



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

**DESProporcionalidad en la sanción sobre difusión de  
CONTENIDO DISCRIMINATORIO EN LA LEY ORGÁNICA DE  
COMUNICACIÓN**

**Trabajo de titulación presentado en conformidad con los requisitos  
establecidos para optar por el título de Abogado de los tribunales y  
juzgados de la República**

**Profesor guía**

**Mg. Jorge Isaac Benavides Ordóñez**

**Autor**

**Galo Daniel Guevara Cordero**

**Año**

**2016**

## DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

---

Jorge Isaac Benavides Ordóñez  
Master en Derecho Constitucional  
C.I: 110376753-7

## DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

---

Galo Daniel Guevara Cordero

C.I: 171927638-6

## AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mis padres por creer en mi esfuerzo, a toda mi familia por elevar la seguridad ante las metas. A mi profesor guía, quien supo confrontar los retos del trabajo con gran dominio. A la Universidad, la facultad y mis compañeros por acompañarme en el camino.

## DEDICATORIA

Especial dedicación para toda la ciencia del derecho, porque ha despertado un gran interés en mí, para conocer el mundo desde diversas perspectivas.

## RESUMEN

La Ley Orgánica de Comunicación en su artículo 64, sanciona a los medios de comunicación por la difusión de contenido discriminatorio. La sanción contiene varias disposiciones para proteger la dignidad de las personas. La última disposición de esta sanción, se trata de una multa económica que incrementa su valor indefinidamente, por lo que resulta ser desproporcional, ya que afecta a la libertad de empresa y colateralmente la libertad de expresión. En consecuencia, este artículo de la Ley de Comunicación, contradice el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 76.6 de la Constitución de la República del Ecuador. En este trabajo se demostrará la desproporcionalidad de la sanción, para esto, se manejará la doctrina, la normativa nacional y jurisprudencia de la Corte Constitucional, para que finalmente se demuestre la hipótesis planteada.

## **ABSTRACT**

The Organic Law of Communication penalizes the dissemination of discriminatory content. The sanction contains several provisions to protect the dignity of people. The establishment of this penalty is an economic fine that increases its value indefinitely, so it turns out to be disproportionate. It affects freedom of enterprise and freedom of speech collaterally. This article of the Communication Law, opposes the mandate of proportionality set out in Article 76.6 of the Constitution of the Republic of Ecuador. This work uses doctrine, the national legislation and jurisprudence of the Constitutional Court, in order to prove the hypothesis.

# ÍNDICE

<b>Introducción</b> .....	1
<b>I Derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad</b> .....	3
1 Ideas generales sobre los derechos fundamentales .....	3
1.1 La eficacia directa .....	4
1.2 El contenido esencial de los derechos fundamentales .....	5
2 El principio de proporcionalidad.....	7
2.1 El principio de proporcionalidad en la práctica .....	8
2.1.1 Idoneidad .....	9
2.1.2 Necesidad .....	9
2.1.3 Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto .....	10
3 Estructura de la ponderación .....	11
3.1 Ley de la ponderación .....	11
3.2 La fórmula del peso .....	11
<b>II La Ley Orgánica de Comunicación y su compatibilidad con la Constitución mediante el principio de proporcionalidad</b> .....	13
1. La proporcionalidad en la normativa ecuatoriana y su relación con el artículo 64.4 de la Ley de Comunicación.....	13
1.1 Sub-principio de idoneidad en la sanción .....	15
1.2 Sub-principio de necesidad en la sanción.....	17
2. La relación entre el contenido esencial y el principio de proporcionalidad respecto del artículo 64.4 de la Ley de comunicación .....	20
3. La sentencia N° 003-14-SIN-CC sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Comunicación .....	22
<b>CONCLUSIONES</b> .....	24
<b>REFERENCIAS</b> .....	26

## Introducción

La Ley Orgánica de Comunicación sanciona a los medios de comunicación cuando éstos han difundido algún contenido discriminatorio. El objeto de esta sanción es hacer respetar y garantizar la dignidad de las personas. Para conseguirlo, sanciona económicamente a través de las entidades públicas encargadas: Superintendencia de la Información y Comunicación (Supercom) y el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación (Cordicom). Pero además, permite a dichas instituciones doblar el monto de la sanción indefinidamente cuando el medio de comunicación incide, por tercera vez en esta infracción.

Esta sanción se encuentra establecida en el artículo 64 de la Ley Orgánica de Comunicación (L.O.C). El artículo hace expresa referencia a las sanciones que se impondrían a los medios de comunicación cuando éstos difunden contenido discriminatorio. Sin embargo, existe un problema que radica en que una de esas sanciones, específicamente la sanción del numeral cuarto en el artículo 64, no ofrece un límite racional al monto de dinero que se genera por el cometimiento de una infracción. Y es que la multa económica incrementa su valor por cada vez que se haya incidido en la infracción, de manera que la convierte en una sanción excesiva.

Además de esto, la ley de comunicación, exige que se cumplan con las demás responsabilidades ulteriores señaladas en los primeros numerales del artículo mencionado: disculpas públicas por parte de la dirección del medio de comunicación, con copia a la parte afectada y a la Superintendencia de la Información y Comunicación. Estas disculpas a su vez deben constar en la primera interfaz de las páginas web del medio de comunicación y de la Supercom durante una semana. Por otra parte, se debe dar lectura de las disculpas en el medio de comunicación sancionado. En consecuencia, esta sanción pretende hacer respetar y garantizar la dignidad de las personas en la mayor medida posible, pero podría menoscabar otros derechos fundamentales como la libertad de empresa y la libertad de expresión.

Sobre el problema jurídico planteado se defenderá la posición de que parte de la sanción establecida en el artículo 64 de la actual Ley de Comunicación, es desproporcional para los medios de comunicación, porque contradice el mandato constitucional de proporcionalidad entre infracciones y sanciones (art. 76, núm. 6). Para demostrar esta hipótesis, se investigará en la doctrina sobre algunas de las características más importantes de los derechos fundamentales con el fin de comprender el rol que el principio de proporcionalidad y su aplicación tiene en relación al contenido esencial de estos, así como sobre la ponderación en cuanto sub-principio del principio de proporcionalidad con su estructura y límites. El siguiente paso será contrastar la doctrina con la normativa nacional para finalmente, fundamentar cómo esta sanción resultaría ser desproporcional, y por lo tanto inconstitucional, no solo para los medios de comunicación, sino para todos los particulares en el sentido de que menoscaba la libertad de empresa de las personas y por consiguiente, la libertad de expresión. De esta manera, el ensayo persigue demostrar cómo la imposición de sanciones pecuniarias por parte de la administración pública es, en algunos casos, excesiva para sancionar el abuso de un derecho y proporcionar el restablecimiento de otro.

En el trabajo se hace un análisis dogmático de la norma legal, así como se acude a literatura especializada para tratar de dar respuesta a la hipótesis planteada. Se emplea, además, el estudio de las interpretaciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace en dos sentencias y que a través de la Relatoría para la Libertad de Expresión, se refiere en una opinión consultiva y una declaración de tipo marco jurídico, acerca del test de proporcionalidad y de cómo la imposición de multas económicas excesivas, perjudican los derechos fundamentales de las personas. De la misma forma, se expondrá una sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador en donde se cuestiona la legitimidad de la Ley de Comunicación y por ende, las multas económicas que en ella se han formulado y, por último, se expondrá un ejemplo acerca de una resolución administrativa de la Supercom con el fin de ilustrar de mejor manera, cómo funciona el proceso administrativo para determinar las multas que se van a aplicar. Todo esto con la finalidad de

entender cómo los tribunales y legisladores han aplicado el principio de proporcionalidad en el Ecuador.

