PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CARRERA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

"Argumentación jurídica en materia del derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana"

Edison Fabricio Guarango Mariño

DIRECTOR: Efrén Guerrero Salgado

Quito, 2017

Quito, 21 de julio de 2017

Sary: Por favor incorporar a la carpeta del estudiante. Gd.

Doctor Gonzalo Vaca Dueñas
Secretario de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontifica Universidad Católica del Ecuador
De mi consideración:

En atención al Oficio N° 052-SJG-17, como Profesor Lector, adjunto el informe de la disertación elaborada por el alumno Edison Fabricio Guarango Mariño, titulada: "Argumentación jurídica en materia del derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana". 24/07/201

En la disertación se formula la distinción entre la teoría positivista y la tesis neoconstiucionalista para postular el replanteamiento de la argumentación jurídica citando a dos autores italianos, por una parte Gustavo Zagrebelsky que expone que en el positivismo los derechos eran vistos como "reglas estáticas de interpretación subsuntiva" y por otra parte a Paolo Comanducci que sostiene que desde la argumentación jurídica se permitiría su "futura reconversión" (p. 1). En este punto cabe anotar que parece que el alumno identifica las tesis de estos dos autores cuando son distintas. Por una parte Zagrebelsky defiende la teoría del derecho dúctil por la cual los principios constitucionales acoplan a las reglas legales y es partidario de la optimización de principios si pueden conciliarse e incluso de la ponderación y proporcionalidad para resolver sus choques o colisiones concretas[1], es decir es partidario del neoconstitucionalismo como lo denota la autora italiana Susanna Pozzolo que se refiere a este autor para explicar la superación de la función mecanicista del juez de aplicar reglas por subsunción[2] .En cambio Paolo Comanducci es crítico del neoconstitucionalismo, específicamente de Alexy, Dworkin y Zagrebelsky, y siguiendo a otro autor italiano Ricardo Guastini, no comparte la ponderación, a su criterio es discrecional por acudir a un criterio moral, es decir apela a la seguridad jurídica positivista de aplicar subsuntivamente las reglas.[3]

En este contexto se debe enfatizar que la doctrina neoconstitucional parte de una arista iuspositivista crítica que dé solución a las antinomias (Ver Luigi Ferrajoli, Derechos y garantías: la ley del más débil, Madrid,Trotta, 2001, p.68); de existir un caso en concreto de conflicto de derechos se procede desde la dimensión axiológica (Ver Ronald Dworkin, Los derechos en serio, Barcelona, Ariel, 1995, p.288) con la configuración de dicha colisión de principios contrarios y la delineación de un ejercicio de ponderación (Ver Robert Alexy, "La fórmula del peso", ducción de Carlos Bernal Pulido, en Miguel Carbonell, editor, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Serie Neoconstitucionalismo y Sociedad, N° 6, Quito, Ministerio de Justicia, 2008, p. 14); tomando en cuenta la optimización posible de todos los principios que no son absolutos y la razonabilidad fáctica esto es la coherencia del ordenamiento jurídico con la realidad (Ver Gustavo Zagrebelsky, El derecho dúctil: ley, derechos y justicia, Madrid, Trotta, 2004, p.125).

Estos son los autores del neoconstitucionalismo, y no otros, que en su lugar son críticos de la teoría neoconstitucional, por ello no es compatible que el estudiante haya citado a Comanducci y Guastini como parte de esta tesis. Cuando Guastini se refiere a que "la Constitución se transforma en un ente invasor" y que la organización política debe ser "una organización liberal", como cita el estudiante (p. 23 y 31), no lo hace para adherir al neoconstiticionalismo, sino para criticarlo, para hacer un llamado a que el legislador mediante reglas permita el ejercicio de las libertades individuales, ya que a su criterio esta regulación legal es precisa, mas no los principios y valores de la Constitución neoconstitucional que a su criterio es invasiva por moralista.

El alumno por una parte cita a Luigi Ferrajoli para explicar la diferencia entre vigencia y validez (p. 31), para denotar de alguna forma, aunque no expresa, que algunas disposiciones de Ley Orgánica de Comunicación (reglas que cuentan con vigencia) no serían compatibles con la Constitución (principios que determinan su validez); luego acude al concepto de los principios como "mandatos de optimización", es decir de imperativos que se cumplen acorde a las posibilidades fácticas y jurídicas como expone Robert Alexy (p. 32); y, luego recurre a Jürgen, Habermas para referir que verdadera la libertad es el "reconocimiento intersubjetivo" entre las personas (p. 33) procurándose que " la libertad individual personal y sus intereses particulares...se transformen en el interés del todo" (p. 34). Es decir el estudiante analoga a estos tres autores, cuando sus tesis son distintas, incluso Ferrajoli ha sido crítico de Alexy porque a su criterio vincula el Derecho con la moral [4], así como Habermas contradice a Alexy en el uso de la ponderación.[5]

1 **Gustavo Zagrebelsky, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, trad. de Marina Gascón Abellán, Madrid, Trotta, 4a. ed., 2004, p. 125, expone:**"La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos, hace que no puede existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación. La concordancia práctica ...el balance de bienes jurídicos dirigido por el principio de proporcionalidad... entran en este enfoque... Quizás la única regla formal de la que quepa hablar sea la de la optimización posible de todos los principios...Por lo demás es propio de los principios y los valores relativizarse a fin de poder conciliarse recíprocamente"

2 **Susanna Pozzolo, «Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución», en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., El cánon neoconstitucional, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 227, expone:** "en el neoconstitucionalismo...la Constitución es una dirección vinculante, es ordenamiento de valores estructurados que dominan el desarrollo de la legislación (por ejemplo G. Zabrebelsky) ...En efecto, los principios de justicia, antes relegados al papel de proclamaciones políticas sin una fuerza real vinculante, en la Constitución neoconstitucionalista encuentran una directa fuerza obligatoria y se convierten en tareas de los poderes públicos: para ser legítima, la acción de los poderes tiene que resultar conforme a los valores y principios expresados por la Constitución...En ese contexto, el mito de una jurisdicción mecanicista se tiene que disolver definitivamente. Se trata de una transformación del papel de la jurisdicción".

3 **Paolo Comanducci, «Constitución y neoconstitucionalismo», en Miguel Carbonell y Loenardo García Jaramillo, edit., El cánon neoconstitucional, p. 186 y 187, expone:** "El neoconstitucionalismo ideológico no se limita a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y los defiende ...algunos de sus promotores (pienso, por ejemplo en Alexy, Campbell, Dworkin y Zagrebelsky) entienden que en los ordenamientos democráticos y constitucionalizados contemporáneos se produce una conexión necesaria entre derecho y moral ...la particular manera de aplicar las normas configuradas como principios, o sea la ponderación de los principios caso por caso, a falta de una jerarquía estable y general entre los principios, aumenta también la discrecionalidad de los jueces y la indeterminación ex ante del derecho (Guastini) ..La tesis neoconstitucionalista es que cualquier decisión jurídica, y en particular la decisión judicial, está justificada si se deriva, en última instancia, de una norma moral"

4 **Alfonso García Figueroa, «Entrevista a Luigi Ferrajoli», en Miguel Carbonell y Pedro Salazar edit., Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM / Trotta, 2005, p. 519, Ferrajoli contesta:** "en Alexy tengo la impresión de que se puede advertir una especie de cognitivismo ético, o cuando menos, la sustancial negación de la separación entre derecho y moral que representa un corolario del positivismo jurídico"

5 **Jürgen, Habermas, Faktizität und Geltung, 4a. ed., Fràncfort del Meno, Suhrkamp, 1994, p. 315-316, crítica a la ponderación de Alexy:** "porque hace falta parámetros racionales para ello, la ponderación se ejecuta arbitraria o irreflexivamente según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado", en: https://www.researchgate.net/profile/Manuel_Castillo_Luna_Briceno/publication/302988928_Teoria_sobre_los_derechos_fundamentales_de_Robert_Alexy/links/5734b4c008ae9f741b280230/Teoria-sobre-los-derechos-fundamentales-de-Robert-Alexy

Por lo tanto el alumno no define la teoria neoconstitucional que sigue para categorizar a la libertad de expresión como un principio o una regla.

Al respecto cabe precisar que en el paradigma neoconstitucional la distinción entre principios y reglas es fundamental, un principio es un postulado axiológico supremo y una regla es una regulación normativa operativa, por lo tanto no se pueden confundir su calidad jurídica. El principio tiene fuerza constitutiva y la regla es regulable; denotándose que en la investigación no se ha definido si las disposiciones del ordenamiento jurídico que desarrollan la libertad de expresión atañen principios o reglas, lo que es trascendental ya que funcionan con su propia mecánica.

Es decir no es expresa la tesis a la que el alumno acude para categorizar a la libertad de expresión como un principio, sin embargo el estudiante afirma: "Entendiendo al derecho a la libertad de expresión como un principio que puede colisionar con otros derechos....es necesario analizar la manera en cómo los jueces emiten un pronunciamiento judicial analizando las reglas de la argumentación neoconstitucionalista" (p. 41), y siguiendo a Robert Alexy expone "no es posible que un método de resolución de conflictos aplicables a reglas jurídicas sea también aplicable a los principios, debido a sus diferencias, es por ello que es necesaria una ponderación" (p. 42).Ello conlleva a que al no haber definido el alumno la teoría que sigue, de la que se desprenda la tesis para categorizar a la libertad de expresión como un principio o una regla, tampoco se vislumbre el método para solucionar el problema jurídico.

En este contexto se debe anotar que cada problema jurídico se supera con el método pertinente a su propia dimensión, conforme la "hermenéutica neoconstitucional tridimensional" para establecer la categorización del problema jurídico en el ámbito normativo, axiológico o fáctico; la configuración como una incompatibilidad normativa, inadecuación axiológica o inconsistencia fáctica; y, la delineación del método pertinente para solucionar una antinomia de normas, superar una colisión de derechos mediante la optimización o ponderación de principios, o medir la razonabilidad y proporcionalidad de la medida (Ver Diego Mogrovejo, Los presupuestos de la acción extraordinaria de protección control del rol del juez en el neoconstitucionalismo garantista, Serie Magister N° 160, Quito, Corporación Editora Nacional y Universidad Andina, 2014, p. 31 y 32).

En la disertación se asimila a la proporcionalidad con la ponderación (p. 43) y se establece una escala de valoración para el efecto (p. 45) . Al respeto si bien el test de proporcionalidad implica el análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta, que jurídicamente implica que la ponderación solo operaría luego de la proporcionalidad (Ver Alexy, La fórmula del peso, p. 15), la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, distingue a la proporcionalidad (Art. 3 No. 2) de la ponderación (Art. 3 No. 3), y la Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador N° 048-13-SCN-CC publicada en la Gaceta Constitucional 004 de 23 de septiembre de 2013 lo hace desde la jurisprudencia.

En este sentido procedía el análisis de los 3 casos expuestos desde el ejercido de la ponderación como un ejercicio en concreto, identificando los principios contrarios y mediante la fórmula de peso, ya sea la fórmula diferencial a través de la resta entre los valores obtenidos en la escala triádica de valoración: leve:1, media:2 y grave:4, es decir Pc: P1-P2, Pc: afectación-importancia, o la fórmula extendida mediante la comparación de los valores obtenidos en la división de los principios con dos escalas: la indicada escala triádica de importancia leve:1, media:2 y grave:4 multiplicada por la escala de seguridad de la afectación: improbable ¼ , plausible ½ y seguro 1, dividida para el valor del principio contrario, es decir comparar el valor del P1: importancia x seguridad de la afectación de P1 dividida para el valor de importancia x seguridad de afectación de P2, con el valor del P2: importancia x seguridad de la afectación de P2 dividida para valor de importancia x seguridad de afectación de P1 (Ver Alexy, La fórmula del peso, p. 30 y 40, Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador N° 002-09-SAN-CC publicada en RO S 566 de 09 de abril de 2009)

Con esta aplicación el estudiante habría respaldado de una mejor manera sus afirmaciones, demostrando en cada caso cómo debía hat ponderado la Corte Constitucional, mas no afirmar de forma general: "al momento de la aplicación de un método ponderativo de satisfacción/ponderación de derechos este no fue realizado...fue hecha a luz de un método de subsunción" , tanto para el caso analizado de la Sentencia 048-13-SEP-CC (p. 50) y para el caso analizado de la Sentencia No. 047-15-SIN-CC (p. 55); así como era necesario la aplicación concreta de la fórmula de peso para sostener de una mejor forma sus afirmaciones con respecto al caso analizado de la Sentencia 003-14-SIN-CC, cuando concluye: "a diferencia de los problemas jurídicos establecidos en las demás sentencias, la Corte Constitucional utiliza el método de la ponderación para poder realizar un razonamiento de argumentación jurídica. No obstante existen deficiencias en su uso" (p. 63), así como cuando expone: "la Corte Constitucional realiza un examen de proporcionalidad en estricto sentido, en relación a la tutela con los derechos en colisión" (p. 67).

Con el reconocimiento al esfuerzo investigativo del alumno, estimo que sus conclusiones finales en cuanto a que: "el constitucionalismo se presenta como una alternativa al modelo positivista ... el método de la ponderación o también llamando de la proporcionalidad es el más adecuado para actuar en caso de conflicto de derechos... La Corte superó en todos los problemas jurídicos los parámetros positivistas, mientras que en lo relacionado a los parámetros neoconstitucionalistas, era recurrente el uso de la idoneidad y en un solo parámetro la utilización de la proporcionalidad en estricto sentido"(p. 69 y 70), debían respaldarse definiendo la teoría neoconstitucional que sigue, determinando si la libertad de expresión desde las disposiciones del ordenamiento jurídico que la desarrollan atañen principios o reglas, y demostrando el ejercicio concreto de la ponderación mediante la formula de peso en cada caso de colisión entre la libertad de expresión y los otros derechos.

Por estas puntualizaciones asigno a la presente disertación la nota de 8/10.

Atentamente,

Msc. PhD (c) Diego F. Mogrovejo J.
Profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE

Quito, 7 de agosto de 2017

Sary: Por favor agregar a la carpeta del estudi
Gracias
07/08/2017

Dr. Gonzalo Vaca
Secretario Abogado
Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

De mi consideración:

En mi calidad de Profesor Informante me permito adjuntar el informe sobre la Disertación de Abogacía titulada: "Argumentación Jurídica en Materia de Libertad de Expresión en la Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana".

Dicha disertación, previa a la obtención del título de Abogado, tiene una calificación de 8 sobre 10 puntos.

Muy atentamente,

Pablo Campaña
Profesor Informante

Recibido 7 agosto 2017

INFORME SOBRE LA DISERTACION DE ABOGACIA TITULADA "ARGUMENTACION JURIDICA EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESION EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA"

La disertación "Argumentación Jurídica en Materia de Libertad de Expresión en la Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana" tiene por objetivo determinar si la argumentación de las decisiones constitucionales sobre libertad de expresión utiliza técnicas de interpretación positivistas o neoconstitucionalistas.

Aspecto Cualitativo

El autor de la disertación encara un problema teórico de dificultad. Se propone identificar la naturaleza de una decisión constitucional que se puede llamar positivista y luego las características de una que se llamaría neoconstitucional. Posteriormente, analiza una selección de sentencias relacionadas al derecho a la libertad de expresión, observando específicamente el modo en que la Corte Constitucional argumentó cada fallo. Finalmente, evidencia cómo la mayoría de sentencias correspondieron a interpretaciones positivistas.

Se pueden observar, al menos, tres aspectos que pudieron haber sido desarrollados con mayor precisión. En primer lugar, hizo falta un contexto social y jurídico sobre la vigencia del derecho a la libertad de expresión en el Ecuador. El país ha generado una serie de modificaciones jurídicas e institucionales al respecto, que a su vez, han producido debate y críticas en instancias internacionales de derechos humanos. Una mínima mención era necesaria.

En segundo lugar, deja que desear la muestra de tres sentencias que se tomó para estudiar la jurisprudencia constitucional sobre libertad de expresión. No solo es corta, sino que no se explica por qué se considera que estas decisiones -y no otras- tuvieron relevancia social. Además, usa fallos de distinta naturaleza (sobre inconstitucionalidad, acciones extraordinarias de protección). Esta diversidad junta elementos que no siempre son comparables.

En tercer lugar, hay una desconexión entre el marco teórico y el análisis de la jurisprudencia. Esto es especialmente cierto cuando se sintetiza la teoría de sistemas de Niklas Luhmann (y su aplicación en el derecho) pero sus planteamientos no pernean el resto de la disertación. Los planteamientos de Luhmann solo aparecer en la primera parte del capítulo 1 para reaparecer en las conclusiones finales.

Fuera de estas falencias, que estoy obligado a observar como informante, debo destacar la claridad argumentativa del texto. También la sana ambición de estudiar los métodos de interpretación, uno

de los aspectos más complejos y sensibles de la teoría jurídica. Es rico el uso de referentes teóricos del derecho constitucional contemporáneo y la muy especializada bibliografía que ha estudiado el desempeño de la Corte Constitucional ecuatoriana.

Calificación

Por las razones aquí expuestas, la disertación previa al título de abogado titulada la "Argumentación Jurídica en Materia de Libertad de Expresión en la Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana" tiene la calificación de 8 sobre 10 puntos.

AGRADECIMIENTOS

A mi madre Julieta, por las horas de alegrías y tristezas que tuvimos que sobrevivir, por además enseñarme el valor de la constancia, dedicación y amor a una tarea como es la de vivir.

A mi padre Celso, por los valores inculcados en mi persona desde tempranas etapas de mi vida, sin los cuales no habría podido afrontar las adversidades con la frente en alto.

A mi hermano Jordy, con quien camino por la senda del crecimiento y la maduración, no solo físico sino también espiritual y moral, por además haberme demostrado que, con trabajo duro, es posible cumplir cualquier meta.

A mi director de tesis Efrén, por haberme enseñado que la minuciosidad, lo simple y lo concreto, son las herramientas más eficaces para llegar a los oídos y entendimiento de quienes leen esta disertación.

Finalmente, y no dejando de lado, al Centro de Derechos Humanos, por haberme acogido en los momentos en los cuales definía la razón de mi vida profesional, además por enseñarme que la lucha por los derechos humanos se la pelea cada día, en cualquier momento.

DEDICATORIA

Dedico esta disertación a todas aquellas personas que, estando conscientes o no, fueron partes imprescindibles en la realización de la misma. A mis padres, hermano, amigos y todas las demás personas que mi frágil mente ha olvidado nombrar. A mis amigos de colegio: Steve, Xavier, Marcelo, David, Edwin, Gilbert, con los cuales aprendí el valor de la amistad y la pertenencia a la hermandad llamada Colegio San Gabriel. A mis amigos de la Universidad: José, Camilo, Lenin, Jhonny, Steven, con quienes descubrí que no solo los amigos del colegio pueden ser para siempre. A mis amigos del Centro de Derechos Humanos: José, Felipe, Michelle, Mario, Efrén, Paula, Sthepannie, Pachelo y Yendy, con quienes recorrí el mundo de la defensa de los derechos humanos. Finalmente, a Cristina, por apoyarme cada día en la elaboración de esta tesis, presencia sin la cual este trabajo no hubiera sido posible.

ABSTRACT

With the validity of the Constitution of 2008 and with the application of the neoconstitutionalist model, the legal argument made by the Constitutional Court has taken a turn. This new model tries to surpass its predecessor (the legal positivist). It is therefore the subject of this dissertation to verify if the previous model was actually overcome in the field of legal-constitutional argumentation. For this task, a triple analysis has been proposed. On the one hand, to know the performance of positivism at the level of society and its role in the field of law, through the systems theory proposed by Niklas Luhmann. Subsequent to this, we will study neoconstitutionalism in Ecuador and the role of the Constitutional Court in this, so as to be able to elucidate its relationship with fundamental rights, more specifically with the right to freedom of expression. Finally, we will proceed to analyze judgments issued by the Constitutional Court regarding this right, to find out if judges use positivist or neo-constitutionalist techniques in their jurisprudential reasoning.

This is intended to be a dissertation that address through a formal study the background of judicial decisions, attending only to the methodological reasoning of these.

RESUMEN

Con la vigencia de la Constitución del 2008 y con la aplicación del modelo neoconstitucionalista, la argumentación jurídica realizada por la Corte Constitucional ha tomado un giro. Este nuevo modelo intenta superar a su predecesor (el positivísimo jurídico); es pues, materia de esta disertación, comprobar si el modelo anterior fue realmente superado en el campo de la argumentación jurídico-constitucional. Para tal tarea se ha propuesto un triple análisis: por un lado, conocer la actuación del positivismo a nivel de la sociedad y su papel en el campo del derecho, por medio de la teoría de sistemas propuesta por Niklas Luhmann. Posterior a esto, se estudiará al neoconstitucionalismo en el Ecuador y del papel que posee la Corte Constitucional en este, para así poder dilucidar la relación de aquel con los derechos fundamentales, más específicamente con el derecho a la libertad de expresión. Finalmente, se procederá a analizar sentencias emitidas por la Corte Constitucional, en materia de este derecho, para descubrir si los jueces utilizan técnicas positivistas o neoconstitucionalistas en su razonamiento jurisprudencial.

