



UNIVERSIDAD DE CUENCA
Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Centro de Posgrados

Maestría en Derecho Penal

El derecho al honor del personaje público: evolución legal o herramienta política

Trabajo de titulación previo a
la obtención del título de
Magíster en Derecho Penal

Autor:

Diego Andrés Monsalve Tamariz
CI: 0102649001

Director:

Dr. Simón Bolívar Valdivieso Vintimilla
CI: 0101668374

Enero de 2019

Cuenca-Ecuador



RESUMEN

Este trabajo analiza las infracciones contra el Honor tipificadas en el antiguo Código Penal vigente hasta el año 2014, y cómo se encuentran incorporadas en el actual Código Orgánico Integral Penal (COIP). También analiza el procedimiento utilizado en el uno y otro caso, para partiendo desde un estudio del concepto derecho al Honor, observar posteriormente cómo la legislación ecuatoriana desde el primer Código Penal trató las infracciones contra el Honor. Se compara el procedimiento y los recursos a los que se podía recurrir antes y después de la expedición del COIP, especialmente cuando esta norma trata a la injuria como una contravención. Finalmente se estudia la forma cómo se enfrenta el derecho al Honor con la Libertad de Expresión y varias resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sientan un precedente de mayor tolerancia frente a la crítica y censura hacia personajes públicos; quedando claro que los supuestos avances legislativos introducidos en el COIP en realidad sirvieron como una herramienta política utilizada por el anterior gobierno contra sus opositores.

Palabras claves: honor, libertad de expresión, calumnia, injuria, delito, contravención, discurso protegido, interés público, personajes públicos, funcionarios públicos.



ABSTRACT

This paper analyzes the infractions against Honor typified in the old Penal Code in force until 2014, and how they are incorporated into the current Organic Code of Comprehensive Criminal Law (COIP). It also analyzes the procedure used in both cases, starting from a study of the concept "right to Honor", to later observe how the Ecuadorian legislation since the first Penal Code dealt with infractions against Honor. The procedure and resources that could be used before and after the issuance of the COIP are compared, especially when this norm treats the offense as a contravention. Finally, the manner in which the right to Honor with Freedom of Expression and several resolutions of the Inter-American Court of Human Rights, which set a precedent of greater tolerance against criticism and censorship towards public figures, is studied; it is clear that the supposed legislative advances introduced in the COIP actually served as a political tool used by the previous government against its opponents.

Keywords: honor, freedom of speech, libel, defamation, calumny, slander, injury, felony, misdemeanor, protected speech, public interest, public figures, public officials.



ÍNDICE

RESUMEN	1
ABSTRACT	2
ÍNDICE.....	3
CLÁUSULA DE LICENCIA Y AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL	4
CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL.....	5
CAPÍTULO I.....	6
EL DERECHO AL HONOR.....	6
CAPÍTULO II.....	19
INFRACCIONES CONTRA EL HONOR EN EL DERECHO PENAL ECUATORIANO Y EL PROCEDIMIENTO PARA PERSEGUIRLAS.....	19
CAPÍTULO III	55
LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, EL CHOQUE DE DERECHOS, PONDERACIÓN Y RESOLUCIONES DE TRIBUNALES INTERNACIONALES.....	55
CONCLUSIONES.....	87
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	91



Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio
Institucional

Diego Andrés Monsalve Tamariz en calidad de autor/a y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación "El derecho al honor del personaje público: evolución legal o herramienta política.", de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, enero 21 de 2019

Una firma manuscrita en tinta azul sobre una línea horizontal, acompañada de un símbolo gráfico abstracto a la derecha.

Diego Andrés Monsalve Tamariz

CI: 0102649001



Cláusula de Propiedad Intelectual

Diego Andrés Monsalve Tamariz, autor/a del trabajo de titulación "El derecho al honor del personaje público: evolución legal o herramienta política", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Cuenca, enero 21 de 2019

Una firma manuscrita en tinta azul que parece leer "Monsalve Tamariz", escrita sobre una línea horizontal.

Diego Andrés Monsalve Tamariz

C.I: 0102649001



EL DERECHO AL HONOR DEL PERSONAJE PÚBLICO: EVOLUCIÓN LEGAL O HERRAMIENTA POLÍTICA.

CAPÍTULO I

EL DERECHO AL HONOR

Las primeras clases en la Facultad de Jurisprudencia pretenden ambientar al ilusionado estudiante en un ambiente en el que empezamos a manejar un lenguaje más técnico haciendo que, a ciertos conceptos ya adquiridos y de conocimiento del público en general, los vayamos catalogando y etiquetando con léxico jurídico. Tan es así que luego de tecnificar el entendimiento del concepto –Derecho-, el paso siguiente es conocer que existen derechos objetivos y subjetivos.

Mientras el Derecho Objetivo sería ese conjunto de normas que resultan impuestas a las personas que no dependen de la voluntad del individuo, el Derecho Subjetivo se reduce plenamente a la individualidad, pues se traduce en esa facultad o facultades que tiene la persona, es decir para obtener algún tipo de beneficio, claro está que el ejercicio de esta facultad debe estar en plena armonía con las facultades conferidas a otras personas, lo que se traduce en que el ejercicio de la facultad, o del derecho, que nos han sido concedido, no debe afectar a terceras personas.

Mucho se discute cuál fue primero, la norma o la facultad o prerrogativa, mientras hay voces que consideran que antes existen aquellas facultades independientes de la expedición de una norma, también otras voces consideran que no puede existir una facultad jurídica si ésta no ha sido creada por una norma. Sin embargo este debate no es materia de este trabajo, debiendo quedar claro que los seres humanos tenemos facultades llamadas también derechos subjetivos, y a su vez normas que cumplirlas, las que se conocen como derecho objetivo.

Con estos antecedentes podemos entender que la vida, la propiedad, la soberanía del cuerpo, el honor, la libertad (entendida en los más diversos ámbitos y por ende incluida la libertad de expresión), entre otras, serían Derechos Subjetivos, de los que nos vemos asistidos, y que están plasmados en el Derecho Objetivo, en el caso ecuatoriano y en el área de estudio –Penal-, es el Código Orgánico Integral Penal (COIP). En este punto es



Universidad de Cuenca

oportuno puntualizar que a su vez, en materia penal surge un concepto llamado “bien jurídico”, que según la doctrina es lo que el Derecho Penal protege.

Eugenio Cuello Calón en su obra Derecho Penal -Parte General; trae un concepto de fácil entendimiento sobre lo que es el bien jurídico, así sostiene: “El bien jurídico es el objeto de la protección penal y al mismo tiempo el objeto del ataque delictuoso ya tienda éste a destruirlo o menoscabarlo o simplemente a ponerlo en peligro”. (Cuello, 1975, p. 292)

Desde este punto se han abierto varios temas para debatir, es decir si este bien jurídico, entendido también como la “condición imprescindible para que las personas podamos desarrollarnos libremente en sociedad”, (Meini, 2014, p.30) son de naturaleza individual o también pueden ser colectiva, y, por otra parte si la exclusiva función del derecho penal se restringe a proteger dichos bienes jurídicos, o si puede avanzar un campo más amplio.

En este sentido Roxin al tratar el concepto de delito señala que no puede limitarse a bienes jurídicos “individuales”, pues existen como es sabido bienes de la comunidad, como los del Estado o la propia administración de justicia. Pero Roxin va más allá cuando cuestiona el no encasillamiento como bienes jurídicos a ciertas concepciones morales dominantes, sentimientos o concepciones de valores, llegando el derecho penal en ese escenario a castigar incluso ciertas conductas que solo habitan en el mundo del sentimiento. Por tal razón Claus Roxin (1997) en su obra Derecho Penal Parte General Tomo 1 sostiene que: “la cuestión teórica del concepto material de delito sigue sin estar clara, pues hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto de “bien jurídico” de modo que pudiera ofrecer una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria por su contenido”. (p.54)

No cabe duda que el debate bienes jurídicos individuales versus bienes jurídicos colectivos es de mayor entendimiento cuando comprendemos que, así como se protege el bien jurídico vida, también se protege el medioambiente, la administración de justicia, el sistema económico, y que su vulneración afecta a la colectividad en general.



Universidad de Cuenca

Cierto es que el considerar que el ámbito de aplicación del Derecho Penal vaya más allá de esos bienes jurídicos resulta audaz y desafiante, pero con claridad lo resuelve Iván Meini (2014) cuando señala: “el bien jurídico no es una realidad estática, sino que su determinación requiere una permanente valoración que le permita adaptarse a lo que la sociedad estime necesario proteger”. (p.31)

Probablemente esas condiciones imprescindibles para desarrollarnos libremente en sociedad será más sencillo comprenderlas cuando se trate del Derecho a la Vida, a la integridad corporal, o cualquier derecho patrimonial; en el primer caso no solo que lo vivimos y sentimos, quizá nuestra presencia en el mundo es la forma más elemental de constatar; y en el segundo caso hasta por la materialidad traducida en tangibilidad de los derechos patrimoniales. Algo similar a lo que ocurre con el derecho a la integridad corporal que cuando resulta vulnerado lo podemos sentir y captar.

Sin embargo cuando nos enfrentamos al honor como bien jurídico protegido estamos frente a un derecho extrapatrimonial, extracorporal, que se traduce más bien en un sentir que, por una parte se ubica en la intimidad de la persona y, por otro, trasciende las barreras de la individualidad, pudiéndose encontrar en la opinión o criterio que la colectividad pueda tener sobre esa persona.

No podemos adentrarnos más al análisis de los bienes jurídicos puesto que no es materia de este trabajo su estudio, pero sí hemos creído de relevancia su mención para entender la importancia de proteger a ese derecho subjetivo que tenemos las personas, a ese bien jurídico, como es el honor, precisamente como señalaba Meini, porque es una condición imprescindible para que nos desarrollemos libremente en sociedad, y su atentado, su vulneración constituirá una vulneración al amplio ejercicio de una plena personalidad, de su posibilidad de desarrollarse en sociedad de manera plena sin ser obstaculizado por el sentir de sus actores.

Este derecho al honor, intangible, extrapatrimonial, un tanto vago, se convierte en algo más comprensible cuando entendemos que la persona es parte de la sociedad, y el desarrollo de la personalidad dentro de esa sociedad requiere de autoestima y de consideración.



Universidad de Cuenca

De igual manera en las primeras clases de Derecho se nos hace referencia a los tres principios de derecho expuestos por Ulpiano, *Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. Vivir honestamente, no hacer daño a nadie y dar a cada quien lo que le corresponde. Con lo que podemos aseverar que en la época en la que vivió este jurista romano, entre 170 y 228 de nuestra era, el concepto de honor se encontraba ya presente, debiendo ser un principio rector presente en la vida de la humanidad -el vivir honestamente-, esto es dignamente, respetuosamente, una vida virtuosa cumpliendo los deberes para con uno mismo y para con la sociedad en general.

El origen de la palabra honor tiene una raíz latina, “específicamente honor y honoris, que eran las palabras utilizadas para describir cualidades como rectitud, decencia, dignidad, reputación, etc., que tenían las personas que ostentaban cargos públicos”. (Vargas, como se citó en Rodríguez, F, 2017, p. 34)

También se ha discutido sobre el origen de la palabra Honor en el término latín “Honos”, que en realidad encierra en su significado el reconocimiento público, sin centrarse en las consideraciones de índole personal que una persona pueda tener. Honos ha servido también para conocer así a la carrera política de una persona, de ahí que el llamar “Honorable” a quién ejerce un cargo de representación popular en la función legislativa es correcto, pues ha sido honrado con tal representación, es un reconocimiento a su trayectoria pública.

No fue únicamente en Roma donde se habló del honor, en la época medieval también se lo concibió pero como un concepto extendido a la sociedad en general, su rango de acción entonces no quedó supeditado a los políticos o a los guerreros, empezando de esa forma a configurarse la idea de honor que prima más en la actualidad que considera lo poseen todos los seres humanos, independientemente de su actividad o profesión, por considerarlo parte de la dignidad humana.

Quizá fue en Grecia donde se entendió al honor en una doble connotación como la actual, pues de acuerdo a su concepción, “ningún ser humano puede llegar a ser verdadera y completamente feliz si no adquiere honor, en su doble vertiente, como conciencia de la propia valía (kydos) y como reconocimiento de la sociedad hacia su persona (time)”. [sic] (Rodríguez, F, 2017, p.35). Algo que más adelante veremos se ha



Universidad de Cuenca

traducido en honor subjetivo y honor objetivo. En efecto el desarrollo histórico del concepto “honor” da cuenta que dependiendo el lugar, el momento y el doctrinario, se lo ha entendido como la consideración o valía que se tiene una persona de sí misma, y por otra parte la valía que a esa persona le tiene la sociedad en general.

Queda claro que el concepto honor constituye una suerte de requisito de la vida en sociedad, existiendo lugares en los que tiene un valor mayor, en donde su presencia y aplicación es trascendental en todos los ámbitos, pasando por pueblos en los que teniendo un elevado grado de espiritualidad en su cultura, no dejan de estar exentos de la consideración al honor en los actos de la vida de sus habitantes.

En el Derecho Internacional Público rama del Derecho de joven evolución el honor está presente en los llamados “pactos de caballeros” que no son más que acuerdos basados o levantados en la mera palabra de los contratantes, pactos con los que se ha puesto fin a guerras o se han plasmado importantes acuerdos entre estados; los que pueden ser sellados en base al honor de quien representa a su estado en las pretendidas negociaciones.

“El hombre aislado no existe ni nunca existió”. (Borja, 2007, p.11), afirmación que nos lleva inexorablemente a la conclusión de que el ser humano realiza sus actividades dentro de la sociedad, bien sea que este fenómeno sea fruto de la espontaneidad natural del hombre, o, sea más bien una necesidad. Sin embargo existe dentro de nosotros un hecho instintivo que de primar éste daríamos paso al criterio de que somos sociables por naturaleza, pero si consideramos en este análisis el ingreso de la racionalidad podríamos afirmar que el ejercicio del pensamiento y la razón nos hacen entender la necesidad de relacionarnos para vivir en sociedad. No obstante lo manifestado, quizá sería menospreciar o rechazar esa azarosa afirmación de tener instinto que está presente en los humanos más allá de que lo controlemos con nuestra racionalidad.

Al respecto surge la interrogante si una madre o un padre sin mayor capacidad de ratiocinio ¿serían capaces de abandonar un hijo recién nacido? Claro que se podrá sostener también que para que exista la fecundación debió existir previamente una unión mujer - hombre, que nos preguntamos, ¿se la realizaría por necesidad?, o por ¿instinto?



Universidad de Cuenca

Al final del día el placer, que nos es generado entre otras causas, por el sexo, ¿es algo racional o instintivo?, es decir, surge de una necesidad meditada o analizada, o ¿está en la naturaleza humana? No se debe profundizar en un tema sobre el cual todavía existe un debate abierto, pero si creemos necesario dejar puntualizado nuestro criterio correcto o no, sobre lo que consideramos es el motor que hace al ser humano vivir en sociedad. Quizá está en lo profundo de las entrañas más naturales del ser humano el vivir en sociedad, y luego, nuestro raciocinio nos llevará a entender la razón por la cual si socializo con unas personas y así mismo, la razón por la cual no socializo con otras. Análisis que nos permitirá más adelante comprender ciertas concepciones que sobre el honor se han tenido especialmente cuando surge de un análisis personal, o como miembros del grupo.

Resulta imprescindible poder entender o conceptualizar al honor, ya sea entendido como Derecho Subjetivo o como aquel “bien jurídico” objeto de protección del Derecho Penal. Así la primera fuente a la que debemos recurrir es el diccionario de la Real Academia Española, edición digital (2017), que conceptualiza al honor como:

1. m. Cualidad moral que lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y de uno mismo.
2. m. Gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se la granjea.

Múltiples son los conceptos de honor como múltiples son los tratadistas que lo han abordado desde diferentes ópticas y momentos históricos, sin embargo consideramos oportuno referirnos al concepto de honor que nos trae Antonio Medrano en su obra La senda del honor, al señalar que es:

La conciencia de su propio valer, basada en la estima que cada cual merece ante sí mismo y ante los demás por su solidez ética, por su lealtad a los principios espirituales rectores del actuar humano, por su adhesión a los criterios objetivos de la vida recta y por la integridad de sus convicciones, sus actitudes, sus palabras, sus actos y obras. (Medrado, como se citó en Rodríguez, F, p.44)



Universidad de Cuenca

De esta conceptualización del honor, así como de tantas otras que pueden ser analizadas veremos que se distinguen dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. Por lo que y al decir de Mañalich Raffo (2005) “en la construcción del honor compiten tres formulaciones básicas: el concepto fáctico, el concepto normativo-fáctico y el concepto normativo”. (p.198).

Teoría Fáctica:

Precisamente la concepción fáctica va más allá de consideraciones jurídicas y apunta más bien a entender el honor como hecho per se, quizá como un hecho psicológico que sería el entendimiento social del yo por una parte y de lo que el otro es, de tal forma que tendremos un honor subjetivo y un honor objetivo.

Honor Subjetivo:

El honor subjetivo será como dice Cuello Calón, “el sentimiento de la propia dignidad moral nacido de la conciencia de nuestras virtudes, de nuestros méritos, de nuestro valor moral” (Cuello, 1975, p.680)

El aspecto subjetivo implica la propia valoración que se tiene la persona, que nace del plano interno del ser humano, que nace de aquel diálogo que tiene la persona consigo misma. De ahí que también se lo conoce como honor interno, puesto que radica en la mismísima intimidad de la persona.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, edición digital (2017), Autoestima es: la “Valoración generalmente positiva de sí mismo”. El propio significado de la palabra autoestima contiene una valoración positiva sobre sí misma de la persona, lo que puede llevar a que el delincuente más contumaz pueda sentir que su honor ha sido mancillado cuando se le dice lo que es. Sin embargo y si eliminamos esa generalización de que la valoración es positiva, la autoestima sería la autovaloración que tiene una persona sobre sí misma, la cual bien podría ser baja o inexistente, de ser así, frente a un verdadero, brutal y despiadado ataque contra su honra, aquella persona podría no considerarlo como tal.



Universidad de Cuenca

Tanto en el uno como en el otro escenario la conclusión es que la autoestima es un sentir de la persona, un sentimiento -en palabras de Cuello Calón- de lo que representa, un sentimiento de su valor, con lo que desvirtuamos el sentido del objeto de protección del derecho penal, pudiéndose pensar que estaría tutelando sentimientos, lo cual rayaría en el absurdo.

Valernos de un concepto como es la autoestima puede conducir a una fantasía, a una irrealidad de lo que la persona es; puesto que en tales circunstancias atacar al honor de una persona sería atacar a lo que la misma persona se cree que es, o siente que es; con el riesgo de que personas con rasgos o trastornos de personalidad, crea que a la menor insinuación se le está afectando su honor. Además bajo esta concepción la defensa del honor pasaría a ser un privilegio reducido únicamente para quienes están dotados de razón y conciencia, puesto que una persona por edad o por algún problema de desarrollo neurológico no estaría en la posibilidad de entender su propia valía, quedando por lo tanto desprotegido si nos basamos únicamente en este honor subjetivo.

Honor Objetivo.