## **I Derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad**

### **1 Ideas generales sobre los derechos fundamentales**

Los derechos fundamentales son facultades subjetivas inherentes a las personas por el hecho de ser tal (Ferrajoli, 2006, pp. 116-117). La importancia de los bienes jurídicos que estas facultades representan, ha hecho que tengan reconocimiento constitucional del cual se derivan consecuencias de tipo jurídico, como la vinculación general, eficacia directa o el respeto a su contenido esencial (Benavides, 2013, pp. 73-75).

Así, por vinculación general se entiende que los derechos fundamentales, son aplicables a todas las esferas de gobierno, y poseen, además, una fuerza vinculante que permiten alcanzar los valores y principios que dan sentido a la Constitución. En la doctrina alemana, pionera en este tema, se señala que “los derechos fundamentales representan incluso un derecho directamente aplicable, que obliga y vincula directamente a todos los poderes del Estado” (Schneider, 1979, p. 7).

Por ello, cuando todas las actuaciones de los poderes del Estado se encuentran vinculadas a los derechos constitucionales, implica que aquellas deben tener como fundamento y propósito el cumplir las disposiciones de la Constitución que, adicionalmente, gozan de eficacia directa por el efecto o influencia que los derechos fundamentales tienen en las relaciones jurídicas (Marshall, 2010, p. 53). En este sentido, los derechos constitucionales fijan límites a los actos de los poderes públicos y privados, inclusive al poder legislativo, con el fin de proteger sus contenidos esenciales. (Bernal, 2007, pp. 274-275).

Por lo tanto, los derechos fundamentales tienen, entre sus características más importantes al contenido esencial que los compone, el cuál es protegido por el principio de proporcionalidad para supervisar la correcta puesta en práctica de estos derechos (Carbonell, 2008, p. 10). Derechos que pueden ser formulados en la Constitución como principios, o como reglas. Empero, el principio de

proporcionalidad se da, primordialmente, cuando aquellos tienen forma de principios.

### **1.1 La eficacia directa**

La eficacia directa consiste en los resultados que genera la aplicación de una norma constitucional, la cual se aplica aunque no hubiera sido desarrollada en normativa infraconstitucional. En consecuencia, la eficacia directa de los derechos fundamentales, ve a estos resultados como un efecto generado del vínculo tanto para las instituciones públicas y sus funcionarios, como para los particulares (Schneider, 1979, p. 20-22). Así, la eficacia con la que actúan los derechos fundamentales, dependerá de las circunstancias en las que se encuentren. Por lo pronto, se sabe que la eficacia es una característica de los derechos fundamentales gracias al contenido que estos derechos tienen, por lo que será de gran utilidad determinar en primer lugar el contenido del derecho al cuál se intenta proteger frente a las injerencias del poder público para comprender su efecto de eficacia. Entonces, si bien la eficacia directa de los derechos fundamentales se determina de acuerdo a su contenido, siempre tendrá que ser tomando en cuenta las circunstancias que los acompañan en un caso concreto. Estas circunstancias las conforman las personas, quienes hacen uso del derecho, y que pueden actuar desde distintas posiciones, sea en calidad de persona pública o privada u otras posiciones que determinen las condiciones de sus derechos (Anzures, 2010, pp. 13-14).

La doctrina entiende que la eficacia de los derechos puede ser vertical, en cuanto a las relaciones del individuo frente a los poderes públicos, y es horizontal, en cuanto a las relaciones entre particulares (Marshall, 2010, p. 44). Esto quiere decir que, “los derechos ya no son concebidos únicamente como límites, prerrogativas o potestades del titular del derecho respecto al Estado, sino también como principios y valores objetivos de todo el ordenamiento jurídico” (Anzures, 2010, p. 12). En este sentido, se da un paso significativo al ampliar la eficacia de los derechos fundamentales, al vincular también, a las relaciones jurídicas de los particulares en los asuntos del Estado (Alexy, 2009, p. 46).

## 1.2 El contenido esencial de los derechos fundamentales

Bajo la premisa de que todos los poderes públicos y todas las formas de organización social deben estar acordes a los derechos fundamentales, se abre un debate acerca de cuál es el alcance que tienen estos derechos fundamentales (Luciano, 1981, pp. 177-178).

Para explicar el alcance de los derechos fundamentales, es preciso identificar el contenido esencial de estos, ya que es éste, el que vincula directamente a todas las esferas de gobierno y debe ser protegido por los Estados. El contenido esencial de los derechos comprende, "...aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que [un] derecho sea [cognoscible] como pertinente al tipo descrito y [,] sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo [...], desnaturalizándose por decirlo así" (Luciano, 1981, p. 186).

A pesar de lo dicho, determinar el contenido o núcleo esencial de los derechos es tarea compleja, ya que dicho contenido es una característica permanente e invariable que compone a cada derecho, sin el cual se desvirtuaría y no podría realizarse naturalmente como tal. Dejaría de ser ese derecho y pasaría a ser otro, o no se lo reconocería porque su esencia sería alterada (Abad, s/f, pp. 9-10). Por este motivo, el contenido esencial representa una característica importante en los derechos fundamentales, porque con su determinación, se conoce cuál es esa parte de los derechos que no se debe alterar y que funciona como límite a la facultad del Estado para intervenirlos.

Para determinar cuál es el contenido esencial de los derechos fundamentales, se han desarrollado dos teorías que explican cómo se podría realizar esta labor. Así tenemos la teoría absoluta y la teoría relativa del contenido esencial. La primera teoría imagina dos círculos concéntricos, en donde el círculo del centro es el núcleo inmutable del derecho fundamental y el círculo exterior es la zona contingente del mismo, la segunda, sostiene que el contenido esencial del derecho fundamental no es inmutable, sino determinable en forma casuística (Aguirre, 2010, pp.12-13) es decir, "en atención [a] las circunstancias del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él"

(Sánchez, 2007, pp. 111-112). Esta última teoría se basa en las cuestiones fácticas y jurídicas en las que el derecho se encuentre (Bernal, 2011, pp. 8-9).

La teoría absoluta del contenido esencial, por su parte, señala que las limitaciones deberán afectar solamente al espacio contingente de los círculos imaginarios para ser legítimas, de lo contrario, si altera su núcleo inmutable, se estaría desvirtuando el fin del derecho y por lo tanto sería una limitación ilegítima o inconstitucional (Sánchez, 2007, p. 112). En la teoría relativa, se aplica a la ponderación de principios para determinar el valor de los bienes jurídicos en colisión, de acuerdo a las condiciones en las que estos se encuentren. Esto quiere decir que, a la vez que se realiza la ponderación se estaría determinando el contenido esencial de cada derecho fundamental en un caso concreto (Bernal, 2007, p. 276).

Por otra parte, se debe tener presente que los derechos fundamentales pueden estar regulados en las Constituciones como reglas o principios (Alexy, 2007, p. 72), ambas normas mantienen en su formulaciones las características de estos derechos, y por lo tanto, también contenido esencial. Por un lado, se dice que las reglas ordenan algo definitivo, por lo tanto, se cumplen o no. En cambio los principios, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, por eso son mandatos de optimización, que deben ser cumplidos de manera gradual, de acuerdo a las condiciones fácticas y jurídicas (Bernal, 2011, p. 2). Así, los principios pertenecen a una formulación amplia y comprensiva que visualiza a los derechos de esa manera, y las reglas que “según Alexy [, son las pertenecientes] a [una] formulación cerrada y estricta, [en donde] las normas de derechos fundamentales no se diferencian sustancialmente del resto de normas que integran el sistema jurídico” (Benavides, 2013, p. 86).