Esta pretende ser una disertación que aborde, mediante un estudio formal, el trasfondo de las decisiones judiciales, atendiendo únicamente al razonamiento metodológico de estas.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN 1

1.1 Consideraciones previas 1

1.2 Objetivos 2

1.3 Problema de investigación 3

1.4 Hipótesis 3

1.5 Marco metodológico 4

2. CAPÍTULO I: PARADIGMA POSITIVISTA JURÍDICO 8

2.1 ¿Qué es la Teoría de Sistemas? 8

2.2 ¿Cómo funciona la Teoría de Sistemas? 9

2.3 ¿Por qué es necesaria en el ámbito del Derecho? 12

2.4 Modelo de argumentación jurídico-positivista 17

2.4.1 Procedimiento de argumentación jurídica abstracto 18

2.4.2 Procedimiento de argumentación jurídica concreto 21

3 CAPÍTULO II: PARADIGMA NEOCONSTITUCIONALISTA 23

3.1 ¿Qué es el neoconstitucionalismo? 23

3.2 Neoconstitucionalismo en Ecuador: la Corte Constitucional 25

3.2.1 Constitución del 2008 26

3.2.2 Neoconstitucionalismo y la Corte Constitucional del Ecuador 28

3.3 Neoconstitucionalismo y derechos humanos 30

3.3.1 El derecho a la libertad de expresión 32

3.3.2 Sobre los principios y la argumentación jurídica 38

3.4 Modelo de argumentación neoconstitucionalista 41

3.4.1 Examen de proporcionalidad en sentido estricto 44

4. CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA SOBRE SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL 46

4.1 Caso 1: Sentencia de acción extraordinaria de protección Nro. 048-13-SEP-CC, dictada el 31 de julio del 2013, dentro del caso Nro. 0169-12-EP 46

4.1.1Resumen de hechos relevantes 46

4.1.2 Argumentación jurídico- constitucional..... 47

4.2 Caso 2: Sentencia de inconstitucionalidad de actos normativos Nro. 047-15-SIN-CC, dictada el 23 de septiembre del 2015, dentro del caso Nro. 0009-12-IN 50

4.2.1 Resumen de hechos relevantes 51

4.2.2 Argumentación jurídico- constitucional..... 52

4.3 Sentencia de inconstitucionalidad de actos normativos Nro. 003-14-SIN-CC, dictada el 17 de septiembre del 2014, dentro de los casos acumulados **N**ros. 0014-13-IN, 0023-13-IN y 0028-13-IN 58

4.3.1 Resumen de hechos relevantes 58

4.3.2 Argumentación jurídico- constitucional..... 59

4.4 Análisis comparativo 67

5. CONCLUSIONES..... 69

6. BIBLIOGRAFÍA..... 71

7. REFERENCIAS 78

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Consideraciones previas

El fin de esta disertación es enunciar el contenido del derecho a la libertad de expresión y sus alcances jurisprudenciales según las teorías contemporáneas de argumentación jurídica en materia de derecho constitucional ecuatoriano. Esta labor se logrará poniendo como contraste a la lógica de argumentación jurídica expuesta por las teorías positivista y neo constitucionalista.

Para poder comprender lo anterior mencionado, es necesario contextualizar la problemática planteada. Debido a que el positivismo ha abarcado grandes períodos en la historia del constitucionalismo mundial (Zagrebelsky, 2011, pág. 25), es que la base de actuación y compresión del ser del derecho se ha basado en la mera comprensión de la legalidad, como fuente primaria de la interpretación normativa (Ávila Santamaría, 2008, pág. 56). Es necesario un replanteamiento –por medio de una investigación a nivel de filosofía jurídica, teoría del derecho y sociología jurídica (Santos, 2009, pág. 47)- que reconstruya algunas de las bases de compresión actual del derecho, para dotar al campo de la argumentación jurídica de un adecuado campo de aplicación (Atienza, El derecho como argumentación : concepciones de la argumentación, 2012, pág. 120).

Los derechos fundamentales -vistos éstos por el positivismo como reglas estáticas de interpretación subsuntiva- han sido limitados (Zagrebelsky, 2011, pág. 45). Mediante el constitucionalismo contemporáneo es que se podrán dilucidar los postulados que facilitarán la compresión de los derechos, en el ámbito de la argumentación jurídica, que permitan la futura reconversión en un acorde con las nuevas necesidades sociales (Comanducci, 2009).

Para lograr lo anterior mencionado, se ha propuesto una división de este estudio. En primer lugar se estudiará, de manera general, el funcionamiento del sistema positivista a la luz de la teoría sociológica del funcionalismo estructural sistémico de Niklas Luhmann, debido a que esta teoría se ha mostrado como la más útil para comprender el funcionamiento formal del sistema jurídico (Luhmann, 1990, pág. 35). De este análisis teórico se podrán obtener las premisas necesarias para poder comprender el funcionamiento positivista en el ámbito estrictamente jurídico, más específicamente en

el ámbito de la argumentación jurídica. Logrado este punto, se evidenciará una técnica de argumentación jurídica compatible con el modelo positivista y que servirá para un futuro análisis jurisprudencial.

Como segundo punto se propone evidenciar los postulados centrales del neo constitucionalismo, que servirán de base para enunciar el contenido material del derecho a la libertad de expresión[1]. Fruto de este estudio se obtendrá una técnica de argumentación jurídica compatible con el neoconstitucionalismo, y que servirá para el estudio de análisis de sentencias.

Posterior a lo anterior esquematizado se realizará un breve estudio del neoconstitucionalismo ecuatoriano, centrado exclusivamente en el papel de la Corte Constitucional, debido a que, según la Constitución ecuatoriana en su art. 436, es el máximo órgano de interpretación de los derechos fundamentales.

Finalmente, será pertinente utilizar los modelos de argumentación positivista y neoconstitucionalista evidenciados, para poder utilizarlos en el análisis a sentencias emitidas por la Corte Constitucional, y lograr así encasillar al análisis de argumentación jurídica, hecho por los jueces constitucionalistas, en el primero o en el segundo modelo, para determinar el modelo predominante de argumentación de la Corte. Todo esto se logrará mediante la esquematización de parámetros o características principales de cada modelo que servirán para dicha catalogación.

1.2 Objetivos

Según lo expuesto en las consideraciones previas, se ha dilucidado un objetivo principal de esta disertación, de igual manera dos secundarios a este, y que servirán de apoyo al mismo.

El objetivo principal es el siguiente: descubrir el modelo de argumentación jurídica utilizado por la Corte Constitucional, en materia de libertad de expresión, por medio de la comparación de los métodos positivista y neo constitucionalista. Los secundarios a este son, por un lado, conocer el modelo positivista, por medio del estudio de sus postulados

[1] Con el contenido material se hace referencia a la definición, alcances y limitaciones del derecho a la libertad de expresión.

fundamentales, para dilucidar un método compatible de argumentación jurídica y, por el otro, conocer el modelo neoconstitucionalista, por medio del estudio de sus postulados fundamentales, para dilucidar un método compatible de argumentación.

1.3 Problema de investigación

Es pertinente analizar brevemente lo sucedido en la realidad judicial ecuatoriana para contextualizar la problemática de argumentación jurídica. Según Angélica Porras y Adriana Romero, en el período de la Corte Constitucional comprendido entre los años 2008 y 2011 la jurisprudencia constitucional ha mantenido falencias de argumentación, en cuanto a la adecuada identificación de la ratio decidendi (Porras y Romero, 2012, pág. 75), y problemas de vinculación entre los diferentes puntos controvertidos con las razones de sustento de las decisiones (Porras & Romero, 2012, pág. 270). Estos puntos son los que permiten formular una interrogación acerca de si la Corte Constitucional está haciendo un examen adecuado de argumentación jurídica en casos constitucionales (Escobar, 2008, pág. 56). Es debido a este contexto que es necesario realizar un estudio de forma acerca del razonamiento jurisprudencial en la Corte.

Sumado a lo anterior y revisando la normativa ecuatoriana, el art. 429 de la Constitución, menciona que la Corte Constitucional es el órgano encargado de interpretar la Carta Magna, así mismo, según el art. 436 numeral 1 de la misma normativa, es la entidad que debe velar por la interpretación de los derechos allí contenidos. Si se analiza el párrafo anterior y se descubre que dentro de sus decisiones la Corte tiene falencias de argumentación jurídica, es necesario encontrarlas y estudiarlas adecuadamente (Grijalva, 2012, págs. 15-45); esto se logrará por medio de la contrastación entre los métodos utilizados por la Corte en su razonamiento judicial.

1.4 Hipótesis

La hipótesis planteada para esta disertación es la siguiente: La Corte Constitucional utiliza técnicas positivistas de argumentación jurisprudencial para resolver casos referidos a libertad de expresión. Al respecto, es pertinente mencionar que para logar

confirmar o rechazar la hipótesis será necesario contrastar las mencionadas técnicas de argumentación jurídica a la luz de un análisis de sentencias emitidas por la Corte Constitucional.

1.5 Marco metodológico

Una vez determinados los objetivos y la hipótesis a ser estudiada, es necesario definir el procedimiento que va a ser utilizado para comprobar o reprobar dicho hipotético. *"Este procedimiento es también conocido como el diseño metodológico de la prueba, el cual incluye la técnica a ser utilizada como eslabón principal en el procesamiento de la información"* (Pardinas, 2000, pág. 45). En otras palabras, *"el diseño señala al investigador lo que debe hacer para alcanzar sus objetivos de estudio, constatar las interrogantes plateadas y analizar la certeza de las hipótesis formuladas"* (Cortés, 2012, pág. 53).

Entonces, para proceder a desarrollar el diseño metodológico de la disertación, tal y como indica el párrafo anterior, en necesario establecer la técnica principal a ser utilizada. Para este plan, se ha elegido el método de estudios correlacionales. Esta técnica implica:

> *"medir el grado de relación entre dos o más conceptos o variables para después analizar la correlación. La utilidad principal de estos estudios es saber cómo se puede comportar un concepto o variable, conociendo el comportamiento de una u otras variables correlacionadas, es decir, intentar predecir el valor aproximado que tendrá un grupo de individuos en una variable, a partir del valor que tienen en una variable o variables relacionadas"* (Cortés, 2012, pág. 56).

Aplicando el concepto al estudio en concreto, las variables elegidas para la correlación son: positivismo y neo constitucionalismo, en la medida en que sus técnicas de argumentación jurídica son las más difundidas a nivel constitucional (Ávila Santamaría, 2012, pág. 120). Debido a la complejidad de estas variables, para poder lograr una medición adecuada de éstas, es necesario primero conceptualizar sus postulados en materia de argumentación jurisprudencial. Es decir, la manera en cómo actúa cada variable actuará como determinante al momento de obtener un producto o ratio jurisprudencial. Según lo determinado en las consideraciones preliminares, para poder

realizar esto es necesario conocer los métodos de argumentación jurídica, del positivismo y neoconstitucionalismo, para lograr establecer si una determinada sentencia constitucional fue argumentada bajo técnicas positivistas o bajo neo constitucionalistas, y así catalogarlas en una u otra variable. Es pertinente dejar sentado el hecho de que la aplicación de este método no tiene como finalidad desarrollar contenido material del derecho a la libertad de expresión en cada sentencia, sino analizar únicamente la metodología de razonamiento de los jueces debido a que esta pretende ser una disertación encaminada al análisis formal de un razonamiento jurisprudencial.

Especificando lo anterior mencionado, para que estas variables puedan actuar, es necesario definir las unidades de análisis. Estas son los *"objetos de estudio que van a medirse en una investigación"* (Cortés, 2012, pág. 60). En la presente disertación, las unidades de análisis serán las sentencias o decisiones judiciales (Hernández, 2000, pág. 125). Pero, para poder determinar un conjunto de sentencias, se debe identificar el universo de estudio de acuerdo a las siguientes características: contenido, materia, espacio, tiempo (Cortés, 2012, pág. 61).

En lo relacionado al contenido, por la naturaleza de la disertación, se procederá a identificar las sentencias que versen sobre libertad de expresión. En lo referente a la materia, solo aquellas sentencias dictadas por la justicia constitucional tendrán la relevancia necesaria. En cuanto al espacio, y debido a la naturaleza de esta disertación, se ha identificado a aquellas sentencias dictadas en el Ecuador. Finalmente, en lo concerniente al tiempo, se ha escogido las sentencias dictadas entre los períodos 2012-2015, que son los años en los cuales existen mayor número de sentencias sobre libertad de expresión (ver Tabla 1).

Ahora, una vez conocido el universo de estudio sobre el cual va a versar esta disertación, es necesario obtener la muestra de este universo para poder reducir el campo de estudio. La muestra puede ser definida como una porción del universo de estudio, pero esta muestra debe ser adecuada, en términos cualitativos y cuantitativos (Ludewig, 2017, pág. 3). En otras palabras, la muestra debe ser representativa del universo, es decir, que reúna las principales características de dicho universo (Ludewig, 2017, pág. 4). Dentro del presente estudio, por tanto, se debe descubrir -dentro del universo de sentencias sobre libertad de expresión, que han sido dictadas entre los períodos 2012-2015 por la Corte Constitucional- aquellas que correspondan a una muestra representativa. A continuación

se evidencia el universo de estudio de aquellas sentencias que cumplen aquellos requisitos, y sobre el cual se hará el escogimiento de la muestra:

Tabla 1

Resumen de sentencias en materia de libertad de expresión

Sentencias sobre Libertad de Expresión expedidas por la Corte Constitucional	
Año	Número de sentencias
2012	7
2013	4
2014	5
2015	5
Total	21

(Fuente: Observatorio de Justicia Constitucional, 2017)

Con respecto al universo antes mencionado, es necesario realizar un muestreo no probabilístico, es decir que las sentencias serán escogidas de modo deliberado de acuerdo a la característica importancia, es decir aquellas sentencias que representen al universo de acuerdo a su relevancia social (Ludewig, 2017, pág. 6). Según lo anterior mencionado, se han escogido 3 sentencias que cumplen las características de relevancia y representatividad, estas son:

1. Sentencia Nro. 0014-13-IN referente a la Acción de Inconstitucionalidad sobre la Ley Orgánica de Comunicación.
2. Sentencia Nro. 048-13-SEP-CC acerca de una Acción Extraordinaria de Protección.
3. Sentencia Nro. 047-15-SIN-CC acerca de una acción de inconstitucionalidad de normas del Código Penal Derogado.

Una vez determinada la muestra de análisis, es necesario justificar la metodología desarrollada. Para ello se procederá a probarla por medio de la confiabilidad del instrumento de medición. Esta *"se refiere al grado en que su aplicación repetida al*

mismo sujeto u objeto produce iguales resultados, y podría entenderse como la congruencia, precisión, objetividad y constancia de una investigación" (Cortés, 2012, pág. 84).

En primer lugar, esta metodología es congruente, debido a que las variables establecidas miden el mismo objeto, o sea las sentencias emitidas por la Corte Constitucional. Es decir, las sentencias que se pondrán a consideración se miden necesariamente por su grado de positividad o neo constitucionalidad. Asimismo, es precisa porque si es reproducible en futuros momentos, evidenciará los mismos resultados. Es decir, el análisis sometido de argumentación jurídico-jurisprudencial se basa en un estudio pormenorizado de los elementos que analizan las variables, es por ello que puede ser reproducido obteniendo idénticos resultados. Por otro lado es objetiva, porque se maneja con variables definidas, es decir las sentencias analizadas serán catalogadas como positivista o neoconstitucionalista. Finalmente, posee constancia debido a que el medio de medición no altera los resultados obtenidos, es decir el análisis arroja resultados, incluso si se optase por otro método. Por estas consideraciones la metodología propuesta es factible a ser aplicada en la presente investigación.

En conclusión, puesto que la definición de variables (positivismo, neoconstitucionalismo) es justificable para analizar sentencias de la Corte Constitucional, la metodología propuesta, consistente en estudios correlacionales, es aplicable a la presente disertación

2. CAPÍTULO I: PARADIGMA POSITIVISTA JURÍDICO

Según lo enunciado en al capítulo anterior, este capítulo intentará buscar las bases teóricas de actuación del modelo positivista. Para esta labor ha sido menester el hallar una teoría de análisis a niveles: social y jurídico. Esta es conocida como el Estructuralismo Funcional Sistémico (Luhmann , 1998). La preferencia del uso de esta teoría por sobre otras es el hecho de que estudia, de manera global, a la sociedad bajo un mismo razonamiento, es decir, es una teoría abarcadora con ambiciones de general (Izuzquiza, 1990, pág. 15). Sin embargo, para poder explicar la utilidad de dicha teoría en la argumentación jurídico-constitucional, es necesario responder algunas preguntas referentes a la misma: ¿Qué es la teoría de sistemas?; ¿Cómo funciona? y; ¿Por qué es necesaria en el ámbito del Derecho?

2.1 ¿Qué es la Teoría de Sistemas?

Para responder a la pregunta formulada, es imperativo dejar sentado el hecho de que esta teoría nació a partir de la descripción –en términos sociológicos- del funcionamiento de la sociedad dentro de un ambiente contemporáneo. El teórico más importante de esta es Niklas Luhmann (Morales F. , 2012, pág. 35).

Así pues, la teoría de sistemas puede ser entendida un conjunto de postulados, de carácter sociológico, que intentan explicar el funcionamiento de toda la sociedad (Eguzki , 2017, pág. 3). Sin embargo, esta teoría posee una particularidad: afirma que el ser humano no es el centro de la sociedad (Arriaga, 2017, pág. 5). Al respecto, Luhmann menciona que la sociedad se ha complejizado de tal manera que esta opera incluso prescindiendo del mismo ser humano (Eguzki , 2017, pág. 6), por tanto, los elementos que conforman el sistema social son el ingrediente principal para su correcto funcionamiento (Arriaga, 2017, pág. 15).

Sumado a lo anterior, esta teoría es considerada positivista, entre otras razones, debido a que los elementos que componen el sistema poseen reglas determinadas que permiten un funcionamiento perfectamente independiente de la voluntad humana (Brandão , 2017, pág. 104). En otras palabras, los elementos del sistema social operan

debido a parámetros fijos y objetivos, que eliminan la posibilidad de fallo de la subjetividad humana (Brandão , 2017, pág. 100).

Estos postulados anteriormente vertidos son importantes, debido a que la sociedad se divide en varios subsistemas: la economía, la política, el derecho entre otros; los cuales poseen las mismas características de funcionamiento de la sociedad (Eguzki , 2017, pág. 8). Por tanto, es necesario comprender el funcionamiento de todos los elementos del sistema para dilucidar el papel del derecho dentro de la sociedad.

2.2 ¿Cómo funciona la Teoría de Sistemas?

Como se mencionó en el anterior acápite, la sociedad en sí se ha complejizado tanto que no ha necesitado directamente del ser humano para funcionar correctamente (Luhmann , 1998, pág. 237). Es por ello que es necesaria una teoría que *"busque la exigencia de generalidades, a un mismo tiempo, exigencia de abstracción y generalidad"* (Izuzquiza, 1990, pág. 42)**,** en otras palabras, una construcción que entienda la complejidad del sistema social, pero que pueda ser lo suficientemente general para que pueda explicar la problemática de la sociedad positivista.

Sin embargo, para comprender cabalmente lo anterior, es necesario esquematizar el funcionamiento de la sociedad, según esta teoría. En primer lugar, para Luhmann un sistema es *"un determinado conjunto de elementos que mantienen determinadas relaciones entre sí"* (Luhmann, 1997, pág. 5). Existen básicamente tres tipos de sistemas: biológicos (plantas y animales), psíquico-cognoscitivos (el ser humano), y sociales; entendidos éstos como ambientes totalmente separados dentro de las interacciones individuales con que éstos trabajan (Veron, 2002, pág. 75). Debido a la naturaleza de esta disertación se hará únicamente referencia al último mencionado.

Así, en lo referente al sistema social, este se subdivide en varios subsistemas como la economía, la política y el derecho, todos *"ellos sistemas cerrados en sí mismos, cuya clausura es condición de su existencia y de su incesante creatividad"* (Izuzquiza, 1990, pág. 158). En otras palabras, cada subsistema produce información que le es útil únicamente para sí mismo y los procesos o relaciones que surgen al interior de cada subsistema es condición para su correcto funcionamiento (Brandão , 2017, pág. 102).

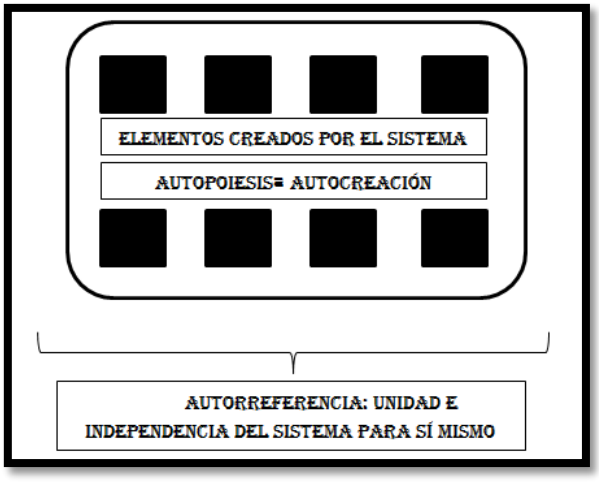
Sin embargo, los subsistemas positivos sociales, cerrados en sí mismos, no pueden realizar la producción sin un proceso llamado autorreferencia. Esta *"es la unidad para sí de un elemento, de un sistema, de un proceso"* (Morales F. , 2012, pág. 75), en otras palabras, significa unidad del sistema y de sus elementos entre sí; unidad que surge para el interior del sistema (Luhmann, 1990, pág. 55). Es debido a este proceso que los subsistemas son cerrados.

