación con este tema:

*" El fomento de la publicidad y oralidad (sin restricciones irracionales) en el sistema procesal, sirven para fortalecer el respeto a los derechos humanos; claro está que no basta con las declaraciones en los textos de derecho, de que los procesos son públicos; sino que es necesario, que realmente, se administre justicia de cara al pueblo, permitiendo que los medios de comunicación trasmitan, integralmente, a todos los ciudadanos, como desarrollan los procesos y como se resuelven las controversias judiciales. Es necesaria la fiscalización y control ciudadano".*

### **Derecho de repetición**

c.- Nuestra constitución establece el derecho de repetición (Art. 11 n. 9) en contra de las personas responsables de daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. Esta debe ser una buena herramienta sin produce el efecto de prevención general (por el temor del precedente) y de prevención especial (para que el sujeto no repita el acto). No se cumple en la realidad con esta obligación, y nuestro entrevistado manifestó:

*“Buena parte de la indiferencia de los operadores de justicia para cumplir con el respeto a la Constitución y al Derecho Convencional, es la impunidad de sus conductas, por ello, a los infractores debe sancionárselos, respetando el debido proceso, con la repetición que establece la Constitución y las leyes”.*

## **2.- Entrevista al Dr. Néstor Mendoza Medranda. Juez de la Corte Provincial del Guayas (ver anexo)**

### **Comentario**

Hemos podido verificar en esta entrevista:

### **Observaciones a la Política de Estado**

a) Una de las instituciones más cuestionadas era la del fuero militar y policial, que desaparece con la Constitución del 2008, y que ha permitido el procesamiento de militares y policías por la comisión de delitos ajenos al ejercicio de su función. Ante la inquietud por la política del Estado en el respeto a las garantías del ciudadano, dijo el entrevistado:

*“La política que ha establecido el Estado Ecuatoriano en salvaguarda de los derechos humanos, se ha evidenciado positivamente, tal es así que se está procesando a ex militares y policías por delitos de lesa humanidad, tortura, ejecución extrajudicial, etc. especialmente en el periodo de León Febres Cordero, lo que solo se ha hecho posible con la constitución del 208 y se fomenta con la vigencia del COIP en agosto del 2014”.*

### **Observaciones al sistema procesal**

b) Hemos planteado el tema de los cambios que se deben dar en el sistema procesal para mejorar el respeto a las garantías del ciudadano justiciable, pues no obstante el plexo normativo que puede ser generoso ( Código Orgánico de la Función Judicial, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional) no hay un avance importante. Nuestro entrevistado y operador de justicia manifestó:

*" El sistema procesal establecido, no establece reglas claras en cuanto a la aplicación de garantías por cuanto hay elementos policiales y operadores de justicia, entiéndase fiscales, y pocos jueces, que no hacen una valoración efectiva y garantistas de las condiciones y derechos de los detenidos a los cuales se los etiqueta como traficantes de sustancias sometidas a control de la ley 108, y por dos o más gramos sin que esto constituya tráfico ni gran cantidad, los procesan, sin justa causa".*

### **Derecho de repetición**

c) En cuanto al derecho de repetición que debe ser bien apreciado como un mecanismo de contención para evitar un ejercicio abusivo del poder punitivo por parte del Estado, el juez entrevistado consideró pertinente la propuesta constitucional, afirmando:

*" El derecho de repetición que tiene el Estado, es un derecho legítimo desde el punto de vista que no sea una orden de arriba que el juez la cumpla; pero, como ya lo he indicado, si el juez es un incompetente debe asumir la repetición por cuanto no hay disculpa para quien ha pasado privado de su libertad sin justa causa, pues el*

*más alto deber del estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos de las personas e inclusive en materia de derechos humanos hacer prevalecer estos últimos sobre la Constitución. Art. 436 C.R.E."*

## **Capítulo 8.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

Para organizar las conclusiones obtenidas mediante la información analizada durante el proceso investigativo utilizamos como ejes estructurados los objetivos planteados para el estudio, que integrados y en conjunto nos llevan a alcanzar el propósito general: determinar si el *control de convencionalidad* es suficiente para solucionar en Ecuador el conflicto de derechos que surge de la *libertad de información, de expresión y de opinión* vs. el *derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad de los ciudadanos*.

Podemos afirmar la importancia de:

3.2.1. Justificar la aplicación del *control de convencionalidad* para resolver la colisión del *derecho a la libertad de información, de expresión y de opinión* vs. el *derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad* de los ciudadanos, a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3.2.2. Desarrollar doctrinariamente un adecuado *control de constitucionalidad* a partir de lo que señala la Constitución en los artículos 11, 75, 76, 77, 172, 417, 424, 425, 426 y 427, y encontrar en la doctrina y jurisprudencia ecuatoriana algún referente si lo hay.

3.2.3. Identificar en el *bloque de constitucionalidad* una posible respuesta al conflicto de derechos que surge de la *libertad de información, de expresión y de opinión* vs. el *derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad* de los ciudadanos.