Cuando existe un caso regulado por reglas se aplica la subsunción, técnica que consiste en hacer que una regla tenga prevalencia sobre otra<sup>1</sup>. Esta situación no sucede en la técnica que se aplica para resolver una colisión entre principios (Bernal, 1989, p. 5). Para la colisión entre principios se aplica el principio de

---

<sup>1</sup> Estas situaciones denominadas como antinomias, tienen la existencia de criterios como el jerárquico, cronológico y de especialidad y también, muestran que son criterios frecuentes y conocidos de antiguo.

proporcionalidad, aunque en su resultado final se deba ver limitado un principio para dar preferencia a otro, lo cual supone que no se lo debe invalidar por completo al principio desplazado, ya que, el fin de la proporcionalidad es hacer que los principios que se contraponen, se realicen en la mayor medida posible de acuerdo con las condiciones fácticas<sup>2</sup> y jurídicas en las que se encuentren (Sánchez, 2007, p. 59). Estas condiciones, determinarán si el grado de cumplimiento o satisfacción de un derecho es más importante y justifica la afectación que se hace a otro, y, por lo tanto, se determinará a la vez si dicha afectación es justa y respeta el contenido esencial del derecho (Alexy, 2008, p. 15).

## **2 El principio de proporcionalidad**

La doctrina explica que el principio de proporcionalidad, es una herramienta jurídica que se utiliza para determinar la legitimidad de las intervenciones a los derechos fundamentales (Sánchez, 2007, p. 20). Según el derecho positivo, los derechos fundamentales son todos aquellos establecidos en la Constitución<sup>3</sup> (Ferrajoli, 2006, p. 117), desde esta perspectiva, el propósito de este principio es medir si la restricción que se hace a uno de esos derechos, es justa y respeta su contenido esencial.

Si se toma en cuenta esto, “el contenido esencial de los derechos fundamentales se define por el principio de proporcionalidad [,] como una realización de la concordancia práctica entre bienes jurídicos diversos que debe orientar a la interpretación constitucional” (Sánchez, 2007, p. 115), de manera especial, cuando éstos se encuentran intervenidos por actos que vinculan al poder público (Bernal, 2011, p. 1). En este sentido, este principio se fundamenta en la necesidad de protección de los abusos del poder estatal, lo cual sirve para restringir las intervenciones injustas en los derechos (Bernal, 2011, p. 2).

---

<sup>2</sup> También se puede encontrar como posibilidades reales. Ambos términos señala las condiciones de hecho o que por medio de la costumbre y otras formas de interpretar el derecho se hacen. Pero no dentro del ámbito jurídico.

<sup>3</sup> También son los que están establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en los pactos internacionales de 1966, y en las demás convenciones internacionales sobre derechos humanos.

La proporcionalidad, entonces, "... [s]e trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelar [los derechos] de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible" (Carbonell, 2008, p. 10). Para su aplicación, se requiere que a los derechos se los mire como principios que "exigen la máxima realización [...], relativa tanto a las posibilidades fácticas como a las posibilidades jurídicas" (Alexy, 2008, p. 15).

Resumidamente, el principio de proporcionalidad sirve de criterio estructural porque define el contenido esencial del derecho fundamental y, en esa medida determina la parte del derecho que debe ser protegido, mediante un análisis de los derechos que se contraponen en un caso concreto (Bernal, 2007, p.276). De esta manera, la técnica de la proporcionalidad procura maximizar el alcance de los derechos, como se sigue lógicamente de la definición de los principios cuando se dice que, a los derechos se los considera principios porque estos tienen que ser cumplidos en la mayor medida, de acuerdo a los hechos y las normas jurídicas que los asisten en un caso específico (Alexy, 2008, p. 15).

## **2.1 El principio de proporcionalidad en la práctica**

Para "[l]a aplicación del principio de proporcionalidad a los derechos constitucionales implica considerarlos mandatos de optimización, es decir, principios" (Alexy et al, 2009, pp. 56-57). Se dice que, "[s]olo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, "constitutivo" del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan." (Zagrebelsky, 1997, p. 109).

Una vez que se los ha tomado como principios, por medio de la técnica de la proporcionalidad conformada por sus sub principios, se distingue los grados de importancia de satisfacción u afectación de cada derecho en un caso concreto. Pero se lo hace tomando en cuenta las circunstancias de los principios en colisión (Alexy, 2008, pp. 15-16).

Para lograr éste propósito, el principio de proporcionalidad requiere, como ha sido dicho, que se determine cierta racionalidad en las intervenciones a los derechos fundamentales para que sean consideradas justas y, por lo tanto, no afecten al contenido esencial del derecho. Estos sub principios o requisitos, son los de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o también conocido como ponderación.

### **2.1.1 Idoneidad**

También llamado principio de adecuación. Consiste en escoger la medida que tenga mayor relación con el fin propuesto. Por lo que la relación consistirá en que sus enunciados contrasten con el significado del derecho intervenido. Así, “el medio es idóneo, cuando con su ayuda puede ser fomentado el fin deseado” (Clérico, 2008, p. 125). La idoneidad o adecuación requiere primero, que la intervención tenga un fin legítimo y segundo que efectivamente por medio de ella se pueda alcanzar el fin propuesto con el derecho (Sánchez, 2007, p. 40). La Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpreta a este principio como el que se establece mediante leyes para que sea legítima. Porque la legitimidad encierra el requisito de que se siga literalmente lo que señala la ley, a fin de comprobar si aquella intervención es útil (Relatoría, 2010, párr. 67-73).

Se debe tener en cuenta que la creación de las limitaciones debe seguirse en su estricto sentido mediante su formulación en las normas. Bernal Pulido, al respecto expresa que, para determinar dicha idoneidad en la norma se debe cumplir dos requisitos: que implique la protección de un derecho y que tenga alguna relación fáctica con el derecho que se busca intervenir (Bernal, 2011, p. 1)

### **2.1.2 Necesidad**

El sub principio de necesidad consiste en que de toda la gama de medidas que sirven para intervenir en un derecho, se debe escoger la más benigna con aquel. Esto quiere decir que se debe escoger la medida que menos afecte al derecho intervenido. “Es necesari[a] [la medida], cuando no pudo ser establecido otro medio, igualmente adecuado para el logro del fin, pero que

suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado” (Clérico, 2008, p. 125).

En este sentido, la Corte IDH se ha pronunciado al respecto declarando que una medida, para ser necesaria, debe proponerse lograr una armonía entre los diferentes valores de una sociedad. La Corte señala que esto, dentro del marco de la Convención, “hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios” (Corte IDH, 1985, párr. 64).

Asimismo, el fin de este sub principio es intervenir en menor grado con el derecho que se va a afectar, por ejemplo, si una persona por el cometimiento de una infracción leve podría acarrear una pena de prisión o una orden de servicio social, se debe dar preferencia a la segunda que no afecta excesivamente al derecho fundamental de libre movilidad.

En definitiva, el examen del sub-principio de necesidad, como explica Bernal Pulido, exige que si existe una alternativa que sea idónea en mayor grado que la que se ha utilizado, debe preferírsela; y también se debe verificar si esa intervención también afecta en menor grado al bien intervenido (Bernal, 2011, p1).

### **2.1.3 Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto**

El sub-principio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto trata de medir la intensidad de los principios en colisión, usando una técnica especial para determinarla. Consiste en un examen valorativo entre el principio constitucional y la intervención a él. Este examen valorativo trata de definir los gravámenes que se hacen recíprocamente con el fin de saber si la intervención justifica la afectación al principio constitucional (Sánchez, 2007, p. 48).