Concatenando con lo anterior, la autorreferencia resulta incompleta si no se relaciona con la autopoiesis (Luhmann, 1990, pág. 24). Esta *"significa autoproducción, producción propia, actividad propia"* (Izuzquiza, 1990, pág. 110). Se complementa con la autorreferencia en la medida en que *"la operación de un sistema, mediante la cual el sistema crea sus propias unidades y su propia estructura (...), crea no sólo su propia estructura, sino también los elementos de que se compone"* (Morales F. , 2012, pág. 111). En otras palabras, mientras que la autorreferencia convierte al sistema en cerrado, la autopoiesis lo convierte en autoproductor.

Para mayor comprensión de lo anterior, la Figura 1 esquematiza el proceso de funcionamiento de estos dos procedimientos. Los cuadros negros representan los elementos de cualquier subsistema social (política, economía, derecho), estos son creados al interior del mismo, debido a que son independientes de los demás subsistemas, es decir debido a su característica cerrada.

Figura 1

Funcionamiento interno de los subsistemas sociales



(Fuente: Izuzquiza, 1990)

Pasando a otro punto, como se mencionó en el anterior acápite la sociedad es compleja en sí misma, sin embargo, ¿qué es complejidad? Es la perpetua creación de los elementos sistema (Luhmann , 1998, pág. 47). Es decir, para que el sistema se complejice es necesario que produzca elementos constantemente; esto se logra por medio de la comunicación interna de un subsistema. Para Luhamnn la operación básica, por el cual los sistemas positivos son lo que son es la emisión de un mensaje por medio de dicha comunicación (Veron, 2002, pág. 56), esto significa tener la capacidad de seleccionar aquello elementos que le sirven (Luhmann, 1997, pág. 64). La comunicación y el mensaje tienen una estrecha relación en la medida en que ésta última *"es fruto (…) de una selección, pues sólo en tanto se intenta comunicar algo puede comunicarse lo que se ha elegido previamente"* (Izuzquiza, 1990, pág. 210).

El problema de que un sistema social sea complejo es que surge la cuestión de la incertidumbre, en cuanto a la emisión y recepción de un mensaje. Es decir, la comunicación (como proceso) y el mensaje (como producto) sólo pueden ser tales en tanto en cuanto puedan evitar una incertidumbre, es decir, un posible fallo en cuanto al mensaje que quiere transmitir a sus otros elementos.

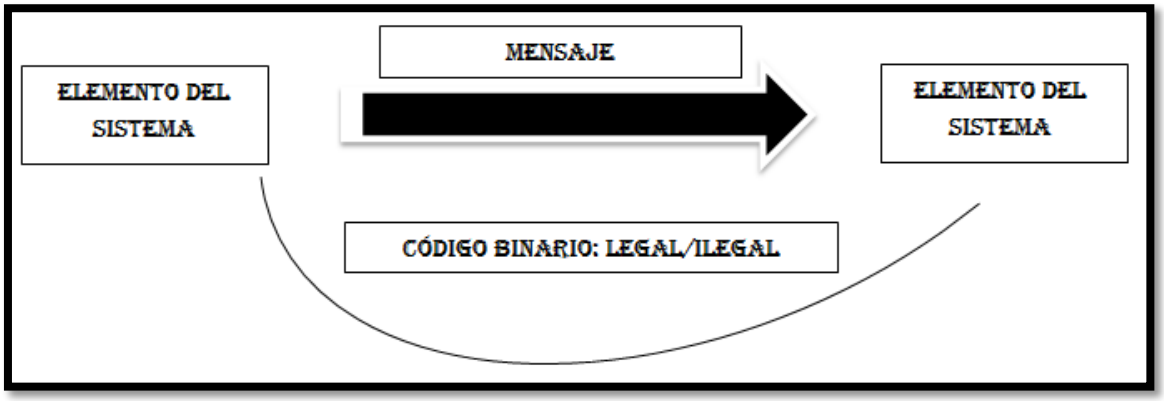
Al problema anterior, la teoría del estructuralismo funcional sistémico proporciona una posible solución, esta se denomina el código**.** "*Cada sistema que se comunica debe tener un código para poder procesar su entorno como información"* (Luhmann, 1997, pág. 108). El código es el nexo de comunión entre la comunicación y el mensaje. Puesto que sirve de base para que la comunicación se dé con éxito, necesita un sistema simple de funcionamiento: el código binario*, "es decir, (…) (este) no permite nunca un tercer factor que no se ajuste a lo indicado por las dos opciones propias de la oposición binaria"* (Izuzquiza, 1990, pág. 217) *(el paréntesis es mío).*

La interrelación entre comunicación y código con su producto final (el mensaje), proporciona al sistema la estabilidad para hablar de una constante generación elementos. La creación de información binaria, por tanto, permite la captación sin errores de aquellos elementos que se van a producir. A fin de cuentas, la codificación mediante la asignación de un código binario de comunicación, permite una homogeneidad de información circulante en el sistema (Luhmann , 1998, pág. 144). Así el sistema logra comunicarse evitando errores y manteniendo la continua producción.

En la Figura 2 se evidencia el proceso de comunicación entre los elementos del subsistema social. Para el proceso de producción de elementos de un subsistema, es necesario que los elementos se comuniquen entre sí mediante un código binario, para evitar errores dentro del mismo (Arriaga, 2017, pág. 8).

Figura 2

Proceso de comunicación de los elementos del subsistema social



(Fuente: Izuzquiza, 1990)

Los instrumentos conceptuales anteriormente esgrimidos permiten entender cómo la sociedad y sus subsistemas funcionan, según la teoría positivista luhmanianna. Sin embargo, es necesario explicar cómo dichos operan más específicamente dentro del Derecho, tarea del siguiente acápite.

2.3 ¿Por qué es necesaria en el ámbito del Derecho?

Como se ha analizado en acápites anteriores, para la teoría positivista luhmaniana, cada sistema se desarrolla y se complejiza por medio de las operaciones que éste realiza. No se puede hablar, de actividad social sino es por medio del establecimiento de relaciones y creación de información para el interior del sistema, así el derecho no es la excepción (Fontánez, 2016, pág. 4). Sumado a esto, *"como sistema que es, la sociedad se diferencia dinámicamente (…) en diferentes subsistemas sociales que le permiten cumplir determinadas funciones"* (Cárdenas, 2016, pág. 7). Uno de estos subsistemas es

el Derecho, es pues necesario analizar esta ciencia, bajo los postulados de la teoría de sistemas para comprender su actuación dentro de la argumentación jurídico-constitucional.

Reforzando la anterior idea, el Derecho, como parte de un subsistema social, utiliza todas las herramientas conceptuales mostradas en el anterior acápite. Para Luhmann, el sistema jurídico tiene sus fundamentos metodológicos y epistemológicos en la teoría de sistemas (Fontánez, 2016, pág. 2). Los fundamentos normativos y las pautas de actuación de éste pueden ser comprendidos mediante conceptos como autopoiesis, código y autorreferencia.

Asi, *"la particularidad propia del derecho como sistema social es su aspecto normativo. El derecho delimita un ámbito en el que se tratan las expectativas normativas de conducta y su generalización"* (Izuzquiza, 1990, pág. 292). En otras palabras, la norma es el fundamento basal del sistema positivo, con ella – a través del sistema legislativo- se crean las estructuras coercitivas suficientes para regular conductas previstas por ella. Esta manifestación de la voluntad positiva hace posible que todo aquello que está previsto en ella sea fundamento de la compresión misma del derecho (Cárdenas, 2016, pág. 6).

Por otro lado, una de las funciones primordiales del derecho positivo es la estabilización de las expectativas (legitimación) normativas. Esta se logra mediante la generación de condiciones en las dimensiones: temporal, objetiva y social (Cárdenas, 2016, pág. 4). La expectativa se estabiliza en la dimensión temporal mediante la formación de conductas que adquieran validez, es decir que puedan tener una duración extendida en el tiempo. Con respecto a la estabilización de la expectativa a nivel objetivo, ésta es independiente de la multiplicidad materia, esto se subsana debido a que un hecho social se objetiva por medio de la imposición de una norma fundamental generalizada. Finalmente, las expectativas se estabilizan en la dimensión social por medio de la institucionalización, se puede por tanto considerar un consenso general de estabilización sin necesariamente lograr un acuerdo por par te de todos los individuos, debido a que la sola normación legitima la aplicación de una legalización, logrando así un consenso social en supuesto (Cárdenas, 2016, pág. 5).

Así mismo, anteriormente se trató el hecho de que se puede hablar de una complejidad de los sistemas sociales. A partir de esta, los sistemas se autorreproducen (autopoiesis); mientras observan su propia actividad creadora pueden producir su propia

identidad (Basabe, 2016, pág. 4). Esta complejidad ocurre igualmente en el Derecho, un sistema complejo sólo puede llamarse a sí mismo como tal si sus elementos son captados y asimilados dentro del mismo sistema jurídico, para ello es necesario un código también llamado operacional, con el cual pueda traducirse los procesos sistémicos y adaptarlos al subsistema jurídico; este código operacional es entendido en la dualidad legal/ilegal (Fontánez, 2016, pág. 4). Es por estas consideraciones que la norma jurídica cumple esa cualidad cuando se ajusta al parámetro de legalidad, de lo contrario, será desechada por el propio sistema. (Basabe, 2016, pág. 5)

"El código propio del derecho es un código binario que viene dado por la diferencia (...) justo/injusto, legal/ilegal, ajustado a derecho/no ajustado a derecho" (Morales F. , 2012, pág. 89). Debido a su capacidad de comunicación con los elementos de su sistema, el derecho utiliza –al igual que los otros sistemas sociales- un código binario; logra una complementariedad no contradictoria entre aquello que es susceptible de ser plasmado en la norma y la producción final del mensaje en la misma norma.

A través de la dualidad legal/ilegal, el sistema jurídico positivo adapta los sucesos directamente relacionados con su operación, encasillándolos en las dos esferas; un evento jurídico bajo la óptica del positivismo sólo podrá estar o apegado a derecho o alejado del derecho. La catalogación de los eventos jurídicos en estas dos esferas produce un efecto de limitar el campo de actuación y adaptarlos a la relevancia de la racionalidad legal (Teubner, 1997, pág. 46). Para Fontanez Torres, la catalogación de los sucesos solo puede verse a través de la dualidad jurídico y meta jurídico, es decir, el sistema positivo solo acopla aquello que puede ser reducido a binarismo legal/ilegal, aquellos que no esté catalogado dentro de estas dos esferas es desechado del subsistema jurídico, debido a que no pertenece al panorama de lo real (Fontánez, 2016, pág. 4). En otras palabras, todos aquellos elementos meta jurídicos que no se ajustan son eliminados, por medio de su exclusión; ésta operación hace que el derecho positivo muestre una realidad selectiva, excluyendo otro tipo de racionalidades, a manera de una colonización de la fenomenología social (Fontánez, 2016, pág. 5).

Concatenando con lo anterior, el código de actuación jurídico hace posible que éste pueda mantener su clausura y su independencia con respecto de otros subsistemas; así, la positividad del derecho ha estado sometida a la independencia con que éste ha funcionado para sí mismo (Izuzquiza, 1990, pág. 294). Entonces, el código hace posible

entender la positividad misma del Derecho, debido a su margen de actuación con respecto a los conceptos de justo e injusto, predeterminados en el sistema normativo. En resumen, el derecho es un productor de estructuras internas, que a la vez producen procedimientos, los cuales son válidos únicamente al interior del sistema, es por ello que hablar de sistema autopiético es necesariamente referirse a la positividad del mismo (Cárdenas, 2016, pág. 4). Puesto que el derecho es la positivización del mismo mediante la creación de procedimientos, estos procedimientos a su vez son creadores de decisiones, sin embargo estas decisiones deben regirse bajo la esfera de la legalidad para ser consideradas como tal (Cárdenas, 2016, pág. 5). Por tanto, esta adaptación de las decisiones a la legalidad solo puede darse mediante la aplicación del código binario.

Ahora, para dilucidar la trascendencia de la asignación de un código binario, es importante comprender que la diferencia legal/ilegal permite la reproducción sistémica del Derecho. Esta categorización permite desarrollar el conjunto de normativa existente a través de diferentes decisiones de carácter jurídico (leyes, constitución, decisiones judiciales). Toda esta autoproducción permite que el derecho se valide a sí mismo, lo jurídico será entendido así, si el mismo subsistema jurídico lo considera como tal (Cárdenas, 2016, pág. 6). Así, la producción de decisiones del derecho positivo solo es posible mediante la actividad autopoiética, el sistema jurídico solo puede producir decisiones cuando positiviza las conductas mediante la asignación de la categoría justo o injusto, según sea el caso. Es imperativo reafirmarse en el hecho de que esta asignación se hace hacia adentro del mismo sistema, debido al antes referido auto clausura de los sistemas sociales (Cárdenas, 2016, pág. 10).

Pasando a otro punto central de este acápite, un concepto clave para compresión luhmanniana de la actuación del sistema jurídico es el de los derechos fundamentales. Estos dan inicio a la fundamentación metodológica del sistema jurídico en la medida en que proporcionan los frenos positivos necesarios para las injerencias externas (sean estas humanas o sistémicas). Estos derechos son *"la institucionalización (que) supone siempre la generalización de las expectativas que llevan al establecimiento de consenso, de modo que pueda ser reducida la complejidad de la acción social"* (Izuzquiza, 1990, pág. 296) (el paréntesis es mío).

Asimismo, bajo el paradigma positivista, los derechos fundamentales pueden ser comprendidos también como:

> *"piezas o instituciones técnicas del sistema social (estructuras intrasistemáticas) constituidas por un conjunto de expectativas de comportamiento sostenidas por el consenso, y que operan en el sistemas social como filtros y límites técnico-jurídicos frente a la tendencia expansiva del Estado o sistema político, garantizando la diferenciación y la operatividad del sistema jurídico"* (Montoro, 2016, pág. 9).

Sin embargo, el consenso antes mencionado es un proceso de selección y autoproducción interna del mismo sistema normativo, por tanto la concepción positivista de los derechos fundamentales estaría condicionada a la adecuación al concepto de pura validez. *"Los derechos fundamentales permiten establecer consensos independientemente de cualquier decisión. Funcionan siempre como defensas ante cualquier injerencia externa al mismo sistema jurídico. (…) no son nunca dependientes de una concepción moral del sujeto humano o de una concepción ontológica al modo iusnaturalista*" (Montoro, 2016, pág. 15).

En conclusión, el subsistema derecho, para Luhmann, puede ser visto de la siguiente forma: *"es todo el conjunto de leyes, decisiones, normas, etc., dictadas por la práctica del sistema jurídico, que fijan las condiciones de desarrollo y de aplicación del código; es decir, el conjunto de normas y procedimientos que hacen que algo sea considerado justo, legal, ajustado a derecho o no"* (Luhmann , 1998, pág. 145). La legitimación de las normas es producto del propio sistema normativo, así legitimidad y validez son vistas como sinónimos para el sistema positivista jurídico, por tanto esta legitimación *"se la realiza en el interior del mismo sistema jurídico"* (Ortiz Ocaña, 2016, pág. 76).

Después de haber comprendido el funcionamiento interno del sistema jurídico-positivo, y para fines de esta disertación, es pertinente evidenciar un modelo de argumentación jurídica que sea compatible con las premisas anteriormente presentadas para así lograr adecuarlo al análisis de sentencias constitucionales.

2.4 Modelo de argumentación jurídico-positivista

Para poder comprender el modo en que el positivismo actúa a nivel de argumentación jurídica, es pertinente esgrimir un modelo que sea compatible con el uso del código binario justo/injusto, por el cual se pueda evidenciar los patrones de actuación de los jueces en su quehacer judicial. Para esta tarea se ha escogido el modelo de argumentación interpretativo-subsuntivo de Juan Antonio García Amado, debido a que este se adapta al código binario mencionado y al modelo luhmanniano de sistemas (García Amado, 2007).

Antes de entrar de lleno en el estudio de este modelo es necesario definir los términos subsunción e interpretación. La subsunción, en el ámbito jurídico, consiste en aplicar una norma jurídica a un determinado hecho en concreto que aquella busca regular (en otras palabras es la adecuación de un código binario). Por otro lado, la interpretación es la actividad racional que consiste en la reconstrucción del hecho dentro del ambiente social (Atienza, 2004, págs. 45-57). Por tanto, la subsunción y la interpretación se relacionan en la medida en que la reconstrucción de un hecho permite la aplicación de una norma –desechando otras- que adscribe un comportamiento, mediante un silogismo lógico, por tanto, adecuando la lógica de utilización del código binario al campo de la argumentación jurídica (García Amado, 2007, pág. 243).

Luego de haber aclarado lo anterior, el modelo interpretativo-subsuntivo de García Amado se maneja bajo supuestos que hacen que este pueda aplicarse en cualquier situación de colisión normativa. Estos son:

a. *"Todos los casos de conflictos entre derechos son resueltos (…) por los jueces y tribunales (…), según un esquema básico, es decir, siguiendo un modelo de razonamiento que he denominado interpretativo-subsuntivo"* (García Amado, 2007, pág. 247). Este supuesto menciona la posibilidad de reducir cualquier tipo de colisión normativa (independientemente de si es una colisión entre reglas o entre principios o derechos) en una problemática de subsunción.
b. *"En todo el ordenamiento se recogen derechos (constitucionalmente reconocidos) (…) llamados a colisionar, sin que pueda el ordenamiento mismo prever ni mínimamente la solución de tales colisiones, que queda siempre fiada a la interpretación y concreción*

que de tales enunciados jurídicos generales y abstractos hagan los jueces" (el paréntesis es mío) (García Amado, 2007, pág. 245).

Este supuesto hace referencia al hecho de que la argumentación jurídica de los jueces es una actividad llamada a resolver los conflictos normativos que el ordenamiento jurídico no pudo prever, por lo tanto, la única solución posible es la subsunción normativa.

c. *"Todo conflicto de derechos basados en reglas es reconducible en un Estado constitucional a conflicto entre principios, y, más aún, entre principios constitucionales; y (...) todo conflicto de derechos basados en principios (...) sólo puede ser resuelto de modo razonable mediante la reconducción de tales principios a reglas, es decir, a normas aplicables a partir de un esquema condicional si (supuesto)… entonces (consecuencia)"* (García Amado, 2007, pág. 248).

   Este supuesto es central dentro de la teoría del autor. Para Amado, no existen colisiones entre principios (entendidas estas como normas genéricas que no prevén una consecuencia jurídica, de las cuales se hablará en el siguiente capítulo), sino que toda colisión entre principios puede reducirse a reglas en colisión, es decir que los principios pueden ser reducidos a reglas o silogismos lógicos para su aplicación, como se verá en el procedimiento abstracto.

d. Por consiguiente, *"todos los casos que se plantean ante los jueces y tribunales son (...) conflictos de reglas"* (García Amado, 2007, pág. 247).

Entendiendo estos presupuestos, es que se puede desintegrar cualquier problema jurídico en claves lógicas o código binario, debido a que todo conflicto es una cuestión de resolución de silogismos lógicos, para poder estudiarlo y solucionarlo. Es por ello que *"el proceder de los jueces para resolver tales conflictos es siempre el mismo, un proceder interpretativo-subsuntivo, cuyos pasos principales"* (García Amado, 2007, pág. 245) pueden ser esquematizados, bajo dos tipos de procedimientos: concreto y abstracto. Estos servirán de base para el análisis de sentencias constitucionales, en los cuales existe colisión entre principios.

2.4.1 Procedimiento de argumentación jurídica abstracto

Este procedimiento es llamado abstracto debido a que es posible reducir las características principales de cualquier proposición normativa. Es decir, un problema jurídico puede ser reducido a silogismos lógicos. (García Amado, 2007, pág. 245). Para comprender esto, se pasará a evidenciar algunos pasos:

a) *"Una acción o un estado de cosas E puede verse (sin vulnerar la semántica) bien como un supuesto de los referidos por una norma, N^1 por otra norma, N^2".* (García Amado, 2007, pág. 245).

Esta regla hace referencia básica a que cualquier marco fáctico que busque una consecuencia jurídica puede y debe estar comprendida bajo una norma o bajo otra. Es pues deber del juez, en un problema jurídico, adscribir un comportamiento dentro de alguna norma pre-fijada, es decir, aplicar la ley. Al respecto, en nuestro ordenamiento jurídico, el Código Orgánico de la Función judicial recoge esta regla:

> *"Art. 129.- Facultades y deberes genéricos de las juezas y jueces.- A más de los deberes de toda servidora o servidor judicial, las juezas y jueces, según corresponda, tienen las siguientes facultades y deberes genéricos:*
>
> *2. Administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente;"*

b) Comprendido el hecho anterior, *"N^1 y N^2 anudan consecuencias jurídicas distintas para los miembros del conjunto referido por cada una. Es decir, y atendiendo a la regla anterior, una determinada conducta es regida por una u otra norma"* (García Amado, 2007, pág. 246). Concatenando con la anterior regla, puesto que un determinado número de hechos debe adscribirse a una norma, existen hechos que, por obvias razones, se subsumirán bajo los presupuestos de una norma, o bajo los de la otra norma, corresponde al juez determinar lo anterior dicho (Atienza, 2012, pág. 49).

c) *"El conflicto se da cuando no es posible (por razones ontológicas, lógicas, técnico-jurídicas…) que E (*caso puesto a consideración) *pertenezca simultáneamente a ambos conjuntos". (el paréntesis es mío)* (García Amado, 2007, pág. 246).