El honor objetivo y siguiendo al propio Cuello Calón “El aspecto objetivo está representado por la apreciación y estimación que hacen los demás de nuestras cualidades morales y de nuestro valor social”. (Cuello, 1975, p.680)

Es decir pasamos de una valoración que no nace o no está dentro de la propia persona, a una valoración externa que está fuera de ella, a un plano externo entregado a la sociedad o a lo que partes de ella piensen de una persona. Quedando a merced de lo que en ese momento la sociedad considere como valores correctos que deben ser defendidos, es decir el buen nombre, la fama o la reputación de la persona.

No obstante lo referido surge también la incógnita de saber qué pasa con aquellas personas que más allá de que puedan en efecto tener una vida intachable, por situaciones como la perversidad del escándalo, su reputación ha sido puesta en tela de duda?. En este contexto y si como hemos dicho la valoración está fuera de la persona, vale la pena preguntarse: qué se tutela, ¿un derecho de la persona propiamente, o lo que otros creen sobre esa persona?



Universidad de Cuenca

Crítica a teoría fáctica:

La teoría fáctica ha sido cuestionada últimamente puesto que si analizamos lo ya descrito en líneas anteriores sin duda llegaremos a la conclusión de que si bien otorga una explicación sociológica, no es menos cierto que los argumentos que sirven para sostenerla no son jurídicamente correctos para que el derecho penal los proteja.

En el primer caso, esto es en el honor subjetivo, estaría protegiéndose una propia valoración que la persona tiene de sí misma, lo cual demanda para una acertada y coherente valoración, una inteligencia emocional superlativa, que no todas las personas la poseen, ya que con más frecuencia cuando se trata de una autovaloración se está en los extremos, o bien una escasa consideración de sí mismo, o por el contrario una exagerada consideración, lo cual en el uno u otro caso es una distorsión de la realidad entendida como la vulneración o afectación de la honra; que en medios como el ecuatoriano puede variar dramáticamente por la idiosincrasia bien tratándose por ejemplo de personas en la costa, en la sierra, o en la zona urbana o rural, entre otros factores.

En el segundo caso, esto es en el honor objetivo, lo que en realidad se está protegiendo es la “fama” cuan famoso es alguien en su medio, su apariencia, más allá de que no sea más que aquello, sumado a que todo será medido con la vara social, es decir con lo que en un momento y en lugar ese conglomerado social considera que se apega a los lineamientos de lo correcto, y por lo tanto merece ser afamado.

En ambos casos se termina protegiendo un ego distorsionado o, una apariencia, lo que la persona cree de sí misma o lo que la sociedad cree de alguien, sin que signifique lo que realmente es esa persona. Pero ni el ego ni lo que una persona cree de sí misma puede ser objeto de protección penal; será muy distinto lo que una persona cree sobre alguien, de lo que otra lo hace, rompiendo cualquier tipo de principio de igualdad, y esa discrecionalidad rompe el principio de seguridad jurídica.

Como hemos analizado líneas arriba el bien jurídico es el objeto de protección penal, que en el caso del presente estudio debe ser el honor como tal, sin embargo “de esta caracterización del honor fuertemente apegada al mundo del ser, surge un bien jurídico



Universidad de Cuenca

protegido en extremo variable, distinto para cada ciudadano en función de su mayor o menor de estimación propia y, sobre todo, del grado de prestigio social del que disfrute”. (SIC). (Laurenzo Copello, como se citó en Rodríguez, 2017, p.60).

El derecho penal protege el honor de aquel que cree no tenerlo, así como de quien cree tenerlo exageradamente, porque lo que protege es el derecho más no un sentir, caso contrario quedaría fuera de protección del derecho penal el honor de aquellas personas que están privadas de la conciencia. Por eso se considera que esta teoría fáctica es discriminatoria, pero incluso se diría perversa con quienes provienen de estratos socioeconómicos desfavorables, rayando en la discrecionalidad que pondría al juzgador en la posición de no saber qué factores o hechos sí atacan el honor de una persona y cuáles no.

Por estas consideraciones en la actualidad se considera superada esta teoría que rompe principios y derechos por los cuales la humanidad ha luchado a lo largo de la historia. En la cual el bien jurídico objeto de protección penal no puede ser por un lado el sentir de la sociedad (o un grupo de ella) sobre una tercera persona, y menos, quizá el mismísimo capricho de cómo la persona se valora a sí misma; toda vez que de aceptar este criterio podríamos estar colapsando el sistema judicial por luchas vanales de caprichos y no de derechos.

Teoría normativa

Se había señalado que uno de los principios que rompe la teoría fáctica es el de igualdad, y precisamente la teoría normativa responde por así decir precautelando y defendiendo tal principio, confiriendo por lo tanto la protección de su derecho al honor a todos los seres humanos, de forma igualitaria, por el mero hecho de ser tales, derecho que además se lo tiene desde el nacimiento de la persona, y que deberá ser respetado por todos los demás, derecho que ha sido positivizado, llevado a norma de jerarquía Constitucional y recogido además en múltiples tratados internacionales.

Es entender al honor como un Derecho Humano, como un Derecho Fundamental derivado de la dignidad de la persona, absolutamente independiente de cualquier tipo de condicionamiento social. Aquí “la fama y autoestima adquieren un sentido diferente,



Universidad de Cuenca

situándose como puntos de referencia normativos destinados a dar contenido al honor”. (Rodríguez, 2017, p.65).

Ese sentir como tal, individual sobre sí mismo o colectivo sobre la persona resulta intrascendente, es un derecho humano independiente del comportamiento de la persona. De tal forma que a la persona que se dedica a una actividad moralmente reprochable por la sociedad, no podríamos llamarle por tal adjetivo si consideramos que en la forma y coyuntura que lo expresamos puede resultar ofensivo.

De acuerdo a lo señalado parecería que independientemente de que el titular del Derecho al Honor realice actos que lo pongan en riesgo podría al mismo tiempo demandar un irrestricto respeto a su derecho, lo cual nos coloca en una situación de incertidumbre, por lo que como señala (Mañalich, 2005) “En tanto pretensión de respeto, el honor sólo ha de ser protegido en tanto sea merecido, independientemente de la reputación de que efectivamente goce el sujeto en cuestión en el contexto de sus contactos sociales”. (p.199). Fundamento que abre paso a la aplicación de la *exceptio veritatis*, lo que demostraría que una aplicación ciega y radical de la teoría normativa no es posible.

Teoría Normativa Fáctica

La encontramos como una teoría dualista, que rescata lo lógico de las teorías fáctica y normativa; parte por reconocer el Derecho al Honor como un valor humano por el hecho de ser tal, que se deriva de la dignidad humana, y por otra parte saca a flote la consideración social que se tenga de la persona y la autovaloración.

Es decir por una parte se proyecta aquel derecho que tenemos las personas desde nuestro nacimiento, que nos resulta innato y consustancial a la naturaleza humana, pero al mismo tiempo conjuga con la realidad de que ese ser humano realizar su vida en sociedad y por lo tanto esa participación en sociedad permitirá graduar el merecimiento de honor. Aquí por ejemplo y para efecto de este trabajo cobra singular importancia el merecimiento de honor que de hecho tienen los personajes públicos en sociedad, pero al mismo tiempo esa participación *sui generis* hace que su protección a este derecho sea diferente frente a otras personas que así mismo desarrollan su vida en sociedad.



Universidad de Cuenca

Esta teoría permite la aplicación lógica y coherente de la *Exceptio Veritatis* cuando de desvirtuar el honor de alguien se trate, situación que resultaba incompatible con la teoría normativa.

Exceptio Veritatis

Las raíces latinas de nuestro idioma permiten con certeza que podamos de forma clara y diáfana deducir el significado de la expresión *Exceptio Veritatis*, *la excepción de la verdad*. El diccionario español jurídico de la Real Academia Española señala que “excepción” en el derecho procesal es: “Circunstancia que puede suponer un obstáculo para la continuación o estimación del proceso”. A esta definición sumamos la palabra “verdad” y concluimos que será aquella, el obstáculo para continuar el proceso.

De esta forma diríamos que no existe posibilidad de mancillar el honor de una persona cuando se demuestre que lo dicho es cierto. En este punto sumamos a lo antes analizado: el Honor Merecido, o llamado también Honor Real, por el cual todos tenemos un común denominador de honor que será objeto de protección cuando sea cierto, cuando sea real, cuando exista el merecimiento cabal para protegerlo. Cuando la persona titular de aquel honor, enmarque su comportamiento en los valores y reglas sociales en un lugar y tiempo determinado, por lo que se ha dicho también que el Honor es Contexto, ya que el ser humano al desarrollar su vida en sociedad estará construyendo el momento, el presente, la realidad, que permitirá entender su honor en un momento histórico de la evolución de la humanidad.

Así si bien una persona es merecedora de honor, puede ser que las ejecutorias en su vida conlleven a utilizar la excepción de la verdad, con el objetivo de no únicamente proteger una apariencia ni un capricho, sino en realidad un comportamiento cabal y correcto.

Resulta oportuno entender y defender la postura del honor dinámico, que “es reconocer que todos tenemos honor, empero, este honor se puede reducir drásticamente por lo actos volitivos que acarrear su disminución, por ser, contextualmente, contrarios a los deberes ético-sociales y legales de determinada sociedad” (Rodríguez, 2017, p.81).



Universidad de Cuenca

Con esta tesis resulta interesante que no se está protegiendo una mera apariencia social, sino que reconociendo que todos los seres humanos por tal calidad estamos asistidos de honor, pero para su efectiva protección el titular debe actuar de manera coherente y apropiada con los cánones sociales, mostrando una conducta apropiada.

Usualmente la doctrina y la legislación han dejado a la *exceptio veritatis* como un privilegio exclusivo de la calumnia. Pues tratándose de la injuria y a decir de Eusebio Gómez (1985) “No hay razón alguna que aconseje su admisión, porque ningún interés público existe en conocer vicios, defectos o desviaciones de conducta, ni a nadie le está permitido enrostrar al semejante las fallas morales que pueda adolecer” (p.387)

Nos parece oportuno señalar que las reformas introducidas al Código Penal de Uruguay dan carta abierta a la utilización de la *exceptio veritatis* en tratándose de la injuria. Así se señala:

“iv) exención de pena, para los acusados de delitos de difamación o injuria que puedan probar la verdad de los hechos y la verosimilitud de las calidades atribuidas a la persona, excepto en lo referido a la vida privada o cuando no sea de interés público la divulgación de los hechos, salvo que hubiese empleado real malicia”. (Gutiérrez, Miranda, Peredo y Calvi, 2016, p.136)



CAPÍTULO II

INFRACCIONES CONTRA EL HONOR EN EL DERECHO PENAL ECUATORIANO Y EL PROCEDIMIENTO PARA PERSEGUIRLAS

El Ecuador como república independiente nace en el año 1830 aplicándose inicialmente el Código Penal heredado de España, y no fue sino hasta siete años después para que aquella nueva república tenga su primer Código Penal. Resulta importante señalar que los Códigos Penales expedidos en Ecuador han sido los siguientes: 1837, 1871, 1889, 1906, 1938 y el Código Orgánico Integral Penal del año 2014. Si bien estos han sido Códigos expedidos, no es menos cierto que en el año 1971 se dio una importante Codificación al Código de 1938, que merece así mismo análisis en este trabajo por la connotación y vigencia hasta ser sustituido por el Código Orgánico Integral Penal de 2014.

Código Penal de 1837

Este Código Penal fue expedido en la presidencia de Vicente Rocafuerte en abril del año 1837, cuando Ecuador aún negociaba con España el reconocimiento a su independencia, lo cual recién llegaría en febrero de 1840 con la suscripción del Tratado de Paz y Amistad entre los dos países. Rocafuerte fue una persona de mundo, vivió muchos años fuera de Ecuador, siendo en varias ocasiones emisario especial del país. Apoyó el proceso de independencia y proclamó siempre sus ideales democráticos, liberales y republicanos.

El código destina un Capítulo al estudio “De los Delitos contra el honor y la reputación”; el cual se encuentra ubicado en el Capítulo VII del Título I, esto es “De los delitos contra las Personas”, dentro de la Parte II de mentado Código que trata: “De los delitos contra los particulares”.

Para este efecto el Código tipifica dos delitos, la Calumnia y la Injuria. Al primero de ellos dedica los artículos 497 al 504 recogidos en la Sección I, mientras que cuando trata la injuria se lo hace a partir del artículo 505 en la Sección II, y, a pesar de hacer una separación expresa en el estudio de estos dos tipos penales, se puede apreciar



Universidad de Cuenca

claramente cómo los conceptos autónomos de ellos se encuentran completamente mezclados en la tipificación de estos delitos.

Art. 497.- Son calumniadores los que voluntariamente y a sabiendas, imputaren a otra persona algún hecho falso, que si fuere cierto, expondría a la persona contra quien se hiciere la imputación a un procedimiento criminal, y siempre que la imputación se haya hecho en reuniones o sitios públicos, o en concurrencia particular de diez y seis o más individuos, serán obligados a dar al calumniado satisfacción pública atestatoria, y castigados además, del modo siguiente: si el hecho que se imputa fuere de los que tienen señalada pena represiva, serán condenados a presidio, por seis a diez años, y si el hecho mereciere cualquiera otra pena, serán destinados a prisión de dos a seis años.

Se evidencia de la expresión “la persona contra quien se hiciere la imputación a un procedimiento criminal”, que se refiere a una persona a quien se le imputa un delito, lo que demuestra claramente que en este caso se trata de la calumnia. Sin embargo por la temática de este trabajo estimo pertinente no profundizar en el análisis del tratamiento del tipo exhaustivamente y es preferible centrarse en lo que sobre personajes públicos trae ese código, señalando:

Art. 504.- Los que sin constituirse acusadores, denuncien a las autoridades algún delito público, aunque no tengan responsabilidad alguna, en caso de no probarse legalmente el delito denunciado, sufrirán la pena de acusadores calumniosos, si resultaren que hicieron el denuncia de mala fe y calumniosamente.

Así mismo sobre la injuria el primer Código Penal ecuatoriano señala:

Art. 505.- Los que voluntariamente y a sabiendas, injuriaren a otra persona, anunciando o diciendo de ella a su presencia, o a la de otra u otras cualquier delito, culpa, vicio, acción mal, o circunstancia que pueda causar al injuriado alguna responsabilidad, deshonor, afrenta o descrédito, o hacerle odioso, despreciable o sospechoso en la opinión pública, son reos de injuria grave, y serán castigados del modo siguiente: -Si la injuria hubiere sido hecha en reuniones o sitios públicos, o en concurrencia numerosa de diez y seis o más individuos, serán condenados a dar satisfacción pública honoraria, y a prisión por cuatro meses a dos años: si se hubiere hecho por escrito, sea o no impreso, en lámina, pintura, caricatura, o de otra manera semejante, además de las penas expresadas, pagarán una multa de diez y seis a cien pesos.



Universidad de Cuenca

Art. 511. - No cometen injuria:

Los padres o madres, sean legítimos, naturales o adoptivos, ni los ascendientes en línea recta, respecto de sus hijos y descendientes.

Los tutores, curadores, amos, maestros, directores o jefes de los establecimientos de educación, corrección o castigo, respecto de sus pupilos, menores, criados, discípulos o dependientes.

Los que por medio de la imprenta, por escrito o de palabra, censuren los delitos, defectos o excesos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y con relación a ellas, o los delitos o excesos sujetos a pena por la ley civil, y cometidos por cualquier otro contra la causa pública, en los casos que compete acción popular para acusarlos, con tal que unos y otros prueben la certeza de lo que digan. (SIC).

En este Código podemos encontrar en la Parte I Delitos contra la causa pública, Título II De los delitos contra la seguridad interior del estado, Capítulo V “De los que atentan contra los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, y de los que se las usurpan, o les compelen con fuerza y amenazas”, Sección I “De los atentados contra los funcionarios públicos”, la inclusión del siguiente articulado:

Art. 170.- El que con amenazas o injurias, con amagos o violencia física ofendiere a cualesquiera de los funcionarios públicos que ejerzan jurisdicción o autoridad, o cuando se hallen ejerciendo sus funciones, o por razón de tal ejercicio, dará también, por este solo hecho, una satisfacción pública honoraria, y sufrirá una prisión de un mes a un año.

Único. El que en igual caso cometiere igual delito, contra cualquiera otro funcionario público que no tenga jurisdicción, sufrirá una prisión de quince días a dos meses.

Art. 172.- El que faltare el respeto a cualquiera tribunal, corporación, o funcionario público, cuando se halle en ejercicio de sus funciones, con palabras gestos, o actos de desprecio, o turbare, o interrumpiere el acto en que se hallen, sufrirá un arresto de ocho días a dos meses.

Se puede apreciar que la confusión indicada en líneas anteriores y que señalamos se refería a la mezcla de los dos conceptos autónomos, calumnia e injuria el momento de tipificarlos, y se podría pensar que también existe una confusión cuando en un capítulo que pretende proteger el bien jurídico “funcionario público”, o el “expedito desempeño de las funciones del funcionario público”, se trata un tipo penal autónomo, la injuria, al cual se le destina una sección entera, donde consta una expresa excusa legal. Sin



Universidad de Cuenca

embargo consideramos que no se trata de ninguna confusión, sino en realidad de temas distintos que se los podrá aclarar cuando tratemos lo relativo al animus. Lo señalado se evidencia aún más cuando el Artículo 511, que si está dentro del tratamiento expreso de la injuria, es clarísimo al incorporar como excusa legal la censura de los delitos, defectos o excesos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y con relación a ellas. **Queda en evidencia que en Ecuador ya existió hace casi 200 años el entendimiento de que aquellas personas que se encuentran en ejercicio de oficios públicos, están expuestas a un escrutinio más severo que el común denominador de ciudadanos.**

Código Penal de 1872

Si bien a este Código amplios sectores lo conocen como de 1872, resulta oportuno señalar que el ejecútase al mismo fuera dado por el entonces Presidente Ecuatoriano Gabriel García Moreno el 3 de noviembre de 1871, mientras ejercía su segunda presidencia. Como bien es sabido, García Moreno fue un conservador cercano a la iglesia católica al punto de haber consagrado el país al Sagrado Corazón de Jesús; se debe reconocer el afán por modernizar al país y concluir ciertas obras que habían sido emprendidas en sus primera presidencia. Por la pertinencia para este trabajo se debe hacer mención a la construcción del Penal García Moreno en la ciudad de Quito, que fue diseñado para permitir la visión completa del complejo. Así también impulsó la creación de La Escuela Politécnica Nacional fue fundada el 27 de agosto de 1869 por el Presidente García Moreno, quien contó con el apoyo del Superior de la Compañía de Jesús. “La naciente Politécnica fue concebida como el primer centro de docencia e investigación científica, como órgano integrador del país y como ente generador del desarrollo nacional”. (Escuela Politécnica Nacional, s.f.). Su afán por aferrarse en el poder despertó varias críticas, entre ellas del insigne escritor Juan Montalvo.

Este Código se dice fue inspirado por el Código Penal de Bélgica expedido en 1867, matizado claro está con una evidente influencia conservadora. Al igual que el Código de 1837 destina un Capítulo exclusivo para tratar “De los atentados contra la honra y la consideración de las personas”, a este capítulo lo analiza dentro del Título IX, De los



Universidad de Cuenca

Crímenes y Delitos contra las Personas, situado en el Libro II “De las infracciones y de su represión en particular”.

Valiéndose así mismo de dos delitos como son la Calumnia e Injuria, a los cuales los conceptualiza desde el artículo 478 pero, al igual que el Código de 1837 confunde dichos conceptos. Sin embargo cabe señalar que a diferencia del Código de 1837 el bien jurídico protegido deja de ser el honor, y se empieza a hablar de honra.