La medida que interviene al derecho fundamental debe ser proporcional en sentido estricto, esto quiere decir que debe guardar una relación prudente con el peso e importancia de los argumentos que departen a favor de una mayor y mejor protección del derecho afectado (Clérico, 2008, p. 126). Como ejemplo de lo dicho, la Corte IDH expone con respecto a este sub principio que su concepto hace “referen[cia] a las condiciones de la vida social que permiten a

los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos” (Corte IDH, 1985, párr. 66).

### **3 Estructura de la ponderación**

La ponderación o proporcionalidad en sentido estricto tiene una estructura conformada por tres elementos que se utilizan para dar mayor racionalidad a este sub principio. Robert Alexy divide esta estructura en los siguientes tres pasos:

#### **3.1 Ley de la ponderación:**

La ley de la ponderación consiste en que “cuanto mayor es el grado de no satisfacción, o perjuicio, de un principio, tanto más importante es satisfacer el otro” (Alexy, 2009, p. 58). Por lo que se deberá, en primer lugar, identificar el grado de afectación del primer principio, luego se deberá identificar la importancia del segundo principio en tensión, y, finalmente, se identificará si la satisfacción del principio que prevalece es más importante y justifica la afectación del principio derrotado.

#### **3.2 La fórmula del peso**

Esta fórmula sirve para hacer juicios racionales sobre los grados de intensidad y de importancia en que se ven afectados los principios, es decir, se asigna por medio de esta fórmula una descripción a la condición en la que cada principio se encuentra, y, además, hace que estas descripciones se relacionen entre sí, a fin de fundamentar un resultado. Estas descripciones o juicios sobre los grados de intensidad y de importancia pueden identificarse a través de una escala tríadica como: leve, medio y grave<sup>4</sup> (Alexy, 2008, pp. 13-21). En este sentido, para tener un panorama más ilustrado acerca de la situación de los principios, la fórmula de peso ofrece incorporar un distintivo o una unidad de

---

<sup>4</sup> Los principios podrían ser determinados en su valor asignándoles una medida abstracta de acuerdo a un caso específico. Es así, por ejemplo, que si se considera que si un principio A, ordena que se debe cumplir algo para solucionar un caso, y por otra parte, el principio B que ordena así mismo el cumplimiento de su disposición, se puede asignar en el caso concreto los distintos grados de afectación: A podría verse afectado de la siguiente forma: leve a lo cual se le asignaría el numero  $2^0=1$ ; de forma media:  $2^1=2$ ; o de forma grave:  $2^2=4$ . Los enunciados propuestos por Alexy son de la siguiente manera:  $GPI, jC = IPIA \cdot GPIA \cdot SPIA/WPIA \cdot GPjA \cdot SPjC$ .

medida a estos, con el objeto de confrontar la magnitud de las condiciones en las que concurren en un caso concreto.

Robert Alexy desarrolla un modelo matemático en donde integra los grados de intensidad e importancia asignándolos un cociente o un número (Alexy, 2009, p. 59). “Mediante el cociente, la fórmula del peso [busca] aclarar cómo se determinan las relaciones de precedencia entre los principios en colisión y, mediante la carga de argumentación, cómo deben decidirse los casos de empate, es decir, a favor del Legislador” (Bernal, 2007, p. 285).

A primera vista tanto la ley de la ponderación como la fórmula del peso podrían dejar mucho que desear en cuanto a la objetividad de medir la importancia de uno y otro derecho en un caso concreto. Precisamente, para conjurar dicha crítica es fundamental evitar la posible arbitrariedad de los jueces al resolver tensiones entre bienes constitucionales, en tal sentido la exposición justificada de sus fallos es primordial para caminar en esa dirección. Así, la *carga argumentativa*<sup>5</sup> aparece como una alternativa para racionalizar las decisiones judiciales. Esta carga consiste, según Bernal Pulido, en instaurar reglas argumentativas hacia la determinación de las magnitudes correspondientes a cada una de las variables. Sin embargo, “opera cuando el peso concreto de los principios en colisión es idéntico” (Bernal, 2007, p. 57).

Estas reglas fundan un método de cargas de argumentación “que no eliminan pero si delimitan un poco más el margen de deliberación del juez” (Bernal, 2007, p. 286). El derecho que reúna más argumentos a favor de la libertad o igualdad jurídica, o del principio democrático, tendrá más peso que el contrario (Bernal, 1989, pp. 15-16).

En conclusión, a los derechos fundamentales se los deberá mirar como principios que deben ser satisfechos en la mayor medida, para lo que será indispensable, reunir los argumentos suficientes que justifiquen sus disposiciones cuando estas se contradicen entre sí, es decir, “cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que

---

<sup>5</sup> Se dice que existen más alternativas a este proceso. La más importante, para efectos de este estudio, es la carga argumentativa.

fundamentan prima facie dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso” (Bernal, 1989, p. 6). Cada una de estas disposiciones, deberá argumentar a su favor, su legitimidad. Esto implica que en el rol del juez para resolver tensiones entre principios, se deberá aplicar el principio de proporcionalidad por ser una técnica jurídica que aplica las cargas de argumentación en las normas sobre derechos fundamentales considerándolos mandatos de optimización, para que posteriormente, se determine si la intervención a un derecho es idónea, necesaria y ponderada para respetar su contenido esencial (Sánchez, 2007, pp. 80-105).

## **II La Ley Orgánica de Comunicación y su compatibilidad con la Constitución mediante el principio de proporcionalidad**

Dentro de este apartado se analizará el principio de proporcionalidad establecido tanto en la Constitución como en las leyes y además, se examinará a través del test de proporcionalidad al artículo 64.4 de la Ley de Comunicación con el fin de determinar si éste es compatible con la Constitución.

### **1. La proporcionalidad en la normativa ecuatoriana y su relación con el artículo 64.4 de la Ley de Comunicación**

Al principio de proporcionalidad se lo encuentra en la Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC). Ambas normas se relacionan porque comprenden a este principio como una forma de protección de los derechos, en la que las intervenciones del poder público deben ser adecuadas a la Constitución, pero cabe destacar que la formulación de este principio, tanto constitucional como legal, es diferente. En efecto, el artículo 76.6 de la Constitución habla de la proporcionalidad en sentido sancionatorio, en cambio en la LOGJCC, en su artículo 3, formula a la proporcionalidad en sentido de regla de resolución de contradicciones entre normas. Por lo tanto, existe una relación entre ambas comprensiones pero en distinta forma. La regulación establecida en la Constitución, exige que la proporcionalidad deba constar en todas las sanciones del ordenamiento jurídico, mientras que la legal, incorpora el examen de proporcionalidad como

herramienta jurídica de los jueces constitucionales, para que resuelvan las colisiones entre principios establecidos en la Constitución.

En este sentido, al principio de proporcionalidad, la Constitución de la República del Ecuador lo prevé en su artículo 76, numeral 6 cuando dice que, “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (CRE, 2008, art. 76. 6). Esto quiere decir, que será proporcional la medida, cuando su aplicación sirva para promover el equilibrio entre la protección y restricción, de manera que solo pueda verse afectado un determinado principio cuando la medida promueva a su vez otro principio (Díez, 2012, p. 71).

En cambio en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se estipula en el artículo 3, numeral 2 que, “cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de los criterios de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional” (LOG JCC, 2009, art. 3.2).

En consecuencia, la ley observa que la proporcionalidad es posible si se sigue a los sub principios que se requieren para llevarla a cabo: en cuanto a la idoneidad de la intervención, la ley dice en el artículo citado que, “se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea”; a continuación, sobre la necesidad señala que la intervención, en cuanto al fin constitucional, deberá ser “necesaria para garantizarlo”; y por último a la ponderación cuando dice que deberá existir “... un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional”. A la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto también se la sigue cuando dice que, se deberá “establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de

afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro (LOGJCC, 2009, art. 3.3).