Entonces, es cuando se dilucida un problema jurídico; una conducta que puede verse enmarcada bajo dos normas, pero que el juez deberá determinar cuál es la norma idónea para interpretarlo y aplicarlo. Como se mencionó anteriormente, existe una norma legal en la normativa ecuatoriana que exige a los jueces la aplicación de una norma por sobre la otra, es por ello que la subsunción es aplicada en el ambiente nacional.

d) *"El juez ha de decidir optando por una posibilidad que la norma deja abierta, determinando así lo indeterminado; es decir, o subsume (…) bajo* N^1 *y le aplica su consecuencia, sustrayéndolo así de la referencia de* N^2 *y su consecuencia, o a la inversa"* (García Amado, 2007, pág. 246).

e) *"(…) El juez delimita y precisa los hechos, configurando así los perfiles definitivos del caso que será enjuiciado y, al tiempo, precisa, concreta, los significados correlativos de (…)* N^1 *y* N^2*, de modo que las hace compatibles para el caso"* (García Amado, 2007, pág. 247). Es decir, al conocer los hechos el juez determina aquellos que son materia del problema, así mismo determina cuáles normas son las que se hallan en conflicto para poder subsumir el hecho en una norma determinada y que la haga compatible para la resolución de la controversia.

f) *"(…) la decisión será tanto más racional cuanto más convincentes intersubjetivamente resulten las razones (…) en que se apoye"* (García Amado, 2007, pág. 247). Esta última regla no hace más que referencia al deber de motivación que poseen los jueces, este está recogido en la Constitución:

> *"Art. 76.- 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:*
>
> *7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:*
>
> *l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho".*

Es debido a estas reglas abstractas que el juez puede delimitar su campo general de actuación, sin embargo estas reglas no determinan cómo deberá ser resuelto el

problema jurídico puesto a consideración, sin embargo sirven para poder dilucidar el campo general en el cual el juez se ubicará al momento de realizar la argumentación. Es tarea de las reglas concretas la resolución del problema mediante silogismo lógico.

2.4.2 Procedimiento de argumentación jurídica concreto

Las anteriores reglas muestran el contenido de cualquier problema jurídico, sin embargo, no ayudan a resolverlo, el procedimiento concreto son el conjunto de pasos que ayudan a resolver el problema jurídico puesto a consideración. Estos son:

1) *"Por las razones fácticas* $R^{f1} \dots R^{fn}$*, los hechos constitutivos del estado de cosas E conforman un caso de E'"* (García Amado, 2007, pág. 247). Puesto que cada acto jurídico posee un conjunto de características en específico, este puede enmarcarse en un determinado caso a ser analizado, es decir el caso judicial a ser resuelto posee un conjunto de características y un problema jurídico que debe ser resuelto.

2) *"Por las razones interpretativas* $R^{i1} \dots R^{in}$*, prevalece (P) el significado S' de la Norma* N^1*"* (García Amado, 2007, pág. 247). En otras palabras, cada norma puede ser interpretada de una forma especial y de acuerdo al caso. Es deber de una argumentación jurídica, no solo aplicar una norma, sino adscribir un significado de la misma y aplicarlo al caso en concreto (Atienza, 2012, pág. 55). El juez es el llamado a encontrar razones que motiven la aplicación de una norma por sobre la otra.

3) *"El caso E' pertenece al universo de casos o referencia de la norma* N^1*, interpretada con el significado S' "* (García Amado, 2007, pág. 247). Una vez que el juez ha encontrado los motivos suficientes para aplicar una norma por encima de otra, es que puede dársele un significado en concreto a dicha norma a un determinado caso. En otras palabras, una norma puede ser interpretada de distintas maneras en distintos casos, sin embargo la resolución de un problema jurídico crea un significado que ha interpretado el juez de una determinada norma.

Como acotación final, para el positivismo la argumentación jurídica en materia constitucional no se diferencia en nada a la realizada por las demás ramas del derecho. Es por esta razón que un método interpretativo-subjuntivo es perfectamente aplicable a conflictos entre derechos. Entonces, para el positivista

> *"No es problema ninguno asumir que hay muchas normas jurídicas así (principios) en la Constitución… y en todo el ordenamiento jurídico. Todo el ordenamiento jurídico está plagado de normas de tal tipo y, consiguientemente, de tales situaciones. (…) El documento constitucional no tiene nada de particular si no es un cierto mayor grado de indeterminación, como promedio, de sus enunciados. Pero no es ningún mundo jurídico aparte que justifique especiales técnicas interpretativas y aplicativas"* (García Amado, 2007, pág. 245).

Lo citado hace referencia a lo mencionado anteriormente, no existe colisión entre derechos o principios indeterminados, sino que todo problema jurídico puede ser reducido a un problema de reglas o normas que atribuyen, a un supuesto, una determinada consecuencia jurídica. Así, en conclusión, los pasos para realizar este procedimiento son:

a) Paso 1: Determinar el conjunto de características del caso y encontrar marco fáctico.
b) Paso 2: Descubrir la norma aplicable y las interpretación que se han dado a las normas invocadas.
c) Paso3: Subsumir el caso a una de las normas, bajo una determinada interpretación, esgrimiendo para ello razones que fundamenten dicha decisión.

Este modelo de interpretación es compatible con la concepción luhmanniana de derecho, debido a que se maneja bajo la dualidad legal/ilegal. Es decir, si una norma con determinado significado es aplicable al caso, la decisión será legal, si no lo es la decisión entra en la esfera ilegal (Brandão , 2017, pág. 15). El método interpretativo-subsuntivo, por tanto, se manejará bajo estos pasos para su aplicación en el análisis de casos del capítulo final.

3 CAPÍTULO II: PARADIGMA NEOCONSTITUCIONALISTA

En el anterior capítulo se pudo observar la actuación del modelo positivista en el ámbito social, y más específicamente en el campo jurídico. Sin embargo, la naturaleza de esta investigación no es describir meramente el funcionamiento positivista, es conceptualizar además un modelo que sirva de contraste al mismo, este último es llamado neoconstitucionalismo. Para ello, es pertinente poner en el telón dos consideraciones: por un lado, entender el concepto de neoconstitucionalismo y su influencia en Ecuador; y, por el otro, analizar, por medio de premisas neo constitucionalistas, la estructura de los derechos, más específicamente del derecho a la libertad de expresión.

3.1 ¿Qué es el neoconstitucionalismo?

Para poder comprender la influencia neoconstitucionalista en el derecho a la libertad de expresión, es pertinente primero conocer qué es este modelo y cuáles son sus preceptos centrales.

Según Ramiro Ávila, el neoconstitucionalismo, o también llamado constitucionalismo contemporáneo, *"es una superación y evolución del positivismo jurídico (...), es una tendencia que promueve cambios en la concepción tradicional y formal del derecho"* (Ávila Santamaría, 2011, pág. 53). Complementando el anterior concepto vertido, para Ricardo Guastini, significa un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, en el cual la Constitución se transforma en un ente invasor que condiciona el actuar de todos los poderes estatales, todo en nombre de los derechos constitucionales (Guastini, 2007, pág. 147).

No obstante lo anterior mencionado, es necesario comprender las definiciones antes dadas, por medio de la enunciación de las características principales del neoconstitucionalismo (Bustamante, 2011, págs. 24-26):

a) Constitución Rígida: Con cuya dificultad para modificarla proteja los derechos humanos.
b) Garantía de la supremacía de la Constitución: por medio de una Corte que ejerza control constitucional sobre la realización de las normas.

c) Fuerza vinculante de la Carta Magna: en la cual los derechos fundamentales sean el centro del quehacer jurídico.
d) Sobreinterpretación de la Constitución: por medio de jueces que sean capaces de colmar de contenido a los derechos humanos.
e) Aplicación directa de los preceptos constitucionales: sin necesidad de que la Función Legislativa dote de contenido a los principios, estos deben poder moldear por sí mismos a las relaciones del Estado.
f) Interpretación conforme a la Constitución: por medio de jueces que armonicen las normas jurídicas con la Carta Magna.
g) Influencia de la Constitución en la política: en el cual las decisiones del legislativo, durante los debates, deberán estar adecuadas a los preceptos constitucionales.

Estas características permiten reconocer la influencia neoconstitucionalista dentro de un determinado ordenamiento jurídico nacional.

Una vez esquematizadas las características de este constitucionalismo contemporáneo, se debe entender que existen varios ámbitos de aplicación de este modelo dentro del Derecho, se pueden dividir, sin ánimo de agotar todos, en: *"1) la concepción de la norma jurídica; 2) la concepción del sistema jurídico;3) el objeto de estudio de la ciencia jurídica; 4) el método de aproximación al derecho; 5) la relación entre derecho y moral/justicia"* (Ávila Santamaría, 2011, pág. 55).

Con el primer punto, se puede comprender que las reglas (o mandatos jurídicos que prevén una consecuencia jurídica determinada) no son las únicas en moldear el ordenamiento jurídico, sino que los principios o derechos fundamentales son los ejes principales por los cuales las normas jurídicas son guiadas. Los derechos por tanto, son el punto central de la discusión jurídica, es por ello que deben ser excusa principal para su protección. (Ávila Santamaría, 2011, pág. 55).

En lo referente al segundo punto, para el positivismo clásico, el sistema jurídico es completo y coherente, en otras palabras, no existen antinomias. En contraste, para el constitucionalismo contemporáneo el sistema es incompleto, con antinomias y lagunas por todo este; por tanto, es deber del sistema colmar dichos vacíos por medio de la interpretación que se dé a los principios constitucionales (Ávila Santamaría, 2011, pág. 56).

Haciendo referencia al tercer punto, *"el objeto de la ciencia jurídica, que se limitaba al análisis de la norma positiva, se desplaza a varios sistemas jurídicos: el nacional, el regional y el universal"* (Ávila Santamaría, 2011, pág. 56). En otras palabras, existe un pluralismo jurídico que emana de distintos ejes, sistemas jurídicos nacionales individuales, comunitarios (indígenas), e internacionales, todos guiados con el propósito de proteger los derechos humanos (Martín, 2010, pág. 60).

Abordado el cuarto punto, el derecho positivo se limita al uso de los métodos gramaticales para interpretar el derecho, en cambio, para el constitucionalismo contemporáneo estos métodos resultan incompletos debido a que los principios constitucionales son diferentes a las reglas jurídicas, por tanto, requieren de otros métodos de interpretación como la ponderación para poder ser aplicados en una problemática jurídica (Ávila Santamaría, 2011, pág. 56).

Finalmente, haciendo referencia al quinto punto, la Constitución significa una síntesis en entre la moral y el derecho. Explicando lo anterior, los derechos fundamentales allí plasmados recogen los valores de una sociedad, que a su vez se convierten en norma escrita, por tanto, dichos derechos deben ser colmados de acuerdo a las exigencias morales de dicha sociedad (Ávila Santamaría, 2011, pág. 57).

Como se pudo observar en el presente acápite, el neoconstitucionalismo basa sus postulados en la fuerza que la Constitución y los derechos fundamentales pueden ejercer en las relaciones del Estado. Los derechos, en conclusión, moldean el accionar estatal por medio de su aplicación directa (Grijalva, 2011, pág. 26).

3.2 Neoconstitucionalismo en Ecuador: la Corte Constitucional

Conocidos los preceptos básicos del constitucionalismo contemporáneo, es indispensable conocer el nacimiento del neoconstitucionalismo en el Ecuador, para poder aterrizar en el papel de la Corte Constitucional ecuatoriana dentro de este contexto.

3.2.1 Constitución del 2008

Para entender el modelo neoconstitucionalista en el Ecuador, es imperativo hacer referencia al contenido central del Art. 1 de la Constitución: *"El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia"*. Este enunciado refleja el cambio de paradigma del Estado de Derecho en el Ecuador (Grijalva, 2011, pág. 26). En otras palabras, analizando cada parte del enunciado de la Carta Magna, existe una trasformación de un Estado: legal a constitucional, derecho a derechos y excluyente a justo (Ávila Santamaría, 2009, pág. 776).

Haciendo referencia a la comparación entre el Estado legal y el constitucional, en el legal la ley determinaba la actuación de la autoridad y existía una división tripartita de poderes (ejecutivo, legislativo y judicial), aun así el poder era dirigido a su antojo por una clase política que se amparaba únicamente en la ley para hacer valer sus decisiones (Ávila Santamaría, 2009, pág. 777). En cambio, en un Estado Constitucional la Constitución determina el contenido que debe tener una ley, convirtiéndose así en un límite a la autoridad y en su ejercicio de poder (Ávila Santamaría, 2011, pág. 111).

En lo referente al cambio de un Estado de derecho a uno de derechos, mientras que en el primero existe un sometimiento al ordenamiento jurídico y a la Constitución, en el segundo no basta únicamente dicha subordinación, sino que "todo poder, público y privado, está sometido a los derechos" (Ávila Santamaría, 2011, pág. 122). Entendiendo lo anterior, los derechos se convierten en "creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al estado" (Ávila Santamaría, 2009, pág. 785), por tanto, las personas están por encima de cualquier institución (Ávila Santamaría, 2011, pág. 136).

Finalmente, contrastando el modelo excluyente con el de Justicia, se hace alusión a la distinción entre vigencia y validez, mientras que en la vigencia solo importa la producción formal de una norma, la validez atiende al contenido de la misma (Ferrajoli, 2005, págs. 874-876). Por consiguiente, en el Estado excluyente importaba principalmente la producción formal de una norma. En oposición, en un Estado de Justicia no solo importa la formalidad de la norma sino la realización de la justicia por medio de ella. En otras palabras, los principios dictaminan el quehacer de las normas jurídicas, si estas contravienen al principio, en virtud del ideal de justicia se debe aplicar otra norma o crear una conforme (Ávila Santamaría, 2011, pág. 152).

Estos enunciados teóricos acerca del Estado constitucional de derechos y justicia, son reflejados en la misma Constitución:

a) Estado Constitucional:

> *"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".*

b) Estado de derechos:

> *"Art. 11.- 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 (…)*
>
> *5.- En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia (…)*
>
> *9.- El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución".*

c) Estado de Justicia:

> "*Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia".*

En conclusión, a partir de la vigencia de la Constitución del 2008, el Ecuador ha tenido una importante influencia neoconstitucionalista, caracterizada principalmente por la supremacía de la Carta Magna y, más específicamente, de los derechos en el ejercicio del poder estatal. Dicha influencia se caracteriza además por la supremacía de la Constitución, su fuerza vinculante y su aplicación directa e inmediata.

No hay que dejar de lado el papel protagónico que toma su órgano protector en este modelo constitucionalista contemporáneo: la Corte Constitucional, del cual se hablará en el siguiente acápite.

3.2.2 Neoconstitucionalismo y la Corte Constitucional del Ecuador

Con el constitucionalismo contemporáneo, la Corte Constitucional ecuatoriana adquiere varias funciones (Art. 436 de la Constitución), sin embargo, la que mayor relevancia ha cobrado es la referente al título de intérprete máximo de la Carta Magna.

A decir de Agustín Grijalva, *"durante la mayor parte de la historia republicana del Ecuador, el Legislativo fue concebido como el intérprete final de la Constitución"* (Grijalva, 2011, pág. 215). Sumado a lo anterior, incluso la Constitución de 1998 mantiene al Congreso como el intérprete de la misma. No fue sino hasta la Carta Magna del 2008 que esta facultad fue trasladada a la Corte Constitucional (Grijalva, 2011, pág. 216). Atendiendo a lo mencionado, su Art. 429 menciona que: "*La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia"*.

Sumado a lo anterior, es importante recalcar el hecho de que dicha función es una innovación. Si el poder legislativo fuera el intérprete máximo de la Carta Magna, *"sería juez y parte, podría dictar leyes y decidir al mismo tiempo mediante la interpretación jurídicamente obligatoria de la Constitución si esas leyes son o no constitucionales. En otras palabras, sería un legislador no sometido a la Constitución"* (Grijalva, Constitucionalismo en Ecuador, 2011, pág. 221). Gracias a esta facultad interpretativa es que se puede afirmar que la Constitución posee frenos sustanciales que hacen posible su supremacía judicial (López, 2010, pág. 83).

Tomando como punto a estudio esta facultad de interpretación, la incógnita que surge es ¿cómo ejerce la Corte Constitucional su facultad interpretativa? Al respecto, la Corte cumple con esta facultad por medio de la expedición de sentencias en casos puestos a su consideración, es decir, tiene como actividad fundamental la expedición de jurisprudencia vinculante y obligatoria. Demostrando la anterior afirmación, el Art. 436.6 de la Constitución menciona que:

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

Según lo mencionado por Grijalva, esto se convierte en un hito importante debido a que con esta facultad *"la Corte Constitucional tiene un rol más amplio y complejo que la pura función de eliminar normas inconstitucionales"* (Grijalva, 2011, pág. 230). Es decir, aunque esta función de expedir jurisprudencia vinculante ya la poseía la Corte Nacional de Justicia; sin embargo, hay que tomar en cuenta el hecho de que la justicia constitucional en el pasado tenía un rol secundario, con esta atribución se evidencia el peso del modelo neoconstitucionalista en la garantía y protección de los derechos (Montaña, 2011, pág. 202).

Complementando la explicación respecto de la función de interpretación, el Art. 427 establece:

"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".

De igual manera, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece:

"Art. 3.- (…) Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

1. Reglas de solución de antinomias (…)

2. Principio de proporcionalidad.- (…)

3. Ponderación (…)

4. Interpretación evolutiva o dinámica (…)

5. Interpretación sistemática.- (…)

6. Interpretación teleológica.- (…)

7. Interpretación literal.- (…)

> *8. Otros métodos de interpretación.- La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación".*

Si se revisa detenidamente el articulado, estos mencionan un tipo de argumentación diferente a la convencional, esto es debido a que *"la interpretación constitucional es una forma especial de la interpretación que (…) posee particularidades que la convierten en una disciplina autónoma"* (Montaña, 2011, pág. 192). Es decir, la Corte Constitucional no puede aplicar métodos tradicionales debido a que los principios constitucionales poseen una estructura diferente a otras normas[2] (Montaña, 2011, pág. 191). Es por ello que la interpretación de la Corte Constitucional es de indudable importancia para colmar el contenido de los derechos constitucionales (López, 2010, pág. 85).

En conclusión, el neo constitucionalismo ha influenciado de manera considerable a la Corte Constitucional, desde la Constitución del 2008. Gracias a la función de interpretación auténtica, los jueces constitucionales crean jurisprudencia obligatoria y colman de contenido a los derechos constitucionales. Sin embargo, esta labor se la realiza por medio de métodos particulares de argumentación jurídica, propios del neoconstitucionalismo.

Una vez abordada la temática del neoconstitucionalismo y su influencia en el Ecuador, es necesario tratar el problema de esta disertación, correspondiente a su relación con los derechos fundamentales, más específicamente con el derecho a la libertad de expresión, para comprender la problemática principal de esta disertación, referente al rol de la Corte Constitucional en materia de argumentación jurídica.

3.3 Neoconstitucionalismo y derechos humanos

Una vez estudiados los principales postulados del constitucionalismo contemporáneo se puede afirmar que:

[2] Este tema se tratará en el siguiente capítulo cuando se tope la temática de la argumentación jurídica.

> *"El derecho positivo, entendido solo como reglas hipotéticas, es un derecho que no ayuda a resolver dos tipos de problemas que son reales: el problema de las reglas injustas, por un lado, y el problema de los conflictos sociales que no tienen regla, por otro. Los principios, no las reglas, resuelven problemas suscitados por leyes injustas o por falta de reglas"* (Ávila Santamaría, 2012, pág. 35).

Como se vio en los acápites anteriores, los principios y los derechos toman fuerza dentro del estudio del constitucionalismo debido a que el ordenamiento jurídico es un ente incompleto y en constante cambio (Ávila Santamaría, 2009, pág. 89). Es debido a su capacidad de interpretación que pueden adaptarse a la resolución de nuevas problemáticas. De tal forma que, una norma estática positiva, que no responde al cambio social y a los nuevos problemas es una que –aunque poseyendo validez a nivel formal-positivo- pierde legitimidad (Ferrajoli, 2010, pág. 115).

Si bien es cierto los principios o derechos pueden ser positivizados, estos no pueden verse como normas estáticas, sino entes en constante transformación:

> *"La reflexiones filosóficas contemporáneas han criticado esta visión moderna (liberal y constitucional) pues advierten que la categorías epistemológicas y cognoscitivas que han sustentado la reducción, que occidente ha consolidado, del derecho, en la medida en que se ha positivizado un catálogo de principios regulativos, es una interpretación idealista de la realidad"* (Puente, 2010, pág. 581).

Pasando a otro asunto, una de las premisas básicas del constitucionalismo contemporáneo, y que contraría a la versión positivista clásica, es que la organización política ya no es vista como cualquier tipo de organización, sino una organización liberal, por un lado, pero garantista, por el otro. La Constitución así se convierte en un limitante sustancial al poder político (Guastini, 2009, pág. 16).

Por estas consideraciones, los diferentes modelos neo constitucionalistas han tratado de ponerse a la vanguardia del proceso de constitucionalización del ordenamiento (Bustamante, 2011, pág. 57). Uno de estos modelos neo constitucionalistas es el garantismo:

> *"Luigi Ferrajoli denomina garantista a este nuevo paradigma, que supera el modelo positivista jurídico tradicional al promover la sujeción de la producción jurídica no solo a normas formales, sino también a normas sustanciales, siendo las primeras aquellas que*

expresan el ser y la existencia del derecho, mientras las segundas, aquellas que definen su deber ser y validez" (Morales J. P., 2008, pág. 89).