3.2.4. Aplicar el test o *principio de ponderación* para responder al conflicto de derechos que surge de la *libertad de información, de expresión y de opinión* vs. el *derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad de los ciudadanos* utilizando tres casos.

3.2.5. Valorar la aplicación hipotética de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de DD.HH por parte de los jueces ecuatorianos al resolver casos sometidos a su competencia.

**Son válidas las siguientes conclusiones:**

Cualquier ciudadano lo cual incluye a un funcionario público, tiene ciertamente derecho a ver protegida su reputación, incluso fuera del marco de su vida privada, pero los imperativos de esta protección deben ponderarse con los intereses del libre debate de las cuestiones políticas, las excepciones a la libertad de expresión requieren una interpretación restrictiva.

Los límites de la crítica admisible son más amplios respecto a un hombre político, contemplado en este carácter, que los de un particular. A diferencia del segundo, el primero se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos tanto por los periodistas como por el conjunto de los ciudadanos, debe por lo tanto, mostrar una mayor tolerancia.

Procede distinguir entre declaraciones sobre hechos y juicios de valor. Si la realidad de los hechos puede probarse, los segundos no se prestan a una demostración de su exactitud. La pretendida exigencia de acreditación de la veracidad de los juicios de valor es irrealizable y afecta a la propia libertad de opinión, elemento fundamental del derecho garantizado.

La calificación de una declaración como fáctica o juicio de valor recae, sin embargo, en primer término en el margen de apreciación de los jueces antes que en la apreciación del particular o funcionario público que dice ser afectado o agraviado. Por otra parte, incluso cuando una declaración equivale a un juicio de valor, debe basarse en una base fáctica

suficiente, pues, de lo contrario, sería excesiva. La necesidad de proporcionar hechos que apoyan un juicio de valor es menos rigurosa cuando éstos ya se conocen por el público en general.

Todo individuo que se compromete en un debate público de interés general, no debe superar algunos límites, en particular, el respeto de la reputación y los derechos de otros, le está permitido recurrir a una determinada dosis de exageración, o incluso de provocación, es decir, de ser un tanto inmoderado en sus observaciones. Establecer el límite es tarea de los jueces que deben actuar con independencia, conocimientos e imparcialidad.

Cuando se trata de expresiones orales pronunciadas en una rueda de prensa o en una entrevista en vivo, el entrevistado no cuenta con la posibilidad de reformularlas, de perfeccionarlas o retirarlas antes de que se hicieran públicas. Salvo el caso de proceder públicamente a la retractación en los casos que es pertinente.

En el Ecuador y con el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador del 2014, se suprimieron los delitos de injuria y una forma agravada de los delitos contra el honor (desacato) cuando el afectado era un funcionario público como el Presidente, Ministro de Estado, Magistrado, etc., desapareciendo esta forma agravada de los llamados delitos contra el honor tomando en consideración el cargo o status de la víctima. Esto si resultó acorde con la normativa internacional y con la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos y con el sistema europeo que se han examinado.

El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador ya publicado como ley, prevé como delitos contra el derecho al honor y buen nombre en el Art. 182 el delito de calumnia, que es la falta

imputación de un delito, sancionada con pena de seis meses a dos años. Está prevista la *exceptio veritatis* (la prueba de la verdad) de las imputaciones, salvo en el caso de que la imputación hubiese sido objeto de sentencia ratificatoria de inocencia del procesado, de sobreseimiento o archivo.

El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador en el Art. 182 prevé como excusa legal absoluta los pronunciamientos vertidos ante autoridades, jueces y tribunales, cuando las imputaciones se hubiesen hecho en razón de la defensa de la causa. Así mismo se enerva la responsabilidad penal del autor de las calumnias cuando se produce la retractación antes de proferirse sentencia ejecutoriada. La publicación de la retractación tiene que hacerse a costa del responsable, en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación. La retractación no implica aceptación de culpabilidad.

En cuanto a la sanción, si bien es totalmente legítimo que las instituciones del Estado estén protegidas por las autoridades competentes en su calidad de garantes del orden público institucional, la posición dominante que estas Instituciones ocupan, obliga a las autoridades a demostrar contención en el uso de la vía penal. Así se ha propuesto por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión y ha sido acogido por la Corte IDH, señalando que la vía penal debe ser desestimada.

La fijación de las penas es de competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales y una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el ámbito del discurso político sólo es compatible con la libertad de expresión garantizada por la Convención o Pacto de San José en circunstancias excepcionales. En particular, cuando se hayan afectado seriamente otros

derechos fundamentales, como por ejemplo, la difusión de un discurso de odio o incitación a la violencia. Aquí la ponderación nos puede llevar a la responsabilidad penal.

La Convención Americana, en su artículo 13.2, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.

La " necesidad " y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.

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. Esto no significa, 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.

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.