El Estado puede intervenir o limitar las libertades de las personas a través de las normas y las sentencias judiciales (Bernal, 2011, pp. 2-3). Por medio del poder legislativo, las disposiciones legales tienen un efecto regulador hacia los derechos, pero siempre y cuando se proteja el contenido esencial. De la misma forma, las decisiones judiciales tienen incidencia en estas libertades al momento de dictar sentencia. Ambas formas de intervención, regulan el campo de acción en el que se desarrollan los derechos fundamentales, pero esta facultad del Estado para limitar derechos también encuentra su límite en los principios constitucionales, con el fin de que aquellas intervenciones sean justas y respeten el contenido esencial de los derechos. En este sentido, tanto las normas como las decisiones de los jueces deben ajustar sus disposiciones a la Constitución mediante el examen de proporcionalidad.

En consecuencia, el artículo 64.4 de la Ley Orgánica de Comunicación, que se trataría de un caso de regulación que interviene en los derechos a través del poder legislativo, y que sanciona la difusión de contenidos discriminatorios por parte de los medios de comunicación, deberá seguir aquel mandato. Esta intervención es, según su formulación por medio de una medida administrativa, de la siguiente forma:

“En caso de nuevas reincidencias, la multa será el doble de lo cobrado en cada ocasión anterior, sin perjuicio de cumplir lo establecido en los numerales 1 y 2 de este artículo” (LOC, 2013, art.64.4).

A continuación, se procederá a analizar esta disposición por medio del test o examen de proporcionalidad.

### **1.1 Sub-principio de idoneidad en la sanción**

Según lo expuesto, se sabe que la sanción por nuevas reincidencias en la difusión de contenido discriminatorio, tiene legitimidad en cuanto a su idoneidad

por que protege uno de los derechos más importantes de la persona: la dignidad<sup>6</sup>.

Sin embargo, esta medida tiene una falta de precisión y claridad en su disposición, ya que establece que se cobrará el doble de la sanción pecuniaria por cada vez que se haya cometido esta infracción, pero deja abierta la interpretación en cuanto al tiempo y el monto que alcanzará la multa, lo que la vuelve indefinida y por lo tanto podría cuestionarse si efectivamente persigue proteger la dignidad de las personas sin afectar otros derechos. Como se ha señalado, “[l]as normas vagas, ambiguas, amplias o abiertas, por su simple existencia, [...] pueden llevar a interpretaciones judiciales amplias que restringen indebidamente [los derechos]; de allí que el Estado deba precisar las conductas que pueden ser objeto de responsabilidad ulterior, para evitar que se afecte [los derechos] de inconformidades y protestas sobre la actuación de las autoridades” (Relatoría, 2010, párr. 71)

Los porcentajes de las multas que serán aumentadas en esta sanción, son determinadas por la Supercom según la gravedad del contenido y la cobertura del medio. No obstante, la manera en cómo se llevará a cabo esta determinación es incierta<sup>7</sup> y hasta el momento desconocida. Tal es así, como ha sucedido en la resolución 007-2016-IZ8DPS, en la que el director de la Supercom resolvió imponer al medio de comunicación social Lesotho S.A.- Radio Canela 90.5 FM, una multa equivalente al 10 por ciento de la facturación promediada de los últimos tres meses presentada en sus declaraciones al Servicio de Rentas Internas (SRI), por haber reincidido en la infracción. Sin haber dado más razones de dicha resolución, lo único que se puede entender es que esto queda a interpretación amplia del director.

De manera posterior, se tiene que si este medio de comunicación vuelve a cometer la infracción, se aplicará lo dispuesto por el numeral cuatro, es decir, la

---

<sup>6</sup> La Constitución lo establece en el artículo 11.2 que dice que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por ningún motivo. La Ley sancionará toda forma de discriminación. Y por su parte la CADH en el artículo 11.1 que dice que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

<sup>7</sup> El director de la Supercom impone el porcentaje de la multa, “considerando la gravedad de la infracción y la cobertura del medio, sin perjuicio de cumplir lo establecido en los numerales 1 y 2 de este artículo”.

suma de la multa aumentará al doble. Sin embargo, la medida si es idónea porque su disposición persigue proteger la dignidad de las personas, pero esta disposición apunta también a la afectación del patrimonio de los medios de comunicación y consecuentemente a la libre expresión de las personas, por lo que tendrá que ser analizada por el sub principio de necesidad para saber, si no existe otra medida, igual o más idónea, que afecte en menor grado o no a los derechos en cuestión.

## 1.2 Sub-principio de necesidad en la sanción

El artículo 64 de la Ley Orgánica de Comunicación prevé cuatro numerales en donde constan varias sanciones para los medios de comunicación que hayan reincidido en la difusión de un contenido discriminatorio. Artículo que, en su cuarta disposición sobre sanciones, se convierte en la sanción más dura<sup>8</sup>.

Por lo que su uso sería el menos conveniente por el riesgo de que pueda afectar otros derechos. Por consiguiente, ¿qué sanción se consideraría necesaria dentro del mandato constitucional de proporcionalidad? Tal vez una sanción económica podría satisfacer la afectación que causa la difusión de un contenido calificado como discriminatorio, “pero esta medida no debe ser *exorbitante*, sino que ha de ceñirse a la adopción de las medidas que sean suficientes para asegurar el fin que pretende conseguirse, no pudiéndose ir más allá” (Rodríguez, 2001, p. 93). Sin embargo, la sanción económica ya se encuentra establecida en el numeral tres<sup>9</sup> del artículo mencionado, sanción que consiste en una multa que equivale al 1 o 10<sup>10</sup> por ciento de la facturación promediada en los tres últimos meses, declaradas por el medio de comunicación al Servicio de Rentas Internas (SRI).

---

<sup>8</sup> Cada vez que el medio de comunicación ha caído en la infracción: en el primer numeral dispone que se debe dar disculpas públicas por parte de la dirección del medio de comunicación, con copia a la parte afectada y a la Superintendencia de la Información y Comunicación (Supercom). En su segundo numeral, estas disculpas a su vez deben constar en la primera interfaz de las páginas web del medio de comunicación y de la Supercom durante una semana. Además, se deben dar lectura de las disculpas en el medio de comunicación sancionado.

<sup>9</sup> Este numeral es la base para doblar las multas como lo establece el numeral cuatro de este artículo.

<sup>10</sup> Véase la Resolución No. 058-2014-DKIRD-INPS y posteriormente la Resolución No. 055-2014-DNJRD-INPS.

Con los antecedentes expuestos, se podría entender que la sanción cuarta, que dispone doblar las cantidades (antes sancionada por el numeral tres) por concepto de multas, no es la más conveniente ni indispensable si se compara con otras posibilidades disponibles. “[H]a de suponer la sustitución de éstas por otras menos restrictivas en la medida en que éstas sean suficientes para garantizar el fin (Rodríguez, 2001, p.94). La verdadera intención o el fin que las sanciones deben tener, de acuerdo a la Declaración Conjunta de 2000 de los relatores para la libertad de expresión (Organización de las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos y la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa), no deben suscitar algún efecto inhibitorio sobre las libertades de las personas, es decir, que las limitaciones a los derechos no deben provocar ningún tipo de censura. Estas “deben ser diseñadas de modo de restablecer la reputación dañada, y no de indemnizar al demandante o castigar al demandado; en especial, las sanciones pecuniarias deben ser estrictamente proporcionales a los daños reales causados, y la ley debe dar prioridad a la utilización de una gama de reparaciones no pecuniarias” (Relatoría, 2010, párr.110).

