



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

TÍTULO

**“LA DEROGACIÓN DEL DELITO DE CALUMNIAS DEL COIP Y LA
INCLUSIÓN DE SU CONDUCTA EN EL DAÑO MORAL CON UNA
SANCIÓN PURAMENTE PECUNIARIA”**

Tesis previa a optar por
el Título de Abogado.

AUTOR:

Milton Franklin Quirola Ochoa

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Mg. Marcelo Armando Costa Cevallos

Loja – Ecuador
2017

CERTIFICACIÓN

Dr. Marcelo Costa Cevallos Mgs. DIRECTOR DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Que he dirigido la Tesis de Abogado, con el título: **“LA DEROGACIÓN DEL DELITO DE CALUMNIAS DEL COIP Y LA INCLUSIÓN DE SU CONDUCTA EN EL DAÑO MORAL CON UNA SANCIÓN PURAMENTE PECUNIARIA** Presentada por el postulante **MILTON FRANKLIN QUIROLA OCHOA** y una vez que se han cumplido todas las observaciones y sugerencias realizadas de mi parte, y por cuanto cumple lo determinado en el Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, autorizo la presentación del mencionado trabajo para la sustentación y defensa de ley.

Loja, mayo 2017



Dr. Marcelo Costa Cevallos Mgs

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Milton Franklin Quirola Ochoa, declaro que soy el autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

AUTOR: Milton Franklin Quirola Ochoa

FIRMA: 

CEDULA: 110504172-5

FECHA: Loja, mayo de 2017

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCION PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACION ELECTRONICA DEL TEXTO COMPLETO

Yo, Milton Franklin Quirola Ochoa, declaro ser autora de la tesis Titulada: “**LA DEROGACIÓN DEL DELITO DE CALUMNIAS DEL COIP Y LA INCLUSIÓN DE SU CONDUCTA EN EL DAÑO MORAL CON UNA SANCIÓN PURAMENTE PECUNIARIA**”. Como requisito para optar al título de *Abogado*; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de su visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de Información de país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización en la ciudad de Loja a los treinta días del mes de mayo del dos mil diecisiete.

Firma: 

Autora: Milton Franklin Quirola Ochoa

Cedula: 110504172-5

Dirección: Loja, Calle Ibarra y gran Colombia

Correo Electrónico: miltonquirola@hotmail.com

Teléfono: 093967379-4

DATOS COMPLEMENTARIOS:

Director de Tesis:

Dr. Mg. Marcelo Armando Costa Cevallos

Tribunal de Grado:

Dr. Mg. Augusto Patricio Astudillo Ontaneda PRESIDENTE

Dr. Mg. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez VOCAL

Dr. Mg. Darwin Romeo Quiroz Castro VOCAL

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Nacional de Loja.

A la Carrera de Derecho de la Unidad de Educación a Distancia.

A todos los Docentes, que compartieron conmigo sus conocimientos y experiencias en el ámbito del derecho.

A todas las personas que contribuyeron para que este trabajo llegue a feliz término.

Milton

DEDICATORIA

A mis padres, por su apoyo incondicional, por su amor y ser los principales motores de mi desarrollo.

A todos ellos muchas gracias.

Milton

TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN

AGRADECIMIENTO

DEDICATORIA

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO
2. RESUMEN
 - 2.1. Abstract.
3. INTRODUCCIÓN
4. REVISIÓN DE LITERATURA
 - 4.1. MARCO CONCEPTUAL
 - 4.1.1. Concepto de Libertad de expresión
 - 4.1.2. Penalización de la Expresión
 - 4.1.3. Concepto del derecho al honor
 - 4.1.4. Concepto del daño moral
 - 4.1.5. Concepto de calumnia
 - 4.2. MARCO DOCTRINARIO
 - 4.2.1. Tradiciones de la defensa de la libertad de expresión
 - 4.2.2. Críticas al derecho penal
 - 4.3. MARCO JURÍDICO
 - 4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

- 4.3.2. Convención Americana de Derechos Humanos
 - 4.3.3. Código Orgánico Integral Penal
 - 4.3.4. Código Civil
 - 4.3.5. Jurisprudencia
 - 4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA
 - 5. MATERIALES Y MÉTODOS
 - 5.1. Materiales
 - 5.2. Métodos
 - 5.3. Técnicas e instrumentos.
 - 6. RESULTADOS
 - 6.1. Análisis e interpretación de la encuesta
 - 7. DISCUSIÓN
 - 7.1. Verificación de objetivos
 - 8. CONCLUSIONES
 - 9. RECOMENDACIONES
 - 9.1. Propuesta de reforma
 - 10. BIBLIOGRAFÍA
 - 11. ANEXOS
- PROYECTO DE TESIS
- ÍNDICE