No se puede hablar ya de derechos condicionados únicamente a su requisito de validez. El clásico modelo legislativo no puede seguir coordinando su actividad por sobre los derechos fundamentales –entendidos, según una crítica, como inherentes (humanísticamente hablando) a la dignidad de la persona- (Ferrajoli, 2009, pág. 245). *"La democracia (legislativa) también es sustancial: importa el contenido y el objeto del debate, y éste tiene límites, que no son otros que los derechos humanos"* (Ávila Santamaría, 2008, pág. 37). Los derechos fundamentales deben ser vistos como auténticos límites sustanciales al ejercicio del poder, sin que éstos signifiquen una limitación en sus ámbitos de discusión (Caso Gelman vs. Uruguay, 2011, pág. 70). Esos derechos constituyen como límites además del ejercicio democrático, que contribuyen a asegurar su supervivencia (De Cabo y Pisarello, 2009, pág. 15).

Los derechos fundamentales –ya no entendidos éstos según el paradigma positivista- están por encima, incluso, de la regla formal, son mandatos de optimización que no pueden ser ni sujetos de condicionamiento al quehacer legislativo, ni entendidos si no es en base de su eficacia fáctica (Ávila Santamaría, 2008, pág. 62). El positivismo legislativo no puede condicionar la eficacia a una norma estática porque *"entre el objeto real y el dato indudable de los sentidos, entre lo interno y lo externo, hay un abismo que el sujeto debe llenar a propio riesgo"* (Adorno y Horkheimer, 1998, pág. 232). Entendiendo al sujeto como el artífice y el actor principal de la fenomenología social, la cual ha visto como uno de sus pilares de actuación a las libertades fundamentales (Adorno y Horkheimer, 1998, pág. 235).

3.3.1 El derecho a la libertad de expresión

Una vez comprendida la relación entre neoconstitucionalismo y derechos, se pasará a hablar acerca del derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, sería pertinente primero tatar el tema de la libertad, en sentido estrictamente genérico, pues es un concepto fundamental dentro del antiguo y nuevo paradigma constitucional. Para ello se procederá a fundamentarlo bajo los presupuestos habermasianos de la teoría del discurso (Habermas, 2005).

Habermas toma al concepto de libertad como un tema fundamental de conocimiento discursivo, es decir el derecho a la libertad es un concepto que solo puede ser abordado a manera de consenso (Habermas, 2005, pág. 26). Así, en inicio, se basa en la concepción kantiana de libertad, entendida de la siguiente forma: existe una libertad positiva y otra negativa. Como negativa se puede decir que la libertad es actuar bajo la premisa de una limitación por un alter, es decir, la libertad de uno finaliza al iniciar la libertad del otro. Por otro lado, el concepto positivo de libertad es obrar bajo el imperativo categórico de finalidad humana, es decir, bajo la premisa de que la razón se vuelve a ella misma práctica y se concilia con la ley general universal (dignidad humana) (Habermas, 2005, pág. 25), en otras palabras aquella capacidad que se tiene de obrar hasta los límites de su contraparte negativa.

El presupuesto habermasiano-kantiano de libertad es aquella conciliación de los presupuestos positivo y negativo de la misma. Así, *"Kant concluye que la libertad (...) en cuanto sea compatible con la libertad de todos y cada uno de los demás conforme a la ley general, es el único derecho, el derecho original, que asiste a todo hombre en virtud de su humanidad"* (Habermas, 2005, pág. 26). Finalmente, el autor concilia el postulado kantiano de la siguiente forma:

> *"Una conciliación del arbitrio de cada uno con el arbitrio de todos los demás, es decir, la integración social, sólo es posible sobre la base de las reglas normativamente válidas, que desde un punto de vista moral –conforme a una ley general de libertad- merezcan el reconocimiento no coercitivo, es decir, el reconocimiento racionalmente motivado de sus destinatarios"* (Habermas, 2005, pág. 91).

Entendiendo la anterior cita, el plasmar el concepto de libertad en una norma no debe ser entendido bajo el antiguo paradigma positivista, sino en base a una norma que- aunque válida, no se agota ésta con la mera validez, sino con la sustancia o también llamada legitimidad, dicha legitimidad se logra únicamente bajo un consenso en el cual todos aceptamos y acordamos los límites de la misma. La libertad -ahora comunicativa, por el elemento de consenso social- *"entiende Habermas la posibilidad (recíprocamente presupuesta en la acción orientada a entenderse) de proporcionarse ante las pretensiones de validez entabladas por el prójimo, las cuales se enderezan a un reconocimiento intersubjetivo"* (Habermas, 2005, pág. 10).

Así pues, se ha hablado ya de la libertad positiva y negativa, de la libertad interna y externa, ahora para poder finalizar esta temática, con respecto a la libertad individual y colectiva, es necesario afirmar que:

> *"El Estado es la realidad de la libertad concreta; y la libertad concreta consiste tanto en que la libertad individual personal y sus intereses particulares tengan su completo desarrollo y el reconocimiento que les corresponde en el sistema de la familia y de la sociedad civil, como en que (...) se transformen en el interés del todo y (...) reconozcan ese interés de lo universal como su propio espíritu sustancial y se comprometan con él como con su telos único, de suerte que ni lo universal se haga valer ni se realice sin los intereses, el saber y el querer particulares, ni los individuos como personas privadas vivan solo para esto último y no quieran a la vez en y para lo universal desarrollando una actividad consciente de ese fin"* (Habermas, 2005, pág. 43).

Después de haber abordado la cuestión de la libertad, en sentido genérico, ahora es pertinente realizar un estudio del derecho a la libertad de expresión, de manera específica. Esta parte de la investigación tendrá como objetivo evidenciar dos aspectos: el ser del derecho y su alance – limitaciones-, debido a que este derecho tiene una directa relación con la primera parte de este acápite.

En primer lugar, varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos recogen al derecho a la libertad de expresión. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su Art. 19 menciona que:

> *"Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".*

De igual manera, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece en su Art. 13.1:

> *"Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".*

En resumidas cuentas, este derecho es recogido y protegido internacionalmente por tratados internacionales y permite hablar de un derecho fruto de la dignidad humana (Briones, 2017, pág. 60).

Luego de conocer la normativa internacional en materia de este derecho es importante dejar sentada una definición doctrinal del mismo. Puede, inicialmente hablando, ser entendido con las palabras 'comunicar', 'informar' y 'libertad'. Sumado a lo anterior, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta no solo consiste en *"el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. La libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social"* (Caso Claude Reyes y Otros vs. Chile, 2006).

Haciendo referencia a esta dimensión social del derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva Nro. 5, no ha obviado en confirmar que este derecho "*es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre"* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1985). Es debido a la relevancia social de la libertad de expresión que *"es uno de los pilares fundamentales de toda sociedad democrática, puesto que permite a los diferentes actores sociales difundir sus ideas"* (Valenzuela , 2016, pág. 45).

Pasando a otro punto, el derecho de libertad de expresión comprende varias facetas de análisis. La faceta positiva del derecho permite el pleno ejercicio de la autonomía personal, esta expresión positiva tiene a su vez dos sub-facetas: una activa y una pasiva. La activa es aquella en donde el individuo puede buscar y difundir informaciones, el desenvolvimiento personal radica en la capacidad volitiva de reconocimiento y recogimiento de aquello que le es útil al ser humano para su plena autoconsciencia. La pasiva es aquella faceta en donde el ser humano recibe informaciones, en esta última es que se puede hablar de una verdadera relación de alteridad social, es decir la posibilidad de encontrar esa información por medio de un tercero (028-12-SIN-CC, 2012). Este razonamiento guarda conciliación con la cualidad positiva de la libertad genérica ya que le impone una limitación.

Sin embargo, hablar de la libertad no es habilitar el ejercicio del derecho sin encontrar ningún tipo de limitación. Tal y como se habló de la libertad en sentido general, la libertad de expresión posee una faceta negativa. Esta posee un freno en el goce y ejercicio de otros derechos, estas limitaciones pueden ser aplicadas por medio de responsabilidades ulteriores, que nacen a partir de un inadecuado ejercicio de dicha libertad; dichas limitaciones deben ser las estrictamente necesarias en una sociedad democrática (Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, 2004). De esta faceta hablaba Habermas al ubicarla dentro del espacio de dirección del Estado de Derecho. Es por lo anterior mencionado que *"estas restricciones, estos límites tienen que ser establecidos por el Poder Público, en los términos que la Constitución de la República establece"* (Lovato, 1961, pág. 11).

Una vez conocidas las cualidades positiva y negativa de la libertad de expresión, es necesario hablar acerca de la justificación misma de este derecho. Al respecto Miguel Carbonell menciona lo siguiente:

> *"Si el hombre es consciente de que el tiempo ha dado al traste con muchas ideas enfrentadas, entonces se dará cuenta, aún más de lo que cree en los cimientos de su propia conducta, de que al ansiado bien supremo se llega mejor a través del libre intercambio de ideas; de que la mejor prueba a que se somete la verdad es la capacidad del pensamiento para imponerse en un mercado en el que entre en competencia con pensamientos contrarios; y de que la verdad es el único fundamento a partir del cual puede llegar a colmar sus aspiraciones sin riesgos ni peligros… tendremos que estar siempre vigilantes para poner freno a quienes pretendan controlar la manifestación de ideas y opiniones que detestemos o que consideremos que conducen a la muerte… Únicamente una situación de inmediata y grave emergencia hace que no se pueda dejar que sea el tiempo el que haga rectificar a quienes incitan el mal"* (Carbonell, 2010, pág. 353).

Con respecto a lo último mencionado, –y concatenando con lo expuesto por Habermas- Carbonell habla de tres tipos de justificaciones: el descubrimiento de la verdad, la auto-realización personal y la participación democrática.

"El argumento de la verdad como vía para defender la libertad de expresión parece ajustarse a patrones claros de racionalidad" (Carbonell, 2010, pág. 353). Esto hace referencia al hecho de que la libertad de expresión encuentra su fundamento en la misma dignidad humana. Desde la promulgación de la Declaración Universal de

Derechos Humanos, se ha hablado de la relación entre los derechos y la dignidad humana (Art. 1), en similar alusión, la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere existencia de la dignidad humana únicamente con la protección de las libertades básicas, entre ellas, la libertad de expresión (Preámbulo y Art. 1). Todas estas referencias demuestran que al hablar del derecho a la libertad de expresión como parte de la dignidad, es una justificación plenamente racional (Briones, 2017, pág. 38).

"Ahora bien, como pasa con el argumento de la búsqueda de la verdad, el argumento de la auto-realización personal tampoco puede ser utilizado de manera aislada para justificar cualquier ejercicio de la libertad de expresión" (Carbonell, 2010, pág. 355). Esta justificación refiere al hecho de que este derecho es *"un mecanismo indispensable para alcanzar el buen vivir, pues se constituye en un presupuesto esencial para el crecimiento y felicidad del ser humano"* (Ortiz, 2017, pág. 1). Al respecto, la Constitución del 2008 reconoce al derecho a la comunicación e información como parte de los derechos del buen vivir (Art. 16).

En cuanto a la última justificación de Carbonell, se puede afirmar que la participación democrática de la ciudadanía necesita de la libertad de expresión. *"Para que esa participación no sea meramente testimonial sino efectiva y plena de contenidos, es necesario que exista libertad de expresión, como requisito previo para la generación de un debate público que sea abierto, desinhibido y robusto"* (Carbonell, 2010, pág. 356). Es decir, la participación democrática solo puede ser posible mediante la plena garantía de este derecho, de tal manera que, *"la libertad de expresión y su ejercicio permiten a los ciudadanos comprender los asuntos de relevancia política y participar ampliamente en la construcción de cualquier sistema democrático"* (Carbonell, 2010, pág. 357).

Al respecto de la última justificación se pueden hacer algunas aclaraciones. Los límites permiten que el derecho pueda ser ejercido de manera adecuada por todos los miembros de la sociedad. Así, que *"si el Estado amplía exageradamente su ejercicio, entonces defrauda a la sociedad de un beneficio general tal y como es la seguridad ciudadana"* (Burbano, 2012, pág. 144). Es por esta razón que los límites de su ejercicio permiten una participación saludable y pacífica entre los miembros de la sociedad.

En referidas cuentas, la libertad de pensamiento y expresión reciben una tutela jurídica catalogada como universal (Ferrajoli, Derechos y Garantías: La ley del más débil, 2010, pág. 20). No sólo por el hecho de haber sido reconocido en tratados internacionales,

sino debido a que los autores anteriormente citados lo reconocen como parte de la dignidad humana. En otras palabras, su reconocimiento y garantía deben ser los pilares fundamentales de cualquier Estado que se catalogue como democrático (Ferrajoli, 2010, pág. 24).

Una vez abordado el derecho a la libertad de expresión, es necesario abordar la problemática de los derechos y la argumentación jurídica, para que, al igual que el anterior capítulo, se pueda esbozar un modelo de argumentación jurídica del constitucionalismo contemporáneo que permita el análisis de casos del capítulo final.

3.3.2 Sobre los principios y la argumentación jurídica

Los párrafos anteriores han desarrollado la perspectiva sustancial de los derechos –y más concretamente del derecho a la libertad de expresión- desde el enfoque neoconstitucionalista. Sin embargo, el contenido de un derecho fundamental no puede –y no debe- ser agotada por una norma positiva que restrinja el alcance positivo y negativo de un derecho, sino que debe ser colmado y transformado de acuerdo a los cambios sociales. Explicando lo anterior:

> *"El derecho positivo, entendido solo como reglas hipotéticas, es un derecho que no ayuda a resolver dos tipos de problemas que son reales: el problema de las reglas injustas, por un lado, y el problema de los conflictos sociales que no tienen regla, por otro. Los principios, no las reglas resuelven problemas suscitados por leyes injustas o por falta de reglas"* (Ávila Santamaría, 2012, pág. 35).

Como se observó en anteriores capítulos, el positivismo ha intentado limitar el alcance de una norma sustantiva de tal forma que corra el riesgo de cerrarse a los nuevos problemas, es decir, creando un derecho no adaptable a las circunstancias cambiantes de la realidad (Zagrebelsky, 2011, pág. 35). Sin embargo, como se vio con el derecho a la libertad de expresión, puede suceder que un derecho puede ser limitado precisamente porque entra en conflicto con otros derechos, esta limitación – al contrario de lo que sucede con la dogmática jurídica positivista- no es formal, sino sustancial, es a resumidas cuentas una colisión entre derechos.

"La colisión de derechos es inevitable y lo que tienen que hacer los jueces, mediante motivación y argumentación, es evitar al máximo la discrecionalidad, maximizar la protección de derechos y minimizar las restricciones a los derechos, y de esto trata la ponderación" (Ávila Santamaría, 2012, pág. 41). El legislador tiene la función de crear la normativa adecuada para la legalidad del devenir fáctico, sin embargo, es al juez al que le corresponde descifrar las controversias y dilucidar las posibles colisiones entre derechos precisamente porque la ley es tomada como un mandato generalizado (García Amado, 2007, pág. 239). La norma que contiene un derecho debe así ser vista como un 'principio':

> *"El sistema jurídico no deja reducirse a un sistema de normas, sino que incorpora principios o supone principios que, naturalmente, habrán de estar directamente relacionados con la problemática moderna de la racionalidad, a causa de los cuales lo que acaba siendo perspectiva externa (...) acaba implícita o explícitamente convirtiéndose en compresión y visión interna"* (Habermas. 2005. P. 15).

Estos principios que pueden llegar a colisionar en un caso en concreto, necesitan de ciertas garantías para proteger su contenido. Para autores como Ferrajoli existen dos tipos de garantías: primarias y secundarias. Las garantías primarias son las obligaciones y prohibiciones sobre las expectativas de cumplimiento de un derecho, mientras que las garantías secundarias son las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias (Ferrajoli, 2010, pág. 26).

En otras palabras, existe una máxima jurídica que menciona que los derechos fundamentales gozan de una inviolabilidad por parte del Estado, esta es en sí una garantía primaria de los mismos. Sin embargo las garantías secundarias de los mismos radican en su protección judicial en caso de una violación a un derecho negativo, como es el de la libertad de expresión (Ferrajoli, 2009, pág. 161). En otras palabras, *"a los derechos fundamentales negativos corresponde (...) la garantía primaria consistente en la prohibición para el legislador de violarlos y la garantía secundaria consistente en la obligación de la Corte de anular las normas que los violen"* (Ferrajoli, 2009, pág. 188).

Pasando a otro punto, ha existido una separación entre los derechos y sus garantías, tanto en el ámbito legal como en el ámbito jurisdiccional, separación que fue propiciada por ambientes teóricos (De Cabo y Pisarello, 2009, pág. 9). La existencia

misma del derecho, depende de la eficacia normativa de una norma procesal garantista que pueda colmar dicha separación; existe una auténtica laguna que el ordenamiento debe colmar para evitar la no conciliación dicotómica de los –derechos-garantías (De Cabo y Pisarello, 2009, pág. 11). Un derecho fundamental solo puede ser comprendido a través de la aplicación concreta de una garantía idónea para conciliar una posible colisión. Esta aplicación de una garantía ha causado un *"desplazamiento del núcleo de legitimidad de la democracia del poder legislativo hacia el poder judicial"* (Linzán, 2008, pág. 173). El juez es el encargado de resolver una posible contradicción, ponderando aquello que se encuentra en un limbo de carácter sustancial, es decir, la aparente contradicción entre principios constitucionales.

Respecto a lo anterior podemos citar lo enunciado por Habermas:

> *"La validez jurídica de una norma (…) significa que vienen garantizadas ambas cosas a la vez: tanto la legalidad del comportamiento en el sentido de una observancia estadísticamente media de la norma, observancia que en caso necesario se consigue mediante sanciones, como también la legitimidad de la regla misma, que hace posible en todo momento una observancia judicial de la norma por respecto a la ley"* (Habermas, 2005, pág. 93).

Concatenando lo anterior mencionado, el principio sustancial nace del deseo intrínseco de la sociedad de proteger aquello que le es valioso para su dignidad. El deseo de la mayoría de plasmar aquello que considera legítimo a mera legalidad, exige un examen crítico. La legitimidad con que las leyes actúan concilian aquello que merece ser protegido a nivel jurídico, sin embargo, así como la mayoría decide que un principio sustancial debe ser protegido, el devenir histórico puede limitar ilegítimamente el alcance del principio, alegando el bien democrático**.** Es pues deber de actuación, por parte del poder judicial de proteger el alcance del derecho (Ferrajoli, 2005, pág. 140). En conclusión,

> *"La democracia no consiste en suponer que el deseo de las mayorías es el interés legítimo de la sociedad, sino en considerar que el límite judicial al poder y la garantía de los derechos fundamentales plasmado en las Constituciones Políticas, incluso en contra de la voluntad popular, constituye el fundamento de la dinámica económica, política, social y jurídica"* (Escobar, 2008, pág. 220).

Con lo anterior mencionado es que se puede entrar en la materia central de la disertación. Entendiendo al derecho a la libertad de expresión como un principio que puede colisionar con otros derechos dentro de la actividad dinámica jurisprudencial, es que cabe afirmar la imperativa necesidad de contar con un sistema judicial acorde a la garantía del derecho mismo. La norma que dicta un derecho fundamental no puede ser reducida a mera legalidad, la legalidad sustancial radica en que ésta puede adaptarse a los cambios sociales y al caso en concreto (Bustamante, 2011, pág. 127). Bajo un paradigma sustancialista, el juez no debe su decisión la mera sujeción a un presupuesto legal fijado, sino a un estudio de argumentación jurídica especial, en aras de su legitimidad establecida en la constitución (Ferrajoli, 2009, pág. 55).

Para poder comprender la labor del sistema judicial en la argumentación jurídico-constitucional, es necesario estudiar la manera en cómo los jueces emiten un pronunciamiento judicial, analizando las reglas de argumentación neoconstitucionalista.

3.4 Modelo de argumentación neoconstitucionalista

Para evidenciar el modo de actuación del neoconstitucionalismo, en materia de argumentación jurídica, es pertinente evidenciar un modelo propio de éste. Para tal efecto, se ha escogido el llamado test de proporcionalidad o ponderación del jurista Robert Alexy, debido a que es el modelo más extendido para resolver conflictos de principios o derechos (Alexy, 2008).

Para este autor, existen 3 partes fundamentales de la ponderación: la estructura, la racionalidad y la legitimidad; estos están estrechamente vinculados, así la legitimidad del método depende en gran medida de su racionalidad, y éste último depende de su estructura (Alexy, 2008, pág. 349). Debido a que la ponderación pretende posicionarse como un método en argumentación jurídica, es necesario que esta posea una estructura completa, así esta podrá verse como racional (y por tanto lógica) y legítima para una aplicación argumentativa (Carbonell, 2010, pág. 200).

Así, *"la ley de la ponderación trata (...) de la relación entre dos principios en colisión"* (Alexy, 2008, pág. 359). Entonces, el método de ponderación solo puede obrar sobre principios y derechos, entendidos estos como normas de realización progresiva o

mandatos de optimización (Alexy, 2008, pág. 360). El método ponderativo se aplica debido a que los demás métodos, aplicables únicamente a las reglas jurídicas, no pueden resolver una determinado problema jurídico.