Existe en la Ley de Comunicación y en los instrumentos internacionales<sup>11</sup> las sanciones que son, en menor grado, rigurosas a comparación de la que dobla los montos de las multas. Esto es, que una vez que se ha difundido el contenido sujeto a sanción, se deberá aplicar la sanción menos grave de todo este catálogo de sanciones. Por lo tanto, no resulta prudente imponer una medida que va a afectar el patrimonio de la empresa y al mismo tiempo silenciar las diferentes formas de expresión que se difunden en los medios de comunicación. Las sanciones pecuniarias excesivas, además que afectan el patrimonio de las empresas de comunicación, llevan consigo un efecto inhibitorio en la libertad de expresión de las personas. Los medios de comunicación, por la excesiva sanción, se verán obligados a crear un tipo de

---

<sup>11</sup> “En primer lugar, al derecho de rectificación o respuesta consagrado en el artículo 14 de la Convención Americana; si ello no bastare, y se demuestra la existencia de un daño grave causado con la intención de dañar o con evidente desprecio por la verdad, podría acudir a mecanismos de responsabilidad civil que cumplan con las condiciones estrictas derivadas del artículo 13.2 de la Convención Americana”.

autocensura o censura indirecta creada por el poder público a través de la ley, porque no habrá espacio para un debate amplio de ideas por temor a este tipo de sanciones.

Esta sanción resulta aún más innecesaria para los medios de comunicación que no pueden destinar una parte de su patrimonio al pago económico de sanciones, (como es el caso de los medios de comunicación públicos y privados, creados a partir de la democratización de las frecuencias), y que no gozan de un patrimonio capaz de enfrentar el cobro desmesurado de multas que impone esta ley<sup>12</sup>. Desde este punto de vista, en conclusión, se vulnera el derecho de patrimonio y la libertad de empresa de las personas y medios de comunicación.

A propósito, se debe recordar lo mencionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) cuando ha señalado en una de sus sentencias a propósito de las sanciones pecuniarias, que la sanción impuesta que pretende ser una reparación sumamente elevada económicamente, “puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitor para el ejercicio [de los derechos] que una sanción penal” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, párr.129). Dando como resultado consecuente la autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales comunicadores, o cualquier persona que se asocie y exprese sus ideas a través de los medios de comunicación.

En conclusión, cuando una Constitución como la ecuatoriana establece una lista de derechos “individuales básicos, tales como la [libertad de empresa y la libertad de expresión], dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas” (Kelsen, 2009, p. 119). Visto de este modo, las leyes que se formulan desde el órgano legislativo,

---

<sup>12</sup> Principio de democratización de la comunicación e información.- Las actuaciones y decisiones de los funcionarios y autoridades públicas con competencias en materia de derechos a la comunicación, propenderán permanente y progresivamente a crear las condiciones materiales, jurídicas y políticas para alcanzar y profundizar la democratización de la propiedad y acceso a los medios de comunicación, a crear medios de comunicación, a generar espacios de participación, al acceso a las frecuencias del espectro radioeléctrico asignadas para los servicios de radio y televisión abierta y por suscripción, las tecnologías y flujos de información”.

también deben entenderse bajo el precepto de la aplicación del principio de proporcionalidad. Caso contrario, si dichas formulaciones llegaren a suponer una afectación al contenido de algún derecho fundamental o algún principio constitucional, deberán ser sometidas al examen de proporcionalidad por los jueces constitucionales. Si una medida legislativa afectara el contenido de uno o más derechos establecidos en la Constitución, ésta debería ser declarada inconstitucional (Bernal, 2003, pp.15-16).

Aquí termina el examen de proporcionalidad de la sanción 64.4 de la Ley Orgánica de Comunicación. Como se dijo, este examen es gradual. Por esta razón, no pasa a ser examinado mediante la ponderación o estricta proporcionalidad porque se ha comprobado que esta medida es idónea pero no necesaria para promover un equilibrio entre la restricción y la protección de los bienes jurídicos en tensión. Esta medida tiene que aprobar “el examen de cada uno de los criterios relativos a todos los indicados sub principios; basta que repruebe alguno de ellos para tenerla por desproporcionada y por consiguiente ilegítima” (Sánchez, 2007, p. 39) Por lo tanto, la medida es desproporcional para los medios de comunicación, porque contradice el mandato constitucional de proporcionalidad entre infracciones y sanciones establecido en el artículo 76, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador.

Para finalizar, se debe apuntar que esta disposición formulada por el legislador es desproporcional porque no respeta el contenido esencial del derecho al patrimonio de la empresa de comunicación y colateralmente el de la libertad de expresión. En este sentido, atenta contra sus núcleos al formular una regla que resulta ser excesiva en la intervención.

## **2. La relación entre el contenido esencial y el principio de proporcionalidad respecto del artículo 64.4 de la Ley de comunicación**

El contenido esencial y el principio de proporcionalidad actúan con un mismo fin, proteger derechos, pero en planos distintos. El contenido esencial es, una garantía que obliga al Estado a respetar los derechos, “aquella garantía juega como restricción de la potestad legislativa ordinaria. Esta es, pues, esencialmente libre en el marco general del respeto al texto constitucional, si

bien con la limitación específica de estar fuera de su disposición [,] el contenido esencial de los derechos fundamentales” (Luciano, 1981, p. 172). La proporcionalidad, por su lado, persigue el no afectar este contenido de los derechos, configurando de esta manera una técnica eficaz que sirve al legislador para crear limitaciones que sean justas.

Luciano Parejo, indica que los límites para el poder legislativo, tienen como consecuencia la ineludible necesidad de la ponderación de los intereses, bienes o valores presentes en cada caso. La precisión de límites “encuentra en todo caso, a su vez, un límite final: el del contenido esencial de tales derechos fundamentales. De este modo, la garantía de este contenido es, al propio tiempo, un límite a la regulación (aspecto negativo) y la expresión positiva del valor asignado a los derechos fundamentales como piezas constructivas imprescindibles e insustituibles (al menos en ese contenido nuclear) del entero ordenamiento (aspecto de garantía institucional)” (Luciano, 1981, p. 182).

En suma, la idoneidad, la necesidad y la estricta proporcionalidad se dice que aplica cuando los jueces resuelven conflictos entre principios. En tanto que para el legislador, es la técnica del contenido esencial del derecho. En todo caso, se puede aclarar que los tres sub principios si bien se aplican a las decisiones de los jueces, también podrían aplicarse al legislador, en el sentido de tener un criterio para estructurar los contenidos de los derechos con el fin de respetarlos a través de las formulaciones que se hace en las leyes (Rodríguez, 2001, pp. 92-94). Por lo tanto, este principio además de resolver tensiones entre bienes constitucionales, podría aplicarse también por quien formula las normas, quien también deberá respetar en todo caso el contenido esencial de los derechos constitucionales. Una ley es inconstitucional o ilegítima porque afecta el contenido esencial de un derecho<sup>13</sup>, y “ninguna norma jurídica [debe] restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales” (CRE, 2008, art. 11.4).

---

<sup>13</sup> Esta legitimidad, se ha garantizado, siempre y cuando no se deje sin efecto un derecho fundamental por hacer prevalecer otro, es decir, en cuanto no afecte injustamente el contenido esencial de ninguno.

### **3. La sentencia N° 003-14-SIN-CC sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Comunicación**

A pesar de lo analizado, la Corte Constitucional (CC) con motivo de las demandas de inconstitucionalidad a la Ley Orgánica de Comunicación, en la Sentencia N.003-14-SIN-de fecha 17 de septiembre del 2014, dijo que se debe negar algunas demandas sobre varios artículos denunciados, y a otros dijo que se debe incorporar y hasta eliminar algunos términos. En cuanto al artículo 64 de la LOC, sin embargo, la CC no toma en cuenta el peso o valor constitucional que tienen otros derechos frente a estas intervenciones, porque asegura que una restricción fuerte satisface de manera razonable el daño que pueda producir la difusión de contenidos discriminatorios. Afirma que el buen ejercicio de la comunicación, conlleva a la intervención mínima de esta medida, pero no toma en cuenta lo que esta puede afectar si se la aplica. Esto porque dijo ser una sanción progresiva, que guarda su proporcionalidad entre sus medidas que van de menor a mayor rigurosidad. Con lo dicho, la CC considera justificada la proporcionalidad de la sanción en su sentencia, sin embargo no se elabora un examen que lo demuestre (CC, 2014, pp. 195-198). Cabe mencionar, que la CC examina la proporcionalidad en otros aspectos pero no en este artículo.

