

LA ACUSACIÓN O DENUNCIA MALICIOSA: ¿LESIÓN AL HONOR O A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA?, DE HABER VULNERACIÓN A UN DERECHO, ¿DEBE RESPONDER LA VÍCTIMA?

MALICIOUS ACCUSATION OR DENOUNCE: ¿IS THERE A VIOLATION OF THE HONOR OR AN INFRINGEMENT ON THE EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION?

IF THERE IS A VIOLATION OF A RIGHT, ¿DOES THE VICTIM HAVE RESPONSABILITY?

Simón Bolívar Valdivieso Vintimilla¹
simon.valdivieso@ucuenca.edu.ec

Recibido: 10/08/2017

Aprobado: 23/04/2018

Resumen:

La calificación de la denuncia como maliciosa, cuando la o el Fiscal ha solicitado el archivo de la investigación es un exceso legislativo. Esto debido a que cuando el legislador ecuatoriano sanciona la actitud maliciosa del denunciante o del acusador particular se está refiriendo a la falsa imputación de un delito. Sin embargo, no sanciona la conducta que atenta con el derecho al honor y al buen nombre, sino la tutela judicial efectiva, por lo tanto, la convierte en una infracción de ejercicio público de la acción.

En un sistema procesal acusatorio, el ejercicio público de la acción es de atribución única y exclusiva de la Fiscalía. De modo que, mientras no se imputa a una persona (formulación de cargos) no hay afección al derecho porque existe la reserva de la investigación, cuyo quebranto conlleva un delito.

Palabras clave:

Derecho Penal; denuncia maliciosa; derecho al honor; protección judicial efectiva.

¹ Docente de la carrera de Derecho de la Universidad de Cuenca.



Abstract:

The qualification of the complaint as malicious when the Prosecutor has requested to file a case is a legislative excess. This is because when the Ecuadorian legislator sanctions the malicious attitude of the complainant or the private accuser is referring to the false imputation of a crime. However, it does not sanction the conduct that threatens the right to honor, but the effective judicial protection. Therefore, it becomes a violation of the public exercise of the action.

In an accusatory procedural system, the public exercise of the action is an exclusive attribution of the Prosecutor. So, while there is no formulation of charges, there is no affection to the right because the investigation is reserved.

Keywords:

Criminal law; malicious complaint; right to honor; effective judicial protection.

Los autores del Derecho Penal moderno han coincidido que, sobre la base del Principio de la intervención mínima del Derecho Penal, se debe tipificar fundamentalmente las violaciones a los derechos humanos.

La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales (COIP, art. 3).

Según el Principio de intervención mínima, el Derecho Penal debe ser la última ratio de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir. La intervención del Derecho Penal en la vida social debe reducirse a lo mínimo posible (minimización de la respuesta jurídica violenta frente al delito); de ahí que debemos hablar del Principio de subsidiariedad y del carácter fragmentario del Derecho Penal, que no es lo mismo.

Según este principio –subsidiario– el Derecho Penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar, cuando otros medios menos lesivos han fallado. Por tanto, subsidiario en este caso, no significa subordinado, es decir, que el Derecho Penal está por debajo de otras ramas del ordenamiento jurídico, sino que se utilizará en última instancia.

Y el carácter fragmentario del Derecho Penal significa que no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Así pues, protege contra un fragmento de conductas lesivas, no todas, sólo las más peligrosas.

Ambos postulados (El Principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal) integran el llamado Principio de intervención mínima.

El tipo penal es, según Welzel, “...La descripción concreta de la conducta prohibida”. Y para que exista un tipo penal –figura delictiva– sin lugar a dudas debe haber un bien jurídico tutelado. Los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema (Welzel, 1976).



Que el Derecho Penal sólo debe proteger bienes jurídicos no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del Derecho Penal.

La exigencia de que el Derecho penal sólo puede proteger “bienes jurídicos” ha desempeñado un importante papel en la discusión de la reforma de las últimas décadas. Se partió de la base de que el Derecho Penal sólo tiene que asegurar determinados “bienes” previamente dados, como la vida (§§ 211 ss.), la integridad corporal (§§ 223 ss.), el honor (§§ 185 ss.), la Administración de Justicia (§§ 153 ss.), etc., y de esa posición se ha deducido la exigencia de una sustancial restricción de la punibilidad en un doble sentido (Roxin, p.57).