Entendiendo el párrafo anterior, es necesario dejar sentado el hecho de que Alexy concibe a los principios y a los derechos como sinónimos, es decir, ambos son mandatos genéricos que establece la constitución y que deben ser cumplidos u optimizados progresivamente (Alexy, 2008, pág. 50). Los principios o derechos se diferencian de las reglas jurídicas en la medida en que las segundas establecen un presupuesto y una consecuencia jurídica perfectamente determinada, sin embargo, eso no elimina la posibilidad de que los principios puedan y deban ser aplicados directamente, a falta de una regla jurídica (Alexy, 2008, pág. 100). Entonces, debido a que un conflicto entre derechos puede darse, no es posible que un método de resolución de conflictos aplicable a reglas jurídicas sea también aplicable a los principios, debido a sus diferencias, es por ello que es necesaria una ponderación (Alexy, 2008, pág. 329).

Una vez aclarado lo anterior, para poder aplicar la ponderación es imperativo entenderla desde su tridimensionalidad. Esta está conformada por tres principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Alexy, 2008, pág. 350). La jurisprudencia constitucional ecuatoriana los define. La idoneidad hace referencia a que una determinada medida adoptada en favor de un derecho, debe perseguir un fin constitucionalmente válido. La necesidad se refiere a que la adopción de una medida debe ser la menos lesiva para la tutela del derecho. Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto, es el examen jurídico que realiza el juez sobre el grado de afectación de un derecho por sobre la satisfacción del otro. (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 150)

Mientras que *"los subprincipios de idoneidad y necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas (...), el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas"* (Alexy, 2008, pág. 350). En otras palabras, los dos primeros principios hacen referencia a situaciones tomadas en concreto referentes al caso, sin embargo, el tercer principio es un examen exclusivamente jurídico, alejado de medidas fácticas, que realiza el juez sobre la viabilidad de la satisfacción de un derecho por sobre el otro. Este razonamiento se podrá entender con mayor claridad en el análisis jurisprudencial

Hablando más específicamente del principio de proporcionalidad en sentido estricto, frente a un caso en concreto, se lleva a cabo mediante tres pasos.

> *"En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios (...) En un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario (...) En un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro principio."* (Alexy, 2008, pág. 351)

Explicando lo anterior, para este autor, siempre va a existir un grado de afectación de un principio y uno de satisfacción del otro, de otra manera no existiría ponderación. (Alexy, 2008, pág. 358) Así, la ponderación es la dualidad formada por la afectación de un principio y la satisfacción del otro (afectación/satisfacción). La importancia de la satisfacción de un principio X, depende de la intensidad de la afectación del principio Y contrapuesto (Alexy, 2008, pág. 359). En otras palabras, un principio puede tener una afectación o satisfacción menor o mayor, comparada con el otro principio, tanto a nivel de un caso en concreto, como a nivel únicamente de normativa.

Para poder medir la satisfacción y la afectación de los principios en juego, es imperativo establecer una escala de afectación/satisfacción, para ello se cataloga a la satisfacción/afectación dentro de 3 intensidades: leve, medio o grave. *"Fijados así la intensidad de la intervención como leve y el grado de importancia de la razón que justifica como grave, es fácil derivar el resultado. La razón para la intervención, que tiene un peso intenso, justifica la intervención"* (Alexy, 2008, pág. 352).

La importancia de la fijación de intensidades radica en su posibilidad de graduar derechos fundamentales, los cuales poseen intensidades que son determinadas en la aplicación de un caso en concreto (Alexy, 2008, pág. 355). En otras palabras, un derecho X puede gozar de una satisfacción mayor a la afectación de un derecho Y pero, en otro caso distinto, el primer principio puede gozar de una satisfacción menor que la afectación del segundo principio. Esto se podrá apreciar de mejor manera en el último principio de Alexy.

3.4.1 Examen de proporcionalidad en sentido estricto

Para proceder a la realización del examen de proporcionalidad en sentido estricto, es necesario establecer algunos parámetros iniciales.

Como primer punto, para Alexy, es necesario hacer una distinción entre el valor abstracto de un principio y su valor en concreto. Cuando se habla de valor concreto, se hace referencia a la intensidad del mismo dentro de la casuística, es decir de su aplicación concreta en un caso. Con respecto al valor abstracto se habla del principio en su intensidad en sí misma, es decir no aplicada en casuística (Alexy, 2008, pág. 357), es decir de su valor en sí mismo, dentro de una norma jurídica. Se hace mención a esta distinción debido a que, según se verá en el capítulo siguiente, existirán casos en los cuales se dilucidarán colisiones de principios en un caso en concreto, y, por el otro lado, colisiones de principios en los cuales no haya un marco fáctico, sino alegaciones de inconstitucionalidad de principios abstractos.

Así mismo, como se mencionó anteriormente, existe una dualidad afectación/satisfacción, sin embargo y para poder medirla, el autor ha gradado las intensidades de esta dualidad como leve, moderado y grave. Así, la satisfacción de un principio será catalogado bajo alguna de las intensidades mencionadas, en contraste, la afectación del otro será igualmente gradada (Montealegre, 2008, pág. 237).

Una vez comprendido que existe una afectación sobre un principio y una satisfacción sobre el otro y que estas pueden ser catalogadas como leves, moderadas o graves, es preciso pasar a la fórmula de proporcionalidad, la cual puede ser enunciada de la siguiente manera: la satisfacción del primer principio debe ser siempre superior con respecto a la afectación del segundo principio (Baquerizo y Leuschner, 2011, pág. 230). Para comprender mejor esto, la Tabla 2 dilucida los posibles resultados del examen de proporcionalidad:

Tabla 2

Posibilidades del examen de proporcionalidad en sentido estricto

Examen de proporcionalidad en sentido estricto		
Satisfacción de un principio	*Afectación del otro principio*	*Resultado*
Grave	Grave	Desproporcional
Grave	Moderado	Proporcional
Grave	Leve	Proporcional
Moderado	Grave	Desproporcional
Moderado	Moderado	Desproporcional
Moderado	Leve	Proporcional
Leve	Grave	Desproporcional
Leve	Moderado	Desproporcional
Leve	Leve	Desproporcional

(Fuente: Alexy, 2008)

Esta tabla explicativa muestra los casos en los cuales el examen de proporcionalidad arroja resultados, de tal manera que el juzgador determinará si una medida fue proporcional o desproporcional, dependiendo del caso. Los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto configuran así el método de ponderación, el cual será la herramienta para el análisis de casos.

4. CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA SOBRE SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A continuación se procederá a hacer un estudio de sentencias constitucionales, referente a la argumentación jurídica realizada por el poder judicial-constitucional. Cada análisis de sentencia constará de dos partes: la referente al resumen de la controversia, para evidenciar el panorama general del problema jurídico; y, el análisis en sentido estricto de argumentación jurídica, que contará con la puesta en evidencia de los problemas jurídicos evidenciados por los jueces, su razonamiento, y el consecuente estudio de los mismos a la luz de los métodos positivista y neo constitucionalista.

Así mismo, y para poder determinar si una sentencia es catalogada como neoconstitucionalista o como positivista, se tomarán los siguientes parámetros (obtenidos de los respectivos acápites referentes a los métodos de argumentación jurídica:

1. Parámetros neoconstitucionalistas: Idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto.
2. Parámetros positivistas: determinación de las razones fácticas, descubrimiento de normas en conflicto, proceso de subsunción.

Finalmente, estos parámetros serán esquematizados por medio de una tabla para descubrir si las sentencias son positivistas o neoconstitucionalistas, de tal manera que si una determinada sentencia posee más parámetros neoconstitucionalistas o positivistas, según sea el caso, será catalogada como tal. Este capítulo, por tanto, tiene la finalidad descubrir el método preponderante que utilizan los jueces al momento de dictar sus resoluciones.

4.1 Caso 1: Sentencia de acción extraordinaria de protección Nro. 048-13-SEP-CC, dictada el 31 de julio del 2013, dentro del caso Nro. 0169-12-EP

4.1.1Resumen de hechos relevantes

La acción extraordinaria de protección fue interpuesta por el Señor Elías José Barberán Queirolo, la cual impugna a la sentencia emitida por la Segunda Sala

Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio de casación interpuesto por Elías José Barberán Queirolo, en contra de Oswaldo Rafael Yépez Cadena. El mencionado juicio resuelve la culpabilidad del procesado por el delito de injurias (048-13-SEP-CC, 2013, pág. 2).

Los hechos que desataron el relatado proceso penal son los siguientes: el entonces Director Nacional de la Policía Judicial del Ecuador, General Oswaldo Rafael Yépez Cadena, mediante medios de comunicación, mencionó que el Señor Elías José Barberán Queirolo, a través de un arma corto punzante, procedió a perpetrar un hecho de sangre. A pesar de que, mediante sentencia ejecutoriada, se procedió a ratificar el estado de inocencia del mencionado ciudadano (048-13-SEP-CC, 2013, pág. 3).

Los derechos que se consideraron vulnerados por el accionante son: el derecho a la honra e integridad moral personal, reconocido en la Constitución, en el artículo 66 numeral 3 literal a; el derecho a la tutela judicial efectiva, artículo 75 del mismo cuerpo normativo; el derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 76 numerales 3 y 7; y el derecho a la seguridad jurídica, consagrado en el artículo 82 (048-13-SEP-CC, 2013, pág. 5).

4.1.2 Argumentación jurídico- constitucional

Problema jurídico a discutir

Existe un problema jurídico que es materia de este estudio, sintetizado por la Corte de la siguiente manera:

La sentencia de casación emitida por los conjueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de justicia, ¿tutela el derecho a la libertad de expresión del General Oswaldo Rafael Yépez?

Análisis positivista

Se pasará a realizar el respectivo estudio a la luz del método interpretativo-subsuntivo de García Amado[3]:

1) Primer Paso: Determinar el marco de la cuestión en el cual versará el problema jurídico, por medio de las razones fácticas (R^f). Existen, por tanto, las siguientes:

R^{f1}: El General Oswaldo Rafael Yépez Cadena, en rueda de prensa, mencionó que el Señor Elías Barberán Queirolo perpetró un hecho de sangre (048-13-SEP-CC, 2013, pág. 3).

R^{f2}: Los jueces de la Corte Nacional de Justicia dictaron una sentencia, tutelando el derecho a la libertad de expresión del General Yépez (048-13-SEP-CC, 2013, pág. 4).

R^{f3} No existió injuria alguna en contra del ciudadano Barberán (048-13-SEP-CC, 2013, pág. 2).

R^{f1}, R^{f2}, y R^{f3} configuran las razones fácticas por las cuales se forma el problema jurídico

2) Segundo Paso: encontrar la norma jurídica aplicable (N), así como de la interpretación dada a ésta (R^{il}):

El deber de motivación se encuentra consagrado en el Art. 76. 7. l (N^1). Así mismo la Corte Constitucional ha interpretado que la motivación es una garantía constitucional que resguarda la justificación racional de los jueces, para que ésta pueda mantener armonía con el ordenamiento jurídico (R^{i1}) (048-13-SEP-CC, 2013, pág. 13).

La norma que contiene al deber de motivación mantiene una determinada interpretación jurisprudencial que debe ser cumplida.

[3] Los pasos a seguir para el respectivo análisis –y para todos los casos en adelante- son los dictados por el procedimiento de argumentación jurídica concreto, contenidos en el Capítulo I.

3) Tercer Paso: Determinar los motivos en concreto (C) para justificar la aplicación de la norma escogida:

El marco fáctico conforma un estado de cosas en el cual el juez debe motivar un razonamiento jurisprudencial para poder cumplir con la norma N^1.

Para tal efecto, es necesario que se analice los motivos en concreto (C) para observar si los jueces de la Corte Nacional cumplieron N^1:

C^1: Los jueces de la Corte Nacional son incoherentes debido a que prueban culpabilidad y sentencian inocencia sin motivo alguno (048-13-SEP-CC, 2013, pág. 19).

C^2: Los jueces de la Corte Nacional tampoco desvirtúan con argumentos la querella penal (048-13-SEP-CC, 2013, pág. 19).

Puesto que en el marco fáctico, por razones en concreto (C) no se cumplió con el deber de motivar, los jueces de la Corte Nacional han vulnerado derechos constitucionales.

Como se pudo ver en el análisis realizado, el modelo positivista encaja en la manera en como los jueces constitucionales realizaron el silogismo deductivo para tutelar un derecho por sobre el otro. Los jueces dilucidaron un marco fáctico así como las razones por las cuales una determinada norma constitucional debía ser aplicada. Lo que se pudo apreciar, por tanto, es una subsunción de una norma de motivación dentro de un hecho en concreto.

Análisis neo constitucionalista

A continuación se procederá a determinar si el método alexiano de ponderación[4] fue aplicado en el caso en concreto:

Primero, existen dos derechos en colisión, el derecho a la libertad de expresión (X) y el derecho al honor (Y). La Corte Nacional de Justicia tuteló el derecho a la libertad de expresión por sobre el derecho al honor. Por tanto, hay que dejar sentado el hecho de que existió una satisfacción sobre X y una afectación sobre Y.

[4] El procedimiento para realizar la ponderación se encuentra descrito en el Capítulo II

Una vez obtenidos estos primeros enunciados, es necesario pasar a la ponderación, que se divide en tres sub principios idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Con respecto a la idoneidad, el juez constitucional debió mencionar la existencia o inexistencia razones por las cuales la tutela de la libertad de expresión del General persigue un fin constitucionalmente válido, sin embargo este análisis es omitido.

Hablando de la necesidad, la Corte no refiere nada acerca si existía o no una medida menos lesiva para el derecho al honor del ciudadano.

Pasando a la tercera fase, correspondiente al análisis de proporcionalidad en sentido estricto:

Según lo evidenciado en la Tabla 2, para que una medida sea proporcional, la satisfacción del derecho a la libertad de expresión del General graduada en leve, moderada o grave ($X^{(l,m,g)}$) deberá ser superior con respecto a la afectación al derecho al honor del Ciudadano ($Y^{(l,m,g)}$).

La Corte no realizó este análisis a pesar de que menciona una colisión de derechos.

Este análisis determinaría si la medida adoptada por la Corte Nacional, de tutelar el derecho a la libertad de expresión del General) fue proporcional con respecto al derecho al honor del Ciudadano, sin embargo, como se mencionó la Corte no hizo referencia alguna a este procedimiento.

En conclusión, como se mencionó en este último análisis, los jueces evidencian que existe una posible colisión de derechos, sin embargo, al momento de la aplicación de un método ponderativo de satisfacción/afectación de derechos, este no fue realizado.

Es claro que la argumentación jurídica realizada por los jueces constitucionales fue hecha a la luz de un método de subsunción de una conducta a una norma, por las razones esgrimidas anteriormente.

4.2 Caso 2: Sentencia de inconstitucionalidad de actos normativos Nro. 047-15-SIN-CC, dictada el 23 de septiembre del 2015, dentro del caso Nro. 0009-12-IN

4.2.1 Resumen de hechos relevantes

La presente demanda se presenta por Héctor Yépez Martínez, Xavier Flores Aguirre, Nadia Donoso Sánchez, Andrés Crespo Arosemena, y Fernando Ampuero Trujillo. Se acusan de inconstitucionales las siguientes normas del Código Penal Derogado: 489, 490, 491, 492, 493, 495, 497, 498, 499, 501, y 606 (047-15-SIN-CC, 2015, pág. 2).

Los accionantes alegan que dichas normas vulneran varios derechos constitucionales, entre ellos se encuentran: acceso y participación en el espacio público, artículo 23; libertad de opinión y expresión, rectificación, honor y buen nombre, contenidos en el artículo 66 numerales 7, 7 y 18; seguridad jurídica, contenido en el artículo 82; entre otros. Afirman ellos que el régimen jurídico penal, en lo referente a la protección al derecho a la honra, contiene vaguedades e imprecisiones que tornan discrecional el ejercicio de dicho derecho por medio de sanciones penales, privilegiando a autoridades estatales e impidiendo que el acusado pueda ejercer adecuadamente su defensa (047-15-SIN-CC, 2015, pág. 4).

Así mismo señalan que cualquier norma que imponga límites a la libertad de expresión debe ser clara y proporcional para garantizar el ejercicio del derecho a la honra. De igual forma, cualquier protección al derecho a la honra de cualquier funcionario público deber tener un umbral inferior, debido al respeto a la información de interés público (047-15-SIN-CC, 2015, pág. 4).

Por otro lado, el Dr. Vicente Peralta León, en representación del Dr. Alexis Mera, Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, afirma que los accionantes requieren una ponderación entre el derecho a la honra y el derecho a la libertad de expresión, lo cual es errado debido a que ambos derechos se complementan (047-15-SIN-CC, 2015, pág. 6). De igual manera, el Arq. Fernando Cordero, en calidad de Presidente de la Asamblea Nacional, menciona que las normas acusadas de inconstitucionales son claras y precisas debido a que enuncian un tipo penal y establecen una determinada sanción; sumado a esto el hecho de que dichas normas fueron elaboradas de acuerdo a un procedimiento constitucionalmente válido y siguiendo una adecuada técnica legislativa (047-15-SIN-CC, 2015, pág. 8).

4.2.2 Argumentación jurídico- constitucional

Problemas jurídicos a discutir

De acuerdo al análisis de la anterior sentencia, es pertinente escoger aquellos problemas jurídicos que tengan como punto de análisis el derecho a la libertad de expresión. Así, existen dos problemas jurídicos a ser tratados, conceptualizados de la siguiente manera:

1. El Art. 489 del Código Penal, referente a la definición de injuria, ¿contraría al derecho a la libertad de expresión, contenido en el Art. 66. 6 de la Constitución?
2. El Art. 493 del Código Penal, referente a la pena por injurias a funcionario público, ¿contraría al derecho a la libertad de expresión, contenido en el Art. 66. 6 de la Constitución?

Problema Jurídico 1

El Art. 489 del Código Penal Derogado reza lo siguiente:

> *"Art. 489.- La injuria es: Calumniosa, cuando consiste en la falsa imputación de un delito; y, No calumniosa, cuando consiste en toda otra expresión proferida en descrédito, deshonra o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto"*.

Análisis positivista

1) Primer Paso: Determinar el marco de la cuestión en el cual versará el problema jurídico, por medio de las razones fácticas (R^f). Existen, por tanto, las siguientes:

R^{f1}: La legislación penal protege la honra con términos vagos (047-15-SIN-CC, 2015, pág. 17).

R^{f2}: El artículo fue redactado hace casi 40 años sin alguna modificación sustancial (047-15-SIN-CC, 2015, pág. 18).

R^{f1} y R^{f2} configuran las razones fácticas por las cuales se forma el problema jurídico.

2) Segundo Paso: encontrar la norma jurídica aplicable (N), así como de la interpretación dada a ésta (R^{il}):

El derecho al honor se encuentra consagrado en la Constitución en su artículo 66. 18 (N^1). Así mismo la Corte Constitucional ha interpretado que el honor forma parte de la dignidad humana y no puede ser vulnerado aduciendo libertad de expresión (R^{i1}) (047-15-SIN-CC, 2015, pág. 17).

Por tanto, la norma que contiene el derecho al honor mantiene una determinada interpretación jurisprudencial que debe ser cumplida.

3) Tercer Paso: Determinar los motivos en concreto (C) para justificar la aplicación de la norma escogida:

El marco fáctico conforma un estado de cosas en el cual el juez debe tutelar el honor de las personas agraviadas para poder cumplir con N^1.

Para tal efecto, es necesario que se analice los motivos en concreto (C) para observar si se cumplió N^1:

C^1: La normativa penal tutela el derecho al honor, por medio del delito de injurias (047-15-SIN-CC, 2015, pág. 17).

C^2: La Constitución tutela el derecho al honor, en el sentido de que toda persona tiene una valoración individual que ha sabido ganársela a lo largo del tiempo (047-15-SIN-CC, 2015, pág. 17).

Puesto que en el marco fáctico, por razones C se cumplió con el derecho a la honra, la norma no resulta inconstitucional.

Como se pudo ver en el análisis realizado, el modelo positivista encaja en la manera en como los jueces constitucionales realizaron el silogismo deductivo para tutelar un derecho por sobre el otro. Los jueces dilucidaron un marco fáctico así como las razones por las cuales una determinada norma constitucional debía ser aplicada. Lo que se pudo

apreciar, por tanto, es una subsunción de una norma de motivación dentro de un hecho en concreto.

Análisis neo constitucionalista

A continuación se procederá a determinar si el método alexiano de ponderación fue aplicado en el caso en concreto:

Como consideración preliminar, es pertinente dejar sentado el hecho de que existen dos derechos en colisión, el derecho a la libertad de expresión (X) y el derecho al honor (Y).

La Corte Constitucional, en su conclusión, tuteló el derecho al honor, por tanto, hay que dejar sentado el hecho de que existió una satisfacción sobre Y, y una afectación sobre X.

Una vez obtenidos estos primeros enunciados, es necesario pasar a la ponderación, que se divide en tres sub principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Con respecto a la idoneidad, el juez constitucional menciona muy vagamente la tutela del honor como el bien jurídico protegido, lo que deviene en una prohibición de injuria (047-15-SIN-CC, 2015, pág. 18).

Hablando de la necesidad, la Corte da por sentado que la única forma de proteger el derecho al honor es por la vía penal. Obvia así un estudio de la existencia o inexistencia de alternativas al poder punitivo estatal (047-15-SIN-CC, 2015, pág. 18).