1. TÍTULO

“LA DEROGACIÓN DEL DELITO DE CALUMNIAS DEL COIP Y LA INCLUSIÓN DE SU CONDUCTA EN EL DAÑO MORAL CON UNA SANCIÓN PURAMENTE PECUNIARIA”

2. RESUMEN

El trabajo desarrolla argumentos para la despenalización de las calumnias y su inclusión en el Daño Moral tratado por el Derecho Civil, basado en tres argumentos principales, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión como un mecanismo de garantía de alcanzar sociedades democráticas, segundo, las sanciones penales causan un efecto inhibitor en los ciudadanos llegando a producir censura indirecta, tercero, el abuso del derecho penal para tratar las calumnias.

2.1. Abstract.

The paper develops arguments for the decriminalization of slander and its inclusion in the Moral Damage treated by Civil Law, based on three main arguments, the exercise of the right to freedom of expression as a mechanism to guarantee democratic societies, Criminal sanctions have an inhibiting effect on citizens, resulting in indirect censorship; third, abuse of criminal law to deal with slander.

3. INTRODUCCIÓN

En el mundo del trabajo surgen nuevos planteamientos conducentes a establecer modificaciones o cambios a la normativa interna, sobre al contenido al Art. 8 del Decreto Ejecutivo N° 813 del 2011, referente a la compra de renuncias obligatorias a los servidores públicos, para evidenciar la violación al principio de no regresividad.

El presente trabajo de investigación establece criterios que buscan la despenalización de la calumnia, emitidos por el sistema interamericano de derechos humanos, relacionados con el régimen democrático.

Para ello se propone que se analice el problema desde tres perspectivas: a) la incompatibilidad de la tipificación de las calumnias con un régimen de democrático; b) la incompatibilidad de la legislación en materia de calumnias con el régimen interamericano en materia de libertad de expresión; y, c) el efecto disuasorio que produce en las personas las penas establecidas para el delito de calumnias, y con ello una restricción al ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Para el desarrollo de los puntos mencionados, primero, se buscará identificar, una definición del derecho a la libertad de expresión y de la calumnia como acción, con el fin de identificar, cual es el papel que tienen estos conceptos en un sistema democrático y su consecuente concordancia con el sistema interamericano, a través de la jurisprudencia de la Corte IDH, con especial

atención a la sentencia del caso “Kimel vs. Argentina”¹, del 02 de mayo de 2008, cuyo pronunciamiento refiere a la tipificación de las calumnias relacionadas a expresiones de interés público.

Asimismo, desde el punto de vista del principio de mínima intervención del derecho penal y de la mayor protección posible a la libertad de expresión, la mejor opción de reforma normativa sería la que pretendiese la despenalización completa de las calumnias e injurias. En efecto, no es el sistema penal el medio adecuado para restringir la divulgación de ciertas expresiones.

¹ Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Concepto de Libertad de expresión

La libertad de expresión en un inicio es la “forma a través de la cual la persona exterioriza su pensamientos en signos, palabras o gestos que tengan como propósito comunicar algo” (Gómez, 2010, p. 13) .Es por eso que se lo considera como un derecho fundamental que representa una garantía individual de pensar.

El contenido de este derecho a la libertad de expresión “puede consistir en reflexiones o comentarios sobre ideas generales, o referirse a noticias relacionadas con acontecimientos concretos” (Gomez&Villanueva, 2010, p. 13). Asimismo estas reflexiones o comentarios pueden incluir “creencias y juicios de valor”²

Sin embargo el derecho tiene algunas limitaciones y excepciones, mismas que justifican, por una parte, el respeto de otros bienes jurídicos protegidos, y por otra, alcanzar a conseguir sociedades democráticas.

El jurista Fix Fierro (2006) señala que “la libertad de expresión ha jugado un papel crucial en el desarrollo del ser humano y de las sociedades y, sobre todo, ha sido un logro irrenunciable de las revoluciones liberales frente a

² SCT 6/1988 del 21 de Enero Tribunal Constitucional de España. Citado por: Gómez Gallardo

situaciones de regímenes opresivos donde existían controles para la libre difusión del pensamiento. La defensa de la libertad de expresión es un deber de todo ser humano, pero libertad de expresión con responsabilidad, ética y respeto a los otros derechos humanos” (p.90).

El concepto de libertad de expresión entra en tensión cuando nos referimos a juicios de valor sobre actos de las autoridades en ejercicio público. Para Fix Fierro (2006), el funcionario debe soportarlas aunque sean injustas, pues es la obligación, de rendir cuentas y ser controlado por la ciudadanía. Desde esta perspectiva la libertad de expresión permite el debate público sobre temas de interés públicos, como el ejercicio del poder por parte de una autoridad elegida a través de mecanismos de democracia representativa.