Bajo este argumento, nos preguntamos, detrás del delito de “Acusación o denuncia maliciosa” tipificado y sancionado en el Art. 271 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) ¿Existe la tutela de un derecho fundamental, tal como está construido ese tipo penal? ¿Es el honor como derecho subjetivo el que está recibiendo la tutela penal o la responsabilidad ciudadana alcanza el carácter de derecho subjetivo y merece por lo tanto esa tutela penal?

Son dos interrogantes que nos planteamos frente a la existencia de esta figura delictiva o tipo de delito, pues queremos entender que el tipo o delito tipo en términos de Beling, citado por A. Etcheberry, como esquema central, que se extrae por abstracción de los rasgos esenciales en la compleja descripción que la ley hace de los casos concretos en que se aplica la pena, vendría a ser DELITOS CONTRA LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, que se inscribe dentro del epígrafe de DELITOS CONTRA LA RESPONSABILIDAD CIUDADANA (art. 83, CRE).

Un primer acercamiento a la interrogante planteada y partiendo de la cita doctrinaria de Roxin, nos permite afirmar que el tipo penal de “Acusación o denuncia maliciosa” al estar ubicado dentro del tipo “Delitos contra la tutela judicial efectiva”, **está tutelando como bien jurídico la administración de justicia**, puesto que también están inmersas figuras delictivas o tipo de delitos como el prevaricato, el perjurio y falso testimonio, el fraude procesal, entre otros (COIP, art. 276 – 286) Ergo, la administración de justicia es un derecho que se lo evidencia en el contenido del Art. 75 de la Constitución de la República.²

2 Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión.

Una segunda lectura nos lleva a concluir que **el derecho al honor y al buen nombre³ no tiene la tutela penal en los términos de la construcción del tipo penal que es materia de comentario**, tanto más que el ejercicio de la acción penal frente a esta conducta es de ejercicio público de la acción⁴ y no de ejercicio privado⁵ por cuanto no está en el repertorio de delitos que deben ser juzgados con el procedimiento previsto para el ejercicio privado de la acción.

Si no es el honor como derecho subjetivo el que recibe la tutela penal en esta figura delictiva, **como es que quien denuncia un hecho, debe responder por la malicia y no quien ejerce la acción penal** (fiscal) por un lado, y por otro, **como es que se puede vulnerar un derecho cuando la acción penal no ha nacido**, sino está siendo ese hecho investigado por la Fiscalía y tiene la reserva que establece el Código Orgánico Integral Penal.⁶

Estos planteamientos solo pueden ser dilucidados partiendo del elemento histórico de la calificación de la denuncia o acusación como maliciosa, y de la doctrina por supuesto.

A quien con un 99 % de probabilidad parte de la idea de que los hechos lesivos del honor que sobre otro difunde son falsos habrá que castigarle, cuando efectivamente lo sean, por difamación intencional o a sabiendas (§ 187) y no sólo por maledicencia o difamación no a sabiendas. (§ 186). Con esa premisa doctrinaria, también ponemos a consideración otros aspectos.

¿Será entonces el mero denunciante que no realiza imputación el que deba responder por malicia y afección a la tutela judicial efectiva? cuando a quien le corresponde investigar y ver si el hecho reviste el carácter de delito, y de ser el caso imputar y acusar es la Fiscalía, conforme el estándar constitucional 195, tanto más que no es el honor el bien jurídico tutelado en ese tipo penal.

El libro Segundo del Código Penal (1938) en el Título Séptimo, regulaba tres tipos penales relacionados con la honra puesto que el epígrafe del Título VII decía “De los delitos contra la honra”, Capítulo Único, “De la injuria”, a saber: injuria, difamación y calumnia, cada cual, con sus características particulares, considerada la honra tanto en el aspecto individual como en el aspecto social y público.