Pasando a la tercera fase, correspondiente al análisis de proporcionalidad en sentido estricto:

Según lo evidenciado en la Tabla 2, para que una medida sea proporcional, la satisfacción del derecho al honor por medio de una norma penal graduada en leve, moderada o grave ($IPi^{(l,m,g)}$) deberá ser superiores con respecto a la afectación al derecho a la libertad de expresión ($IPj^{(l,m,g)}$). La Corte no realizó este análisis a pesar de que menciona una colisión de derechos.

A pesar de que la Corte Constitucional afirma que existe una colisión entre derechos sin embargo, al momento de la aplicación de un método ponderativo de satisfacción/afectación de derechos, este no fue realizado.

Es claro que la argumentación jurídica realizada por los jueces constitucionales fue hecha a la luz de un método de subsunción de una conducta a una norma, por las razones esgrimidas anteriormente.

Problema Jurídico 2

El Art. 493 del Código Penal derogado establece lo siguiente:

> *"Art. 493.- Serán reprimidos con uno a tres años de prisión y multa de seis a veinte y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América, los que hubieren dirigido a la autoridad imputaciones que constituyan injuria calumniosa.*
>
> *Si las imputaciones hechas a la autoridad constituyeren injurias no calumniosas, pero graves, las penas serán de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a diecinueve dólares de los Estados Unidos de Norte América".*

Análisis positivista

1) Primer Paso: Determinar el marco de la cuestión en el cual versará el problema jurídico, por medio de las razones fácticas (R^f). Existen, por tanto, las siguientes:

R^{f1}: Esta tipificación posee penas desproporcionadas porque (047-15-SIN-CC, 2015, pág. 4).

R^{f2}: Esta desproporción se encuentra en contra de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, debido a que las penas deben ser proporcionales a las infracciones (047-15-SIN-CC, 2015, pág. 4).

R^{f1} y R^{f2} configuran las razones fácticas por las cuales se forma el problema jurídico.

2) Segundo Paso: encontrar la norma jurídica aplicable (N), así como de la interpretación dada a ésta (R^{il}):

El derecho al honor se encuentra consagrado en la Constitución en su artículo 66. 18 (N^1). Así mismo la Corte Constitucional ha interpretado que el honor forma parte de la dignidad humana y no puede ser vulnerado aduciendo libertad de expresión (R^{i1}) (047-15-SIN-CC, 2015, pág. 21).

La norma que contiene el derecho al honor debe mantiene una determinada interpretación jurisprudencial que debe ser cumplida.

3) Tercero Paso: Determinar los motivos en concreto (C) para justificar la aplicación de la norma escogida:

El marco fáctico conforma un estado de cosas en el cual el juez debe tutelar el honor de las personas agraviadas para poder cumplir con N^1.

Así, es necesario que se analice los motivos en concreto (C) para observar si se cumplió N^1:

C^1: La norma que establece una pena busca proteger el derecho al honor de los funcionarios públicos (047-15-SIN-CC, 2015, pág. 21).

C^2: No se evidencia ningún tipo de desproporción en las penas establecidas (047-15-SIN-CC, 2015, pág. 21).

C^3: La norma impide la discrecionalidad de los jueces al establecer como sujeto pasivo a una autoridad pública (047-15-SIN-CC, 2015, pág. 22).

Puesto que en el marco fáctico, por razones en concreto C se cumplió con N^1, la norma no resulta inconstitucional.

Hablando del análisis positivista realizado, concatenando por lo expuesto en la sentencia, la Corte Constitucional utilizó el método subsuntivo para realizar su respectivo razonamiento. Los jueces dilucidaron un marco fáctico así como las razones por las cuales una determinada norma constitucional debía ser aplicada. Lo que se pudo apreciar, por tanto, es una subsunción de una norma de motivación dentro de un hecho en concreto. Al igual que el anterior problema, el juez constitucional hace una toma unidimensional de un derecho, es decir solo analiza el derecho al honor, dejando de lado el derecho a la libertad de expresión.

Análisis neo constitucionalista

En primer lugar, existen dos derechos en colisión, el derecho a la libertad de expresión (X) y el derecho al honor (Y). La Corte Constitucional, en su conclusión, tuteló el derecho al honor, por tanto, hay que dejar sentado el hecho de que existió una satisfacción sobre Y, y una afectación sobre X.

Una vez obtenidos estos primeros enunciados, es necesario pasar a la ponderación:

Con respecto a la idoneidad, el juez constitucional menciona únicamente que el derecho al honor de funcionarios públicos debe ser protegido debido a que están constantemente bajo la luz pública, por tanto, corren cierto riesgo de ser injuriados (047-15-SIN-CC, 2015, pág. 21).

Hablando de la necesidad, la Corte da por sentado que la única forma de proteger el derecho al honor de estos funcionarios es por la vía penal. Obvia así un estudio de la existencia o inexistencia de alternativas (047-15-SIN-CC, 2015, pág. 21).

Pasando a la tercera fase, correspondiente al análisis de proporcionalidad en sentido estricto:

Según lo evidenciado en la Tabla 2, para que una medida sea proporcional, la satisfacción del derecho al honor por medio de una norma penal graduada en leve, moderada o grave ($IPi^{(l,m,g)}$) deberá ser superior con respecto a la afectación al derecho a la libertad de expresión ($IPj^{(l,m,g)}$). La Corte no realizó este análisis a pesar de que menciona una colisión de derechos.

Este análisis evidenciaría si la medida penal adoptada por el Poder Legislativo, de tutelar el derecho a al honor fue proporcional, tomando como punto de contraste a la libertad de expresión. A pesar de la aplicación de dicha fórmula en este caso, por parte de este estudio, la Corte mencionó una posible colisión, sin embargo jamás realizó un examen de análisis en estos dos principios.

Como se puede evidenciar en el estudio realizado a los problemas jurídicos, la Corte Constitucional realiza un razonamiento eminentemente positivista, utilizando un método subsuntivo para poder establecer la constitucionalidad de normas penales. En base a un juicio deductivo determinó la constitucionalidad de las normas jurídicas. A diferencia del anterior problema jurídico, la Corte sí se refiere al uso de la ponderación, sin embargo, esta es aplicada de manera superficial.

4.3 Sentencia de inconstitucionalidad de actos normativos Nro. 003-14-SIN-CC, dictada el 17 de septiembre del 2014, dentro de los casos acumulados **N**ros. 0014-13-IN, 0023-13-IN y 0028-13-IN

4.3.1 Resumen de hechos relevantes

Dentro del Caso Nro. 0014-13-IN, el Dr. Luis Fernando Torres, presentó una acción pública de inconstitucionalidad. En el Caso Nro. 0023-13-IN, Diego Rodrigo Cornejo, en representación de varias personas, presentó una acción pública de inconstitucionalidad. Finalmente, en el Caso. Nro. 0028-13-IN, el Dr. Farith Simon y otros presentaron una demanda pública de inconstitucionalidad. Todas éstas ante la Corte Constitucional del Ecuador (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 2).

Las normas acusadas de inconstitucionalidad, por el fondo, son las siguientes: Arts. 1; 2; 3; 5; 6; 10, numeral 3 literales a y f, numeral 4 literales e, i, j e inciso final; 17; 18; 20; 21; 22; 24; 26; 30; 38; 40; 42; 48; 55; 56; 59; 61; 63; 64; 71; 84; 90 y 96. Todas estas de la Ley Orgánica de Comunicación, publicada en el Registro Oficial Tercer Suplemento Nro. 022, del 25 de junio del 2013 (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 3).

En cuanto a los alegatos de los accionantes, Luis Fernando Torres argumenta que algunos de los artículos de la Ley de Comunicación establecen restricciones sumamente

desproporcionadas, con respecto al ejercicio del derecho a la libertad de expresión (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 3). Diego Cornejo y otros alegan que la Ley antes mencionada está repleta de ambigüedades y de una deficiente técnica legislativa (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 4). Finalmente, Farith Simon y otros mencionan que el articulado de la Ley no evidencia de forma clara motivos suficientes para establecer restricciones a bienes jurídicos (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 6).

Por otro lado, y en contestación a dichas acciones, Gabriela Rivadeneira, en calidad de Presidenta de la Asamblea Nacional, manifiesta que la censura previa, el concepto de interés público, así como la protección a la honra están contemplados en la Ley de Comunicación y evidenciados abstractamente en la Constitución, por tanto no existe ninguna inconstitucionalidad (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 9). Así mismo, Alexis Mera, en calidad de Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, argumenta que los órganos de la función judicial son los finales interpretadores de la normativa legal, es por ello que nociones como linchamiento mediático, temas de relevancia pública, no comprenden facultades discrecionales, sino conceptos abstractos que pueden y deben ser interpretados por los jueces (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 10).

4.3.2 Argumentación jurídico- constitucional

Problemas jurídicos a discutir

Existen dos problemas jurídicos principales en los cuales se puede evidenciar un conflicto de derechos con el derecho a la libertad de expresión, estos son:

1) El Art. 18 de la Ley Orgánica de Comunicación, concerniente a la prohibición de censura previa, ¿contraviene el derecho a la comunicación e información, el derecho a la libertad de expresión, reconocidos en los artículos 18 y artículo 66 numeral 6 de la Constitución de la República, respectivamente?
2) El Art. 26 de la Ley Orgánica de Comunicación, concerniente al linchamiento mediático, ¿contraría el derecho a la información reconocido en el artículo 18 numeral 1 de la Constitución de la República?

Problema jurídico 1

El Art. de la Ley pertinente reza lo siguiente:

> *"Art. 18.- Prohibición de censura previa.- Queda prohibida la censura previa por parte de una autoridad, funcionario público, accionista, socio, anunciante o cualquier otra persona que en ejercicio de sus funciones o en su calidad revise, apruebe o desapruebe los contenidos previos a su difusión a través de cualquier medio de comunicación, a fin de obtener de forma ilegítima un beneficio propio, favorecer a una tercera persona y/o perjudicar a un tercero. Los medios de comunicación tienen el deber de cubrir y difundir los hechos de interés público. La omisión deliberada y recurrente de la difusión de temas de interés público constituye un acto de censura previa.*
>
> *Quienes censuren previamente o ejecuten actos conducentes a realizarla de manera indirecta, serán sancionados administrativamente por la Superintendencia de la Información y Comunicación con una multa de 10 salarios básicos unificados, sin perjuicio de que el autor de los actos de censura responda judicialmente por la comisión de delitos y/o por los daños causados y por su reparación integral".*

Análisis positivista

1) Primer Paso: Determinar el marco de la cuestión en el cual versará el problema jurídico, por medio de las razones fácticas (R^f). Existen, por tanto, las siguientes:

R^{f1}: Es constitucionalmente ilegítimo establecer sanciones que merman el derecho a la libertad de expresión (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 100).

R^{f2}: La censura previa puede convertirse en un mecanismo para controlar ilegalmente a los medios de comunicación (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 98).

R^{f1} y R^{f2} configuran las razones fácticas por las cuales se forma el problema jurídico.

2) Segundo Paso: encontrar la norma jurídica aplicable (N), así como de la interpretación dada a ésta (R^{il}):

La prohibición de censura previa se encuentra tácitamente consagrada en el Art. 18 (N^1). La Corte ha mencionado que es legítimo establecer mecanismos jurídicos para proteger la información que es emitida por los medios de comunicación (R^{i1}) (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 100).

La norma que contiene el derecho a la libertad de expresión debe mantener una determinada interpretación jurisprudencial que debe ser cumplida.

3) Tercer Paso: Determinar los motivos en concreto (C) para justificar la aplicación de la norma escogida:

El marco fáctico conforma un estado de cosas en el cual el juez debe tutelar la prohibición de censura previa para poder cumplir con N^1.

Así, es necesario que se analice los motivos en concreto (C) para observar si se cumplió N^1:

C^1: En caso de censura previa, es necesario establecer una sanción adecuada para tutelar el acceso adecuado de información (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 100).

C^2: La sanción administrativa es la menos lesiva a derecho para asegurar la prohibición de censura previa (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 101).

C^3: Imponer una medida que afecta levemente a los medios de comunicación, evita un daño a los derechos de las personas (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 101).

Puesto que en el marco fáctico, por razones C se cumplió con N^1, la norma no resulta inconstitucional.

Como se pudo ver en el análisis realizado, el modelo positivista encaja en la manera en como los jueces constitucionales realizaron el silogismo deductivo para tutelar un derecho por sobre el otro. Los jueces dilucidaron un marco fáctico así como las razones por las cuales una determinada norma constitucional debía ser aplicada. Lo que se pudo

apreciar, por tanto, es una subsunción de una norma de motivación dentro de un hecho en concreto.

Análisis neo constitucionalista

A continuación se procederá a determinar si el método alexiano de ponderación fue aplicado en el caso en concreto:

Como consideración preliminar, la Corte Constitucional efectivamente menciona que existe una clara colisión entre facetas del derecho a la libertad de expresión (libertad de expresión de medios de comunicación y acceso a la información de usuarios).

Entonces, existen dos derechos a ser ponderados, el derecho a la libertad de expresión (X) y el derecho al acceso a la información (Y). La Corte Constitucional, en su conclusión, tuteló el privilegio de acceso a la información, por tanto, hay que dejar sentado el hecho de que existió una satisfacción sobre Y, y una afectación sobre X.

Una vez obtenidos estos primeros enunciados, es necesario pasar a la ponderación, que se divide en tres sub principios idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En lo referente a la idoneidad, el juez constitucional menciona que *"tipificar una conducta como infracción de cualquier tipo -incluida 1a infracción administrativa- evidencia la intención del legislador de incorporar una prohibición en el ordenamiento jurídico, prohibición que carecería de eficacia si no va acompañada de una sanción que sirva como elemento disuasivo a las personas que (...) incurran en dicha conducta"* (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 100). La Corte por tanto, aplica este principio.

Hablando de la necesidad, la Corte Constitucional se refiere a que una medida de carácter administrativo acarrea una sanción pecuniaria, esta, por tanto, conlleva una sanción menor dentro del ordenamiento jurídico (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 101). Es importante hacer hincapié en el hecho de que la Corte da por sentado que la única forma de proteger el derecho al acceso a la información es por la vía administrativa. Obvia así un estudio de la existencia o inexistencia de alternativas.

Pasando a la tercera fase, correspondiente al análisis de proporcionalidad en sentido estricto:

Según lo evidenciado en la Tabla 2, para que una medida sea proporcional, la satisfacción de Y en sentido de norma abstracta debería ser catalogada como l, m o g; en contraste la afectación de X, bajo las mismas circunstancias. La Corte menciona que la limitación al derecho a la libertad de expresión de los medios es de carácter leve, sin embargo no menciona si la satisfacción del acceso a la información por parte de los ciudadanos comporta una medida de carácter leve, moderado o grave.

Por consiguiente, la satisfacción del derecho al acceso a la información de los ciudadanos por medio de una sanción administrativa graduada en leve, moderada o grave ($IPi^{(l,m,g)}$) deberá ser superior con respecto a la afectación al derecho a la libertad de expresión ya catalogada esta como leve según la propia Corte. ($IPj^{(l)}$).

Debido únicamente se cataloga la afectación del derecho a la libertad de expresión pero no la satisfacción de su contraparte, no es posible determinar si la medida fue proporcional o desproporcional.

En conclusión, a diferencia de los problemas jurídicos establecidos en las demás sentencias, la Corte Constitucional utiliza el método de ponderación para poder realizar un razonamiento de argumentación jurídica. No obstante lo anterior mencionado, existen deficiencia en su uso, más específicamente en lo relacionado a la proporcionalidad en sentido estricto, por la razón mencionada anteriormente.

Problema jurídico 2

El Art. a analizar reza lo siguiente:

> *"Art. 26.- Linchamiento mediático.- Queda prohibida la difusión de información que, de manera directa o a través de terceros, sea producida de forma concertada y publicada reiterativamente a través de uno o más medios de comunicación con el propósito de desprestigiar a una persona natural o jurídica o reducir su credibilidad pública. La Superintendencia de la Información y Comunicación podrá disponer, previa la calificación de la pertinencia del reclamo, las siguientes medidas administrativas:*

1. La disculpa pública de la o las personas que produjeron y difundieron tal información.

2. Publicar la disculpa establecida en el numeral anterior en el medio o medios de comunicación, en días distintos, en el mismo espacio, programas, secciones, tantas veces como fue publicada la información lesiva al prestigio o la credibilidad de las personas afectadas. Estas medidas administrativas se aplicarán sin perjuicio de que los autores de la infracción respondan por la comisión de delitos y/o por los daños causados y por su reparación integral".

Análisis positivista

1) Primer Paso: Determinar el marco de la cuestión en el cual versará el problema jurídico, por medio de las razones fácticas (R^f). Existen, por tanto, las siguientes:

R^{f1}: Es constitucionalmente ilegítimo establecer sanciones que merman el derecho a la libertad de expresión (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 133).

R^{f2}: El linchamiento mediático puede convertirse en un mecanismo para controlar ilegalmente a los medios de comunicación (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 133).

R^{f3}: Existen otras medidas establecidas por la normativa ecuatoriana que protegen el derecho a la honra (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 134).

R^{f1}, R^{f2} y R^{f3} configuran las razones fácticas por las cuales se forma el problema jurídico.

2) Segundo Paso: encontrar la norma jurídica aplicable (N), así como de la interpretación dada a ésta (R^{il}):

La prohibición de linchamiento mediático se encuentra tácitamente consagrado en el Art. 66. 18 (N^1). La Corte ha mencionado "que el desprestigio y la afectación a la

credibilidad de las personas implican el menoscabo del derecho al honor y buen nombre de las personas" (R^{i1}) (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 135).

La norma que contiene el derecho a la honra mantiene una determinada interpretación jurisprudencial que debe ser cumplida.

3) Tercer Paso: Determinar los motivos en concreto (C) para justificar la aplicación de la norma escogida:

El marco fáctico conforma un estado de cosas en el cual el juez debe tutelar la prohibición de linchamiento mediático para poder cumplir con N^1.

Así, es necesario que se analice los motivos en concreto (C) para observar si se cumplió N^1:

C^1: El honor de las personas debe protegerse, respecto de cierta información emitida por los medios de comunicación (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 135).

C^2: La sanción administrativa es la menos lesiva a derecho para asegurar la prohibición de linchamiento mediático (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 136).

C^3: La inexistencia de esta medida significaría un menoscabo al derecho al honor de las personas (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 138).

Puesto que en el marco fáctico, por razones en concreto C se cumplió con N^1, la norma no resulta inconstitucional.

Como se pudo ver en el análisis realizado, el modelo positivista encaja en la manera en como los jueces constitucionales realizaron el silogismo deductivo para tutelar un derecho por sobre el otro. Los jueces dilucidaron un marco fáctico así como las razones por las cuales una determinada norma constitucional debía ser aplicada. Lo que se pudo apreciar, por tanto, es una subsunción de una norma de motivación dentro de un hecho en concreto.

Análisis neo constitucionalista

Al igual que el anterior problema jurídico, la Corte Constitucional menciona que existe una colisión entre derechos (libertad de expresión y derecho al honor). La Corte Constitucional, en su conclusión, tuteló el derecho al honor, por tanto, hay que dejar sentado el hecho de que existió una satisfacción sobre Y y una afectación sobre X.

Una vez obtenidos este primer enunciado, es necesario pasar a la ponderación:

En lo referente a la idoneidad, el juez constitucional menciona que *"el legislador consideró necesaria la incorporación (...) (del) linchamiento mediático, con cuya sanción (...) se precautela el derecho al honor y buen nombre de las personas, que podrían verse menoscabados a través de la difusión de cierta información por parte de los medios de comunicación"* (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 135). (El paréntesis es mío) La Corte, por tanto, hizo un estudio argumentativo de idoneidad.

Hablando de la necesidad, la Corte Constitucional se refiere a que *"la medida legislativa objeto de análisis es la menos lesiva, ya que su incumplimiento genera una consecuencia que pertenece exclusivamente al ámbito administrativo".* (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 138). Es importante hacer hincapié en el hecho de que la Corte da por sentado que existen medidas penales para proteger a la honra, sin embargo no menciona la necesidad de establecer además una medida administrativa.

Pasando a la tercera fase, correspondiente al análisis de proporcionalidad en sentido estricto, existe una gradación determinada como leve, moderado o grave.

Así la satisfacción de Y en sentido de norma abstracta debería ser catalogada como l, m o g; en contraste la afectación de X, bajo las mismas circunstancias. La Corte menciona que la limitación al derecho a la libertad de expresión de los medios es de carácter leve, así mismo establece que la protección al derecho a la honra es de carácter grave.

Según lo evidenciado en la Tabla 2, para que una medida sea proporcional, la satisfacción del derecho a la honra de los ciudadanos por medio de una sanción administrativa graduada como grave ($IPi^{(g)}$) es superior con respecto a la afectación al derecho a la libertad de expresión de los medios de comunicación ya catalogada esta como

leve. ($IPj^{(l)}$) (003-14-SIN-CC, 2014, pág. 115). Por lo tanto, y aplicando la mencionada Tabla 2, la medida resulta proporcional.

Es evidente que, a diferencia de las demás sentencias, la Corte Constitucional realiza un examen de proporcionalidad en sentido estricto, en lo referente a tutela con derechos en colisión. Pasando a otro punto, se puede afirmar que la idoneidad fue argumentada, sin embargo, el principio de necesidad fue obviado en el análisis.