En efecto, la Corte IDH ha reconocido a la expresión, como un mecanismo para el mantenimiento de un sistema democrático, en la medida en que busca conseguir el orden público, mismo que no puede ser concebido sin el debate libre y sin el libre derecho a manifestarse.

4.1.2. Penalización de la Expresión

Cuando los actos de las personas, mediante los cuales ejercen su legítimo derecho a expresarse libremente, son enmarcados dentro de tipos penales que son abiertos e imprecisos, se produce el fenómeno de la penalización, siendo que los actos se encuentran dentro de los límites establecidos por el Derecho.

En ese contexto, la expresión se encuentra penalizada cuando en el Derecho Penal no se han establecido normas claras, en este caso las calumnias, las cuales no hacen una exclusión de responsabilidad de las expresiones de temas de interés público como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte IDH.

Asimismo, el uso del derecho penal para sancionar actos debe ser considerado como el último recurso, en la medida en que existen otras ramas del derecho que pueden sancionar los mismos actos, estas son el Derecho Civil y Administrativo. En ese sentido, el uso del derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidad sobre una conducta ilícita, en ese sentido, las medidas penales solo deben ser utilizadas en ocasiones verdaderamente excepcionales. Para que las conductas no pasen el test de legalidad penal, el derecho penal ha creado principios como el de mínima intervención penal y el principio de certeza (Muñoz, 2013).

El principio de mínima intervención penal permite que el sistema penal funcione como un mecanismo de contención del ejercicio abusivo del poder punitivo por parte del estado y sus agencias de control. (Zaffaroni, 2010), para ello es necesario buscar la implantación de un derecho penal mínimo o de última ratio (Ferrajoli, 2010), o de extrema ratio (Bustos, 2012), y que hay que evitar que los procesos de criminalización sigan siendo estratificados, selectivos y clasistas (Baratía, 2010). Se busca en definitiva evitar la criminalización de la pobreza (Carranza, 2012).

Desde esta perspectiva, las calumnias merecen un análisis exhaustivo que permita identificar que su tipificación como delito en el COIP, está en detrimento directo de la libertad de expresión, considerada como un mecanismo idóneo para construir sociedades democráticas.

4.1.3. Concepto del derecho al honor

Como hemos manifestado anteriormente, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión puede afectar otros bienes jurídicos protegidos, y limitarse, en este caso, por el derecho al honor de las personas.

La doctrina lo ha considerado como un derecho con un concepto jurídico indeterminado, en la medida en que su relación es erga omnes, es decir para todos los ciudadanos, sin embargo no existe una conceptualización unívoca de carácter general. Al respecto el Tribunal Español ha señalado que “en una primera aproximación no parece ocioso dejar constancia de que en nuestro ordenamiento no puede encontrarse una definición de tal concepto, que resulta así jurídicamente indeterminado. Hay que buscarla en el lenguaje de todos, en el cual suele el pueblo hablar a su vecino y el Diccionario de la Real Academia de la Lengua nos lleva del honor a la buena reputación (...) la cual consiste en la opinión que las gentes tienen de su persona, buena o positiva si no va acompañada de adjetivo alguno”³ Es por ello, que el contenido del derecho al honor es cambiante, y diferente según el contexto social analizado.

³ STC 176/I 995 F.J. 3 Tribunal Español

Para el jurista Gómez (2010), este derecho tiene dos ingredientes esenciales, un honor subjetivo y otro objetivo. El primero que se refiere a la esfera íntima de las personas, como se ven y se valoran a sí misma en relación con la sociedad. El segundo que deriva en la consideración que los demás tienen de uno mismo.

Es en ese sentido, es una facultad que les permite a las personas exigir el ser dejado en paz, frente al desprecio, al odio y al ridículo de frente a uno mismo y a la sociedad. Este derecho puede ser lesionado “tanto por información de acceso público, como por aquella que no lo es. Es por ello que requiere una protección especial para que tenga eficacia en la vida cotidiana. Particular protección merecen los ciudadanos que no ejercen cargos públicos o que no tienen una actividad de evidente notoriedad pública. Y ello es explicable. Las personas públicas deciden por su propia voluntad separarse del anonimato colectivo y someten su conducta al escrutinio público, que no siempre es favorable”. (Gómez, 2010, p.74)

4.1.4. Concepto del daño moral

Existe una conceptualización similar en los ordenamientos jurídicos de Latinoamérica para estos “el daño moral es directo, si lesiona un interés tendiente a la satisfacción o goce de un bien jurídico no patrimonial, será en cambio indirecto, si lesiona un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales, produce además, el menoscabo de un bien no patrimonial.” (Zannoni, 1993, p.300)

Para el daño moral se ha establecido el pago de indemnización.