3 Art. 66.18 Constitución de la República

4 Art. 410 COIP

5 Art. 415 COIP

6 Art. 584 COIP

El Art. 494 del Código Penal (1938) que estaba dentro del Capítulo de la Injuria y del título de los “Delitos contra la honra”, señalaba, “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.**”. Es decir, la falsa imputación de un delito se sancionaba como una conducta lesiva al bien jurídico honra u honor, y de ahí que se trataba procesalmente de un delito de ejercicio privado de la acción (CPP, 2000). (el acentuado me corresponde).

Y es que efectivamente conforme la redacción de la vieja norma penal (1938) la delación de un hecho que motivó el inicio de un proceso penal cuyo resultado fue la ratificación del estado de inocencia (sentencia absolutoria) o el sobreseimiento definitivo (CPP 1983) daba lugar a que se califique la malicia o la temeridad⁷, porque la forma como se iniciaba el proceso penal podía ser sobre la base de una denuncia o acusación particular con las que el juez penal dictaba el auto cabeza de proceso o auto de incoación en forma directa en contra de una persona, **es decir la imputación nacía de la voluntad del denunciante o del acusador particular.** Esto refiriéndonos a los delitos de acción penal pública.

No es aplicable la calificación –malicia o temeridad- para el Código de Procedimiento Penal (2000) y para el Código Orgánico Integral Penal (2014) tanto para la denuncia como para la acusación particular, porque simplemente quien realiza la imputación es el órgano acusador público que es la Fiscalía, el que tiene el ejercicio de la acción penal sobre la base de la investigación que realiza o sobre la calificación de flagrancia realizada por el órgano jurisdiccional. Con la imputación fiscal –formulación de cargos- se abre la posibilidad de que el ofendido (CPP 2000) o la víctima (COIP 2014) pueda presentar la acusación particular, es decir exhibir su pretensión resarcitoria.

Y claro, **en lo atinente a los delitos de acción penal privada** que tenían como antecedente la querrela, sin lugar a dudas que la calificación de malicia y temeridad tiene bastante lógica; apreciación que también es aplicable al Código de Procedimiento Penal (2000) y al COIP (2014) al tratarse de infracciones de ejercicio privado de la acción, ya que la pretensión punitiva la tiene el ofendido (CPP 2000) y la víctima (COIP).

⁷ La calificación de temeridad daba lugar demandar daños y perjuicios en juicio verbal sumario.



El Código Orgánico Integral Penal (COIP) en la SECCIÓN SÉPTIMA tipifica y sanciona el delito de calumnia, **único tipo penal relacionado con ese derecho fundamental que es el honor** y el buen nombre, cuando en el art. 182 señala, "...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...".

En el **Art. 396 regula la figura de la injuria como una conducta contravencional de cuarta clase**, cuya sanción es la pena privativa de libertad de quince a treinta días, describiendo como infracción, "La persona que, por cualquier medio, profiera expresiones en descrédito o deshonra en contra de otra...".

Es decir **el mismo bien jurídico protegido tiene distinta tutela penal**. En un caso, la falsa imputación de un delito, es delito de ejercicio privado de la acción, y el proferir (palabra) expresiones en descrédito o deshonra es una contravención. Consiguientemente no existe injuria por escrito, si nos atenemos gramaticalmente al sentido del término proferir.

Cuando el legislador sanciona la actitud maliciosa del denunciante o del acusador particular (Art. 271 COIP) **se está refiriendo a la falsa imputación de un delito**, sin lugar a dudas; **sin embargo, a esa conducta la ubica, no como conducta que atenta con el derecho al honor y al buen nombre**, sino como lesiva de la tutela judicial efectiva, **por lo tanto la convierte en una infracción de ejercicio público de la acción**.

Este delito no tiene sentido en un sistema procesal penal acusatorio como el que abraza el Código Orgánico Integral Penal, puesto que el ejercicio público de la acción es de atribución única y exclusiva de la Fiscalía como ya anotamos anteriormente. Y es que el tipo penal del fenecido Código Penal (1938) que se refería a la calumnia procesal o judicial (Art. 494) tenía mucho sentido por el análisis ya realizado, puesto que la acusación particular y la denuncia permitían iniciar el proceso penal a través del auto cabeza de proceso, y de ahí las expresiones "los que hubieren propuesto una acusación judicial, o hecho denuncia, **que no hubiesen sido probadas durante el juicio**" (el acentuado me corresponde).