Art. 478.- Los atentados contra la honra son la calumnia y la injuria. Es calumnia la imputación que se hiciera a una persona de un hecho determinado de tal naturaleza, que la exponga a un enjuiciamiento por crimen o delito, o que le cause alguna deshonor, odio o desconcepto en la opinión pública, o algún otro perjuicio. Es injuria la imputación de cualquier crimen, delito, culpa, vicio, acción mala o circunstancia no determinados, que puedan causar al ofendido alguna responsabilidad, deshonor, afrenta o descrédito, o hacerle odioso y sospechoso en la opinión pública. Son también injurias, las bofetadas, puntapiés u otros ultrajes de obra.

Del articulado destinado al estudio de estos dos tipos penales merecen especial atención los siguientes:

Art. 482.- Serán castigados con tres meses a tres años de prisión y con multa de veinticinco a doscientos pesos los que hubiesen hecho a la autoridad acusación o denuncia calumniosas, que no las hubiesen probado.

Art. 485.- La calumnia o la injuria contra toda autoridad o cuerpo constituido serán castigadas de la misma manera que las dirigidas contra los individuos.

Art. 491.- No cometen injuria: 1. Los padres y madres, sean legítimos o naturales, ni los ascendientes en línea recta, respecto de sus hijos y descendientes. 2. Los tutores, curadores, amos, maestros, directores o jefes de los establecimientos de educación, corrección o castigo, respecto de sus pupilos, menores, criados, discípulos o dependientes.

Este cuerpo legal incluye también la tipificación “De los atentados contra los funcionarios públicos”, en el Capítulo II del Título V “De los crímenes y delitos contra el orden público cometidos por particulares” Del Libro II “De las infracciones y de su represión en particular”



Universidad de Cuenca

Art. 302.- El que con amenazas, amagos o injurias ofendiere al Presidente de la República o al que ejerza el Poder Ejecutivo, será castigado con seis meses a dos años de prisión.

Art. 303.- El que con amenazas o injurias, amagos o violencia ofendiere a cualquiera de los funcionarios públicos enumerados en el art. 297 cuando se hallen ejerciendo sus funciones, o por razón de tal ejercicio, será castigado con una prisión de tres meses a un año.

El que en igual caso cometiere este delito contra cualquier otro funcionario público que no tenga jurisdicción, será castigado con una prisión de quince días a tres meses.

Art. 304.- El que faltare al respeto a cualquiera tribunal, corporación o funcionario público, cuando se halle en ejercicio de sus funciones, con palabras, gestos o actos de desprecio, o turbare o interrumpiere el acto en que se halle, será castigado con una prisión de ocho días a tres meses.

En este Código existe un enfoque clarísimo de protección a la autoridad, tanto la calumnia como la injuria tienen un tratamiento especial cuando de autoridad se refiere. Así mismo este Código incorpora el artículo 491 con excusas para la injuria, texto casi similar al del artículo 511 del Código de 1837 **notándose claramente que suprime el eximente de responsabilidad en tratándose de injurias dirigidas a la autoridad**. Si bien García Moreno fue conocido como un Presidente conservador, no considero que fue su devoción a la religión católica lo que motivaría el matiz -restrictivo- a la libertad de expresión sino por el contrario habría sido sus rasgos poco democráticos y autócratas que habrían generado este carácter punitivo a quien ataque la honra de la autoridad, desviándose del carácter primigenio del derecho penal ecuatoriano que, como observamos, podría afirmarse que implícitamente privilegiaba la libertad de expresión al honor de la autoridad.

Código Penal de 1889

Expedido en la presidencia de Antonio Flores Jijón, hijo del primer presidente del país, Juan José Flores. Desde el momento de haber ganado la presidencia expresó su no deseo de asumir la función, lo que derivó en que presente la dimisión al cargo, que no fuera aceptada por el congreso. No se puede negar la formación y cultura de Flores Jijón, que siendo miembro del partido Unión Republicana procuraba mostrarse como Progresista.



Universidad de Cuenca

Durante el ejercicio de la Presidencia afrontó un escándalo y acusaciones de peculado, **a las que Flores respondió con demandas a quienes lo calumniaban.**

Este Código dedica también un capítulo “De los atentados contra la honra y la consideración de las personas”, que es el Capítulo V del Título IX “De los crímenes y delitos contra las personas”, ubicado en el Libro II “De las infracciones y de su represión en particular”. De forma similar a los códigos anteriores, la protección a la honra y consideración a las personas se lo realiza mediante la tipificación de la calumnia y la injuria.

Art. 476. Los atentados contra la honra son la calumnia y la injuria. Es calumnia la imputación que se hace a una persona de un hecho determinado de tal naturaleza, que la exponga a un enjuiciamiento por crimen o delito, o que le cause alguna deshonra, odio o desconcepto en la opinión pública, o algún otro perjuicio. Es injuria la imputación de cualquier crimen, delito, culpa, vicio acción mala o circunstancia no determinados, que puedan causar al ofendido alguna responsabilidad, deshonra, afrenta o descrédito, o hacerle odioso y sospechoso en la opinión pública. Son también injurias, las bofetadas, puntapiés u otros ultrajes de obra.

Art. 480.- Serán castigados con tres meses a tres años de prisión y multa de veinte a ciento sesenta sucres los que hubieren hecho a la autoridad acusación o denuncia calumniosa, que no las hubieren probado.

Art. 483.- La calumnia o la injuria contra cualquiera autoridad o cuerpo constituido serán castigadas de la misma manera que las dirigidas contra particulares.

Igualmente encontraremos la tipificación “De los atentados contra los funcionarios públicos” contenidos en el Capítulo II del Título V “De los crímenes y delitos contra el orden público, cometidos por particulares”, en el mismo Libro II “De las infracciones y de su represión en particular”.

Art. 300.- El que con amenazas, amagos o injurias ofendiere al Presidente de la República o al que ejerza el Poder Ejecutivo, será castigado con seis meses a dos años de prisión.



Universidad de Cuenca

Art. 301.- El que con amenazas o injurias, amagos o violencia ofendiere a cualquiera de los funcionarios públicos enumerados en el art. 295, cuando se hallen ejerciendo sus funciones, o por razón de tal ejercicio, será castigado con prisión de tres meses a un año.

El que en igual caso cometiere este delito contra cualquier otro funcionario público que no tenga jurisdicción, será castigado con prisión de quince días a tres meses.

Art. 302.- El que faltare al respeto a cualquier tribunal, corporación o funcionario público, cuando se halle en ejercicio de sus funciones, con palabras, gestos o actos de desprecio, o turbare o interrumpiere el acto en que se halle, será castigado con prisión de ocho días a tres meses.

Art. 295.- El reo de igual tentativa contra algún senador o diputado, secretario de Estado, magistrado o juez, gobernador o cualquier otro funcionario público que ejerza jurisdicción o autoridad civil, militar o eclesiástica, cuando se hallen en actual ejercicio de sus funciones, o por razón de su ministerio, será castigado con cuatro a ocho años de reclusión mayor, aunque no llegue a herir, ni a consumir el crimen principal.

Este Código mantiene la confusión conceptual en cuanto a la mezcla que realiza de los dos conceptos calumnia e injuria, pero enfocándonos en lo que es materia de este trabajo, hemos de hacer hincapié que los artículos 480 y 483 expresamente hacen alusión a autoridades, que en el primer caso para librar de responsabilidad penal obliga al sujeto activo a probar la acusación o denuncia calumniosa y, por otra parte el artículo 483 sitúa en el mismo nivel tanto calumnia como injuria dirigida contra autoridad o cuerpo constituido, que las dirigidas contra particulares, sin hacer excepción alguna.

Código Penal de 1906

Este Código fue expedido en la Presidencia del Liberal Eloy Alfaro Delgado un 18 de abril de 1906, tan solo tres meses después de que Alfaro iniciaba su segunda presidencia, en la cual se expidió también la Constitución promulgada el 23 de diciembre del mismo año. Conocida la ideología liberal de Alfaro la norma fundamental fue trascendental para la implementación del laicismo en el país, así el similar tratamiento a la religión católica que cualquier otra de las religiones. En ese sentido, era de esperarse la eliminación de los delitos contra la religión en el nuevo código penal.



Universidad de Cuenca

La norma penal destina el Capítulo IV para tipificar “De los atentados contra la honra y consideración de las personas”, que se encuentra en el Libro IX “De los crímenes y delitos contra las personas”

Art. 420.- Los atentados contra la honra, son la calumnia y la injuria. Es calumnia la imputación que se hace a una persona de un hecho determinado, de tal naturaleza que, o la exponga a un enjuiciamiento por crimen o delito, o le cause alguna deshonra, odio o desconcepto en la opinión pública, o algún otro perjuicio. Es injuria la imputación de cualquier crimen, delito, culpa, vicio, acción mala o circunstancia no determinados, que puedan causar al ofendido alguna responsabilidad, deshonra, afrenta o descrédito, o hacerle odioso y sospechoso en la opinión pública. Son también injurias, las bofetadas, puntapiés u otros ultrajes de obra.

Art. 424.- Serán castigados con uno a tres años de prisión, y multa de cuarenta a ciento sesenta sucres, los que hubiere dirigido a la autoridad imputaciones calumniosas o injurias.

Art. 428.- Si se trata de un hecho relativo a la vida privada del agraviado, o de su familia, el autor de la imputación no podrá hacer valer en su defensa, ninguna prueba; pero, si la injuria se refiere a un crimen o delito, podrá presentar la sentencia ejecutoriada, o el auto motivado que justifique la imputación hecha.

De forma similar a los códigos precedentes, destina el Capítulo II, del Libro VI “De los Crímenes y delitos contra el orden público cometidos por particulares”, para tratar “De los atentados contra los funcionarios públicos”

Art. 267.- El que con amenazas, amagos o injurias, ofendiere al Presidente de la República, o al que ejerza el Poder Ejecutivo, será castigado con seis meses a dos años de prisión.

Art. 268.- El que con amenazas o injurias, amagos o violencia, ofendiere a cualquiera de los funcionarios públicos enumerados en el art. 262, cuando se halle ejerciendo sus funciones, o por razón de tal ejercicio, serán castigados con prisión de quince días a tres meses.

Art. 262.- El reo de igual tentativa contra algún Senador o Diputado, Secretario de Estado, Magistrado o Juez, Gobernador o cualquier otro funcionario público que ejerza jurisdicción o autoridad civil o militar, cuando se halle en actual ejercicio de sus funciones, o por razón de su ministerio, será castigado con cuatro a ocho años de reclusión mayor, aunque no llegue a inferirse daño alguno.

Si el atentado se cometiere contra la vida de cualquier otro funcionario público que no ejerza jurisdicción, será castigado con tres a seis años de reclusión menor.



Universidad de Cuenca

Art. 269.- El que faltare al respeto a cualquier tribunal, corporación o funcionario público, cuando se halle en ejercicio de sus funciones, con palabras, gestos o actos de desprecio, o turbare o interrumpiere el acto el acto en que se halla, será castigado con prisión de ocho días a tres meses.

Se debe señalar que aún persiste la confusión conceptual en cuanto a lo que calumnia e injuria significan autónomamente, en el articulado de este código persiste la adjudicación a la injuria tanto de vicios, como de delitos y crímenes. La protección al funcionario público continúa prácticamente en términos similares a las de códigos precedentes.

Código Penal de 1938

Este Código fue expedido cuando el General Alberto Enríquez Gallo ejercía la Jefatura Suprema de la República, un 22 de marzo de 1938. Enríquez Gallo siendo Ministro de Defensa asumió el mando supremo de la República por decisión de las Fuerzas Armadas. Sus meses al mando del Gobierno condujeron al país de regreso a la democracia, y aportaron para la institucionalización democrática del estado.

En lo que respecta al Código Penal, no será la excepción de la tradición ya centenaria de Códigos Penales Ecuatorianos, pues coincide en dedicar un acápite especial a este tipo de infracciones, en el presente caso será el Título VII que tipifica “De los delitos contra la honra”, en el Libro II “De los delitos en particular”.

Art. 465.- La injuria es: Calumniosa cuando consiste en toda otra expresión proferida en descrédito, deshonor o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto.

Art. 466.- La injuria no calumniosa, es grave o leve:

Es grave:

- 1. La imputación de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias pueden perjudicar considerablemente la fama, crédito o intereses del agraviado;*
- 2. Las imputaciones que, por su naturaleza, ocasión o circunstancia, fueren tenidas en el concepto público por afrentosas.*



3. *Las imputaciones que racionalmente merezca la calificación de graves, atendido el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor; y*

4. *Las bofetadas, puntapiés u otros ultrajes de obra.*

Es leve, la que consiste en atribuir a otro, hechos, apodos o defectos físicos o morales, que no comprometan la honra del injuriado.

Art. 467.- El reo de injuria calumniosa será reprimido con prisión de seis meses a dos años, y multa de cuarenta a ciento sesenta sucres, cuando las imputaciones hubieren sido hechas:

En reuniones o lugares públicos; En presencia de diez o más individuos; Por medio de escritos, impresos o no, imágenes o emblemas fijados, distribuidos o vendidos, puestos en venta o expuestos a las miradas del público; o Por medio de escritos no publicados, pero dirigidos o comunicados a otras personas, contándose entre éstos las cartas.

Art. 469.- Serán reprimidos con uno a tres años de prisión y multa de cuarenta a ciento sesenta sucres, 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 cuarenta a ciento veinte sucres.

También este Código consagra en el Capítulo I “De la rebelión y atentados contra los funcionarios” dentro del Título III “De los delitos contra la administración pública”, situado en el Libro II “De los delitos en particular”

Art. 209.- El que con amenazas, amagos o injurias, ofendiere al Presidente de la República o al que ejerza el Poder Ejecutivo, será reprimido con seis meses a dos años de prisión, y multa de ciento a quinientos sucres.

Art. 210.- El que con amenazas, injurias, amagos o violencias, ofendiere a cualquiera de los funcionarios públicos enumerados en el Art. 204, cuando estos se hallen ejerciendo sus funciones, o por razón de tal ejercicio, será reprimido con prisión de quince días a tres meses y multa de cincuenta a trescientos sucres.

Los que cometieren las infracciones detalladas en el inciso anterior, contra otro funcionario que no ejerza jurisdicción, serán reprimidos con prisión de ocho días a un mes.



Universidad de Cuenca

Art. 211.- El que faltare al respeto a cualquier tribunal, corporación o funcionario público, cuando se halle en ejercicio de sus funciones, con palabras, gestos o actos de desprecio, o turbare o interrumpiere el acto en que se hall, será reprimido con prisión de ocho días a un mes.

Art. 204.- El reo de igual tentativa contra un Senador o Diputado, Secretario de Estado, Magistrado o Juez, Gobernador o cualquier otro funcionario público que ejerza jurisdicción o autoridad civil o militar, cuando se halle en actual ejercicio de sus funciones, o por razón de su ministerio, será reprimido con cuatro a ocho años de reclusión mayor, aunque no llegue a inferirse daño alguno.

Resulta importante el análisis de este Código toda vez que con la codificación del año 1971, sería el que trace los lineamientos que estuvieran vigentes hasta el 9 de agosto de 2014. Novedoso de esta norma resulta ser la eliminación de calumnia e injuria como dos tipos separados, que como decíamos se encontraban confundidos cuando de tipificarlos se trataba. En 1938 se habla de tres tipos de infracciones: Injurias calumniosas, injurias no calumniosas e injurias no calumniosas leves, las dos primeras catalogadas como delitos y quedando la última en la categoría de contravención.

Sobre la primera esto es la injuria calumniosa grave, podemos afirmar que si bien contiene la categorización de “calumniosa”, no es menos cierto que en ningún acápite del articulado del artículo 466 se habla de la imputación de un delito, o, utilizando los mismos términos de códigos precedentes, “que la exponga a un enjuiciamiento por crimen o delito”. Por lo que la calumnia como *falsa imputación de un delito*, no se encuentra en este código. Al respecto y en palabras de Felipe Rodríguez Moreno, podríamos decir que este Código, “derogó el delito de calumnias”. (p.296)

En lo relativo a las autoridades observamos que el artículo 469 contempla una pena mayor cuando las injurias calumniosas son dirigidas contra una autoridad, que si fuere contra un ciudadano común, cuya pena se encuentra en el artículo 467.

Las injurias al Presidente o a quien ejerza la función ejecutiva fueron mantenidas, así como se mantuvieron las que fueran dirigidas contra funcionarios públicos que ejerzan jurisdicción o autoridad civil o militar.



Universidad de Cuenca

Código Penal de 1971

Sería recién en la quinta presidencia de José María Velasco Ibarra que en el año 1971 se realiza una codificación al Código Penal de 1938. Si bien Velasco accede democráticamente al poder en el año 1968, la pugna de poderes y una inestabilidad de orden social, llevó a que Velasco asumiera todos los poderes en junio de 1970. En el tiempo que duró la dictadura, desterró adversarios políticos, cerró programas de comentario y opinión en medios de comunicación, fue conocido el cierre de varias universidades en el país, lo que hizo que un grupo de militares den un golpe de estado en 1972.

En virtud que este Código estuvo vigente hasta la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, procedemos a estudiarlo de forma comparativa con ésta norma en las líneas que siguen.



Universidad de Cuenca

CÓDIGO PENAL, CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL Y CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (COIP)

Llegando al punto medular objeto del presente estudio debemos analizar las repercusiones y contenido de las normas vigentes inmediatamente antes de entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal (COIP), así como este cuerpo normativo.

Sabido es que antes del 10 de agosto de 2014 fecha en la que entró en vigencia el COIP, en nuestro país el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal eran dos códigos independientes, lo que cambió con la entrada en vigencia del COIP que los incorporó en una sola norma, aspecto formal que estimamos oportuno dejarlo sentado.

Por lo tanto debemos arrancar planteando lo que en materia de infracciones contra el honor y su procesamiento establecen esas normas. Así el Código Penal derogado destinó el Título VII del Libro Segundo, esto es “De los delitos en particular”, para la tipificación “De los delitos contra la honra”.

TITULO VII

DE LOS DELITOS CONTRA LA HONRA

CAPÍTULO ÚNICO

De la injuria

Artículo 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.

Artículo 490.- Las injurias no calumniosas son graves o leves:

Son graves:

1o.- La imputación de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias pueden perjudicar considerablemente la fama, crédito, o intereses del agraviado;

2o.- Las imputaciones que, por su naturaleza, ocasión o circunstancia, fueren tenidas en el concepto público por afrentosas;



3o.- *Las imputaciones que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendido el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor; y,*

4o.- *Las bofetadas, puntapiés, u otras ultrajes de obra.*

Son leves las que consisten en atribuir a otro, hechos, apodos o defectos físicos o morales, que no comprometan la honra del injuriado.

Artículo 491.- El reo de injuria calumniosa será reprimido con prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinte y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América, cuando las imputaciones hubieren sido hechas:

En reuniones o lugares públicos;

En presencia de diez o más individuos;

Por medio de escritos, impresos o no, imágenes o emblemas fijados, distribuidos o vendidos, puestos en venta, o expuestos a las miradas del público; o,

Por medio de escritos no publicados, pero dirigidos o comunicados a otras personas, contándose entre éstos las cartas.

Artículo 492.- Serán reprimidos con uno a seis meses de prisión y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norte América, los que hicieren la imputación privadamente, o en concurrencia de menos de diez personas.

Artículo 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.