4.1.5. Concepto de calumnia

La calumnia es un acto relacionado con la mentira, a través de la falsa acusación de un acto, especialmente de aquellos que la ley persigue de oficio, es decir de los considerados por la ley como de acción pública. Según Guillermo Cabanellas, la calumnia puede entenderse desde dos puntos de vista, por una parte, la calumnia etimológicamente significa, la acusación falsa hecha maliciosamente para causar daño, por otra parte, jurídicamente está definido como un “delito contra el honor de las personas, consistente en la imputación falsa de la imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, o sea al ejercicio de la acción pública” (Cabanellas, 2012, p. 131).

El acto de calumniar ha sido tipificado en las legislaciones penales como delito, en el cual a diferencia de la injuria y la difamación, la falsedad es un elemento esencial, sin embargo deben concurrir otros aspectos importantes que la hacen diferente de los otros delitos que la ley señala como los delitos contra el honor, como los que hemos señalado anteriormente, la imputación de un delito de acción pública (Conde, 2010)

Además de la falsedad encontramos otros elementos, tales como, la consciencia y voluntaria de la persona que calumnia, la imputación debe ser a una persona directa y los hechos también deben ser concretos y determinados. (Conde, 2010)

El acto de acusar falsamente a una persona debe ser consciente y voluntario, esto significa que la persona que calumnia debe adecuarse a los preceptos de culpabilidad e imputabilidad establecidos por la dogmática penal. La culpabilidad exige que el individuo tenga conocimiento de la antijurídica de la conducta que comete.

Según lo ha establecido el jurista español Francisco Conde Muñoz, es necesario que la imputación falsa este dirigida hacia una persona en concreta, con la identificación directa, de tal manera que se evite caer en contradicciones por interpretaciones erradas. Asimismo los hechos que dan lugar a la calumnia deben ser concretos y determinados, identificando, lugar tiempo y espacio. (Conde, 2010)

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Tradiciones de la defensa de la libertad de expresión

Dentro de las categorías doctrinarias de la libertad de expresión, encontramos autores como John Stuart Mili, Burdeau, Duguit y Hariou, quienes en una misma línea sostienen que el ejercicio de la libertad de expresión permite que las personas actúen más allá de los límites que impone el derecho.

Para John Stuart Mili, el ejercicio de la libertad de expresión permite el debate público, entendiendo que no existen verdades absolutas, sino que éstas se construyen en el debate que se origina entre las partes interesadas, al respecto menciona “no es sobre el partidario más apasionado, sino sobre el espectador más calmoso y desinteresado sobre quien la colisión de opiniones produce un saludable efecto” (Stuart, 1988, p. 118-119) de esta manera se genera sociedades construidas en base a decisiones democráticas.

En esa misma línea Bordeau considera el ejercicio de la libertad de expresión con limitaciones a la injerencia del poder público, en dos escenarios, en sentido general, el ejercicio de la libertad individual, en sentido particular, la expresión como un requisito para el desarrollo del hombre en los planos de la vida social (Garlado, p. 15)

Estas ideas han sido recogidas por la “doctrina del libre mercado de ideas” que concibe la opinión de los ciudadanos a través de un mercado, mismo que busca alcanzar la verdad en un medio de deliberación colectiva, en un

escenario que no busque limitar el ejercicio de la libertad de expresión para la protección de otros bienes jurídicos, a través de la censura o la tipificación de tipos penales. En ese escenario de confrontación de ideas en una deliberación colectiva, el ciudadano busca alcanzar autonomía para expresar sus ideas, teniendo la obligación de recabar el valor social de sus ideas, a través de la expresión de sus ideas de forma autónoma.

El criterio de John Stuart Mill fue recogido en el caso “New York Times v. Sullivan”, en donde el juez Brennan sostuvo que el caso debía ser evaluado “a partir del trasfondo de un profundo compromiso nacional con el principio de que el debate de las cuestiones públicas debería ser desinhibido, robusto, y abierto, pudiendo bien incluir ataques vehementes, punzantes, y a veces desagradables sobre el gobierno y los funcionarios públicos”.

La doctrina mencionada recoge la importancia de la protección de la expresión de asuntos de interés público, siendo que no sería admisible las restricciones al debate sobre asuntos de interés público, incluyendo dentro de éstos, la vida personal sobre los funcionarios públicos que tiene alguna relevancia para conocer las virtudes y defectos de los altos funcionarios y representantes políticos (Gargarella, 2011).