La Corte IDH ha expresado que es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de expresión y solamente para lograr los fines que la propia Convención señala. La definición legal debe ser necesariamente expresa y taxativa. No obstante, el grado de precisión requerido a la legislación interna depende considerablemente de la materia. La precisión de una norma civil puede ser diferente a la requerida por el principio de legalidad en materia penal, por la naturaleza de los conflictos que la primera está destinada a resolver. No puede exigirse que la norma civil, al contrario de lo que usualmente ocurre con las normas penales, prevea con extrema precisión los supuestos de hecho que puedan presentarse; ello impediría que la norma civil resolviera una innumerable cantidad de conflictos que la realidad ofrece en forma permanente y que resulta de imposible previsión para el legislador.

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas

competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana. Así se resolvió en *Almonacid Arellano vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Mencionamos igualmente como importante *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

La Corte IDH ha señalado que los funcionarios públicos, al igual que cualquier otra persona, están amparados por la protección que les brinda el artículo 11 convencional que consagra, entre otros, el derecho a la vida privada. Asimismo, el artículo 13.2.a de la Convención establece que “el respeto a los derechos ... de los demás” puede ser motivo para fijar responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión.

La Corte IDH ha establecido el criterio de que para que una restricción a la libre expresión sea compatible con la Convención Americana, aquella debe ser necesaria en una sociedad democrática, entendiendo por “necesaria” la existencia de una necesidad social imperiosa que justifique la restricción.

La Corte Constitucional de Ecuador ha utilizado correctamente el principio o test de la ponderación para resolver una colisión de principios constitucionales, acudiendo a la doctrina especializada sobre el tema, aunque no ha recurrido al precedente de los casos resueltos por la Corte IDH.

### **Recomendaciones:**

Sin duda es recomendable que haya información suficiente sobre el contenido y desarrollo del *control de convencionalidad* pues los jueces de los niveles inferiores muy poco conocen sobre el estado actual de este *control*.

Recomendamos como un imperativo insoslayable la necesaria educación y formación de los jueces de diferentes niveles, en los derechos y garantías que le asisten al ciudadano conforme al llamado *bloque de constitucionalidad*, que implica el conocimiento de la Constitución y de los Pactos, Tratados y Convenios Internacionales, así como de la jurisprudencia e inclusive de las opiniones consultivas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Otra recomendación valedera es que el Estado ecuatoriano cumpla con el derecho de repetición previsto constitucionalmente, en contra de los jueces por cuya violación a derechos y garantías ciudadanas, ha tenido que asumir pagos indemnizatorios ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Es igualmente recomendable que en una próxima propuesta legislativa en Ecuador se suprima del plexo normativo penal el delito de *injurias calumniosas* que se mantiene como tal en el Código Orgánico Integral Penal (2014), pues es contrario al pronunciamiento en el caso *Kimel vs. Argentina* (2008) que en nuestra opinión es un precedente vinculante y con eficacia *erga omnes*.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1ª Edición.

ALEXY, Robert, (2010) en libro *El canon neoconstitucional*, Miguel Carbonell, Leonardo García Jaramillo, (editores), Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Opúsculo *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. 1ª Edición.

ANDER- EGG, Ezequiel (2001). *Métodos y Técnicas de Investigación Social*, Lumen. Argentina. 268 pp.

ATIENZA, Manuel, en *Argumentación jurídica y estado constitucional*, publicado en *Novos Estudos Jurídicos* - v. 9 - n. 1.

AVILA SANTAMARIA, Ramiro (2008) *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito: Publicación del Ministerio de Justicia de Ecuador, en *Los principios de aplicación de los derechos*. 1ª Edición.

AVILA SANTAMARIA, Ramiro (2011) *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución del 2008*, Quito: Abya Yala. 1ª Edición.

BAZAN, Víctor (2010) *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable*. Ponencia en VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, México. (En <http://www.alfonsozambrano.com>)

BERMUDEZ TAPIA, Manuel Alexis (2007) *La Constitución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Lima: Ediciones Legales. 1ª Edición.

BERNAL PULIDO, Carlos (2003), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1ª Edición.

BERNAL PULIDO, Carlos, en *El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia*, (en <http://www.alfonsozambrano.com>)

BRAVO CORREA, Patricia (2001), *Investigación Cualitativa aplicada a la Educación Científica*, Ecuador: Quito, 103 pp.

BRIONES , Guillermo (1997), *Epistemología de las Ciencias Sociales*. ICFES, Santa Fe de Bogotá: Corcas Editores.

CARBONELL, Miguel, *Que es el neoconstitucionalismo?* Publicaciones de la UNAM de México. s/f

CARBONELL, Miguel, (2010) en *El Neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis*, en libro *El Canon Neoconstitucional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Miguel Carbonell- Leonardo García Jaramillo (editores). 1ª Edición.

COMANDUCCI, Paolo (2005), *Formas de Neoconstitucionalismo : un análisis metateórico*, - Compilador Miguel Carbonel – en *Neoconstitucionalismo (S)*, España: Trotta. 2ª Edición.