Artículo 494.- Serán reprimidos con prisión de tres meses a tres años y multa de seis a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América, los que hubieren propuesto una acusación judicial, o hecho denuncia, que no hubiesen sido probadas durante el juicio.

Artículo 495.- El reo de injuria grave no calumniosa, realizada de palabra o hecho, por escrito, imágenes o emblemas, en alguna de las circunstancias indicadas en el Art. 491, será reprimido con prisión de tres a seis meses y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos



de Norte América; y en las circunstancias del Art. 492, con prisión de quince días a tres meses y multa de seis dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Artículo 496.- Cuando las injurias fueren recíprocas en el mismo acto, ninguna de las personas ofendidas podrá intentar acción por las que se hubieren inferido en dicho acto, sea cual fuere la gravedad de las injurias no calumniosas que se hubieren recíprocamente dirigido; pero no hay compensación entre las injurias calumniosas y las no calumniosas.

Artículo 497.- Al acusado de injuria no calumniosa, no se admitirá prueba sobre la verdad de las imputaciones.

Artículo 498.- Las injurias, calumniosas o no, publicadas en órganos de publicidad del extranjero, podrán ser perseguidas contra las personas que hubieren enviado los artículos o la orden de insertarlos, o contribuido a la introducción o a la distribución de tales órganos en el Ecuador.

Artículo 499.- Son también responsables de injurias, en cualquiera de sus clases, los reproductores de artículos, imágenes o emblemas injuriosos, sin que en este caso, ni en el del artículo anterior, pueda alegarse como causa de justificación o excusa que dichos artículos, imágenes o emblemas no son otra cosa que la reproducción de publicaciones hechas en el Ecuador o en el extranjero.

Artículo 499-A.- Constituye difamación la divulgación, por cualquier medio de comunicación social u otro de carácter público, excepto la autorizada por la Ley, de los nombres y apellidos de los deudores ya sea para requerirles el pago o ya empleando cualquier forma que indique que la persona nombrada tiene aquella calidad. Los responsables serán sancionados con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Artículo 500.- No darán lugar a la acción de injuria los discursos pronunciados ante los jueces o tribunales, cuando las imputaciones se hubieren hecho en fuerza de la defensa de la causa; como si se ponen tachas a los testigos del adversario y se prueban, para enervar el valor de su testimonio.

Sin embargo, los jueces podrán, ya sea de oficio, o a solicitud de parte, mandar que se devuelvan los escritos que contengan injurias de cualquier especie; apercibir a los abogados o a las partes, y aún imponerles multa hasta de dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América aplicando al efecto las reglas de la Ley Orgánica de la Función Judicial.

Las imputaciones extrañas a la causa dan lugar a la acción correspondiente, sin perjuicio de la multa de que se habla en el inciso anterior.



Artículo 501.- Los reos de cualquier especie de injuria que, fuera de los casos determinados en los artículos anteriores, comunicándose con varias personas, aún en actos singulares, respecto de cada una de éstas, ofendieren la reputación, serán reprimidos como autores de difamación, con pena de tres meses a un año de prisión y multa de seis a diecinueve dólares de los Estados Unidos de Norte América; admitiéndose prueba singular respecto de cada uno de los actos, y siempre que éstos pasen de tres.

Artículo 502.- No cometen injuria: los padres ni los ascendientes, respecto de sus hijos y descendientes; ni los tutores, curadores, patronos, maestros, directores o jefes de los establecimientos de educación, corrección o castigo, respecto de sus pupilos, trabajadores, discípulos o dependientes, a menos que la injuria sea de las calificadas como calumniosas.

Si bien este Código mantiene el esquema que fuera trazado por el Código de 1938, esto es, partir de que los delitos contra la honra son la injuria y la difamación, teniendo el primero sus variantes calumniosa y no calumniosa, no es menos cierto que supera aquella omisión del código de 1938 cuando si bien hablaba de una injuria calumniosa, la entendía ya como la doctrina y otros códigos lo han comprendido, esto es como la falsa imputación de un delito. Este código supera la omisión se ha dicho, y en efecto cataloga a la injuria calumniosa como lo que debía ser, tratándolo como un tipo de injuria agravada.

A fin de graduar la pena hace una diferenciación basada en el número de personas frente a las que se habrían proferido las injurias calumniosas, o, dependiendo del medio y lugar, esto es publicaciones vendidas o expuestas al público, o escritos dirigidos a terceros. Mantiene la tradición sancionadora agravada a quienes de acuerdo al Art. 493 profieran injurias calumniosas a la autoridad con una pena de uno a tres años de prisión, en tanto que si las imputaciones no fueran dirigidas a autoridad la pena es de seis meses a dos años. Lo grave resulta que esta norma estuvo vigente hasta el 9 de agosto de 2014, fecha para la cual las resoluciones de tribunales internacionales habían sido numerosas, como veremos más adelante, por lo que resulta impensable que en los tiempos que corren normas como éstas sigan vigentes y se las continúe aplicando.



Universidad de Cuenca

Tratándose de las injurias no calumniosas recurre también al número de personas ante las cuales habrían sido proferidas, de palabra o hecho, por escrito, imágenes o emblemas, o en cualquiera de las circunstancias similares a las de las calumniosas. Permite así mismo la compensación de injurias cuando se correspondan en la misma categoría, esto es no la permite cuando se trata de injuria no calumniosa con injuria calumniosa.

Permite la *exceptio veritatis* cuando se trata de injurias calumniosas únicamente, sanciona aquellas injurias que habiendo sido publicadas en el extranjero, se hubiesen nutrido con insumos desde el Ecuador. Considera conducta antijurídica la de quienes no siendo autores iniciales de la injuria, la reproducen.

Como se ha dicho líneas arriba el segundo de los delitos de los que se sirve el Código para tutelar la honra es la difamación. Difamar de acuerdo a la RAE no es otra cosa que “Desacreditar a alguien, de palabra o por escrito, publicando algo contra su buena opinión y fama”. Sin embargo la definición dada por el Código restringe en primer lugar a que el sujeto pasivo del delito sean únicamente deudores, y llevaba a extremos que el nombre de un insigne moroso no podía ser exhibido porque se lo estaría difamando.

Es interesante una especie de tipo de difamación la contenida en el artículo 501, esto es creando en el Código una nueva categoría de injuria, y permite que más allá de ser calumniosa o no calumniosa, cualquier especie de injuria comunicada a varias personas en más de tres actos, sean reprimida como autoría de difamación.

Especial y final mención merece en el capítulo de la injuria, los casos de eximentes de responsabilidad, que evidenciando una vieja tradición en nuestra legislación penal, se vieron por primera vez en el Código de 1837, y pese a haber sufrido ciertas mutilaciones, se las mantuvo hasta el 9 de agosto de 2014 en los casos previstos en el artículo 502.

A fin de tener una mayor comprensión del avance normativo ecuatoriano en esta rama, debemos señalar que, en muchos de los Códigos analizados hasta este punto se advierte la existencia de normas que contemplan mayor sanción cuando las injurias son cometidas contra una autoridad. Clasificación que podría estar contenida en las



Universidad de Cuenca

denominadas **leyes de desacato**, que son “una clase de legislación que penaliza la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales” (Informe sobre la Compatibilidad de las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como se citó en Gutiérrez, Miranda, Peredo y Calvi, 2016, p.125)

Dentro de las leyes de desacato están aquellas normas penales que pretenden tutelar el bien jurídico honor de funcionarios públicos, a través de principalmente las infracciones injuria y calumnia, imponiendo para dicha protección una sanción penal. Sobre esta materia el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha sido reiterativo en manifestar que las leyes de desacato otorgan injustificadamente una suerte de privilegio a funcionarios públicos, del que no gozan los restantes miembros de la sociedad. Incluyendo también el hecho de que una sanción penal a quien exprese opiniones que contraríen a un funcionario público, obviamente generará un temor que no alimenta el intercambio de ideas y opiniones que nutren el discurso desinhibido, fundamental y necesario para la democracia en nuestras sociedades.

En América Latina no existe una similitud entre los distintos Estados en cuanto a la regulación de las leyes de desacato, así mientras en algunos países se mantiene esta legislación, en otros han sufrido transformaciones procurando proteger de forma especial el discurso sobre cuestiones de interés público, hasta el caso mexicano donde se han derogado las normas que penalizaban las infracciones contra el honor.

Consideramos de especial interés lo ocurrido en la legislación argentina a raíz del caso Kimel versus Argentina, el que se analiza más adelante en este trabajo; pues a raíz de la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en lo posterior Corte IDH), se introduce en la legislación argentina importantes reformas entre las que tenemos:

“i) exclusión de la protección penal al honor de las personas jurídicas; ii) prohibición expresa de penalizar como delitos las expresiones no asertivas –juicios de valor– y las vinculadas al interés público; iii) clarificación del tipo penal, establecimiento como requisitos del delito de calumnia que el delito falsamente imputado debe ser concreto y



Universidad de Cuenca

circunstanciado; y iv) supresión de penas privativas de la libertad y su reemplazo por multas". (Gutiérrez, Miranda, Peredo y Calvi, 2016, p.136)

Situación similar ocurrió en Uruguay en el año 2009, donde el Art. 4 de la Ley 18.515 publicada el 15 de julio de 2009, reformó el Art. 336 del Código Penal en los siguientes términos:

Artículo 4º.- Sustituyese el artículo 336 del Código Penal por el siguiente:

"ARTÍCULO 336. (Exención de responsabilidad y prueba de la verdad).- Estará exento de responsabilidad el que:

- A) efectuare o difundiere cualquier clase de manifestación sobre asuntos de interés público, referida tanto a funcionarios públicos como a personas que, por su profesión u oficio, tengan una exposición social de relevancia, o a toda persona que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público;
- B) reprodujere cualquier clase de manifestación sobre asuntos de interés público, cuando el autor de las mismas se encuentre identificado;
- C) efectuare o difundiere cualquier clase de manifestación humorística o artística, siempre que refiera a alguna de las hipótesis precedentes.

La exención de responsabilidad no procederá cuando resulte probada la real malicia del autor de agraviar a las personas o vulnerar su vida privada.

Los acusados de los delitos previstos en el artículo 333 y aun en el 334, cuando mediare imputación, tendrán derecho a probar la verdad de los hechos y la verosimilitud de las calidades atribuidas a la persona, excepto que el caso se refiera a la vida privada de la persona o cuando no sea de interés público la divulgación de los hechos. Si se probase la verdad o la verosimilitud, el autor de la imputación se verá



exento de pena, salvo que hubiese empleado real malicia". (Ley No. 18.515, 2009)

Útil y vanguardista el aporte uruguayo en cuanto a la exención de responsabilidad penal cuando de por medio está el debate sobre temas de interés público, pero seremos enfáticos que la exención de responsabilidad no solo protege manifestaciones dirigidas contra funcionarios públicos, sino a personas que, por su profesión u oficio, tengan una exposición social de relevancia, o a toda persona que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público.

Panamá corrió similar suerte y dejó únicamente abierta la vía civil para que dignatarios de elección popular o servidores públicos en general hagan valer sus derechos cuando sean ofendidos mediante medios de comunicación. Eliminó del catálogo de delitos a aquellas críticas a servidores públicos sobre aspectos relacionados con el ejercicio de sus funciones.

En Ecuador no contamos con una regulación que proteja los discursos sobre asuntos de interés público, sin embargo no podemos dejar de señalar que en nuestro primer Código Penal su Art. 511 contenía el eximente de responsabilidad precisamente para quienes censuraban los delitos, defectos o excesos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Eximente que se ha ido perdiendo paulatinamente hasta la fecha, pues como veremos a continuación eximente de responsabilidad existe solo en la calumnia, más no en la injuria.

Código Orgánico Integral Penal (COIP) 2014

Dentro de este cuerpo normativo encontraremos en la sección séptima, del Capítulo segundo del Título Cuarto del Libro Primero, el tratamiento del “DELITO CONTRA EL DERECHO AL HONOR Y BUEN NOMBRE”, la que incluye un único artículo que tipifica la Calumnia de la siguiente forma:

Art. 182.- Calumnia.- La persona que, por cualquier medio, realice una falsa imputación de un delito en contra de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.



Universidad de Cuenca

No constituyen calumnia los pronunciamientos vertidos ante autoridades, jueces y tribunales, cuando las imputaciones se hubieren hecho en razón de la defensa de la causa.

No será responsable de calumnias quien probare la veracidad de las imputaciones. Sin embargo, en ningún caso se admitirá prueba sobre la imputación de un delito que hubiere sido objeto de una sentencia ratificatoria de la inocencia del procesado, de sobreseimiento o archivo.

No habrá lugar a responsabilidad penal si el autor de calumnias, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia ejecutoriada, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación. La retractación no constituye una forma de aceptación de culpabilidad.

Posteriormente el COIP cuando trata las contravenciones incluye a la injuria de la siguiente manera:

Art. 396.- Contravenciones de cuarta clase.- Será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días:

1. La persona que, por cualquier medio, profiera expresiones en descrédito o deshonra en contra de otra.

Esta contravención no será punible si las expresiones son recíprocas en el mismo acto.

Se debe empezar señalando que con el COIP regresa al “honor” como el bien jurídico protegido, de forma similar a cómo lo entendió el Código de 1837, destinando para el efecto la tipificación de un solo delito como es la “Calumnia”. Delito al cual el COIP le devuelve su autonomía e independencia que hasta antes de su entrada en vigencia, se lo trataba como una especie de injuria calificada, cuando en el código anterior se le denominaba injuria calumniosa.

El COIP en su artículo 182 empieza por conceptualizar la calumnia, y de manera expresa nos dice que será la falsa imputación de un delito que realiza una persona en contra de otra, con lo que los hechos proferidos en contra de una persona deben referirse exclusivamente a la imputación de un delito, que para configurar el tipo penal calumnia, esa imputación debe ser falsa. Implícitamente la norma deja abierta la posibilidad a que



Universidad de Cuenca

si la imputación sobre el delito no es falsa, no habría calumnia. Con esto vemos que se está protegiendo no un pseudo honor, sino un honor merecido.

Posteriormente la norma incluye un eximente de responsabilidad en tratándose de imputaciones proferidas ante autoridades judiciales y tribunales en razón de la defensa de una causa. Este eximente no es nuevo, si bien en este trabajo no la habíamos tocado por la naturaleza de la temática, consideramos que al referirnos a la norma vigente debemos dejar explicada la razón de la existencia de esta disposición, que obedece a la necesaria libertad de expresión con la que deben contar los profesionales del Derecho el momento de defender las causas que patrocinan. Es lógico que el ejercicio de la defensa incluirá que la una parte quizá atribuye la imputación de un delito a la otra, y viceversa, por lo que resulta más que lógico y obvio que los profesionales del derecho cuenten con esta liberación de responsabilidad penal.

De forma expresa se incluye en la legislación ecuatoriana la *exceptio veritatis*, esto es si se prueba la veracidad de las imputaciones; aspecto que está íntimamente relacionado con el primer inciso del artículo en análisis, puesto que al describir la conducta típica se decía que las imputaciones deben ser falsas, de tal forma que si el sujeto activo del delito demuestra que son ciertas, estaríamos frente a una conducta atípica. Claro está que la *exceptio veritatis* opera cuando se atribuye el cometimiento de un delito que nació de una sentencia en firme y que mereció una sanción, más no cuando se ha ratificado la inocencia de la persona contra la cual se profirió la expresión.

Finalmente la ley otorga la posibilidad de que el autor de la calumnia se retracte voluntariamente antes de contar con sentencia ejecutoriada, en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación, lo que resultaría en una especie de retribución del honor subjetivo. (Rodríguez, p.303)

Sobre la injuria pasa algo similar que con la calumnia, es decir el COIP la trata de forma independiente, a diferencia de lo que pasaba con el Código Penal de 1971 donde lo que hoy se conoce como injuria, se denominaba injuria no calumniosa, tipo penal que se lo considera únicamente como contravención, a diferencia de la calumnia que es considerada delito. Cuando fue expedido el COIP su artículo 19 clasificaba las infracciones penales en delitos y contravenciones, conceptualizando al primero como la



Universidad de Cuenca

infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a treinta días, mientras que contravención sería la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad menor de treinta días.

Probablemente la diferenciación de estas infracciones no fue lo suficientemente sólida conceptualmente, de tal manera que el legislador optó por reformar la norma y simplemente señalar que las infracciones penales se clasifican en delitos y contravenciones. El propio diccionario del español jurídico de la Real Academia Española conceptualiza al delito en seis acepciones diferentes, cinco del derecho penal y una del derecho canónico. Mientras que al tratar la contravención lo hace de forma sencilla. De las más oportunas para este trabajo podríamos señalar: “Delito: 1. Infracción penal 2. Acción o conducta típica, antijurídica y culpable que, por ello, es normalmente punible 5. Infracción penal grave o menos grave, excluyendo la falta o infracción penal leve... Contravención: Infracción, vulneración de una norma.” (s.f.)

Cometerá este tipo de contravención la persona que, por cualquier medio, profiera expresiones en descrédito o deshonor en contra de otra. De la norma referida resulta claro que quien profiera cualquier expresión que lesione el honor de otra, será considerado injuria, en tanto que si esas expresiones imputan un delito ya no será injuria sino estaríamos frente a una calumnia y por lo tanto frente a un delito. La causa final de este tipo penal es castigar a quien lesione el honor de otra efectuada según la norma, por cualquier medio, esto es mediante la utilización de los más distintos canales para la realización del tipo

El verbo rector del tipo es “proferir”, que según la Real Academia Española, edición digital (2017) (RAE) significa: “Pronunciar, decir, articular palabras o sonidos”. Puede resultar polémica la restricción del tipo al verbo “proferir” ya que según el significado de la RAE a simple vista se puede sostener que no se podría proferir injurias mediante textos, imágenes, símbolos o signos. Criterio que contrariaría el propio significado de la palabra “injuriar” que nos da la RAE: “1. tr. Agraviar, ultrajar con obras o palabras. 2. tr. Dañar o menoscabar”. Pero si proferir puede ser articular palabras o sonidos, cabe puntualizar que articular en una de sus acepciones de la RAE es: “Construir algo combinando adecuadamente sus elementos”.



Universidad de Cuenca

Por tal motivo consideramos valioso el criterio de Felipe Rodríguez al señalar: “En todo caso, el verbo rector para este particular caso es -proferir- entendiéndose como cualquier forma de expresión que menoscabe la honra o el crédito social de un tercero, sin que se impute delito alguno”. (Rodríguez, 2017, p.399), a lo que personalmente añadiría que por la forma como el legislador ecuatoriano tipificó el tipo penal injuria, debería ser cualquier forma de expresión de palabras o sonidos que menoscabe la honra o el crédito social de un tercero, lo que se afirma aún más cuando notamos la diferencia con el Código Penal Español, que de forma diáfana incluye en el tipo la palabra “acción”, como se verá líneas más adelante.

Del propio significado semántico de la palabra injuriar se puede ir más allá, puesto que ultrajar con obras a alguna persona nos hace pensar en un contacto físico. Concepto que si bien se encuentra contenido en el mismísimo significado de la palabra, que así mismo se encontraba presente en los anteriores códigos penales ecuatorianos cuando se trataba de los atentados contra los funcionarios o los delitos contra la administración pública, será materia de otro tipo de delitos, como son lesiones o ataque o resistencia, de ser el caso, en tratándose de funcionarios públicos.

De aquí la importancia del entendimiento diáfano de lo que nuestro Código tutela, lo que demanda un esfuerzo jurídico para el juzgador quien además deberá ineludiblemente entender a cabalidad el ánimo con el que las expresiones en cuestión hubiesen sido proferidas.