En esa misma línea, la sola aceptación constitucional de la libertad de expresión es una condición necesaria para la existencia de una sociedad libre y democrática, y el medio idóneo para orientar y aun formar una opinión pública vigorosa, atenta en la vigilancia de la actividad de los poderes

públicos. En tal virtud, no se puede desconocer su condición de instrumento adecuado y fundamental de ordenación política y moral de los estados.⁴

Esta teoría resulta interesante, en el escenario ecuatoriano, para promover la despenalización de la expresión de asuntos de interés público, así como de los funcionarios, o personas investidas de poder público. En el caso ecuatoriano, ha existido una baja recepción de esta tradición en la jurisprudencia, esto por la predominante cultura formalista en jueces y abogados.

La libertad de expresión es una forma para construir gobiernos democráticos.⁵ Al respecto el profesor Gargarella afirma, que la libertad de expresión puede caracterizarse a partir de dos pautas principales: en primer lugar, se afirma que es necesario que todos los miembros de la comunidad puedan expresar sus puntos de vista; y en segundo lugar, que es necesario que tales puntos de vista puedan ser confrontados unos con otros, en un proceso de deliberación colectiva. Así, la sociedad se ve involucrada en el proceso de deliberación y la libertad de expresión es un método de control de los gobernantes. (Gargarella, 2008)

Este control de los gobiernos se caracteriza por ser democrático realizado a través de la opinión pública, cuyo fin es buscar la transparencia de las

⁴ CSJN, Caso “Caso R R. Alberto d Diario Clarín Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. y otros”, Sentencia de 27 de septiembre de 2007, punto V, pág. 7

⁵ 'Proyecto de Ley. Expediente 2128-D-2011, Trámite Parlamentario 037 (28/04/2011), disponible en: <http://www.l.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=2128-D-2011>

actividades estatales y promover la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público.⁶

En ese punto, algunos doctrinarios consideran que la despenalización de las expresiones sobre asuntos de interés público obedece al peligro de limitar el debate político, con las consecuencias desfavorables que ello acarrea para el sistema democrático, y la necesidad de evitar la inhibición de la expresión por temor a secuelas desfavorables (autocensura) (Gil & Cano, 2009).

En efecto, las expresiones referidas a asuntos de interés público deben entenderse como aquellas relativas tanto al desempeño de los encargados de la función pública como a aquellos temas que hacen al interés general de la organización político social.⁷

La preservación del sistema democrático, se encuentra fundamentada en el respeto a los derechos desde una libertad individual hacia una libertad colectiva, considerando a los ciudadanos en forma individual y colectiva, porque de la recepción de información dependen las posibilidades de ejercicio de muchos otros derechos ciudadanos. El rol que ocupa la libertad de

⁶ Corte I.D.H., “Caso Kimel c. Argentina”, supra nota 53, párr. 87

⁷ CNACC, “Veiga, Rubén s/ excepción de falta de acción”, sentencia el 30/06/2010

expresión, permite la subsistencia del sistema democrático de gobierno y que, al mismo tiempo, no se deje sin tutela los derechos al honor y a la reputación personal.⁸

En ese sentido la libertad de expresión resulta ser uno de aquellos pilares fundamentales sobre los que se estructuran los sistemas democráticos modernos. Ella permite el libre flujo de ideas, el control del poder, el diálogo político e incluso la formación de la propia identidad individual y colectiva.

4.2.2. Críticas al derecho penal

El Derecho Penal en concordancia con la fundamentación del Estado de Derecho, propone para la imputación de delitos, que los hechos sean analizados a luz de principios generales del derecho, tales como, el de legalidad y de división de poderes.

El principio de legalidad, en este contexto, corresponde a la previsibilidad de la acción que será objeto de sanción, y para ello se estableció que deben existir leyes penales que contengan los delitos que serán sancionados, y cuyo ámbito de acción, no respondería a criterios retroactivos (Muñoz, 2012).

Desde esta perspectiva, el derecho penal podía sancionar las conductas que se ajusten a la literalidad de la norma, sin importar principios generales, así

⁸ Reconocidos en los artículos 11 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

como tampoco la congruencia con los derechos internacionalmente reconocidos.

Por su parte, el Estado Constitucional de Derecho permitió al Derecho Penal implementar una serie de principios que buscaban satisfacer las exigencias de las ciencias penales en materia de derechos humanos, y con ello la legitimación, en control y la limitación del derecho penal. En ese contexto, se estableció el principio de mínima intervención penal, y el principio de proporcionalidad entre el delito y las penas (Peña, 2008).

Según los principios mencionados, los tipos penales deben responder a mínimos criterios valorativos de la legislación vigente, sin embargo, se han avizorado algunos inconvenientes en cuanto a la utilización de figuras penales que introducen dentro de su redacción a las expresiones de interés público, y tampoco se ha desarrollado un debate sobre la participación de un empleado público como querellante o querellado en el delito de calumnias (Conde, 2010).