COMANDUCCI, Paolo (2007), *Modelos e interpretación de la Constitución*. En *Teoría del neoconstitucionalismo* (Editor Miguel Carbonell), Madrid: Trotta. 1ª Edición.

CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1969).

CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR. Jurisprudencia.

CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Jurisprudencia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Jurisprudencia.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Jurisprudencia.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Jurisprudencia.

CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO (DOXA) de la Universidad de Alicante.

DWORKIN, Ronald (2002), *Tomando los derechos en serio*, Barcelona: Ariel. 5ª. Edición,

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón* (1995), *Teoría del garantismo penal*, trad. de P.

Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantanero Brandes, Madrid: Trotta. 1ª Edición.

FERRAJOLI, Luigi (2001), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta. 1ª Edición.

FERRAJOLI, Luigi (2001), *Los Fundamentos De Los Derechos Fundamentales*, España: Trotta. 1ª Edición.

FERRAJOLI, Luigi (2011), *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid: Editorial Trotta, S.A. 1ª Edición.

GARCIA AMADO, Juan Antonio (2010) en *El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica*, en libro *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de Filosofía Jurídica*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1ª Edición.

GARCIA BELAUNDE, Domingo (2009), *Diccionario de jurisprudencia constitucional*, Lima: Editorial Jurídica Grijley. 1ª Edición.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2005), *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires: Ediar. 1ª Edición.

GUASTINI, Ricardo (2005), *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso Italiano*, en Neoconstitucionalismo (S) – editor Miguel Carbonell-, Madrid: Editorial Trotta. 1ª. Edición.

GUASTINI, Ricardo (2007), *Estudios de teoría constitucional*, México D.F: IJ- UNAM-Fontamara. 3ª Edición.

KELSEN, Hans, en *Que es la justicia?* Se puede consultar en <http://www.alfonsozambrano.com>

*LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR DEL 2008 EN EL CONTEXTO ANDINO.* (2008) *Análisis desde la doctrina y el derecho comparado.* Quito: Publicación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador.

LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL (2009), Quito: Editorial Jurídica del Ecuador. 1ª Edición.

LÓPEZ PINA, Antonio y MONNET Jean, en *Derecho europeo y principio constitucional de igualdad. El tratado de la unión ante la prueba de las tradiciones constitucionales*. Se puede revisar en <http://www.alfonsozambrano.com>

LOZADA PRADO, Alí, en Seminario: « *El (Neo)constitucionalismo qué es y cómo afecta a la práctica jurídica*», cumplido los días lunes 2 y martes 3 de mayo del 2011, en las aulas de posgrados de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

MORESO, José Juan (2010), en libro *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, Coordinadores Miguel Carbonell y Pedro P. Grández, opúsculo *Alexy y la aritmética de la ponderación*, Lima: Palestra Editores. 1ª Edición.

Página web. <http://www.alfonsozambrano.com>

Página web. <http://www.corteidh.or.cr> (Corte Interamericana de Derechos Humanos)

Página web. <http://www.cidh.oas.org> (Comisión Interamericana de Derechos Humanos)

Página web. <http://www.corteconstitucional.gob.ec> (Corte Constitucional de Ecuador)

PECES BARBA, Gregorio (1999), *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid: Universidad Carlos III- Boletín Oficial del Estado,

PRIETO SANCHÍS, Luis (2009), *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, España: Trotta. 2ª Edición.

PRIETO SANCHIS, Luis (2011), *Principia Iuris; una teoría del derecho no (neo) constitucionalista para el Estado Constitucional*, en libro *Derecho y Democracia Constitucional; Una discusión sobre Principia Iuris de Luigi Ferrajoli*, Perú: ARA Editores, Perú, 1ª Edición.

SAGÜÉS ,Néstor Pedro, *El « Control de Convencionalidad» como Instrumento para la elaboración de un Ius Commune Interamericano*, publicado en la biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México.

SANDOVAL CASILIMAS, Carlos (s/f), *Investigación Cualitativa*, ICFES, Santa Fé de Bogotá: Instituto Colombiano para Fomento de Educación Superior.

TAYLOR y BOGDAN, (1987), *Introducción a los métodos cualitativos de investigación. La búsqueda de significados*, Argentina: Paidós. 1ª Edición.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERU. Jurisprudencia.

ZAGREBELSKY, Gustavo (1999), *El derecho dúctil*, España: Trotta. 1ª Edición.

ZAGREBELSKY, Gustavo(2008), *Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia*, Chile: Publicado en Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, año 6 No. 1.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso (2005), *Proceso penal y garantías constitucionales*, primer número de la Biblioteca de autores de la Facultad de Jurisprudencia, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. 1ª Edición.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso (2009), *La prueba ilícita en el proceso penal*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1ª Edición.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso (2011), *Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través de sus Sentencias* (2011), Lima: Edilexsa. 1ª Edición.

ZAVALA EGAS, Jorge (2009), *Apuntes sobre neoconstitucionalismo, Acciones de Protección y Ponderación, Acción de Inconstitucionalidad, Proceso Constitucional*. Guayaquil: Poligráfica. 1ª Edición.