Por esta razón, fue preciso examinar la proporcionalidad de una sanción que limita varios derechos con la imposición de multas económicas que pueden incrementar. En este orden de ideas, el legislador, para formular la sanción, debió tomar en cuenta la importancia de respetar el contenido esencial de los derechos a intervenir. De este modo, debió considerar que los medios de comunicación son una herramienta por la cual se puede difundir información de toda índole (CADH, 1969, art. 13.1). Los derechos que derivan del derecho al patrimonio, libertad de empresa y la comunicación, no pueden ser limitados injustamente. Los derechos fundamentales en general, no tienen más limitación que la que le impone otro derecho en un caso específico, y no por eso se debe atacar a las posibles infracciones con tanta rigurosidad para evitarlas.

Para finalizar, no es preciso justificar una sanción económica que se retroalimenta de las mismas normas que limitan derechos. En este sentido, la

Corte IDH ha dicho que “resulta en principio contradictorio invocar una restricción [de un derecho] [...] como un medio para garantizarlo, porque es desconocer el carácter radical y primario de ese derecho como inherente a cada ser humano individualmente considerado, aunque atributo, igualmente, de la sociedad en su conjunto” (Corte IDH, 1985, párr. 77).

## CONCLUSIONES

De acuerdo a lo expuesto en el presente ensayo, se puede concluir que los derechos fundamentales se encuentran en el marco constitucional de los Estados, en la medida en que su importancia represente bienes jurídicos caracterizados, entre otras cuestiones, por su eficacia directa y por su contenido esencial. El primero afirma que los derechos fundamentales son aplicables aunque no hayan sido desarrollados en normativa infraconstitucional, en tanto que el segundo tiene que ver con la parte del derecho que debe ser protegido.

El principio de proporcionalidad sirve para determinar en qué medida se afecta el contenido esencial de los derechos fundamentales. Este principio examina si una medida es justa siempre y cuando supere el test compuesto por tres requisitos: idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad o ponderación. El primero se refiere a que toda medida que limite un derecho, debe ser adecuada para conseguir el fin propuesto. El segundo, dice que de todas las medidas idóneas para limitar al derecho, se debe escoger la que lo limite en menor grado. El tercero, conlleva a realizar una comparación de los bienes jurídicos para obtener un resultado equilibrado entre ellos. Este último requisito, es objetado en cuanto a su racionalidad. Sin embargo, aquella es justificada porque la ponderación es una herramienta razonable que busca minimizar la subjetividad en las decisiones judiciales.

En la normativa nacional el principio de proporcionalidad se encuentra en el artículo 76, numeral 6 de la Constitución. Este principio como técnica jurídica se recoge en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Así mismo en esta última ley se explica la técnica de la ponderación. Si bien esta técnica está dirigida a los jueces, podría servir también para la formulación de normas por parte del legislador, ya que como se vio, este principio ofrece mayor racionalidad que los criterios metodológicos del contenido esencial o la subsunción. De hecho, la técnica de la proporcionalidad sirve como criterio para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales que debe ser protegido por el legislador. En este sentido, el

legislador tiene como obligación limitar su facultad de intervención en los derechos, teniendo en cuenta el contenido de estos, que en todo caso, debe ser respetado y garantizado en la Constitución y por todas las esferas de gobierno.

Por lo dicho, la sanción establecida en el artículo 64, numeral 4 de la Ley Orgánica de Comunicación, contradice lo establecido en el mandato constitucional sobre la proporcionalidad. Así, esta sanción afecta el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa de las personas e indirectamente a la libertad de expresión de los medios de comunicación.

## REFERENCIAS

- Abad, S. (s/f). Themis. *Límites y Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales: Estudio Preliminar*. Recuperado el 7 de mayo de 2016 de <https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiaopGg1LfOAhUJQCYKHao1BV8QFggaMAA&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5109908.pdf&usg=AFQjCNHLkPNZfBufEVzmpOqBFSTZIGaO8w&bvm=bv.129389765,d.eWE>
- Aguirre, V. (2010). Revista de derecho. *El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos*. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional, No 14, 1-13. Recuperado el 13 de marzo del 2016 de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2976/1/03-Aguirre.pdf>
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. En Garzón, E. (trad). Recuperado el 4 de mayo del 2016 de <http://www.iedf.org.mx/sites/DDHH/publicaciones/01.pdf>
- Alexy, R. (2007). Los derechos constitucionales y el sistema jurídico. *Teoría del discurso y derechos humanos*. México DF, México: Fontamara.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 2ª ed.
- Alexy, R. (2009). *Derechos sociales y ponderación*. En Bastida, F. García, J. García, A. Garzón, E. Hierro, L. Moreso, J.J., Pardo C., y Peces-Barba, G. (colaboradores). En García, R. (ed). Sobre los derechos Constitucionales a protección. 45- 80. Recuperado el 7 de marzo del 2016 de [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/derechos\\_sociales\\_y\\_ponderacion.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/derechos_sociales_y_ponderacion.pdf)

- Alexy, R. (2009). Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. En, Sánchez, R. (trad). No 11, 3-14. Recuperado el 7 de abril del 2016 de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>
- Anzures, J. (2010).. Revista mexicana de derecho constitucional. Cuestiones constitucionales. *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales*. No. 22 (pp. 3-51). Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado el 3 de mayo del 2016 de <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst22/CUC000002201.pdf>
- Arnold, R., Martínez, J.I., Zúñiga, F. (2012). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Estudios Constitucionales. 65-116. Recuperado el 7 de marzo del 2016 de <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v10n1/art03.pdf>
- Arroyo, L. (2009). Revista para el análisis del derecho. *Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo*. Indret. No 2, 1-32. Recuperado el 25 de noviembre del 2015 de [www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/130917/180683](http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/130917/180683)
- Ávila, R. (2009). Caracterización de la Constitución de 2008. En Andrade, S., Grijalva, A., Storini, C. (eds). *Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en La Nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. (p. 422). Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación Editora Nacional. No. 30.
- Benavides, J. (2013). Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales. En Benavides, J. y Escudero, J. (coords), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. (pp. 73-98). Quito, Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador.
- Bernal, C. (2011). Diccionario de Derechos Humanos. *Proporcionalidad*. Aecid. Recuperado el 3 de marzo del 2016 de [http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos\\_pub/to\\_pdf/](http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/to_pdf/)

- Chávez, J. (2010). *El principio de proporcionalidad en la justicia constitucional*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Clérico, L. (2008). El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. En Miguel Carbonell (ed). *El principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. (pp. 125-174). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.
- Corte Constitucional. (2014). *SENTENCIA N." 003-14-SIN-CC*. Recuperado el 4 de mayo del 2016 de [https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/SUBE\\_Y\\_BAJA/SUBE\\_Y\\_BAJA3/0014-13-IN-sen.pdf](https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/SUBE_Y_BAJA/SUBE_Y_BAJA3/0014-13-IN-sen.pdf)
- Corte IDH. *Caso Kimel vs Argentina*. Fondo. Sentencia de 15 de noviembre del 2008.
- Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs Panamá*. Fondo. Sentencia de 27 de enero del 2009. Párr. 114, 188.
- Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas. Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Párr. 33
- Cortes Generales. (1978). Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado. *Constitución Española*. Recuperado el 24 de abril del 2016 de <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>
- Díaz, M. (s/f). Educación Ético-Cívica. *Los derechos humanos*. 4°.ed. Recuperado el 21 de abril del 2016 de <https://montsepedroche.files.wordpress.com/2010/04/derechoshumanos.pdf>