Felipe Rodríguez Moreno en su obra considera que de acuerdo a la norma ecuatoriana, las expresiones injuriosas deben ser realizadas de manera pública, negando la existencia de las injurias privadas, esto según su criterio, puesto que el honor protegido de acuerdo a nuestra legislación es el honor objetivo. Para este efecto hace una diferencia con la ley y doctrina española, ya que según refiere, el Código Penal Español considera injuria: “Artículo 208. Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación...” (p.76)



Universidad de Cuenca

De acuerdo a la norma antes indicada sostiene Moreno que en el país Ibérico se protege tanto el honor objetivo cuanto el subjetivo, al incluir la frase -o atentando contra su propia estimación-. Entenderíamos que en Ecuador al no haberse incluido la frase indicada, no podemos hablar de protección al honor subjetivo, por lo que no cabe la posibilidad de que existan injurias privadas. En este punto me permito diferir con el profesor Rodríguez, a quien no obstante lo considero como uno de los mayores concedores de Derecho Penal en el país, y, tal disenso radica en el siguiente hecho: para hablar de injuria en Ecuador las expresiones proferidas deben ser en descrédito o deshonor de una persona. El descrédito según la RAE, Edición digital, 2017, es la: “Disminución o pérdida de la reputación de las personas, o del valor y estima de las cosas”; y, en tanto que la deshonor consiste según la academia en: “1. f. Pérdida de la honra. 2. f. Cosa deshonrosa. 3. f. desus. Desacato (|| falta de respeto)”.

Si deshonor es la pérdida de la honra, resulta imperioso volver a repasar dicho concepto, que según la misma institución la conceptualiza como: “1. f. Estima y respeto de la dignidad propia. 2. f. Buena opinión y fama adquiridas por la virtud y el mérito. 3. f. Demostración de aprecio que se hace de alguien por su virtud y mérito.”

De las distintas acepciones que la Real Academia Española otorga a la palabra honra, se advierte que contiene tanto al honor subjetivo como al objetivo, pues la estima y respeto de la dignidad propia no es otra cosa más que el honor que la persona tiene sobre sí misma, y eso es honor subjetivo.

Para concluir este análisis el COIP señala que habrá injuria cuando una persona por cualquier medio, profiera expresiones en descrédito o deshonor en contra de otra; como lo señalamos en líneas anteriores la palabra “proferir” se refiere a la pronunciación de palabras. Sin embargo la expresión “por cualquier medio” abarcaría los más variados medios que hoy en día la tecnología ofrece, dejando el espectro completamente amplio para aquellos que quizá este momento no los suponemos peor imaginamos, pero que el rápido avance de la tecnología nos los haga presentes en cualquier momento.



Universidad de Cuenca

Líneas arriba señalaba que el honor es contexto, que obedece a una serie de concepciones vigentes en un lugar y en un momento. Lo cual sumado a diferentes formas de interpretar por ejemplo la palabra “proferir”, hacen notar que deben existir más elementos que rodeen las circunstancias en las cuales se podría dar un ataque al honor, pues no se puede dejar de señalar que la injuria “ha de tener siempre un contenido ofensivo” (Cuello, p.692); de ahí la imperiosa necesidad de entender el *animus*, es decir la intención con la que se profiere la expresión.

Es menester para la existencia de este delito, no solamente la voluntad de ejecutar los actos o proferir las expresiones injuriosas, sino el ánimo de ofender; es menester la concurrencia del *animus injuriandi*. Sin intención de deshorrar, desacreditar o menospreciar no hay injuria. Es verdad que el texto legal no exige abiertamente para la existencia de este delito un especial ánimo de injuriar; mas no puede caber duda acerca de la necesidad de su concurrencia como elemento integrante de esta infracción, pues no sólo los comentaristas, sino la jurisprudencia de modo repetido y constante ha sentado la doctrina de que el ánimo de injuriar es elemento esencial de la injuria. (Cuello, p.696)

El sujeto activo de esta infracción debe tener pleno conocimiento del significado de lo que está profiriendo, entendiendo no únicamente el significado literal de las palabras, sino su connotación en efecto del contexto, esto es del tiempo y lugar en la que la expresión es realizada. Y así con pleno conocimiento de lo que está diciendo va en detrimento del sujeto pasivo, y tiene la voluntad de expresarlas, configura lo que es el *animus injuriandi*.

Cuello Calón refiere que el texto legal refiriéndose al Español, no exige este especial ánimo, situación similar a lo que sucede con la norma vigente en Ecuador, pues no hace mención a que la configuración de esta infracción exija el ánimo de injuriar. Sin embargo tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional e internacional han sido explícitas en indicar que este ánimo es indispensable para la existencia de esta infracción, aliviando por una parte la importancia del estudio de las fuentes del derecho y, por otra parte, al no existir *animus injuriandi* en las expresiones proferidas no podríamos hablar de que se configura el tipo penal. Por lo que es indispensable analizar otros tipos de *animus* que eliminan al *injuriandi*.



Universidad de Cuenca

Animus Consulendi

Es el ánimo de informar o aconsejar. Surge cuando se trata de dar una guía o una información que aparece como necesaria o prudente dentro de las relaciones sociales en las que nos desarrollamos en sociedad.

Animus Narrandi

Consiste en el ánimo de contar, de narrar; surge cuando lo que se busca es relatar un hecho, que generalmente son hechos históricos. Por ejemplo cuando un autor hace un recuento histórico de los casos de corrupción acaecidos durante un régimen gubernamental. Obviamente su intención no es la de menoscabar la honra de nadie, sino la de informar asuntos de carácter público.

Animus Defendendi

Esta categoría de ánimo la vemos cuando se defiende una causa, es entonces por ejemplo la demostrada por un abogado en su defensa, que claro está, no tiene la intención de injuriar a la otra parte, sino lo que está haciendo es el claro reflejo del ejercicio de su defensa. Si bien este ánimo usualmente es el expresado por los abogados en el ejercicio de sus funciones, no es menos cierto que podría manifestarse por cualquier persona cuando de ejercer su defensa se trate, en ese caso “ha de limitarse a rechazar las acusaciones o imputaciones”. (Cuello, p.701).

Animus Retorquendi

Si el animus defendendi no se limita a rechazar las acusaciones, sino más bien quien recibe injurias las regresa, estamos entramos en el campo de la compensación de injurias o, injurias recíprocas. El momento que una persona es vulnerada, cuando es víctima de una agresión injusta, le surge la posibilidad de ejercer su derecho a la legítima defensa. En el presente caso si alguien es injuriado y responde así mismo con injurias, las que deben guardar proporción según varios doctrinarios, estamos frente al caso del animus retorquendi; desapareciendo por lo tanto la antijuridicidad de la conducta.



Universidad de Cuenca

Animus Criticandi

Criticar no significa injuriar. Premisa con la que se puede afirmar que en cada caso habrá que analizar detenidamente a quien va dirigida la crítica, sumada a desentrañar si el verdadero ánimo que ella encierra, es injuriar. En sociedades democráticas la crítica a funcionarios públicos o de elección popular, es parte del ejercicio del derecho de libertad de expresión que contiene a su vez la posibilidad de estar debidamente informados.

El ánimo de criticar o censurar puede excluir el propósito injurioso tanto si la crítica recae sobre la actuación política o pública de autoridades, funcionarios, entidades, etc. (Cuello, p.700). Desde luego que el animus criticandi goza de mayor protección en el escenario señalado, pues no solo normas, sino jurisprudencia internacional avalan la protección que debemos otorgarlo cuando de por medio esté el ejercicio de la libertad de expresión. No obstante el animus criticandi estará también presente cuando se trate de quienes sin ser funcionarios públicos reciben una crítica que desde luego no lleva implícita el ánimo de injuriarla.

Animus Jocandi

Cuando el propósito no es otro sino el de bromear o divertirse, estamos frente a este ánimo; claro está que no a pretexto de divertirnos en realidad se esté injuriando a una persona, aquí cobra efecto una vez más lo señalado antes en el sentido de que el “honor es contexto”, desde luego que cualquier broma o chiste deberá estar dentro de los parámetros del respeto.

Suele verse con frecuencia este ánimo cuando se trata de una caricatura o un programa humorístico, cuyos actores principales son generalmente los personajes públicos, cuando sus cualidades o defectos se exageran, siendo precisamente esa exageración parte integral de la broma.



Universidad de Cuenca

PROCEDIMIENTO PARA PERSEGUIR INFRACCIONES CONTRA EL HONOR EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL Y EN EL COIP

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

El Código de Procedimiento Penal vigente hasta el 9 de agosto de 2014 partió de señalar la existencia de acción penal pública y acción penal privada, la pública correspondía ejercerla a la fiscalía y la privada al ofendido.

Art. 32.- Clasificación.- Desde el punto de vista de su ejercicio, la acción penal es de dos clases: pública y privada.

Art. 33.- Ejercicio.- El ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente al Fiscal. El ejercicio de la acción privada corresponde únicamente al ofendido, mediante querrela.

Art. 36.- Delitos de acción privada.- Son delitos de acción privada:

c) La injuria calumniosa y la no calumniosa grave;

Es decir de lo analizado líneas arriba la injuria calumniosa (que hoy se le conoce como calumnia) y la no calumniosa grave se tramitaban mediante acción privada, esto es, iniciada por la parte interesada con querrela sin la intervención de Fiscalía, igual suerte corría la difamación en virtud de ser un tipo de injuria. Mientras que la injuria no calumniosa leve seguía el trámite de las contravenciones.

Obviamente el procedimiento privado era y es igualmente con el COIP mucho más expedito que el público, de tal forma que una vez admitida a trámite la querrela, el querrellado contaba con diez días para contestarla, luego un plazo de seis días para presentar prueba y solicitar peritajes, después de lo cual el Juez convocaba a Audiencia contando con cuatro días posteriores a la misma para emitir su sentencia. Sin embargo, más allá de que unas infracciones contra el honor se tramitaban con la acción penal pública y otras con la acción privada, lo importante radica en los recursos que se podían plantear. Así, tanto la sentencias de los procesos de acción privada como pública eran susceptibles de Apelación ante la Corte Provincial.



RECURSO DE APELACION

Art. 343.- Procedencia.- Procede el recurso de apelación en los siguientes casos:

- 1. De los autos de nulidad, de prescripción de la acción, de llamamiento a juicio, de sobreseimiento y de inhibición por causa de incompetencia.*
- 2. De las sentencias dictadas en proceso simplificado, proceso abreviado y las que declaren la culpabilidad o confirmen la inocencia del acusado.*
- 3. Del auto que concede o niega la prisión preventiva. En este caso el recurso se lo concederá en efecto devolutivo.*

Quizá el más común y utilizado recurso era y es el de apelación, el cual claramente procedía de la sentencia pronunciada en ambos tipos de acciones, puesto que estamos frente a sentencias que declaran la culpabilidad o confirman la inocencia del acusado. Sin embargo luego de que la Sala de la Corte Provincial haya emanado su resolución, quedaba aún la posibilidad en ambos tipos de acciones, de recurrir hasta la Corte Nacional de Justicia mediante el recurso de casación.

Al efecto el ya derogado Código de Procedimiento Penal señalaba sobre la casación lo siguiente:

Art. 349.- Causales.- El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.

No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba.

Art. 350.- Término.- El recurso de casación se interpondrá dentro del término de cinco días contados a partir de la notificación de la sentencia, ya sea en procesos penales de acción pública o de acción privada; y de inmediato se remitirá en sobre cerrado a la Corte Nacional de Justicia.

Art. 351.- Titulares.- El recurso de casación podrá ser interpuesto por el agente fiscal, el acusado o el acusador particular.



Universidad de Cuenca

De forma expresa el artículo 350 demuestra que la casación es procedente tanto en procesos penales de acción pública como en los de acción privada, esto demuestra que este recurso excepcional podía revisar la sentencia de segunda instancia y por lo tanto corregir de ser el caso un derecho vulnerado. Aspecto importante que dejamos señalado por el análisis que realizaremos en líneas siguientes.

CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Como se ha señalado líneas arriba, este Código diferencia a la calumnia como delito y a la injuria como contravención, esto es una especie de infracción penal más leve. Tanto así que su sanción es pena privativa de libertad de quince a treinta días, a diferencia de la calumnia que es sancionada con privación de libertad de seis meses a dos años.

Si bien el COIP señala que la acción penal es de carácter público, diferencia en cuanto a su ejercicio, permitiendo que éste sea tanto público como privado, en el presente caso habremos de revisar adicionalmente el procedimiento para el juzgamiento de contravenciones, pues si bien se mantiene la calumnia como delito, la injuria pasó a ser contravención.

El COIP sobre el ejercicio privado de la acción penal señala:

Art. 415.- Ejercicio privado de la acción penal. Procede el ejercicio privado de la acción en los siguientes delitos:

- 1. Calumnia*
- 2. Usurpación*
- 3. Estupro*
- 4. Lesiones que generen incapacidad o enfermedad de hasta treinta días, con excepción de los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.*

El delito Calumnia deberá entonces transitar por el camino del ejercicio privado de la acción, esto es un proceso que sin duda es más diáfano comparado con el público. En el ejercicio privado de la acción una vez presentada la querrela, calificada y citado el acusado con su contenido, tendrá diez días para contestarla, luego de lo cual se



Universidad de Cuenca

conceden seis días para presentar prueba, para posteriormente convocar audiencia en la que deberá dar a conocer su resolución.

En cuanto al trámite de la contravención injuria el proceso a seguir goza de un nombre dado por el legislador que precisamente conlleva el espíritu de lo diáfano que deben ser tramitados. “Procedimiento expedito de contravenciones penales”. En cuanto el juzgador llega a tener conocimiento el cometimiento de una infracción de esta categoría notifica al supuesto contraventor a que acuda a la audiencia que se realiza en un plazo máximo de diez días, teniendo para el efecto hasta tres días antes de la misma que anunciar la prueba de la que se crea asistido, para evacuarla en audiencia en la cual se emitirá la sentencia respectiva.

El COIP establece también los recursos de apelación y casación, y, desde luego que en ambos casos esto es, en el ejercicio privado de la acción como en el procedimiento expedito cabe la interposición del recurso de apelación de las sentencias; sin embargo el recurso de casación no opera para las contravenciones, pues el numeral 9 del Art. 642 del COIP que regula el procedimiento para contravenciones, señala: “La sentencia dictada en esta audiencia de acuerdo con las reglas de este Código, es de condena o ratificatoria de inocencia y podrá ser apelada ante las o los juzgadores de la Corte Provincial”. Criterio que fue afianzado por la Corte Nacional de Justicia, mediante la expedición de la RESOLUCIÓN No. 03-2015, publicada en el cuarto Suplemento del R. O. No. 462, de 19 de marzo de 2015; en donde se recogen fallos de tripe reiteración, pasando a ser de cumplimiento obligatorio, al tenor de lo que dispone el Art. 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con el Art. 185 de la Constitución. Resolución en la cual se resuelve:

No cabe recurso de casación contra las sentencias dictadas en los procedimientos por contravenciones comunes, de tránsito, de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, ni cometidas por adolescentes.

El Código Orgánico Integral Penal fue debatido por la Asamblea Nacional entre los meses de junio y julio del año 2012 en primer debate, y entre octubre y diciembre de 2013 en segundo debate, aprobándose finalmente cuando el 28 de enero de 2014 la Asamblea acogió parcialmente las objeciones que incluían el veto presidencial. Es



Universidad de Cuenca

menester mencionar que la Asamblea que aprobó la entrada en vigencia de esta norma resultó elegida el día 17 de febrero de 2013, fecha en la que también se eligió Presidente de la República, resultando reelegido Rafael Correa con aproximadamente el 57% de los votos.

La composición del órgano legislativo resultante de las elecciones de febrero de 2013 permitió que el movimiento oficialista de Correa, -Alianza País-, obtenga 100 curules adicionales a los 8 de alianzas, de un total de 137 miembros de la Asamblea, con lo que queda evidenciado que la aprobación de leyes requería únicamente la voluntad de una tienda política, que bien sabido es que más allá de hablar de la voluntad de una tienda política, se debe hablar de la voluntad exclusiva de su líder Rafael Correa, dado el liderazgo personalista que representaba dicha figura política. Tanto así que se señala: “en países como Ecuador, las frágiles estructuras parlamentarias y amplios poderes presidenciales han permitido que se adoptaran leyes que crean procedimientos cuasi-judiciales que operan en paralelo a la justicia ordinaria, y que son usados para violar derechos humanos”. (Fallos judiciales que violan derechos humanos en Ecuador. Seis estudios de caso, 2016, p.10)

Criticar una norma por su vigencia a pesar de haber sido expedida muchos años atrás, es un argumento deleznable y nada sólido. La Constitución de Estados Unidos sigue vigente hasta el día de hoy y es un referente jurídico, a pesar de haberse adoptado el 17 de septiembre de 1787. Surge esta mención en habida cuenta de que nuestro Código Penal derogado con la entrada en vigencia del COIP, proviene de una vieja tradición normativa del Ecuador, que inicia precisamente en 1837 con nuestro primer código penal.

Cierto es que el Código vigente desde 1938 sufrió múltiples reformas, siendo la codificación de 1971 uno de los esfuerzos más prolijos de actualización que recibiera, e incluso ha sido la propia codificación de 1971 objeto de muchas reformas por parte del legislativo. Todas esas reformas no constituyen motivo de reproche, sino más bien evidencian el esfuerzo del legislador de poner a tono la norma sustantiva penal, con las realidades de la vida social, que finalmente es la que determina el derecho.



Universidad de Cuenca

Opiniones de que *tenemos un “Código de hace dos siglos con la influencia”* trágica del siglo XX, que es la Ley penal del fascismo italiano”. (COIP, p.2), resultan tan infames como injustas. Pues nuestro Código con errores, con ausencias de ciertos tipos, no es menos cierto, pero encerraba no solo el legado de una tradición penal ecuatoriana producida y modificada con las múltiples reformas que recibió, convirtiéndolo no solamente en una fría norma, sino por el contrario, en un documento que al tiempo de ser ley como fuente derecho, era también al mismo tiempo doctrina viva.

El COIP aparece como la norma que llega a generar el orden, incluyendo aquellos delitos que se encontraban en diferentes leyes, quiere mostrarse como la manifestación de lo práctico y moderno, ordenando el caos y simplificando procesos, siendo una especie de concepto *minimalista* del derecho penal. Respondiendo a la dinámica del gobierno de Correa que pretendió mostrar que antes de él no había Patria, y que el verdadero nacimiento del Ecuador fue en 2007, lo cual es tan equivocado como perverso.

En efecto tras la apariencia de lo moderno y sencillo, el COIP fue parte del sistema penal que tuvo el gobierno de Correa para generar más miedo. Tanto así que la injuria, que deja de ser delito y pasa a ser contravención, seguirá un procedimiento tan expedito y sin posibilidad de casación, logrando con esa velocidad que los opositores y adversarios contra quienes se utilizó sean silenciados rápidamente. Generando directamente en ellos, y en demás opositores el temor de ser castigados.