ZAVALA EGAS Jorge, ZAVALA LUQUE Jorge (2012), *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Lima: Edilexsa. 1ª Edición.

## **ANEXOS**

**Entrevista a los doctores:**

**Antonio Gagliardo Loor y Ruth Seni Pinoargote**

**Jueces de la Corte Constitucional.**

**Y a los doctores: Victor Vaca González y Nestor**

**Mendoza Medranda. Jueces de la Corte**

**Provincial del Guayas.**

## **ENTREVISTA AL DR. ANTONIO GAGLIARDO LOOR**

### **1. ¿Cómo resolvería usted un caso en que se discutan principios convencionales y constitucionales?**

Es importante señalar que el principio convencional –del tratado internacional de dd.hh–no está violando a la Constitución, sino que, en ciertas circunstancias genera una colisión con un principio constitucional. En este caso, de conformidad con el ordenamiento constitucional ecuatoriano se puede resolver de dos modos:

- iii) Mediante reglas de solución de antinomias, que en su orden son: 1. La competente, 2. La jerárquicamente superior, 3. La especial, y 4. La posterior.
- iv) A través del método de *ponderación* de principios, es decir, se preferirá el principio (convencional o constitucional) que más favorezca para adoptar una decisión adecuada en el caso concreto.

### **2. ¿Qué Ley aplicaría?**

La Ley aplicable en el presente caso, es el artículo 3 de la LOGJCC y los artículos 424 y siguientes de la Constitución de la República. No obstante, depende del modo que haya escogido el juez.

### **3. ¿Cómo fundamentaría su resolución?**

**3.1.** Respecto a la primera forma de solución, esto es, acudiendo a la regla de solución de antinomias, es importante señalar que, si bien la Constitución de la República, en su artículo 424 coloca a los tratados internacionales de derechos humanos en igualdad de jerarquía con la Constitución; sin embargo no reconoce la supremacía de los tratados internacionales sobre la Constitución, tanto es así que el siguiente artículo 425 *ibídem*, indica el orden jerárquico de su aplicación, siendo la Constitución el primero, seguido por los tratados internacionales. Por tanto, apelando a la regla de solución de antinomia, cabe: 1. La competente, 2. La jerárquicamente superior. En tal virtud, el principio aplicable siempre será el principio constitucional, toda vez que, el principio de la supremacía de la Constitución establece que la Constitución, es norma de normas, y que si se presenta una incompatibilidad entre ésta y la disposición del tratado internacional, se aplicará las disposiciones constitucionales.

**3.2.** En cuanto a la aplicación del método de *ponderación* de principios.

Se presenta cuando el caso puede ser resuelto a partir de dos o más normas jurídicas, por ejemplo, una regla con la otra, un principio contra otro principio o contra un valor, o valores enfrentados entre sí. La forma de resolver varía dependiendo de lo que esté en juego.

Por ejemplo, se produce un conflicto entre la libertad del trabajador para vestirse como quiera y la disposición del empleador para que use uniforme. Parece obvio que se produciría una lesión del derecho a la imagen y a la dignidad de la persona si el patrono exigiese a las cajeras del supermercado atender en top less, es decir, se genera una colisión entre la libertad indumentaria vs la dignidad. En este caso habrá que valorar la proporcionalidad entre el grado de lesión de un derecho y de satisfacción de otro.

Para el juicio de ponderación, el artículo 3 numerales 2 y 3 de la LOGJCC ha diseñado el test de proporcionalidad y criterios orientadores de la interpretación constitucional, mediante las cuales se busca ofrecer pautas que permitan justificar la decisión elegida. Se trata de un balance de razones jurídicas y fácticas que permite formular una regla específica para el caso y tomar una decisión razonable a partir de ella. La ponderación se lo realiza a través de los *test de proporcionalidad* que comprende:

1. *La idoneidad o adecuación*: se refiere la idoneidad del medio utilizado para conseguir el objetivo propuesto.
2. *La necesidad*: examina cual de los medios utilizados es más beneficiosos para la consecución de tal propósito con igual eficacia.
3. *La proporcionalidad*: atiende el comportamiento de tales medios en relación con otros principios en juego, es decir, se debe observar que exista más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicio sobre otros bienes o valores en conflicto, en otras palabras, la afectación o no satisfacción de un derecho debe estar en función de la satisfacción del otro

El ejercicio de la ponderación les permite elegir el *principio convencional o constitucional* para establecer una cláusula de excepción a un principio y decidir el caso, claro está, recurriendo a la interpretación pro ser humano, de aplicación directa y de progresividad de derechos, es decir, quién triunfe en definitiva depende de cómo se resuelva el conflicto, depende de la argumentación.

#### **4. ¿Qué valor tiene para usted la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?**

**Valor subordinado-sumiso** por la jurisdicción interna. Es decir, debe dar cumplimiento obligatorio con las decisiones de la CIDH, caso contrario, el Estado incurre en la vulneración de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos. La obligatoriedad del fallo es para el Estado Parte que se encuentra denunciado.