Asimismo, los doctrinarios consideran que el solo proceso penal, por sus características y su naturaleza, puede generar el mismo efecto que la aplicación directa de una pena (Bertoni, 1997). Esto significa que iniciar procesos de investigación por parte de la fiscalía en contra de quién en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, califica la actuación de las autoridades que están en ejercicio del poder público.

Por ello resulta necesario que exista un ensanchamiento de los márgenes de protección de la libertad de expresión en los ordenamientos jurídicos, para proteger al ciudadano que crítica el actuar de los funcionarios elegidos por democracia representativa, y con ello lograr el buen funcionamiento de la democracia.

La doctrina de la real malicia desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, genera un avance significativo en el reconocimiento de la libertad de expresión como mecanismo para la construcción de sociedades democráticas.⁹ A través de ella se permite que las escalas de las sanciones privativas de los tipos penales se adecúen, evitando penalizar la expresión de asuntos de interés público.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

El Art. 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador señala que: *“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.*

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos además de defender el artículo 13 de la Convención Americana, ha señalado que la libertad de expresión permite construir gobiernos democráticos, y manda a que las legislaciones internas de los países se adecúen, tanto a los derechos de la convención como a la jurisprudencia de la Corte IDH.

En el caso ecuatoriano, se intentó un diseño constitucional -muy cercano a las premisas del Sistema Interamericano- para fomentar la democracia deliberativa y participativa sin violentar la libertad de expresión. Sus antecedentes fueron precisamente un proceso político republicano (Andrade, 2006). En el próximo apartado nos ocuparemos de la Constitución de 2008, de su bloque de constitucionalidad y de la jurisprudencia aplicable.

La Constitución de 2008 como el cuerpo normativo que recoge los principios generales de convivencia en el estado, reconoce los derechos involucrados con el tema en estudio. Entre sus disposiciones, encontramos a la libertad de expresión dentro de los derechos de la comunicación orientados a la

construcción de una sociedad del buen vivir, esto es, una sociedad con un modelo de democracia participativo, directo y representativo, orientado a la satisfacción de todos los derechos reivindicados por los individuos, pueblos, nacionalidades y colectividades.

En la sección tercera, sobre la “Comunicación e información”, se reconoce un conjunto de derechos que intentan compatibilizar la libertad de expresión con la necesidad de que ésta sea ejercida con amplitud y pluralismo en “todos los ámbitos de la interacción social”.

“Artículo 16.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 1. Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos.”

“Artículo 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

13. El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.

Como se puede apreciar existen en la Constitución de 2008 normas que permiten que el derecho a la libertad de expresión pueda ser exigido sin restricciones en todo el ámbito de su ejercicio. Asimismo, se puede apreciar que en la constitución no se han establecido ninguna limitación a la autonomía de este derecho.

Este argumento no se funda sólo en las normas analizadas, sino sobre todo en el enfoque de derechos que es transversal en todo el texto constitucional. Ello incluye los derechos derivados del “bloque de constitucionalidad”. El artículo 424 es elocuente en este sentido, cuando establece que 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”.

En ese sentido, analizaremos el bloque de constitucionalidad de la Constitución de 2008 en materia de libertad de expresión, y sobre todo el relacionado con la Convención Americana de Derechos Humanos.

4.3.2. Convención Americana de Derechos Humanos

El Art. 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, establece quienes están comprendidos como servidores públicos, indicando los siguientes: “Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función, dignidad dentro del sector Público”⁹

El artículo 10 de la Constitución establece que: “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.” De esta manera, reconoce a los y las ciudadanas no sólo los derechos

⁹ LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2014, Art. 4

constitucionales, sino todos los derechos que se derivan de los instrumentos internacionales, desde los tratados de derechos ratificados por el Estado, hasta los instrumentos del soft law, esto es, el derecho no ratificado, pero que forma parte de la costumbre internacional y por tanto es fuente de derecho. Nos referimos a declaraciones de derechos, informes de derechos humanos, declaraciones de principios, y por supuesto a la jurisprudencia del derecho internacional de los derechos humanos que aclara los alcances de los cuerpos de derechos.

Forma parte de este bloque de constitucionalidad, la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su articulado reconoce los derechos de la Constitución y amplía el margen de protección de los ciudadanos.

“Artículo 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.”

En la misma dimensión la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, reconoce estos derechos de forma sistémica.

“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.”

4.3.3. Código Orgánico Integral Penal

Se considerará para el cálculo de las compensaciones y su correspondiente pago los años laborados en el sector público, así como la parte proporcional a que hubiere lugar.