- Díez, R. (2012). Cuestiones Constitucionales. *Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte*. 65-106. No. 26. Recuperado el 28 de abril del 2016 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/26/ard/ard3.pdf>
- Fernández, F. (2003). Revista Jus. Revista di Scienze Giuridiche. “*La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos*”. Milán, Italia: Universita Católica del Sacro Cuore.
- Ferrajoli, L. (2006). Cuestiones constitucionales. *Sobre los derechos fundamentales*. Unam, No 15, 113- 118. Recuperado el 15 de marzo del 2016 de <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf>
- Grupo Editorial Océano. (1989). *Diccionario de la lengua española*. Barcelona, España: Ediciones Océano S.A.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y Validez*. En Jiménez, R. (trad), *Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, España: Trotta.
- Habermas, J. (2010). *¿Un no a la postmodernidad?* Recuperado el 26 de abril del 2016 de <http://www.xtec.cat/~lvallmaj/barrinou/haberma2.htm>
- Jiménez, C. (1999). *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*. Madrid, España: Trotta.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. (4.ª ed.). Eudeba. Recuperado el 15 de marzo del 2016 de <http://cvperu.typepad.com/files/libro-teoria-pura-del-derecho-hans-kelsen.pdf>
- Ley Orgánica de Comunicación*. (2013). *Registro Oficial 22 de 25 de junio de 2013, Tercer Suplemento*.

*Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, EN: Constitución de la República del Ecuador, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, Título I, Art. 3, Num. 2.

Luciano, A. (1981). *Revista española de derecho constitucional. El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*. No. 72. Recuperado el 7 de marzo del 2016 de [https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjg14GZyq\\_LAhUCdR4KHcmcBSsQFggaMAA&url=https%3A%2F%2Fdialecto.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F249648.pdf&usg=AFQjCNFUTM8GjgBhdoUz\\_celqHedBxM3uA&bvm=bv.116274245,d.dmo](https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjg14GZyq_LAhUCdR4KHcmcBSsQFggaMAA&url=https%3A%2F%2Fdialecto.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F249648.pdf&usg=AFQjCNFUTM8GjgBhdoUz_celqHedBxM3uA&bvm=bv.116274245,d.dmo)

Marshall, P. (2010). Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. *El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución*. Estudios Constitucionales Año 8, N° 1, 2010, pp. 43 - 78. Recuperado el 20 de abril del 2016 de <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art03.pdf>

Martínez, D. (2014). Instituto de Investigaciones Jurídicas. *El principio de proporcionalidad como criterio de resolución de conflictos constitucionales*. Recuperado el 20 de julio del 2016 de <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/8/3706/5.pdf>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2008). Serie justicia y derechos humanos, Neoconstitucionalismo y sociedad. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. En Carbonell, M (Ed)

Nogueira, H. (2003). Instituto de Investigaciones Jurídicas Serie Doctrina Jurídica. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Márquez, R. (coord). No. 156. Recuperado el 21

de abril del 2016 de  
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1094>

Organización de los estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. San José, Costa Rica: Departamento de derecho internacional, Secretaría de Asuntos Jurídicos. Recuperado el 15 de marzo del 2016 de [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)

Orozco, M. (2013). Bajo la palabra. Revista de filosofía. N. 9. *El problema de la objetividad en la historia. Un diálogo entre Max Weber y Ankersmit*. Recuperado el 25 de abril del 2016 de <https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjC19qU1bfOAhVH5yYKHYY1sDu0QFggaMAA&url=https%3A%2F%2Fdialognet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F4894739.pdf&usg=AFQjCNHz8wkU341WujB2yggVIFPj4M4TDA&bvm=bv.129389765,d.eWE>

Periáñez, R. (2008). *La esclavitud en Extremadura (siglos XVI-XVIII)*. Recuperado el 21 de abril de 2016 de <http://biblioteca.unex.es/tesis/9788469263150.pdf>

Reyes, O. y Rains. O. (2014). Revista Electrónica de Investigación en Ciencias Económicas. *Teoría del bienestar y el óptimo de Pareto como problemas microeconómicos*. Vol. 2, No. 3. Recuperado el 25 de abril del 2016 de [https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj6uJa61bfOAhXBRiYKHaf2DxQQFggaMAA&url=https%3A%2F%2Fdialognet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5109420.pdf&usg=AFQjCNF74DcfcZ2A\\_UC5DxTNt0RYulu9lg&bvm=bv.129389765,d.eWE](https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj6uJa61bfOAhXBRiYKHaf2DxQQFggaMAA&url=https%3A%2F%2Fdialognet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5109420.pdf&usg=AFQjCNF74DcfcZ2A_UC5DxTNt0RYulu9lg&bvm=bv.129389765,d.eWE)

Rodríguez, M. (2001). Derecho y Opinión No. 9, pp. 91-102. *El contenido esencial de la libertad de empresa. Algunas consideraciones jurídicas*. Recuperado el 30 de mayo del 2016 de

[http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/7567/dyo9\\_9.pdf?sequence=1](http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/7567/dyo9_9.pdf?sequence=1)

Sánchez, R. (2007). Instituto de Investigaciones Jurídicas. *El principio de proporcionalidad*. Recuperado el 9 de marzo del 2016 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2422>

Schneider, H. (1979). Revista de estudios políticos. Nº.7. pp. 7-36. *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático..* Recuperado el 21 de abril del 2016

de [https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjToLiE1rfOAhVL8CYKHQv1CblQFggaMAA&url=https%3A%2F%2Fdialognet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F1427304.pdf&usg=AFQjCNH1pCkrbcrS6\\_pkDqyeOy5CVC04VQ&bvm=bv.129389765,d.eWE](https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjToLiE1rfOAhVL8CYKHQv1CblQFggaMAA&url=https%3A%2F%2Fdialognet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F1427304.pdf&usg=AFQjCNH1pCkrbcrS6_pkDqyeOy5CVC04VQ&bvm=bv.129389765,d.eWE)

Schwabe, J. (2009). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. *Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*. Recuperado el 21 de abril del 2016 de [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_16817-544-4-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf)

Superintendencia de la Información y Comunicación. (2016). *resolución 007-2016-IZ8DPS*. Recuperado el 16 de mayo del 2016 de [file:///C:/Users/Daniel/Downloads/RESOL.007-2016-IZ8%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Daniel/Downloads/RESOL.007-2016-IZ8%20(1).pdf)

Tribunal Constitucional Español. (1995). Sentencia 66. Recuperado el 25 de abril del 2016 de <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2920>

Villaverde, I. (2008). La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. En Miguel Carbonell (ed). *El principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. (pp. 175-188). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Vintimilla, J. (2010). *Principios y Reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del Ius Novus Ecuatoriano*. (pp. 47-57). Año 10. Vol. 13. Recuperado el 26 de abril del 2016 de [http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisdictio/archivo\\_de\\_contenidos/Documents/iurisdictio\\_13/principios\\_y\\_reglas\\_como\\_nuevas\\_fuentes\\_de\\_justicia\\_a\\_.pdf](http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisdictio/archivo_de_contenidos/Documents/iurisdictio_13/principios_y_reglas_como_nuevas_fuentes_de_justicia_a_.pdf)

Zagrebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil, ley, derechos justicia*. Madrid, España: Trotta.