Como se ha manifestado en este trabajo, contar con leyes que claramente contradicen sentencias de Tribunales Internacionales, no solo resulta bochornoso que continúen vigentes, sino que su aplicación ha servido para violentar Derechos Humanos de persona que, creyendo ejercer su derecho a la libertad de expresión, han sido perseguidas y procesadas a pretexto de aplicar la ley. “Tradicionalmente en América Latina las víctimas sufrieron abusos de los derechos humanos de la policía, fuerzas armadas y otras agencias gubernamentales, pero no directamente de la judicatura” (Fallos judiciales que violan derechos humanos en Ecuador. Seis estudios de caso, 2016, p.9)



Universidad de Cuenca

El informe del Departamento de Estado de los Estados Unidos sobre derechos humanos en 2015 señala:

“Los principales abusos de los derechos humanos eran la falta de independencia en el sector judicial y las restricciones de las libertades de expresión, prensa, asamblea y asociación. [...] Precisa el informe que los jueces decidieron casos en base de la influencia de los medios o de presiones políticas o económicas en casos donde el gobierno expresó interés. [...] el gobierno también ordenó a los jueces denegar todo recurso de amparo que argumenta que el gobierno había violado a los derechos constitucionales de un individuo a la libertad de movimiento, al debido proceso de ley, y al trato igual ante la ley” (Fallos judiciales que violan derechos humanos en Ecuador. Seis estudios de caso, 2016, p.15)

Este informe más allá de que fuera rechazado por el Gobierno anterior, representa una radiografía de la situación de los derechos humanos y lamentablemente del sistema judicial en Ecuador. No debemos olvidar que años atrás de viva voz el entonces Presidente Correa señaló que metería la mano en la justicia, objetivo cumplido para el cual se valió de una consulta popular con la que intentó legitimar esta intromisión absolutamente negativa para la salud democrática de una nación. Es entonces un cúmulo de aspectos realizados casi con la precisión del bisturí de un experto cirujano. Pues la ley –contraria a estándares internacionales-, la limitación a la asociación, limitación a la libertad de expresión, y por último jueces sumisos, habrían de ser los ingredientes necesarios para la consolidación de un régimen autócrata y abusivo.



CAPÍTULO III

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, EL CHOQUE DE DERECHOS, PONDERACIÓN Y RESOLUCIONES DE TRIBUNALES INTERNACIONALES

Un estudio de las infracciones contra el -derecho- honor obliga a tratar otra prerrogativa que asiste a los seres humanos y se podría decir que de similar jerarquía toda vez que se encuentran incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos; como es el Derecho a la Libertad de Expresión, que a su vez contiene al Derecho a la Información. Resulta relevante tratar estos dos temas ya que como se ha visto en la práctica son objeto en no pocas ocasiones de confrontación puesto que su pleno ejercicio puede llevar a afectar el Derecho al Honor de un tercero, o, cuando menos eso podrían pensar profanos del Derecho y más específicamente del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que quizá sucede porque “libertad de expresión, derecho a la información veraz y honor, son derechos que gozan del mismo rango jerárquico, por lo que, a priori, ninguno de ellos puede tener un carácter prevalente o absoluto sobre el otro” (Benitez Ortúzar, como se citó en Rodríguez, 2017, p.126).

Estos conflictos generalmente han terminado siendo de conocimiento de los más altos Tribunales de Justicia de distintos países, así como también de Cortes Internacionales, que han ido formando verdaderos precedentes jurisprudenciales que en ciertos casos se convierten de obligatorio cumplimiento para Estados muchos de ellos adoptando incluso su derecho interno a los estándares emanados por los altos Tribunales Internacionales.

Considero oportuno hacer una breve referencia histórica que permita entender la evolución y la incorporación de ciertos derechos a catálogos normativos que han contribuido al desarrollo jurídico de la humanidad. Así, debemos referir que a finales del siglo XVIII Europa empieza a mostrar un desarrollo científico basándose en gran medida en los avances científicos a fin de descubrir la verdad y perfilar su progreso. Empezó a ser la razón la verdadera fuente del conocimiento y mejor vehículo para descubrir la verdad, haciendo que ciertos avances científicos sean la prueba fidedigna de



Universidad de Cuenca

la credibilidad y fuerza del pensamiento humano. Recorrer este camino significó que poco a poco ese pensamiento vaya liberándose de dogmas y falsas.

Será de esta manera cómo poco a poco va tomando forma el pensamiento liberal clásico que sería el motor de grandes normas así como de importantísimas gestas que marcaron el curso de la historia de la humanidad. The Bill of Rights de 1689, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos en 1776, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, serían verdaderos tótems del progreso en la consecución de derechos para las personas.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Si bien The Bill of Rights de 1689 incluye una disposición expresa en cuanto a la libertad de palabra en el parlamento, no es menos cierto que el parlamento había votado cuatro años antes la libertad de expresión para periódicos. La Declaración de Independencia de los Estados Unidos proclama: “Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad.” (párr.2)

La Declaración del Hombre y el Ciudadano de 1789 en sus artículos 10 y 11 afirma:

10.- Ningún hombre debe ser molestado por razón de sus opiniones, ni aun por sus ideas religiosas, siempre que al manifestarlas no se causen trastornos del orden público establecido por la ley.

11.- Puesto que la comunicación sin trabas de los pensamientos y opiniones es uno de los más valiosos derechos del hombre, todo ciudadano puede hablar, escribir y publicar libremente, teniendo en cuenta que es responsable de los abusos de esta libertad en los casos determinados por la ley.

Finalmente para concluir este primer momento de marcar los hitos de la libertad culminamos recordando que la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos incorporada en 1791 proclama:



Universidad de Cuenca

El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios. Estas gestas históricas demuestran que las luchas permitieron que en el tiempo se vayan plasmando conceptos que hoy resultan derechos intrínsecos a la persona.

Libertad de expresión y democracia

Así como en líneas más arriba señalamos que el ser humano aislado nunca existió, podemos así mismo señalar que hoy en día su vida la realiza dentro del Estado, o como lo parafrasea Rodrigo Borja en su obra a John Rawls, el Estado es una sociedad completa y cerrada. (Borja, p.42). Es decir será sólo dentro del Estado al que se ingresa por el nacimiento y se sale por la muerte, donde el ser humano realiza sus propósitos de vida. Por lo tanto el Estado sirve para organizar jurídica y políticamente la sociedad, encontrando aquí a la Democracia en palabras de Borja más que como una forma de gobierno, como una forma de Estado, puesto que más allá de organizar y legitimar el poder, es un régimen global de participación popular. (Borja, p.148).

Precisamente será aquella participación popular que o bien fortalece más la Democracia o mientras menor es la participación, o, mientras más obstáculos existen para dicha participación, menos democrático será el Estado. Esta participación no puede ni debe comprenderse únicamente como la participación democrática electoral del pueblo, pues la historia está llena de Autócratas, de izquierda o de derecha, que a los más fascistas y despiadados regímenes, los han llamado “Democracias”, en los cuales sin embargo no ha existido aquella posibilidad de participación plena de la ciudadanía, componente vital de todo estado democrático.

Por esa razón la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Relatoría especial para la libertad de expresión han sostenido que “la importancia de la libertad de expresión se deriva, entre otras razones, de su triple función en el sistema democrático”. (Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, 2010, p. 2). Por una parte el pensamiento, cualidad que acompaña al ser humano y que le permite plantearse el modelo de vida que desea tener, así como deliberar también el modelo de sociedad que se plantea, y en general toda la capacidad y potencialidad de persona solamente puede ser exteriorizada a través de la libertad de expresión. En segundo lugar



Universidad de Cuenca

sostienen que la libertad de expresión y la democracia tienen una relación “estrecha, indisoluble, esencial y fundamental” (Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, 2010, p. 3). En tercer lugar la función de la libertad de expresión es la de facilitar y ser una suerte de vehículo para el ejercicio de otros derechos fundamentales, por lo que se ha dicho que “la carencia de libertad de expresión es una causa que “contribuye al irrespeto de los otros derechos humanos” (Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, 2010, p.4)

Como pocas partes del planeta es en nuestra América donde existe en tratados internacionales y resoluciones de Tribunales Internacionales, una prolija y detallada protección a la libertad de expresión, pues como hemos analizado es un ingrediente de fortalecimiento de nuestras democracias, quizá esa forma de entenderla y dotarla de muchos instrumentos para su protección responde a un autoanálisis de que probablemente la mayoría de las democracias de nuestra región están aún en el camino de consolidación y de alcanzar su plena madurez. Esta relación de ida y vuelta hace entonces que el Estado para vivir una mejor democracia debe garantizar y fomentar la libertad de expresión, y a su vez la plena y amplia libertad de expresión coadyuva a la consolidación de una verdadera sociedad democrática.

Protección a la libertad de expresión de acuerdo al Derecho Ecuatoriano y al Derecho Interamericano.

Lo señalado líneas arriba demuestra el valor único de la libertad de expresión como combustible del pleno ejercicio de otros derechos, de ahí que su protección esté plasmada en muchísimas normas de carácter nacional como internacional, empezando por la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que consagra:

Artículo 19: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el 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.



Universidad de Cuenca

La protección de la Declaración Universal de Derechos Humanos es amplia, generosa y abierta, que permite una interpretación favorable para la plena aplicación y vigencia de la libertad de expresión. Incluye a la libertad de información como parte de este derecho y faculta la difusión de las opiniones a través de cualquier medio.

Carta Democrática Interamericana:

Art.4.- Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.

Resalta de forma categórica que uno de los componentes de la Democracia es la libertad de expresión, el ser humano que piensa, que analiza y que luego dialoga, debate, intercambia sus opiniones, las plantea en el escenario de debate público, está coadyuvando al fortalecimiento de la democracia. Este ejercicio permitirá que se ejerza el control ciudadano sobre la autoridad, y que libremente exija y demande las obligaciones que son competencia de los funcionarios públicos, siendo esta participación el ejercicio del cargo más importante en una democracia, -ser ciudadano- en palabras del ex Presidente de los Estados Unidos Barack Obama. “En este mismo sentido, la jurisprudencia ha enfatizado que la función democrática de la libertad de expresión la convierte en una condición necesaria para prevenir el arraigo de sistemas autoritarios, para facilitar la autodeterminación personal y colectiva y para hacer operativos los “mecanismos de control y denuncia ciudadana”” (Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, 2010, p.4)

Convención Interamericana sobre Derechos Humanos

Conocida también como el Pacto de San José, fue publicado Ecuador en el Registro Oficial 801 de 06-ago.-1984.



Art. 13.- Libertad de Pensamiento y de Expresión

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.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Si bien podemos encontrar en la doctrina extensos estudios que diferencian la libertad de expresión de la libertad de información, el Pacto de San José es otra de las normas donde apreciamos que en el numeral 1 del artículo 13 hace a la libertad de información parte o componente de la libertad de expresión.

La misma norma en el numeral 2 incluye responsabilidades ulteriores para garantizar ciertos derechos; en donde aparece la “reputación”, que según analizamos en este trabajo se referiría al honor objetivo, es decir a esa consideración que los demás tienen de una persona. Quizá se trata de un tecnicismo, sin que aborde de forma compleja las



Universidad de Cuenca

distintas teorías sobre el honor, pero no es menos cierto que se evidencia de este artículo que el espíritu es proteger el honor. Este aseguramiento del derecho de la reputación de los demás en el tratamiento de un derecho a la libertad de expresión deja planteado el conflicto que se abrirá entre el Derecho a la Honra y el Derecho a la Libertad de Expresión.

El numeral 3 del artículo 13 así mismo favorece a la libertad de expresión prohibiendo su restricción por cualquier medio, que si pueden ser los controles estatales para la operatividad logística de los medios de comunicación, la expresión “*o por cualquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones*”, abre la posibilidad para la amplia gama de conductas humanas que podrían surgir a fin de limitar el derecho. Valdría la pena preguntarse si la resolución No. 03-2015 de marzo de 2015 expedida por la Corte Nacional calza en esta descripción, al prohibir la casación en procesos por contravenciones, obviamente estando la injuria inmersa en este supuesto; tema que podría ser materia de otro estudio a profundidad.

Merece especial mención la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos conjuntamente con resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pues han ido más allá de lo prescrito en el Art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, generando una protección especial a ciertos discursos que, por su naturaleza apuntalan aquellos lineamientos de indudable valor para la libertad de expresión en el marco de la democracia. Tales discursos son: 1.- Discurso político y sobre asuntos de interés público. 2.- Discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos, y, 3.- Discursos que expresan elementos esenciales de la identidad o dignidad personales.

La razón de ser de esta protección especial radica fundamentalmente en el hecho de que mediante el involucramiento de la sociedad, su opinión pública hace un escrutinio celoso de la gestión de funcionarios públicos, coadyuvando a la transparencia en la gestión pública. Opinión pública que en palabras de Jorge Bercholz (2015) “es entendida en la teoría democrática, como las convicciones de la ciudadanía en relación a los hechos producidos por los agentes públicos y de gobierno en la administración estatal” (p.21)



Universidad de Cuenca

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948

Artículo 4 - Derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión

Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio. Derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión.

La Constitución de la República del Ecuador en el capítulo destinado a los derechos de libertad señala:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones.

Podemos encontrar en la Constitución otras normas que incluyen la protección a la Libertad de Expresión, sin embargo la contemplada en el artículo 66.6, evidencia ser la más amplia y general para aplicación en el país.

CHOQUE DE DERECHOS

En este trabajo hemos observado que tanto el honor como la libertad de expresión son derechos consagrados y defendidos tanto por el ordenamiento jurídico nacional como internacional. Sin embargo no es extraño que estos dos derechos en ocasiones se encuentren enfrentados, como antagónicos o rivales; que con frecuencia protagonicen conflictos, en los que tanto honor como libertad de expresión quieren prevalecer.

Ambos derechos parten de una jerarquía similar, pues son considerados derechos fundamentales, y en un conflicto entre ellos no se puede establecer una regla que determine exactamente cuál de ellos prevalecerá en todos los casos. Por el contrario será menester hacer un análisis pormenorizado y minucioso en cada uno de los casos planteados a fin de esclarecer si prevalecerá el honor o, la libertad de expresión.



Universidad de Cuenca

Para cumplir lo señalado en el párrafo anterior se recurre a la ponderación de los derechos, que en el presente caso sería una ponderación de derechos fundamentales que es: *Actividad exegética, preferentemente legislativa o judicial, por la que se examinan los intereses en conflicto entre varios derechos en aparente colisión, de acuerdo con un parámetro predeterminado y objetivo, y se determina su alcance y limitaciones recíprocas, buscando su vigencia equilibrada.* (Real Academia Española, Diccionario del español jurídico, s.f.).

Este ejercicio de ponderación lo ha realizado de forma amplia y en múltiples casos la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que consideramos importantísimo el analizar algunas de sus resoluciones dada su jerarquía y obligatoriedad de aplicación en el derecho ecuatoriano.

El Ecuador al suscribir y ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos quedaba desde entonces plenamente obligado con la misma; que claro está prevé el compromiso que adquiere el Estado de cumplir con las resoluciones de aquellas causas en las que ha sido parte. Como bien lo señala su *Artículo 68.- 1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.*

Sin embargo podría existir cierta duda sobre la obligatoriedad de cumplir aquellas resoluciones de causas en las que el estado no ha sido parte; no obstante lo señalado, el haber suscrito y luego ratificado el Art. 62 de la Convención Americana, hace que automáticamente todas las sentencias de la Corte IDH sean de obligatoria aplicación en Ecuador. *Artículo 62.- 1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.*

Nuestra Constitución expedida en 2008 presenta una peculiar vocación internacionalista, que es generosa y vanguardista al dejar el ejercicio de los derechos, especialmente los fundamentales, circunscritos en las más avanzadas doctrinas e interpretaciones mundiales.



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

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

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Podemos afirmar entonces que la Constitución integra a nuestro ordenamiento jurídico aquellas normas internacionales que reconozcan derechos más favorables a los consagrados en la constitución, y su aplicación directa es un giro importantísimo del constitucionalismo ecuatoriano, que supera viejos conceptos positivistas y le sitúa a nuestra constitución –en este ámbito- como un ejemplo vanguardista y moderno. “Este sentido jurídico que la Constitución otorga a las normas contenidas en instrumentos



Universidad de Cuenca

internacionales de derechos humanos, ha adoptado el nombre de bloque de constitucionalidad”. (Albuja, 2015, p.27). Bloque que no significa otra cosa que aquellas normas, reglas, principios que sin necesidad de encontrarse expresamente incorporados en el texto constitucional, tienen el rango de normas constitucionales que promueven la eficacia y vigencia de derechos constitucionales, pasando por lo tanto a ser fuente de derecho.

Superar las posturas positivistas implica también entender ampliamente conceptos como el de norma o tratado en sentido escrito, por eso “las normas de protección de derechos humanos, sean aquellas nacionales o internacionales, son expresiones de lo que jurídicamente denominamos derecho objetivo, entendido aquel como «ese conjunto de normas (leyes, costumbres, resoluciones judiciales y preceptos doctrinarios”’. (Mouchet y Zorraquín, como se citó en Albuja, 2015, p.31).

En este sentido, cuando el Estado ecuatoriano otorga prevalencia constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos, también nos encontramos jurídicamente obligados a conceder la misma prevalencia al derecho objetivo internacional contenido en las resoluciones que los órganos de protección producen sobre la base de sus atribuciones. De este modo, establecemos que la jurisprudencia que emite la Corte IDH, se vuelve fuente de derecho formal y material para el Estado ecuatoriano y por lo tanto, también es parte del bloque de constitucionalidad señalado previamente. (Albuja, 2015, p.32)

Una sentencia emitida por la Corte IDH indistintamente del caso, significa la aplicación de la Convención Americana a un caso determinado, y como bien sabemos dentro de las fuentes del derecho tenemos la jurisprudencia. Inoficioso e ilógico sería para un estado argumentar no haber sido parte en un caso cuya resolución sea útil para un proceso que se ventile en su derecho interno. Consideramos que si alguna duda podía existir frente al cumplimiento obligatorio por parte del Estado Ecuatoriano de sentencias de la Corte IDH provenientes de causas en las que el Ecuador no es parte, con lo aquí indicado queda plenamente demostrado que el cumplimiento de aquellas proviene no únicamente del cumplimiento del Art 62 de la Convención, sino de aceptar que las resoluciones que en el derecho internacional son parte del derecho objetivo.



Universidad de Cuenca

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH)

Debido a la naturaleza de este trabajo, y en el particular caso del Ecuador, país suscriptor de la Convención Americana, es de singular importancia referir criterios jurisprudenciales emanados de la Corte IDH en distintos casos en los que la defensa y existencia de la libertad de pensamiento y de expresión ha estado en cuestión.

No siempre el choque de derechos -libertad de expresión versus honor- han sido el motor para la producción jurisprudencial de la Corte IDH; tal es el caso del conocido “La última tentación de Cristo”, proceso en el que tratándose de una censura cinematográfica, generó jurisprudencia sobre la libertad de expresión, las consideraciones de la Corte fueron:

En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.

Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.



Universidad de Cuenca

La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001a, p. 27,28)

Interesante análisis de la Corte al visualizar estas dos dimensiones de la libertad de expresión que van de la mano, pues la individual permite a la persona comunicar sus ideas, que sumadas e interrelacionadas a las de otros integrantes de la sociedad configuran la dimensión social. Y el hecho de ir de la mano hace que deban ser garantizadas simultáneamente, la falta de una anula la otra; de ahí que el ejercicio de este derecho es ingrediente fundamental en la calidad de una democracia.