El legislador al redactar el Código Orgánico Integral Penal ha tipificado las calumnias como un delito cuyo bien jurídico protegido es el honor, este se encuentra en el Libro Primero, Título IV, Capítulo Segundo, Sección Séptima de los delitos contra el honor.

Artículo 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.

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.

Resulta necesario realizar un análisis de (i) la estructura de la conducta que da lugar al delito, y (ii) la naturaleza del honor como bien jurídico protegido por el Derecho Penal.

La vulneración al honor de una persona en específico es un ejercicio relativo, por ello, para determinar si el honor ha sido vulnerado es conveniente revisar algunas variables: el grado de sensibilidad de la víctima, el grado de formación tanto del perpetrador como de la víctima, la situación en las que se encuentran los sujetos, la relación de estos, y las circunstancias de hecho en las que se da la calumnia (Muñoz, 2013).

El honor se identifica con la reputación social de los individuos, misma que se forma en la medida en que estos interactúan con los otros individuos y crean espacios idóneos para la convivencia armónica. Se fundamenta en imperativos categóricos que permiten la identificación de una reputación social buena o mala, tales como, el ser miembro de la humanidad constituye una base tangible de respeto social, la cultura, la nacionalidad, su profesión, su situación laboral, etc.

Para entender el enfoque que quiere dar el delito de calumnias resulta necesario realizar un estudio del honor desde un sentido objetivo y subjetivo.

El objetivo entendido como la reputación social, y el subjetivo, como la propia estimación del individuo (Muñoz, 2013).

El honor entendido desde un sentido objetivo reúne las cualidades necesarias para cumplir un rol encomendado por la sociedad en que se desenvuelve el individuo, por ejemplo, ser una buena persona en base a los condicionamientos éticos y morales. De esa manera el honor se construye en base a la idea que de una persona tienen las demás. Mientras que el honor visto desde un sentido subjetivo, se construye de la consciencia que tiene cada uno de su propia valía y prestigio.

La calumnia ha sido tachada por algunos juristas como un supuesto específico del delito de injuria, han dado a conocer que la injuria es el género y la calumnia la especie. La naturaleza de la calumnia es la falsa imputación de un delito por parte de una persona en contra de otra, hay que dar por entendido que se habla de un delito tipificado en el ordenamiento jurídico penal, y no se habla de una mera falta a un deber.

Existe en la tipificación del delito de calumnias una causa de justificación de la conducta, cuando el sujeto activo lograr probar lo imputado, demostrando que ha actuado sin un temerario desprecio a la verdad. La doctrina conoce a esta causa de justificación como la relevancia de la Exceptio Veritatis (Muñoz, 2013).

La ley ha sido pertinente al mencionar que para configurar la conducta de falsa imputación de delitos, se lo haga a partir de la identificación de hechos concretos, que recaigan sobre una persona determinada.

Al respecto, dentro de la calumnia se han identificado como sus elementos, a) sujeto activo, que es la persona que emite el criterio o la falsa imputación, b) el sujeto pasivo que es la persona física o jurídica. Asimismo, la conducta de las calumnias responde a actos que se hacen con dolo, cuyo matiz es el conocimiento de la falsedad, o que la imputación se la haga con temerario desprecio a la verdad (Muñoz, 2013).

Existe también el aspecto subjetivo del delito de calumnias que en este caso es el ánimo de deshonorar al sujeto pasivo. Esto es a lo que la doctrina le llama, el animus injuriandi, cuyo planteamiento gira en torno a asumir los riesgos o consecuencias dañosas.

Se puede decir que en el delito de calumnias, es posible que figure la tentativa, en la medida en que para que se consume la calumnia es necesario que llegue a conocimiento del calumniado.

4.3.4. Código Civil

En el Código Civil se establece una institución jurídica denominada Daño Moral, la misma que protege bienes jurídicos de relevancia constitucional, en ese contexto, se prevé una sanción pecuniaria para las personas que vulneren los derechos a la honra, el buen nombre, etc.

En los presupuestos del Código Civil se establece una indemnización por daño moral por manchar la reputación, por difamar, por un procesamiento injustificado, por sufrimientos físicos y psicológicos.

Las disposiciones de los Arts. 2231 y 2232 del Código Civil contienen las siguientes reglas o normas sobre la responsabilidad e indemnización por daño moral:

Autonomía.- Las normas sustantivas específicas que regulan el derecho a la reparación por daño moral no establecen prejudicialidad para la acción por daño moral en lo civil ni disponen que la decisión del juez de lo penal será vinculante para el juez de lo civil y, por el contrario el Art. 2232 del Código Civil ha previsto la autonomía de la acción por daño moral al disponer que "dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito", están especialmente obligados a la reparación por daño moral quienes causen los hechos que establece la ley. Por tanto, la existencia del daño moral debe ser analizada y valorada por el juez de lo Civil.