Este delito tampoco tiene sentido si es que el bien jurídico que se tutela no es el honor de la persona, sino la administración de justicia y con más precisión la responsabilidad ciudadana



que está desarrollada en el Art. 83 de la Constitución de la República (2008), puesto que tipos penales como la calumnia judicial o procesal (Art. 271 COIP), prevaricato de los jueces (Art. 269 COIP), perjurio y falso testimonio (Art. 270) y fraude procesal (Art. 272 COIP) están en relación directa con esos deberes y responsabilidades ciudadanas como: "...Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente...Ama killa, ama llulla, ama shwa. No ser ocioso, no mentir, no robar... Asumir las funciones públicas como un servicio a la colectividad y rendir cuentas a la sociedad y a la autoridad, de acuerdo con la ley... Ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética...", amén de "...Administrar honradamente y con apego irrestricto a la ley el patrimonio público, y denunciar y combatir los actos de corrupción..."; que está en relación directa con los "Delitos contra la eficiencia de la administración pública" como el peculado, la concusión, por ejemplo, que están dentro del epígrafe de los "Delitos contra la responsabilidad ciudadana" y en el que se inscribe el delito tipo del Art. 271, que el legislador lo etiqueta como "Acusación o denuncia maliciosa".

Si el legislador insiste en que se debe calificar la denuncia o acusación, de ser el caso **quien debe responder es la o el fiscal que formula cargos**, es decir imputa autoría o participación a una persona; abre la puerta para la presentación de la acusación particular y luego acusa.

Y todo ello, porque, **si es que no formula cargos el fiscal, no hay posibilidad de que la víctima puede deducir acusación**, y mientras no imputa a una persona (formulación de cargos) no hay afección al derecho de la persona porque existe la reserva de la investigación y cuyo quebranto conlleva un delito como el tipificado y sancionado en el Art. 180 del COIP, cuando dice, "Difusión de información de circulación restringida.- La persona que difunda información de circulación restringida será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años... Es información de circulación restringida: 2. La información producida por la Fiscalía en el marco de una investigación previa...".

La calificación de la denuncia como maliciosa, cuando la o el Fiscal ha solicitado el archivo de la investigación es un exceso legislativo que a la postre ha convertido a los jueces como instrumentos para la persecución política en contubernio con la Fiscalía en algunos casos.

Si un fiscal dice que el hecho no constituye delito eso no le vincula al denunciante, porque la obligación de la Fiscalía es justamente aquella de investigar y ver si el hecho está en el repertorio de delitos y existen elementos para atribuir participación a una persona, pero, lastimosamente el legislador cuando dice, la persona que proponga una denuncia, pone un freno al combate a la corrupción, llevando a la impunidad muchos hechos y claro, abre la puerta para la retaliación.

La historia temprana del Ecuador nos da la razón a lo que estamos afirmando. Se califica como maliciosa una denuncia, cuya investigación ha sido solicitada por el Fiscal, es decir durante la investigación previa. Se ordena el enjuiciamiento penal, se sentencia en contra del “malicioso” denunciante, pero pasado el tiempo sucede que esos hechos han sido ciertos, ¿quién responde?

En conclusión, ese tipo penal tal cual está construido, a la luz del Derecho Penal Contemporáneo y la Constitución de Montecristi no tiene sentido. Ergo, si queremos hablar de tutela penal de los derechos será la o el fiscal que realiza una imputación quien responda por la malicia, más nunca el denunciante o la víctima-denunciante. Y peor aun cuando se ordena el archivo de la investigación.



Bibliografía:

- Etcheberry, A. (1977). *Derecho Penal, Tomo I, Parte General*. Editora Nacional Gabriela Mistral: Santiago de Chile.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General, Tomo I. Editorial Civitas*: Madrid.
- Welzel, H. (1976). *Derecho Penal Alemán*. Editorial Jurídica de Chile: Santiago de Chile.

Consulta Normativa:

- Constitución de la República del Ecuador, 2008
- Código Orgánico Integral Penal, 2014
- Código de Procedimiento Penal, 1983
- Código de Procedimiento Penal, 2000
- Código Penal, 1938