La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001a, p. 28)

La sentencia en referencia de la Corte IDH fortalece su argumentación utilizando jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, que relleva la importancia de la libertad de expresión en regímenes democráticos, incluyendo en el ejercicio de este derecho la posibilidad de que lo expresado disguste o no sea del agrado de determinados sectores, dejando sentado ciertos referentes de paciencia y respeto hacia el disenso, para quienes están en el ejercicio de temas de Estado.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que [la] función supervisora [de la Corte le] impone [...] prestar una atención extrema a los principios propios de una ‘sociedad democrática’. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. El artículo 10.2 [de la Convención Europea de Derechos Humanos] es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una ‘sociedad democrática’. Esto significa que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue. Por otra parte, cualquiera que ejerce su libertad de expresión



Universidad de Cuenca

asume ‘deberes y responsabilidades’, cuyo ámbito depende de su situación y del procedimiento técnico utilizado. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001a, p. 28)

Estos criterios expuestos por la corte en el caso La última tentación de Cristo han sido en lo posterior utilizados en varios otros casos resueltos por dicho Tribunal de Justicia, pero no en pocos casos ha ido más allá, pues tales criterios han sido pulidos y ampliados en posteriores procesos. De tal forma que en el caso Ivcher Bronstein versus Perú, sentencia dictada el 6 de febrero de 2001, esto es un día posterior a la de La última tentación de Cristo, va más allá en el tratamiento de la libertad de expresión, al sostener:

[...] La importancia de este derecho destaca aún más al analizar el papel que juegan los medios de comunicación en una sociedad democrática, cuando son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones.

Asimismo es fundamental que los periodistas que laboran en dichos medios gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos los que mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad.

Así lo ha entendido este Tribunal al señalar que el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001b, p. 60)

Lo anteriormente expuesto, advierte la Corte Europea, tiene una importancia particular cuando se aplica a la prensa. No sólo implica que compete a los medios de comunicación la tarea de transmitir información e ideas relativas a asuntos de interés público, sino también que el público tiene el derecho a recibirlas.

Al evaluar una supuesta restricción o limitación a la libertad de expresión, el Tribunal no debe sujetarse únicamente al estudio del acto en cuestión, sino que debe igualmente examinar dicho acto a la luz de los hechos del caso en su totalidad, incluyendo las



Universidad de Cuenca

circunstancias y el contexto en los que éstos se presentaron. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001b, p. 61)

Claramente observamos la forma de una detallada protección a los medios de comunicación y a los periodistas, a fin de que realicen su trabajo en el marco de la más amplia libertad y garantía. Toda vez que su trabajo como el de los medios de comunicación al ser canalizadores de doble vía de la información en la sociedad, permite un debate con elogios y críticas, que coadyuva al enriquecimiento de la democracia. Finalmente hace mención a un tema de mucha relevancia sobre todo cuando de ponderación de derechos se trata, y esto tiene relación con algo señalado al inicio de este trabajo, cuando decíamos que el *Honor es Contexto*, pues así mismo el instante de evaluar una restricción a la libertad de expresión, se deberá tener en cuenta las circunstancias y hechos que rodeaban en su generalidad al objeto de estudio, no cabe por lo tanto un análisis parcial o mutilado.

Tres años más tarde se emite resolución en el caso Herrera Ulloa versus Costa Rica, que es de especial interés en este trabajo pues se trata de un proceso por difamación, calumnias y publicación de ofensas ventilado en las cortes Costarricenses, cuyo actor fue un funcionario del gobierno tico que representaba a su país ante un organismo internacional. Si bien el derecho interno condenó tanto al periodista como al propietario del medio, la justicia internacional tuvo un criterio completamente diferente, con lo que se continúa nutriendo la jurisprudencia de la Corte IDH.

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



En iguales términos a los indicados por la Corte Interamericana, la Corte Europea de Derechos Humanos se ha manifestado sobre la importancia que reviste en la sociedad democrática la libertad de expresión, al señalar que [...] la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. [...] Esto significa que [...] toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004, p. 66, 67)

Existe entonces una coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad.

Los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones. Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan.

Dentro de este contexto, el periodismo es la manifestación primaria y principal de esta libertad y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de los conocimientos o la capacitación adquiridos en la universidad. Al contrario, los periodistas, en razón de la actividad que ejercen, se dedican profesionalmente a la comunicación social.



Universidad de Cuenca

El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre responsablemente en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004a, p. 67, 68)

En el análisis de este caso la Corte IDH es reiterativa al señalar el nexo entre una verdadera y efectiva democracia con la libertad de expresión, y obviamente los actores como son los periodistas y los canales que son los medios a través de los cuales se difunde y se comparte la información. En un caso como el presente en que de por medio está un periodista, un medio y un funcionario público, cobra mayor trascendencia los criterios plasmados cuando concibe trascendental al pluralismo y a las características de una sociedad democrática, el que la libertad de expresión contenga también a la información inofensiva, como la que ofende y puede resultar áspera para el Estado y sectores de la sociedad. Donde se limita la libertad de expresión poco a poco la democracia va perdiendo su calidad, y por lo tanto las vías que tiene la ciudadanía no resultan eficaces, empezando a primar el temor, ingrediente fundamental que abona para dar paso a la consolidación de regímenes autoritarios.

Es importante destacar que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, este puede ser objeto de restricciones, tal como lo señala el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5. Asimismo, la Convención Americana, en su artículo 13.2, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. Para poder determinar responsabilidades ulteriores es necesario que se cumplan tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática.

Respecto de estos requisitos la Corte señaló que: la " necesidad " y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés



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

A su vez, la Corte Europea de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que "necesarias", sin ser sinónimo de "indispensables", implica la "existencia de una 'necesidad social imperiosa' y que para que una restricción sea "necesaria" no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna"¹⁰¹. Este concepto de "necesidad social imperiosa" fue hecho suyo por la Corte en su Opinión Consultiva OC-5/85.

De este modo, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Ahora bien, una vez que se ha determinado el contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, se ha resaltado la importancia de la libertad de expresión en un régimen democrático y el rol de los medios de comunicación y el periodismo, y se han establecido los requisitos para que las restricciones de que puede ser objeto el derecho mencionado sean compatibles con la Convención Americana. Cabe analizar, a la luz de los hechos probados en el presente caso, si las restricciones permitidas a la libertad de expresión a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores fueron o no compatibles con la Convención. En este sentido, es imprescindible señalar que el señor Herrera Ulloa era un periodista que estaba expresando hechos u opiniones de interés público. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004a, p. 68, 69)

Resulta medular para la finalidad de este trabajo remarcar que en esta particular resolución la Corte IDH plantea una realidad que ya ha sido esbozada, pues ni el derecho al honor ni a la libertad de expresión son derechos absolutos, lo que precisamente da lugar al choque de derechos cuando los dos entran en conflicto, y, por



Universidad de Cuenca

lo tanto es necesario el ejercicio de ponderación. En el caso concreto de la libertad de expresión cuando se trata de restringirla, ante su uso abusivo o exagerado, se ha de aplicar responsabilidades ulteriores. Que para que existan deben concurrir tres requisitos: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley, esto es que deben existir previamente cumpliendo el principio de legalidad; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública. Importante para este trabajo cuando se trata de los derechos o reputación de los demás, aunque podríamos afirmar que al hablar de reputación solo protege el honor objetivo; no es menos cierto que se conjugan también aspectos antes señalados por la propia Corte, cuando decía que se tiene que analizar el contexto y circunstancias en general en las que las expresiones podrían haberse proferido, y finalmente; 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática. Por lo que la ponderación nos permitirá aclarar cuál es más necesario de acuerdo al caso y circunstancias, cuando un ataque al honor enfrentado a la libertad de expresión haga primar el uno u otro derecho.

Debido a esto es que la Corte también señala que las restricciones deban satisfacer un interés público imperativo, es decir deben justificarse según objetivos colectivos. Por ejemplo un objetivo colectivo es contar con información amplia, haciendo que, repito, de acuerdo al caso y contexto, prime sobre el honor de una persona. Sin embargo he de señalar que si no existe de por medio un objetivo colectivo tan visible como la libertad de expresión, el tutelar el honor de una persona se convertirá en tal objetivo.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido de manera consistente que, con respecto a las limitaciones permisibles sobre la libertad de expresión, hay que distinguir entre las restricciones que son aplicables cuando el objeto de la expresión se refiera a un particular y, por otro lado, cuando es una persona pública como, por ejemplo, un político. Esa Corte ha manifestado que: Los límites de la crítica aceptable son, por tanto, respecto de un político, más amplios que en el caso de un particular. A diferencia de este último, aquel inevitable y conscientemente se abre a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia. Sin duda, el artículo 10, inciso 2 (art.10-2) permite la protección de la reputación de los demás –es decir, de todas las personas- y esta protección comprende también a los políticos, aún



cuando no estén actuando en carácter de particulares, pero en esos casos los requisitos de dicha protección tienen que ser ponderados en relación con los intereses de un debate abierto sobre los asuntos políticos¹⁰². La libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática.

En otra Sentencia, esa Corte sostuvo que [...] la libertad de expresión e información [...] debe extenderse no solo a la información e ideas favorables, consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, resulten chocantes o perturben. [...] **Los límites de críticas aceptables son más amplios con respecto al Estado que en relación a un ciudadano privado e inclusive a un político.** En un sistema democrático, las acciones u omisiones del Estado deben estar sujetas a un escrutinio riguroso, no sólo por parte de las autoridades legislativas y judiciales, sino también por parte de la prensa y de la opinión pública.

El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público.

En este contexto es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático.

Es así que el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya



Universidad de Cuenca

que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004a, p. 69 -71) Lo resaltado me corresponde

La Corte IDH cita en su resolución jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, que distingue entre las restricciones a la libertad de expresión cuando se trata de una persona particular, que cuando se trata de una persona pública, poniendo como ejemplo de esta categoría a un político. En este caso los límites de crítica o de detracción deberán ser más amplios, más aceptables, pues según el Tribunal europeo la persona que decide incursionar en la política, por su propia voluntad está exponiendo su accionar a la vitrina y por lo tanto al examen público, dado el interés público de lo que hace o deje de hacer. Señala así mismo que la frontera de críticas cuando se trata del Estado es aún superior que en tratándose de personas particulares e incluso políticos. Interesante este tratamiento de la Corte que lo defiende fundamentando el hecho de que el accionar del Estado debe estar rigurosamente examinado no solo por los órganos respectivos, sino por la opinión pública. De ahí que tanto este Tribunal como la propia Corte IDH han sostenido la importancia del amplio debate sobre asuntos de interés público, pues es un alimento y motor de una verdadera sociedad democrática.

La jurisprudencia de la Corte IDH sigue puliéndose y ampliando el análisis sobre la libertad de expresión, tal es el caso de Ricardo Canese versus Paraguay, cuando siendo candidato a la presidencia de ese país declaró contra otro candidato a la misma dignidad por supuestas acciones ilícitas cuando este último ejercía la presidencia de un consorcio. La empresa entabló un proceso penal por difamación e injuria contra Canese, quien a pesar de que las sentencias condenatorias fueron declaradas nulas, acudió ante la Corte IDH por la medida cautelar impuesta en su contra mientras se ventiló el juicio.

La Corte considera importante resaltar que, en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las



plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión.

Al respecto, la Corte Europea ha expresado que: La libertad de expresión, preciosa para todos, es particularmente importante para los partidos políticos y sus miembros activos (ver, *mutatis mutandis*, el Partido Comunista Unido de Turquía y otros c. Turquía, sentencia de 30 de enero de 1998, informes 1998-I, p.22, párr.46). Ellos representan a su electorado, llaman la atención sobre sus preocupaciones y defienden sus intereses. Por lo tanto, las interferencias a la libertad de expresión de un político miembro de un partido de oposición, como el solicitante, deben ser cuidadosamente examinadas por la Corte.

El Tribunal considera indispensable que se proteja y garantice el ejercicio de la libertad de expresión en el debate político que precede a las elecciones de las autoridades estatales que gobernarán un Estado. La formación de la voluntad colectiva mediante el ejercicio del sufragio individual se nutre de las diferentes opciones que presentan los partidos políticos a través de los candidatos que los representan. El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar. En este sentido, el ejercicio de los derechos políticos y la libertad de pensamiento y de expresión se encuentran íntimamente ligados y se fortalecen entre sí. Al respecto, la Corte Europea ha establecido que: Las elecciones libres y la libertad de expresión, particularmente la libertad de debate político, forman juntas el cimiento de cualquier sistema democrático (Cfr. Sentencia del caso Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica, de 2 de marzo de 1987, Serie A no. 113, p.22, párr. 47, y sentencia del caso Lingens c. Austria de 8 de julio 1986, Serie A no. 103, p. 26, párrs. 41-42). Los dos derechos están interrelacionados y se refuerzan el uno al otro: por ejemplo, como ha indicado la Corte en el pasado, la libertad de expresión es una de las “condiciones” necesarias para “asegurar la libre expresión de opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo” (ver la sentencia mencionada más arriba del caso Mathieu-Mohin y Clerfayt, p. 24, párr. 54). Por esta razón[,] es particularmente importante que las



opiniones y la información de toda clase puedan circular libremente en el período que antecede a las elecciones. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004b, p. 61)

Las anteriores consideraciones no significan, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. Asimismo, la protección de la reputación de particulares que se encuentran inmiscuidos en actividades de interés público también se deberá realizar de conformidad con los principios del pluralismo democrático.

El artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, por lo que este derecho implica un límite a la expresión, ataques o injerencias de los particulares y del Estado. Por ello, es legítimo que quien se sienta afectado en su honor recurra a los mecanismos judiciales que el Estado disponga para su protección.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido de manera consistente que, con respecto a las limitaciones permisibles sobre la libertad de expresión, se debe distinguir entre las restricciones que son aplicables cuando el objeto de la expresión se refiera a un particular y, por otro lado, cuando haga referencia a una persona pública como, por ejemplo, un político. Al respecto, la Corte Europea ha manifestado que: Los límites de la crítica aceptable son, por tanto, respecto de un político, más amplios que en el caso de un particular. A diferencia de este último, aquel inevitable y conscientemente se abre a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia. Sin duda, el artículo 10, inciso 2 (art. 10-2) permite la protección de la reputación de los demás –es decir, de todas las personas- y esta protección comprende también a los políticos, aún cuando no estén actuando en carácter de particulares, pero en esos casos los requisitos de dicha protección tienen que ser ponderados en relación con los intereses de un debate abierto sobre los asuntos políticos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004b, p. 64)

La Corte IDH citando igualmente en este caso jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, deja clara la preponderancia de la libertad de expresión en momentos especiales como es una campaña electoral, donde más debe fluir el intercambio de ideas y el debate público, propiciado tanto por candidatos como por



Universidad de Cuenca

personas que desean en ese contexto expresar su opinión. La campaña electoral es el momento en que la ciudadanía puede investigar y si es del caso cuestionar a los aspirantes a elección popular, como también dejar sentadas las opiniones que aunque disientan, enriquecen el discurso democrático y van creando un verdadero criterio en el electorado sobre el candidato. Reiterando lo que ya hemos indicado en este trabajo en el sentido de que el discurso sobre las ejecutorias de una persona pública, deben estar ponderados con relación al interés público, más allá de reconocer el derecho a la honra que tienen todas las personas debiendo tener muy en cuenta aquellas que tienen una vinculación con actividades públicas.

El último caso de la Corte IDH al que nos referiremos en este trabajo es el conocido como *Kimel versus Argentina*; se origina por la obra publicada por el periodista Eduardo Kimel denominada “La masacre de San Patricio”, que narra el asesinato de cinco sacerdotes, dando paso a que el Juez referido en la obra, presente una acción por calumnia contra Kimel.

La necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención. Estos deben responder a un criterio de estricta proporcionalidad. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008, p. 15)

Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el caso concreto la Corte i) verificará si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; ii) estudiará si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) evaluará la necesidad de tal medida, y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008, p. 16)



Universidad de Cuenca

No cabe duda que todos los seres humanos tenemos derecho a la honra, y aunque los estándares de tolerancia de la crítica hacia las figuras públicas, entre ellas políticos y funcionarios públicos debe ser más amplio, no quiere decir que estén privados de este derecho; el que como hemos señalado en este trabajo no en pocas veces encuentra a la libertad de expresión como su principal rival, por lo que limitarla demandará un exhaustivo trabajo de ponderación de estos dos derechos; cuando de la mano está la superlativa importancia del debate de diversas opiniones y puntos de vista que enriquecen la sociedad democrática. Para ello la Corte IDH en el presente caso realiza cuatro detalladas circunstancias en el párrafo 58 de la sentencia.

1.- Verificar si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal.

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

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

La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas



delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana.

Como quedó establecido anteriormente, el señor Kimel fue condenado en primera instancia por el delito de injurias. El tipo penal aplicado fue el artículo 110 del Código Penal que establece:

El que deshonrarse o desacreditare a otro, será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil o prisión de un mes a un año.

Posteriormente, fue absuelto por la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Por último la Corte Suprema de Justicia se apartó de la calificación originaria del delito y decidió que los hechos imputados al señor Kimel configuraban el ilícito tipificado en el artículo 109 del Código Penal, que establece:

La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años.

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

En razón de lo anterior y teniendo en cuenta las manifestaciones formuladas por el Estado acerca de la deficiente regulación penal de esta materia, la Corte considera que la tipificación penal correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008, p. 17)

Podemos observar que el análisis de la Corte parte de reconocer que una restricción a la libertad de expresión debe partir del principio de legalidad, y que si dicha restricción se origina en el derecho penal se debe entender que los tipos penales sean absolutamente claros, expresos, que no den lugar a confusión y que, deban existir de manera previa a la comisión del injusto. Por lo que se considera que los tipos por los que se le juzgó a Kimel dentro de la legislación argentina no han sido debidamente precisos, contraviniendo de esa forma los artículos 9, 13.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana.



2.- Idoneidad y finalidad de la restricción.

Como quedó establecido en el párrafo 55 supra, los jueces, al igual que cualquier otra persona, están amparados por la protección que les brinda el artículo 11 convencional que consagra el derecho a la honra. Por otra parte, el artículo 13.2.a) de la Convención establece que la “reputación de los demás” puede ser motivo para fijar responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión. En consecuencia, la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención. Asimismo, el instrumento penal es idóneo porque sirve el fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo. Sin embargo, la Corte advierte que esto no significa que, en la especie que se analiza, la vía penal sea necesaria y proporcional, como se verá infra. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008, p. 18)

Sin dejar de reconocer que el derecho al honor protege también a funcionarios públicos, entre ellos los jueces, la Corte considera que la vía penal no es proporcional al caso en estudio.

3.- Necesidad de medida utilizada

La Corte ha señalado que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de última ratio del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.

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



precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana.

La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación. En este orden de consideraciones, la Corte observa los movimientos en la jurisprudencia de otros Tribunales encaminados a promover, con racionalidad y equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna, sin mellar las garantías que requiere la libre expresión como baluarte del régimen democrático.

De otro lado, en el marco de la libertad de información, el Tribunal considera que existe un deber del periodista de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en que fundamenta sus opiniones. Es decir, resulta válido reclamar equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de información. Esto implica el derecho de las personas a no recibir una versión manipulada de los hechos. En consecuencia, los periodistas tienen el deber de tomar alguna distancia crítica respecto a sus fuentes y contrastarlas con otros datos relevantes.