4.4 Análisis comparativo

A continuación se evidencia los resultados obtenidos luego de haber aplicado los métodos positivista y neo constitucionalista en las sentencias constitucionales:

Tabla 3

Comparación de sentencias de la Corte Constitucional

		Método Neoconstitucionalista			**Método Positivista**			**Resultado**
		Idoneidad	*Necesidad*	*Proporcionalidad en sentido estricto*	*Determinación de las razones fácticas*	*Descubrimiento de norma aplicable*	*Proceso de Subsunción*	
Caso 1	*Problema jurídico*	No	No	No	Si	Si	Si	Positivista
Caso 2	*Porblema jurídico 1*	Si	No	No	Si	Si	Si	Positivista
	Problema jurídico 2	No	No	No	Si	Si	Si	
Caso 3	*Problema jurídico 1*	Si	No	No	Si	Si	Si	Positivista
	Problema jurídico 2	Si	No	Si	Si	Si	Si	

(Fuente: Propia del Autor de esta disertación)

Según se puede observar, la Tabla 3 está dividida en secciones, de manera horizontal cuenta con los casos 1, 2 y 3 como con los sub-problemas jurídicos y, de manera vertical, con los métodos neoconstitucionalista y positivista sus respectivos parámetros. En el Caso 1 existen un total de 6 parámetros de los cuales la Corte Constitucional supera los positivistas, se puede deducir de aquello que su análisis es predominantemente positivista. Para el Caso 2, que cuenta con 2 problemas jurídicos, existen 12 parámetros (6 para el

primer problema jurídico y 6 para el segundo), la Corte aprueba las 6 casillas referentes al método positivista, mientras que de los parámetros neconstitucionalistas únicamente supera uno, convirtiendo a la sentencia del caso analizado en predominantemente positivista. Finalmente, en el Caso 3 aprueba los 6 parámetros positivistas y solo 3 de los 6 neoconstitucionalistas, por consiguiente la sentencia es de igual forma positivista.

Hablando más específicamente del método neoconstitucionalista, se puede observar que la Corte suele argumentar en términos de idoneidad, sin embargo jamás lo hace con la necesidad. De la misma manera, solo un problema jurídico referente al Caso 3 logra superar el análisis de proporcionalidad en sentido estricto. Finalmente, aunque en los Casos 2 y 3 la Corte menciona que su análisis será de proporcionalidad, los resultados demuestran que dicho análisis es omitido en la mayoría de los parámetros, no dejando de lado el hecho de que algunos parámetros neoconstitucionalistas son realizados de manera defectuosa. En conclusión, la Corte Constitucional argumentó de manera predominantemente positivista sus sentencias.

5. CONCLUSIONES

a) La Teoría luhmanniana ayuda a entender el modelo de actuación del positivismo en el ámbito del derecho. Tal y como funciona en los demás subsistemas sociales, el Derecho, para el positivismo luhmanniano, opera de manera autorreferencial y autoproductora de su propio contenido. De igual manera, una de las características de este positivismo es la asignación de un código binario que permite la comunicación de sus elementos al interior del sistema. Este concepto de código influencia inclusive al ámbito de la argumentación jurídica por medio del método interpretativo subsuntivo, el cual se adapta a la dualidad "ajustado a la norma/ desajustado a la norma" para realizar el razonamiento jurisprudencial.

b) El neoconstitucionalismo se presenta como una alternativa al modelo positivista, debido a que la concepción de derechos fundamentales toma fuerza y se transforma en el motor de acción de todo el Derecho, por tanto, torna al mismo en una constitucionalización del ordenamiento jurídico, caracterizado principalmente por una Constitución rígida y con una dotación de un poder privilegiado a la Corte Constitucional. Esta corriente constitucionalista ha influenciado directamente al Ecuador, a partir de la Constitución del 2008. Una de las pruebas más importantes de esta afirmación es el otorgamiento de máximo intérprete de la Carta Magna al órgano constitucional.

c) Dentro de esta corriente neoconstitucionalista los derechos fundamentales ya no son entendidos como normas estáticas, sino como principios que deben ser colmados mediante la actividad jurisprudencial. Es por ello que ésta concibe al ordenamiento jurídico como un ente incompleto y en desarrollo que necesita de los derechos constitucionales para colmarse. De igual manera, y puesto que los derechos constitucionales son diferentes a cualquier otra norma jurídica pues son mandatos de optimización, no pueden ser interpretados mediante reglas convencionales, sino con métodos contemporáneos de argumentación jurídica. Es por esta razón que el método de ponderación, o también llamado de proporcionalidad, es el más adecuado para actuar en casos de conflictos entre derechos.

d) El derecho a la libertad de expresión, al igual que el derecho a la libertad genérica, posee dos vertientes. Una positiva, la cual consiste en el ejercicio de la autonomía personal y, una negativa, que corresponde al freno para el pleno goce de los demás derechos constitucionales. Este derecho, de igual manera, se ha visto influido por la corriente neoconstitucionalista en la medida en que es un derecho en constante evolución y, al igual que los demás principios, es colmado por medio del razonamiento jurídico de los jueces. Como se pudo ver, este puede entrar en conflicto con otros derechos, es ahí donde la actividad judicial, por medio de un método de argumentación jurídica acorde, puede actuar para dilucidar la preminencia de un derecho por sobre el otro.

e) A pesar de que la Corte Constitucional, tanto en la Constitución como en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, declara predominante el uso de métodos neoconsitucionalistas de argumentación jurídica, la disertación reflejó que, durante el estudio de sentencias en materia de libertad de expresión, los jueces utilizaron principalmente métodos positivistas para su resolución. Según refleja la Tabla 3, la Corte superó, en todos los problemas jurídicos, los parámetros positivistas, mientras que, en lo relacionado a los parámetros neoconstitucionalistas, era recurrente el uso de la idoneidad y, en un solo parámetro, la utilización de la proporcionalidad en sentido estricto para argumentar jurídicamente. El estudio, como conclusión final, confirma la hipótesis de la disertación.

6. BIBLIOGRAFÍA

003-14-SIN-CC, 0014-13-IN; 0023-13-IN; 0028-13-IN (Corte Constitucional del Ecuador 17 de Septiembre de 2014).

028-12-SIN-CC (Corte Constitucional del Ecuador 17 de Octubre de 2012).

047-15-SIN-CC, 0009-12-IN (Corte Constitucional del Ecuador 23 de Septiembre de 2015).

048-13-SEP-CC, 0169-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 31 de julio de 2013).

Adorno, T., & Horkheimer, M. (1998). *Dialéctica de la Ilustración.* Madrid: Trotta.

Alexy, R. (2008). *Teoría de la argumentación jurídica.* Madrid: Trotta.

Arriaga, E. (22 de Mayo de 2017). *Infoamérica*. Obtenido de Infoamérica: http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_01.pdf

Asamblea Constituyente de Montecristi. (2008). *Asamblea Nacional del Ecuador*. Recuperado el 25 de Julio de 2016, de Asamblea Nacional del Ecuador: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf

Atienza, M. (2004). *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra.

Atienza, M. (2012). *El derecho como argumentación : concepciones de la argumentación.* Barcelona: Planeta.

Ávila Santamaría, R. (2008). Los principios de aplicación de los derechos. En R. Ávila Santamaría, *Constitución del 2008 en el contexto andino* (págs. 39-72). Quito: Corte Constitucional.

Ávila Santamaría, R. (2008). Retos de la nueva institucionalidad estatal para la protección de los derechos. En R. Ávila Santamaría, *Neoconstitucionalismo y Sociedad* (págs. 15-50). Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos.

Ávila Santamaría, R. (2008). Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los Derechos Humanos. En R. Á. Santamaría,

Neoconstitucionalismo y Sociedad (págs. 15-49). Quito: Ministerior de Justicia y Derechos Humanos.

Ávila Santamaría, R. (2009). Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia. En UNAM, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (págs. 775-793). México: UNAM.

Ávila Santamaría, R. (2011). *El neoconstitucionalismo tranformador.* Quito: Abya-Yala.

Ávila Santamaría, R. (2012). En defensa del neconstitucionalismo transformador: Los debades y los argumentos. *Ruptura Nro. 56*, 25-60.

Baquerizo, J., & Leuschner, E. (2011). *Sobre el neoconstitucionalismo, principios y ponderación : notas desde la teoría y la filosofía del derecho.* Guayaquil: Edilex.

Basabe, S. (20 de Junio de 2016). *Universidad Andina Simón Bolívar*. Obtenido de Universidad Andina Simón Bolívar: http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1768/1/RF-04-AV-Basabe.pdf

Bielsa, R. (1971). *Metodología Jurídica.* Santa Fe: Castelbí.

Brandão , G. (22 de Mayo de 2017). *Universidad de Chile*. Obtenido de Universidad de Chile: www.uma.es/contrastes/pdfs/015/ContrastesXV-16.pdf

Briones, I. (17 de 05 de 2017). *Universidad de Navarra.* Obtenido de Universidad de Navarra: www.unav.edu/matrimonioyfamilia/.../31369_Briones_RGDCDEE2013_Dignidad.pdf

Burbano, H. (2012). El derecho a la libertad de expresión y sus conflictos: Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Ruptura 56*, 143-154.

Bustamante, C. (2011). *Nueva Justicia Constitucional.* Quito: Jurídica del Ecuador.

Carbonell, M. (2010). *El canon neoconstitucional* . Madrid: Trotta.

Cárdenas, H. (30 de Julio de 2016). *Academia.* Obtenido de Academia: https://www.academia.edu/1327258/Derecho_y_Sociedad_Es_posible_la_integraci%C3%B3n_social_mediante_el_derecho?login=edisonfenix@msn.com&email_was_taken=true

Caso Claude Reyes y Otros vs. Chile, Serie C. Nro. 151 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de Septiembre de 2006).

Caso Gelman vs. Uruguay, Serie C Nro. 221 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de febrero de 2011).

Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, Serice C Nro. 107 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de Julio de 2004).

Comanducci, P. (2009). Formas de (neo)constitucionalismo. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (págs. 75-98). Madrid: Trotta.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1985). *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* San José de Costa Rica: Corte IDH.

Cortés, M. T. (2012). *Metodología de la Investigación.* México D.F.: Trillas.

De Cabo, A., & Pisarello, G. (2009). En defensa del neoconstitucionalismo. En L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (págs. 9-25). Madrid: Trotta.

Eguzki , U. (22 de 05 de 2017). *Universidad de Málaga*. Obtenido de Universidad de Málaga: http://www.uma.es/contrastes/pdfs/015/ContrastesXV-16.pdf

Encicplopedia Jurídica. (9 de Mayo de 2017). *Encicplopedia Jurídica*. Obtenido de Encicplopedia Jurídica: http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/interpretacion-de-la-norma-juridica/interpretacion-de-la-norma-juridica.htm

Escobar, C. (2008). Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional. En R. Á. Santamaría, *Neoconstitucionalismo y Sociedad* (págs. 217-272). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Ferrajoli, L. (2005). Juicios sobre la vigencia y juicios sobre la validez. Dos aporías teóricas: la valoratividad y la discrecionalidad de los juicios de validez. En L. Ferrajoli, *Derecho y razón. TEoría del garantismo penal* (págs. 874-876). Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2009). Derechos Fundamentales en la teoría del derecho. En L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y Garantías: La ley del más débil.* Madrid: Trotta.

Fontánez, É. (15 de Mayo de 2016). *Academia.* Obtenido de Academia: https://www.academia.edu/1166680/Pierre_Bourdieu_y_Niklas_Luhmann_frente_al_Derecho_Completo

García Amado, J. (2007). Derechos y pretextos. En M. Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo.* México: Trotta.

Grijalva, A. (2011). *Constitucionalismo en Ecuador.* Quito: Corte Constitucional.

Grijalva, A. (2012). *Constitucionalismo en Ecuador.* Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición.

Guastini, R. (2007). Estudios de Teoría Constitucional. En M. Carbonell, *Doctrina Jurídica Contemporánea.* México: Trotta.

Guastini, R. (2009). Sobre el concepto de constitución. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (págs. 12-30). Madrid: Trotta.

Habermas, J. (1998). *Teoría de la Acción Comunicativa.* Madrid: Trotta.

Habermas, J. (2005). *Facticidad y Validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.* Madrid: Trotta.

Hernández, S. (2000). *Técnicas de investigación jurídica.* México: Oxford University Press.

Horkheimer, M. (2000). *Teoría Tradicional y Teoría Crítica.* Madrid: Paidós.

Izuzquiza, I. (1990). *La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo.* Barcelona: Anthropos.

Linzán, L. (2008). El acceso a la justifica y la emancipación social de las personas excluídas. En R. Ávila Santamaría , *Neoconstitucionalismo y Sociedad* (págs. 163-216). Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos.

López, C. (2010). Mutaciones constitucionales: el nuevo rol de la interpretación . En C. Constitucional, *El nuevo constitucionalismo en América Latina* (págs. 81-92). Quito: Editora Nacional.

Lovato, J. (1961). *Reflexiones sobre la libertad de expresión y del pensamiento.* Quito: Universitaria.

Ludewig, C. (9 de Mayo de 2017). *Colegiado SMO*. Obtenido de Colegiado SMO: http://www.smo.edu.mx/colegiados/apoyos/muestreo.pdf

Luhmann , N. (1998). *Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general.* Barcelona: Anthropos.

Luhmann, N. (1990). *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría.* Barcelona: Paidós.

Luhmann, N. (1997). *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo.* México: Anthropos.

Martín, J. (2010). Neoconstitucionalismo y uso alternativo del derecho. En C. C. Ecuador, *El nuevo constitucionalismo en América Latina* (págs. 57-66). Quito: Corte Constitucional del Ecuador.

Mesa, G. P. (2010). Principio de Proporcionalidad y Control Constitucional de las Leyes Penales. En M. Carbonell, & P. Grández Castro, *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo* (págs. 157-188). Lima: Palestra.

Montaña, J. (2011). La interpretación constitucional: variaciones de un tema inconcluso. En D. Martínez, *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana* (págs. 189-229). Quito: Corte Constitucional.

Montealegre, L. (2008). *La ponderación en el derecho.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Montoro, A. (23 de Junio de 2016). *Repositorio Digital.* Obtenido de Repositorio Digital: http://www.tirant.com/editorial/libro/sistema-de-teoria-fundamental-del-derecho-alberto-montoro-ballesteros-9788480029285

Morales, F. (2012). *Ciencia, conocimiento y sistemas autorreferenciales : la propuesta epistemológica de Niklas Luhmann (tesis de Grado).* Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Morales, J. P. (2008). Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica. En R. Ávila Santamaría, *Neoconstitucionalismo y Sociedad* (págs. 85-122). Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos.

Observatorio de Justicia Constitucional. (9 de Mayo de 2017). *Universidad Andina Simón Bolívar*. Obtenido de Universidad Andina Simón Bolívar: http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1073285/DIGESTO+2012.pdf/7afb9698-516a-4fd2-ac6c-402cd44ce919

Ortiz Ocaña, A. (2016). *Epistemología de los sistemas y método sistémico de investigación.* Bogotá: Magisterio.

Ortiz, J. (17 de Mayo de 2017). *Pérez, Bustamante y Ponce*. Obtenido de Pérez, Bustamante y Ponce: http://www.pbplaw.com/libertad-expresion-autorrealizacion-individual/

Pardinas, F. (2000). *Metodología y ténicas de investigación en ciencias sociales.* México D.F.: Siglo XXI.

Porras, A., & Romero, A. (2012). *Guía de Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana.* Quito: Corte Constitucional.

Puente, F. (2010). ¿Crisis del iuspositivismo?: Aproximaciones desde el neoconstitucionalismo y el pensamiento latinoamericano. *Ruptura Nro. 54*, 579-586.

Santos, B. (2009). *Sociología jurídica crítica : para un nuevo sentido común en el derecho.* Madrid: Trotta.

Teubner, G. (1997). Altera aprs Audiatur: Law in the Collision of Discourses. En R. Rawlings, *Law, Society, and Economy* (págs. 149-176). Oxford: Oxford University Press.

Valenzuela , J. (2016). *Libertad de expresión en redes sociales.* Quito: PUCE.

Verdesoto Salgado, L. (1967). *Investigación científica en el área jurídica.* Quito: Universitaria.

Veron, E. (2002). *Conducta, estructura y comunicación.* Buenos Aires: Tiempo Contemporáneo.

Zagrebelsky, G. (2011). *El Derecho Dúctil.* Madrid: Trotta.

7. REFERENCIAS

Alexy, R. (2010). *Derechos sociales y ponderación.* México: Fontamara.

Atienza, M. (2012). *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación.* Barcelona: Planeta.

Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica.* Madrid: Trotta.

Ávila, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008.* Quito: Abya- Yala.

Ávila, R. (2012). *Protesta social, libertad de expresión y derecho penal.* Quito: Corporación Editora Nacional.

Ávila, R. (2016). *El neoconstitucionalismo andino.* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Barroso, P. (1998). *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*. Madrid: Fragua.

Bernal, C. (2006). *El neoconstitucionalismo a debate.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bobbio, N. *El positivismo jurídico: lecciones de filosofía del derecho reunidas por el doctor Nello Morra*. Madrid: Debate.

Bustamante, C. (2011). *Nueva justicia constitucional: neoconstitucionalismo derechos y garantías, teoría y práctica.* Quito: Jurídica del Ecuador.

Calle, M. (2014). *Los derechos fundamentales como normas jurídicas: aproximación a la concepción semántica de norma de Robert Alexy.* Bogotá: Temis.

Cianciardo, J. (2006). *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo: una aproximación interdisciplinaria.* Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.

Fierro, R. (2003). *Alegato en defensa de la libertad de expresión.* Quito: Nihil Obstat.

García, E. (2007). *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo.* México: Fontamara.

Huerta, L. (2002). *Libertad de expresión y acceso a la información pública.* Lima: Comisión Andina de Juristas.

Kolakowski, L. (1981). *La filosofía positivista.* Madrid: Cátedra.

López, E. (2014). *Derecho y argumentación.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Morales, E. (2012). *Libertad de expresión: excesos, sanción y reparación.* Quito: Cevallos.

Ponce, J. (2010). *El neoconstitucionalismo en el Ecuador.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Real, A. (2011). *Interpretación jurídica y neoconstitucionalismo.* Bogotá: Universidad Autónoma de Occidente.

Vigo, L. (2012). *Constitucionalización y judicialización del derecho: del estado de derecho legal al estado de derecho constitucional.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Zaidán, S. (2012). *IV ciclo de debates: técnicas de litigio en DDHH: neoconstitucionalismo, libertad de opinión y derecho a la honra.* Quito: Cevallos.

Zavala, J. (2009). *Apuntes sobre neoconstitucionalismo, acciones de protección y ponderación, acción de incosntitucionalidad, proceso constitucional: a propósito de un caso de actividad judicial "La declaración patrimonial"*. Guayaquil: Poligráfica.

Zea, L. (1980). *Pensamiento positivista latinoamericano.* Caracas: Biblioteca Ayacuho.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

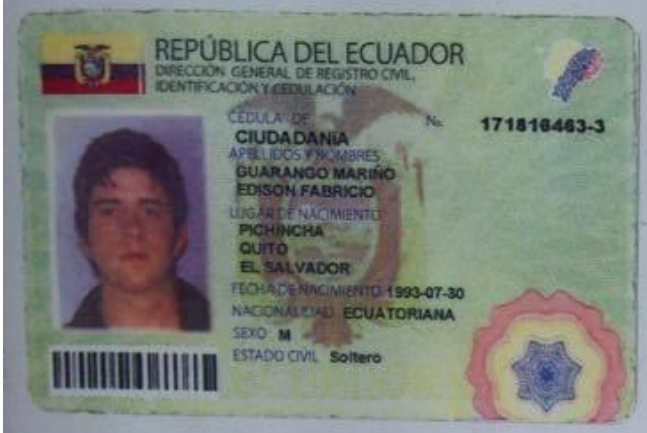
DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Edison Fabricio Guarango Mariño, con C.I. 1718164633, autor del trabajo de graduación intitulado: "Argumentación jurídica en materia del derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana", previa a la obtención del grado académico de ABOGADO, en la Facultad de JURISPRUDENCIA:

1. Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENECYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
2. Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través del sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 1 de Septiembre del 2016

C.I. 171816463-3



REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA No. 171816463-3

APELLIDOS Y NOMBRES
GUARANGO MARIÑO EDISON FABRICIO

LUGAR DE NACIMIENTO
PICHINCHA
QUITO
EL SALVADOR

FECHA DE NACIMIENTO 1993-07-30
NACIONALIDAD ECUATORIANA
SEXO M
ESTADO CIVIL Soltero

INSTRUCCIÓN
BASICA

PROFESIÓN / OCUPACIÓN
ESTUDIANTE

V1333V3222

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
GUARANGO CELSO VIRGILIO

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
MARIÑO ORQUERA SANDRA JULIETA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO
2011-12-26

FECHA DE EXPIRACIÓN
2021-12-26

DIRECTOR GENERAL

FIRMA DEL CEDULADO

CERTIFICADO DE VOTACION
ELECCIONES GENERALES 2017
2 DE ABRIL 2017

CNE

045
JUNTA No

045 - 151
NÚMERO

1718164633
CÉDULA

GUARANGO MARIÑO EDISON FABRICIO
APELLIDOS Y NOMBRES

PICHINCHA
PROVINCIA

QUITO
CANTÓN

CALDERON
PARROQUIA

CIRCUNSCRIPCIÓN: 3

ZONA: 1