**Valor vinculante ya no en el asunto concreto, sino en la doctrina legal, para los operadores del derecho:** tiene efectos erga omnes para el derecho interno. La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutive -la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso-, sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de los artículos 172 y 416.9 de la Constitución, la sentencia resulta vinculante

para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado ecuatoriano no haya sido parte en el proceso.

En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a las Cortes y Tribunales del Estado ecuatoriano. Esta vinculación tiene doble vertiente en cada caso concreto:

- a)* Reparadora, pues interpretado el derecho vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección.
- b)* Preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana.

Por el principio de buena fe consagrado en el artículo 31.1 de la Convención de Viena, un Estado que suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de los derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados

Americanos, que tiene como función promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en el hemisferio. (Carta de la OEA, artículo 52 y 111).

**Valor del precedente:** Establece las doctrinas de interpretación de las disposiciones de la Convención Americana de los Derechos Humanos, la misma que tiene influencia para determinar criterios a seguir.

En consecuencia, la orientación del pronunciamiento constituye una guía o pauta para el desarrollo de la argumentación.

##### **5. ¿Qué valor tiene para usted la jurisprudencia de la Corte Constitucional?**

La jurisprudencia de la Corte Constitucional es un instrumento de generación del derecho objetivo, por tanto, constituye fuente formal del derecho, toda vez que se caracteriza por la obligatoriedad del precedente –PCO-, pues, los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante, horizontal y vertical, de conformidad con el artículo 436 numeral 6 de la Constitución.

##### **6. ¿Qué es para usted el bloque de constitucionalidad?**

El bloque de constitucionalidad exterioriza la existencia de normas constitucionales que no aparecen en la Constitución de la República a otros ordenamientos jurídicos internacionales del mismo rango. Así, permite incorporar las disposiciones, principios y garantías del derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento interno, por mandato de la propia Constitución de la República, que dice:

*El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:...*

*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.*

*Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.*

*Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.*

*7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.*

*8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio...”.*

Como se observa, el texto constitucional hace su remisión expresa a otras reglas y principios, que sin estar en la Constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia Constitución establece que esas otras normas tienen el valor constitucional.

El bloque de constitucionalidad intenta sistematizar jurídicamente otras normativas materialmente constitucionales -esto es, con fuerza constitucional-. Por ende, el bloque de constitucionalidad es compatible con la idea de constitución escrita y con la supremacía de la misma por cuanto es por mandato de la propia Constitución que normas que no hacen parte de su articulado comparten empero su misma fuerza normativa, puesto que la propia Carta, como fuente suprema del ordenamiento, así lo ha ordenado.

El bloque de constitucionalidad adquiere una gran importancia para todos los operadores jurídicos. Esta noción amplía los términos del debate constitucional, pues significa que los mandatos constitucionales que se deben tener en cuenta para resolver una controversia judicial no son exclusivamente los artículos de la Constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener también relevancia para decidir esos asuntos. El bloque de constitucionalidad tiene ventajas y potencialidades jurídica-democrática, ya que permite que la Constitución sea más dinámica y se adapte a los cambios históricos, en la medida en que faculta a los jueces constitucionales a tomar en cuenta importantes principios y derechos, que pueden no estar incluidos directamente en

el texto constitucional, pero que, en el curso del tiempo, pueden llegar a adquirir una enorme importancia.

### **7. ¿Qué es para usted el bloque de convencionalidad?**

Doctrinariamente para comprender la idea del *Bloque* se deben identificar dos momentos: i) Cuando la norma internacional ingresa al sistema; y ii) Cuando la norma internacional funciona como parámetro de validez para controlar la coherencia del sistema:

En el primer momento -el ingreso de las normas del tratado-, la Constitución como norma suprema del Estado le confiere la validez a las normas del ordenamiento internacional.

En el segundo momento, tanto a la Constitución como las normas de tratados internacionales otorgan la validez de la norma y permite su operatividad dentro del sistema jurídico interno.

Por tanto, el bloque de convencionalidad es la integración y adhesión a las normas del tratado internacional, por lo mismo se extiende el control de regularidad en materia de derechos humanos, tanto a la legislación interna como la internacional que emana de los tratados internacionales en dicha materia.

## ENTREVISTA A LA DRA. RUTH SENI PINOARGOTE

- 1) ¿Cómo resolvería usted un caso en que se discutan principios convencionales y constitucionales?

La Constitución es la norma suprema en el ordenamiento jurídico ecuatoriano; por regla general, encabeza el orden jerárquico de aplicación de las normas, incluso sobre los tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por el Estado; sin embargo, cuando estos tratados suscritos en materia de derechos fundamentales, reconocen derechos más favorables a los contenidos en la Constitución; prevalecen sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Hay que tener en cuenta esta regla al momento de resolver un caso donde se discutan principios convencionales y constitucionales.

- 2) ¿Qué Ley aplicaría?