En lo que corresponde al presente caso, es notorio el abuso en el ejercicio del poder punitivo –como lo ha reconocido el propio Estado- tomando en cuenta los hechos imputados al señor Kimel, su repercusión sobre los bienes jurídicos del querellante y la naturaleza de la sanción –privación de libertad- aplicada al periodista. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008, p. 19, 20)

Para la Corte IDH el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para el establecimiento de responsabilidades, por esa razón ha insistido en que la tipificación debe ser precisa y exacta especialmente de delitos como injuria y calumnia. Invita a un análisis de la ponderación entre los bienes jurídicos fundamentales frente a los ataques que los pueden poner en peligro. Solamente en esas circunstancias es cuando el Derecho



Universidad de Cuenca

Penal deba ser utilizado, entendiendo claramente el principio de mínima intervención penal.

Resalta la tarea periodística de constatar en forma razonable –pero no exhaustiva- los hechos en los que fundamente sus opiniones. Por lo que concluye que en el caso ha existido abuso del ejercicio del poder punitivo en cuanto a la valoración de la sanción y la repercusión en el bien jurídico del querellante.

4.- Estricta proporcionalidad de la medida.

Respecto al grado de afectación de la libertad de expresión, la Corte considera que las consecuencias del proceso penal en sí mismo, la imposición de la sanción, la inscripción en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena penal impuesta al señor Kimel demuestran que las responsabilidades ulteriores establecidas en este caso fueron graves. Incluso la multa constituye, por sí misma, una afectación grave de la libertad de expresión, dada su alta cuantía respecto a los ingresos del beneficiario.

Respecto al derecho a la honra, las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza, como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso.

El control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática⁶⁶, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público.



En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población⁶⁸. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas.

La crítica realizada por el señor Kimel estaba relacionada con temas de notorio interés público, se refería a un juez en relación con el desempeño de su cargo y se concretó en opiniones que no entrañaban la imputación de delitos. Tal como indicó la sentencia de primera instancia (supra párr. 43), el párrafo por el que fue procesado el señor Kimel involucraba una opinión y no el señalamiento de un hecho: [...] (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008, p. 21,22)

El señor Kimel emitió una opinión que no tenía relación con la vida personal del Juez querellante ni le imputaba una conducta ilícita, sino que se relacionaba con la causa judicial a su cargo. [...]

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

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluye que la afectación a la libertad de expresión del señor Kimel fue manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra en el presente caso. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008, p. 22,23)

Si bien estas resoluciones tienen efecto vinculante en Ecuador, creemos de relevancia para este trabajo mencionar una doctrina desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, denominada como la doctrina de la Real Malicia.



La Real Malicia

Desarrollada por un caso incoado por el Comisionado de la ciudad de Montgomery, L. B. Sullivan contra el New York Times, decisión icónica de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la doctrina de la Real Malicia ha sido utilizada en procesos no solo en ese país, sino por diferentes legislaciones a nivel mundial.

To Foster “uninhibited, robust, and wide-open” debate that may inevitably include utterance of falsehoods, the Supreme Court ruled that the news media may not be successfully sued for libel by a public figure – unless it can be shown that the news organization acted with “actual malice” against the person. (Mauro, 2016, p. 67)

Para fomentar un debate "desinhibido, sólido y abierto" que puede incluir inevitablemente falsedad en expresiones, la Corte Suprema dictaminó que los medios de comunicación no pueden ser demandados por difamación por una figura pública, a menos que se pueda demostrar que la organización de noticias actuó con "Real Malicia" contra la persona.

La historia de Estados Unidos muestra que los avances en derechos civiles y en general los aportes en cuanto a posiciones progresistas y de avanzada, encontraron en el Norte de ese país un aliado por su causa. Los medios de comunicación no fueron la excepción, y desde luego, fueron grandes motivadores para incentivar el debate y enriquecer la opinión pública en ese contexto en dicho país. Por lo tanto líderes y medios de comunicación empezaron a ser vistos como enemigos por el viejo “establishment” sureño, quienes vieron en el ataque judicial a una de sus mejores defensas, pensaron que iniciando una serie de procesos legales contra medios de comunicación del Norte, sería una desmotivación para seguir en su cometido.

En ese contexto el Comisionado de la ciudad de Montgomery Alabama, L.B. Sullivan demandó al diario The New York Times, por un anuncio que fuera publicado con el titular: “Heed Their Rising Voices” –Presta atención a sus voces crecientes-, anuncio en el que se incluía información sobre represiones al movimiento estudiantil en dicha ciudad estadounidense.



Universidad de Cuenca

La demanda contra el diario progresó llegando al punto que la propia Corte Suprema del Estado de Alabama ratificó la sentencia de primera instancia que condenaba al diario a un pago de dinero porque a su criterio el Comisionado Sullivan había sido difamado. Sin embargo la suerte fue distinta cuando el caso fue conocido por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Lo que coadyuvó a que los medios de comunicación sientan libertad sin temor a ser encausados legalmente, y este desvanecimiento del temor permitió que sus coberturas sobre la discriminación racial en el Sur de Estados Unidos impulsen el cambio de la legislación en ese país a favor de los Derechos Civiles.

En un fragmento de la sentencia del Juez William Brennan Jr. Se señala:

“... [We] consider this case against the background of a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials...” (Mauro, 2016, p. 70)

Consideramos este caso en el contexto de un profundo compromiso nacional con el principio de que el debate sobre temas públicos debe ser desinhibido, sólido y abierto, y que bien puede incluir ataques vehementes, cáusticos y en ocasiones desagradables al gobierno y funcionarios públicos.

La decisión del Supremo estadounidense que como se ha visto apunta al gobierno y funcionarios públicos, “con posterioridad, la Corte Suprema estadounidense incluso extendió esta exigencia a los asuntos de interés público que afectan a personas privadas” (Gertz v Robert Welch Inc, como se citó en Pino, 2014, p. 264) Pues la práctica nos ha demostrado que existen personas privadas que por su voluntad han llegado a tener una estrecha vinculación con asuntos de interés público que a su vez están expuestas al debate y crítica ciudadana.



CONCLUSIONES

El primer Código Penal Ecuatoriano promulgado en 1837 incorporó en su articulado una eximente de responsabilidad cuando se censuraba o criticaba a los funcionarios públicos; lo que demuestra un espíritu democrático, pluralista, tolerante y de avanzada, de la entonces joven República del Ecuador. Y quizá se debería a que este Código fue expedido durante la Presidencia de Vicente Rocafuerte, quien como uno de los propulsores de los movimientos independentistas en Latinoamérica, compartió esos valores y postulados, que fueron plasmados en nuestro primer Código Penal.

Posteriormente en el Gobierno de Gabriel García Moreno se expide un nuevo Código Penal que suprime el eximente de responsabilidad para la censura a funcionarios públicos, con lo que empieza un retroceso de aquel espíritu primigenio pluralista y tolerante de la nación ecuatoriana. Dando lugar por el contrario a la existencia de las conocidas leyes de desacato, es decir las que establecen sanciones o las endurecen, cuando se trata de atacar el honor del funcionario público.

Hasta el Código Penal de 1938 con la codificación de 1971 encontramos el eximente de responsabilidad de infracciones contra el honor, aunque incipientemente limitado al *animus defendendi* y *corrigendi*. Lo que se perdió completamente con la expedición del Código Orgánico Integral Penal, que mantiene el eximente de responsabilidad únicamente en los casos de defensa de una causa y para el delito de calumnia, pues recordemos que a la injuria se le convirtió en contravención, con lo que terminó de desaparecer las eximentes de responsabilidad para este tipo penal.

La propia Real Academia Española conceptualiza a la contravención como una infracción penal, diferenciándola con el delito que es una infracción penal grave; lo que nos lleva a reflexionar que si en legislaciones como la mexicana donde se despenalizaron las infracciones contra el honor, el convertir en el caso ecuatoriano a la injuria en una contravención, resultaría una evolución legal. Al comparar el COIP con el Código Penal vigente hasta la promulgación de aquel, sí observamos que se reduce la pena, pasando de una pena de prisión de tres a seis meses en un caso, o de quince días a tres meses en otro, a una de quince a treinta días en el COIP. Vemos también que desaparece en el COIP la norma que endurecía la pena en caso de que las injurias



Universidad de Cuenca

hubieren sido dirigidas a autoridad. Aspectos que si los analizamos aislados podrían verse como una evolución normativa.

Sin embargo el análisis no puede ser parcial y limitado a la norma sustantiva, pues ella requiere de un procedimiento para su vigencia, y como hemos observado en este trabajo una resolución de la Corte Nacional de Justicia, excluye del acceso al recurso de casación a todos los procesos por contravenciones. El resultado está a la vista, y con un procedimiento expedito se obtiene la sentencia de primera instancia en corto tiempo, resolución de la que solo cabe apelación ante la Corte Provincial, la que usualmente en un margen de dos meses se resuelve, contando en ese tiempo con sentencia en firme e inamovible.

En el anterior gobierno fue común observar funcionarios públicos instaurando procesos penales por injuria contra miembros de la prensa u opositores políticos, que con la celeridad de un proceso expedito obtenían una sentencia ejecutable en un tiempo relativamente corto como se ha explicado, fenómeno con el que se generaba un temor directo en el accionado, y obviamente un temor indirecto en los distintos miembros de la sociedad, donde empezó a reinar el temor a la crítica, al disenso, a la oposición. Elementos que por el contrario deben ser protegidos y auspiciados por el Estado, pues éstos como hemos visto lo que en efecto logran, es alcanzar una sociedad más democrática, donde el discurso sobre asuntos de interés público fluya libremente, sin restricciones.

Muy probablemente lo expedito de un proceso penal no debería preocuparnos en tanto las partes contaron con el suficiente tiempo para la preparación de su defensa, sin embargo en el caso ecuatoriano sí preocupa la velocidad de tramitación cuando los operadores de justicia no demostraron: o la capacidad o la valentía, o ambas cualidades el momento de expedir sus fallos. Pues el Ecuador está en la ineludible obligación de respetar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, su inobservancia puede generar Responsabilidad Internacional contra el Estado Ecuatoriano, esta institución propia del Derecho Internacional Público demuestra la subordinación del derecho interno de un Estado, a las normas provenientes del Derecho



Universidad de Cuenca

Internacional. Por lo que el Ecuador estará obligado legal y moralmente a iniciar las acciones de repetición contra estos operadores de justicia.

Quien accede a un cargo de elección popular, desde el mismísimo momento de iniciar la campaña electoral, o, quien sea designado para ocupar una función pública, debe estar plenamente consciente que *es su sola voluntad la determinante* para aceptar dicha posición y por ende todos los desafíos que el cargo trae consigo. Debe así mismo ser consecuente al comprender que su accionar en una posición pública, es de interés de la ciudadanía y su crítica o censura, llevan consigo el objetivo de enriquecer un sistema democrático mediante el discurso y debate público abierto. Por lo tanto, el límite de tolerancia para las críticas o reproches debe ser más amplio y generoso, demostrando con ello ser un estadista a la talla de la posición que ostenta; resultaría ilógico que habiéndose voluntariamente expuesto a un escrutinio más exigente, luego se quiera usar tal calidad para iniciar procesos penales, lo que nos lleva a recordar el principio legal de que *nadie puede beneficiarse de su propia culpa*.

Este límite de tolerancia no deberá ser demostrado únicamente por funcionarios públicos, pues debe extenderse en general a todo “personaje público”; como hemos visto de la legislación uruguaya estarán dentro de esta clasificación todas aquellas personas que por su oficio o profesión tengan una exposición social de relevancia o, voluntariamente estén relacionados con asuntos de interés público.

Lo antes indicado no significa que los personajes públicos no gocen del Derecho al Honor, pero debemos estar claros que sus acciones u omisiones pasan a ser de interés público, por lo que su margen de tolerancia frente a la crítica o censura deberá ser mayor, y analizada y ponderada en cada caso, con las circunstancias propias del momento; satisfaciendo un interés público a costa, si así se quiere decir, de limitar el derecho al honor de estos personajes.

Estas innovaciones jurídicas no son nuevas y han sido debatidas y defendidas por defensores de Derechos Humanos, en el caso Ecuatoriano y por ser miembro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha merecido especial referencia las resoluciones de varios casos por parte de la Corte IDH, los que han privilegiado una opinión pública fuerte, sólida, independiente, donde el intercambio de opiniones se las



Universidad de Cuenca

realice en un ambiente de libertad; solo así se enriquecerá la democracia de una sociedad.

Para el año 2014, en el que se expide el Código Orgánico Integral Penal, ya se habían dictado varias resoluciones de la Corte IDH, que sirvieron para una verdadera evolución legal en algunos países de la región, como es el caso de México, Argentina, Panamá y Uruguay; por lo que se perdió una maravillosa oportunidad al expedir nuestro Código, de introducir normas que en lugar de mostrarse ambiguamente “favorables”, lo que hicieron fue facilitar el enjuiciamiento diáfano de opositores. La expedición de dicha ley era el momento de incorporar *normas que protejan el discurso de interés público*, adaptando nuestra legislación a los estándares internacionales. El vanguardismo de una legislación no está en una soterrada apariencia minimalista, cuando en realidad se está dejando la puerta abierta para afectar la libertad de expresión, para utilizar la norma como una herramienta política a fin de amedrentar y silenciar a quienes disienten con las políticas y ejecutorias de un gobierno.

Los cambios en cuanto a la consideración de las infracciones contra el honor entre el Código Penal vigente hasta 2014 y el COIP hubiesen sido una verdadera evolución legal si se protegía el discurso sobre asuntos de interés público, si se sustituía la prisión por multa, si nos hubiésemos adaptado a las resoluciones en la materia de la Corte IDH. Sin embargo los cambios introducidos al COIP sirvieron únicamente para perseguir vertiginosamente a periodistas y opositores que alzaron su voz de protesta contra un régimen cuyas ejecutorias ahora empiezan a salir a la luz del día, y han dado razón histórica a toda esa opinión pública contraria que lo que buscaba era debate y entendimiento por los diferentes sectores ciudadanos.

La libertad de expresión no creemos que está sometida a juicios de veracidad, porque en aquella libertad están inmersas ideas, opiniones, juicios de valor sobre los personajes públicos, que no deben ni pueden ser objeto de un escrutinio de verdad o falsedad; su única prueba a pasar deberá ser la del verdadero interés público. Pues no olvidemos a Platón cuando dijo “No se debe honrar a un hombre más que a la verdad”.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Albuja, F. (2015). *Ejecución de sentencias internacionales. Mecanismos jurídicos para su efectividad*. Quito: Corporación Editora Nacional.

Bercholc, J. (2015). *Opinión pública y democracia. Influencia y efectos de los medios de comunicación masiva*. Buenos Aires: Lajouane.

Borja, R. (2007). *Sociedad Cultura y Derecho*. Quito: Editorial Planeta del Ecuador S.A.

Carta Democrática Interamericana

Codificación al Código Penal (1971)

Código Penal (1837)

Código Penal (1872)

Código Penal (1889)

Código Penal (1906)

Código Penal (1938)

Código Orgánico Integral Penal (2014)

Código de Procedimiento Penal.

Código Penal Español y Legislación Complementaria, (2018), Recuperado de:
https://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf

Constitución de la República del Ecuador

Constitución de los Estados Unidos de América

Convención interamericana sobre derechos humanos



Universidad de Cuenca

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (5 de Febrero de 2001). *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Obtenido de Corte Interamericana de Derechos Humanos:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (5 de febrero de 2001a.). *Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)*. Obtenido de Corte Interamericana de Derechos Humanos:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (6 de febrero de 2001b.). *Caso “Ivcher Bronstein vs. Perú”*. Obtenido de Corte Interamericana de Derechos Humanos:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2 de julio de 2004a.). *Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”*. Obtenido de Corte Interamericana de Derechos Humanos: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (31 de agosto de 2004b.). *Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”*. Obtenido de Corte Interamericana de Derechos Humanos: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2 de mayo de 2008.). *Caso “Kimel vs. Argentina”*. Obtenido de Corte Interamericana de Derechos Humanos:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf

Corte Nacional de Justicia del Ecuador, (2015). Resolución No. 03-2015. Quito. Cuarto Suplemento del R. O. No. 462

Cuello, E. (1975). Derecho Penal. (14a ed.). Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789



Universidad de Cuenca

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Escuela Politécnica Nacional, s.f., Quienes somos, síntesis histórica. Recuperado de:
<http://www.epn.edu.ec/institucion/sintesis-historica/> (domingo 5 de agosto de 2018. Las 12:11)

Gómez E, (1985), *Tratado de Derecho Penal Tomo II*, Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores

Gutiérrez, L., Miranda, I., Peredo, C., y Calvi, C., (2016). *Las leyes de desacato y la difamación criminal en América Latina*. Revista Internacional de Derechos Humanos. Año 6, número 6. Páginas 121 – 144. Recuperado de:
<http://www.revistaidh.org/ojs/index.php/ridh/article/view/69/59>

Interamerican Institute for Democracy. (2016). Fallos judiciales que violan derechos humanos en Ecuador. Seis estudios de caso. Miami: Fondo Editorial Interamerican Institute for Democracy.

Ley N° 18.515 (2009), Recuperado de:

<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp3963292.htm> Consultado el 15 de noviembre de 2018, las 13:00

Mañalich, J. (2005). *¿La comisión de delitos mediante la imputación de delitos? Los delitos contra el honor bajo la teoría de los actos de habla*. Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales. Número 6. Páginas 193-242.

Mauro, T. (2016). *The Supreme Court Landmark Decisions*. New York. Fall River Press.

Meini, I. (2014). *Lecciones de Derecho Penal Parte General Teoría Jurídica del Delito*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Pino, A. (2014). *Cambios recientes en la defensa de interés público (Privilegio Reynolds) respecto a la acción de responsabilidad por difamación del Derecho Inglés*. Revista Chilena de Derecho Privado. Número 23. Páginas 263-274



Universidad de Cuenca

Real Academia Española, (2017). Diccionario de la lengua española. Edición del Tricentenario. Recuperado de:

<http://dle.rae.es/?id=KdBUWwv> 21:01 del 7 de noviembre de 2017

<http://dle.rae.es/?id=4SXaTku> Consultado el 14 de mayo de 2018 a las 18:53

<http://dle.rae.es/?id=UHtABuo> Consultado el 12 de agosto a las 9h42,

<http://dle.rae.es/?id=LdMYPK5>, Consultado el 12 agosto 9:50

<http://dle.rae.es/?id=3r78MJV|3r7BQ0c> 12 de agosto de 2018, las 18:18.

<http://dle.rae.es/?id=CksVMaL> Consultado el 12 de agosto de 2018. las 17:58

<http://dle.rae.es/?id=D55531j>. Consultado el 12 de agosto de 2018, las 18:03

<http://dle.rae.es/?id=KdRS9Q6|KddyUW7>. Consultado el 12 de agosto de 2018, las 18:05

<http://dle.rae.es/?id=DjIEhmj> Consultado el 6 de agosto de 2018 las 22:25

Real Academia Española, Diccionario del Español Jurídico. Recuperado de:

<http://dej.rae.es/#/entry-id/E120870> Consultado el 19 de junio de 2018 a las 9:53.

<http://dej.rae.es/#/entry-id/E258130>

<http://dej.rae.es/#/entry-id/E90830> Consultado el 28 de octubre de 2018 a las 18h35

<http://dej.rae.es/#/entry-id/E185230>, consultado el 3 de noviembre de 2018, las 12h04)

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*. Recuperado de:



Universidad de Cuenca

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>

Rodríguez, F. (2017). *Manual de delitos contra el honor y libertad de expresión*. Quito: Cevallos Editora Jurídica.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Civitas.

The bill of rights