Cuando hablamos de un caso en el cual se discuten principios convencionales y principios constitucionales, no podemos hablar de qué “ley” aplicar; debemos tener presente, que si bien los principios constitucionales se optimizan o se desarrollan mediante la legislación ordinaria, ni éstos ni las normas de derecho fundamental constituyen norma legal; sino que constituyen normas que recogen valores, principios o mandatos de optimización y reglas que encierran derechos de orden constitucional.

Sin embargo, para solventar en parte su duda, en el caso ecuatoriano, en cuanto a la aplicación de las normas jurídicas en el ejercicio de la jurisdicción, por parte de los operadores de justicia constitucional u ordinaria; o de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de la administración pública, se atiende al orden jerárquico normativo; por el cual, en casos de conflicto entre normas de distinta jerarquía, se aplica la jerárquicamente superior; orden que se encuentra perfectamente establecido, en el artículo 425 de la Constitución.

3) ¿Cómo fundamentaría su resolución?

La Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, contempla varios métodos y reglas para efecto de resolver casos donde se necesite interpretar el alcance de las normas constitucionales respecto a un caso concreto; en el caso hipotético que usted me plantea; es decir, donde se discutan principios convencionales y constitucionales, el ejemplo es muy general y supongo que estamos hablando de un caso donde se discuten derechos o principios de igual jerarquía (por mandato constitucional en el caso de Ecuador) que deben resolverse en virtud de la regla ya explicada; por lo que, si es así, para este caso en concreto, sería necesario acudir a métodos específicos como el de ponderación o el principio de proporcionalidad, con el fin de interpretar la norma constitucional en el sentido que más se ajuste a la Constitución de manera integral; y de esta manera resolver el problema en base a la fundamentación que corresponda.

- 4) ¿Qué valor tiene para usted la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

Primero hay que definir cuál es la naturaleza de los pronunciamientos de la CIDH; debiendo definirlos, como una manifestación del control de convencionalidad concreto que ejerce esta corte sobre los actos de un Estado miembro. Por medio de este control, la CIDH puede requerir al Estado que modifique o repare el acto si este es contrario a las normas y principios constantes en la Convención Americana de Derechos Humanos; por lo tanto, tiene igual valor que cualquiera de las normas o pronunciamientos que conforman el bloque de constitucionalidad.

- 5) ¿Qué valor tiene para usted la jurisprudencia de la Corte Constitucional?

Como usted conoce, la Corte Constitucional constituye el máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia constitucional; en razón de estas atribuciones, mediante sus sentencias y dictámenes fija parámetros interpretativos, mismos que por mandato de la Constitución y la Ley tiene fuerza vinculante; y a los cuales todos estamos sujetos. Ahora bien, en mi calidad de jueza constitucional, me encuentro con mayor razón, en la obligación estricta de cumplir y hacer cumplir los preceptos constitucionales y los parámetros interpretativos fijados por la propia Corte Constitucional en sus pronunciamientos; para efectos de garantizar la efectiva vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional; y algo básico para cumplir con todo ello, es otorgando el alto valor que le corresponde a la jurisprudencia constitucional.

6) ¿Qué es para usted el bloque de constitucionalidad?

Es un conjunto de normas y manifestaciones que aunque no se encuentran dentro del texto constitucional, forman parte de la Constitución y tienen igual jerarquía; en el caso del Ecuador, forman parte del bloque: la normativa supranacional sobre derechos humanos, ratificada o suscrita por el Ecuador; y la jurisprudencia de la CIDH; las políticas públicas que garanticen los derechos establecidos en la Constitución; la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

7) ¿Qué es para usted el bloque de convencionalidad?

Es una herramienta que se utiliza para verificar que la producción legislativa, normativa, o actos de la administración se ajustan a las normas y principios de la Convención Americana de Derechos Humanos; es decir, es un control de conformidad de esta producción en relación a las normas y principios de la convención; se realiza de dos formas: mediante el control concentrado ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH; y la segunda, mediante el control difuso realizado por los mismos Estados en el ejercicio de sus propias competencias, de manera interna.

## ENTREVISTA AL DOCTOR VICTOR VACCA GONZALEZ

1.-) Con relación a la primera pregunta, no estoy muy seguro, pero creo recordar los siguientes casos:

- a.) En el año **1997**, el caso Suárez Rosero.
- b.) En el año **1998**, el caso de la profesora Consuelo Benavidez.
- c.) En el año **1998**, Ecuador aceptó su responsabilidad ante la Comisión (CIDH) en el caso de los hermanos Restrepo.
- d.) No recuerdo el año, pero la CIDH, sentenció a Ecuador, en el caso de la niña TGGL, contagiada con VIH, que ingresó al Hospital Universitario de la ciudad de Cuenca, del que fue trasladada a la Clínica Humanitaria Fundación Pablo Jaramillo Crespo.
- e.) En el año **2004**, el caso Tibi.
- f.) En el año **2005**, el caso Acosta Calderón.
- g.) En el año **2007**, el caso Albán Cornejo.
- h.) En el año **2007**, el caso Salvador Chiriboga.

i.) En el año **2007**, el caso Zambrano Vélez.

j.) En el año **2008**, el caso Chaparro Álvarez.

k.) En el año **2011**, el caso Mejía Idrovo.

l.) En el año **2012**, el caso Sarayaku.

m.) En el año **2013**, el caso Suárez Peralta.

n.) En el año **2013**, el caso Quintana Coello y otros.

o.) En el año **2013**, el caso Camba Campos y otros.

2.-) En el plano teórico, históricamente, ha sido una regla de carácter general recogida por los textos constitucionales y legales, el respeto por parte del Estado a las garantías ciudadanas.

3.-) El fomento de la publicidad y oralidad (sin restricciones irracionales) en el sistema procesal, sirven para fortalecer el respeto a los derechos humanos; claro está que no basta con las declaraciones en los textos de derecho, de que los procesos son públicos; sino que es necesario, que realmente, se administre justicia de cara al pueblo, permitiendo que los medios de comunicación trasmitan, integralmente, a todos los ciudadanos, como se desarrollan los procesos y como se resuelven las controversias judiciales. Es necesaria la fiscalización y control ciudadano.

4.-) No se debe conminar a ningún Juez a cumplir con el respeto a las normas de derecho, especialmente las que tienen que ver con los derechos humanos, sino que se debe elegir jueces competentes y honestos, sin ningún clientelismo político; de tal forma que si algún operador de justicia irrespeto el orden jurídico debe ser separado de su función.

5.-) No cabe duda que la educación en estos temas debe ser permanente y continua para todos los operadores de justicia, con el objeto de internalizar en cada uno el respeto a los derechos humanos y a las demás normas de derecho.

6.-) Buena parte de la indiferencia de los operadores de justicia para cumplir con el respeto a la Constitución y al Derecho Convencional, es la impunidad de sus conductas, por ello, a los infractores debe sancionárselos, respetando el debido proceso, con la repetición que establece la Constitución y las leyes.

## **ENTREVISTA AL DR. NESTOR ELVIS MENDOZA MEDRANDA**

1.- Los casos a conocer que el Ecuador haya sido condenado son 13, de los cuales los más relevantes son:

1.- El de la destitución de los jueces de la corte suprema en el 2004, en el periodo de Lucio Gutierrez

2.- Mejia Idrovo

3.- Sarayaku

4.- Vera

5.- Acosta Calderón

6.- Chaparro Lapo

7.- Zambrano

8.- Salvador Chiriboga

9.- Tibi el mismo que fue privado de su libertad por 28 meses sin que se haya probado su responsabilidad

2.- La política que ha establecido el Estado Ecuatoriano en salvaguarda de los derechos humanos, se ha evidenciado positivamente, tal es así que se está procesando a ex militares y policías por delitos de lesa humanidad, tortura, ejecución, extrajudicial, etc. especialmente en el periodo de León Febres Cordero, lo que solo se ha hecho posible con la constitución del 2008 y se fomenta con la vigencia del COPIP en agosto del 2014.

3.- El sistema procesal establecido, no establece reglas claras en cuanto a la aplicación de garantías por cuanto hay elementos policiales y operadores de justicia, entiéndase fiscales, y pocos jueces, que no hacen una valoración efectiva y garantista de las condiciones y derechos de los detenidos a los cuales se los etiqueta como traficantes de sustancias sometidas a control de la ley 108, y por dos o más gramos sin que esto constituya tráfico ni gran cantidad, los procesan, sin justa causa.

4.- La nuevas camadas de jueces, si bien es cierto que han ganado un concurso de meritos y oposición, no es menos cierto que las calificaciones obtenidas sean un aval para administrar justicia, pues se ha evidenciado que muchos no son lo que se esperaba, debido a que ha resuelto casos en forma equivocada La solución es la asistencia a las escuelas judiciales por grupos para que no se paralice el sistema, ahora se usa las horas después de la jornada de trabajo e inclusive sábados y domingos. e inclusive debe estimularse con un subsidio a los judiciales para que se formen en post grados y maestrías en universidades e institutos y cumplir así lo establecido en el Código Orgánico de la Función judicial.

5.- La única forma de educar a la gran mayoría de los policías, es someterlos a capacitación constante para que sepan actuar sin que se violen los derecho de las personas, y por parte que a los jueces que se les permita decidir con independencia y no bajo la lupa y receta de los sectores de poder político, económico y social, pues ellos no pagan la factura de la reparación de los daños ordenado a pagar como repetición.

6.- El derecho de repetición que tiene el estado, es un derecho legítimo desde el punto de vista que no sea una orden e arriba que el juez la cumpla; pero, como ya lo he

indicado, si el juez es un incompetente debe asumir la repetición por cuanto no hay disculpa para quien ha pasado privado de su libertad sin justa causa, pues el más alto deber del estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos de las personas e inclusive en materia de derechos humanos hacer prevalecer estos últimos sobre la constitución. art. 436 C.R.E.