Causas.- En general, generan la obligación de indemnización por daño moral las acciones u omisiones ilícitas que causen o provoquen sufrimientos físicos o psíquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. Particularmente están obligados a la indemnización por daño moral quienes incurran en los siguientes casos: que realicen imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona; que manchen la reputación ajena mediante cualquier forma de difamación; quienes causen lesiones, cometan

violación, estupro o atentados contra el pudor; provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios o procesamientos injustificados.

Ilicitud.- La acción u omisión que ha producido el daño debe ser de carácter ilícito; y, según Guillermo Cabanellas ilícito es "Lo prohibido por la ley a causa de oponerse a justicia, equidad, razón o buenas costumbres (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual).

Gravedad.- La indemnización por daño moral debe hallarse "justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta". Igualmente la doctrina enseña que "desde el punto de vista de la función compensatoria de la indemnización, resultan relevantes la intensidad de la aflicción sufrida por la víctima y el valor del bien que ha sido afectado" (Barros, 2006, p. 314).

Nexo Causal.- "La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado". Art. 2232, inc. 3ro. CC-" El requisito de causalidad se refiere a la relación entre el hecho por el cual se responde y el daño provocado. En circunstancias que sólo se responde civilmente por daños, y no por conductas reprobables que no se materialicen en perjuicios, la causalidad expresa el más general fundamento de justicia de la responsabilidad civil, porque la exigencia mínima para hacer a alguien responsable es que exista una conexión entre su hecho y el daño" (Barros, 2006, p. 373).

Según lo previsto en el Art. 2232 del Código Civil, están obligados a la indemnización por daño moral quienes "manchen la reputación ajena,

mediante cualquier forma de difamación". Al respecto, los hechos y acciones mismas, que produjeren daño en su honor, que le produjeron humillación pública y angustia constante.

Es importante recordar que los derechos protegidos en este artículo son el derecho al honor, la honra, el buen nombre, y que como lo ha establecido el principio de mínima intervención penal, mismo que describe que cuando el Derecho Civil, Derecho Administrativo no hayan tratado determinadas conductas, estarán este autorizado para hacerlo, mientras tanto no, como es el caso de las calumnias, los presupuestos tácticos están desarrollados en el daño moral del Código Civil, produciéndose un abuso y vulneración de los principios del Derecho Penal.

4.3.5. Jurisprudencia

En el Código Civil se establece una institución jurídica denominada Daño Moral, la misma que protege bienes jurídicos de relevancia constitucional, en ese contexto, se prevé una sanción pecuniaria para las personas que vulneren los derechos a la honra, el buen nombre, etc.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos a emitido su criterio respecto de la libertad de expresión, al respecto se ha pronunciado "el temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitor para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia o, como en el presente caso, publica información sobre un

funcionario público, con el resultado evidente y de valioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público.”¹⁰

A la luz del eso la Corte ha interpretado los artículos 13 y 29 Convención Americana de Derechos Humanos, al respecto ha dicho “El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...” Esos términos establecen literalmente que 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. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

¹⁰ Corte I.D.H., “Caso Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”

Al revisar la aplicación de sanciones a delitos contra el honor, la Corte Interamericana entendió que la condena era desproporcionada y que vulneraba el derecho a la libertad de expresión.¹¹ Asimismo reconoció que “la sanción penal como consecuencia de expresiones de interés público resulta incompatible con lo dispuesto en el artículo 13.3 de la Convención. Existen otros medios menos restrictivos mediante los cuales las personas involucradas en asuntos de interés público pueden defender su reputación frente a ataques infundados.”¹²

Respecto del proceso penal, la Corte ha manifestado que constituye en determinadas circunstancias un factor inhibitor tanto en la persona que sufre el proceso como en la sociedad toda Corte I.D.H. “El efecto inhibitor de la sanción penal puede generar autocensura en quien quiere manifestarse, lo cual produce prácticamente el mismo efecto que la censura directa: “la expresión no circula”; ver además’. “La potencial aplicación de una sanción penal por la crítica a un funcionario público produce o puede producir un efecto amedrentador.”¹³

Además, en el caso de Argentina, la parte más importante es lo que previo la Corte para el caso Kimel, decidió que la normativa penal argentina en orden

¹¹ " Corte I.D.H., “Caso Herrera Ulloa c. Costa Rica”, sentencia del 2 de Julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C. No. 107, disponible en: http://www.eorteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf.

¹² Corte I.D.H., “Ricardo Canese c. Paraguay”, sentencia del 31 de agosto de 2004. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 111, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf

¹³ Corte I.D.H., “Caso Palamara Iribame c. Chile”, Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 64

a la configuración de los delitos de calumnia e injurias en el Título 2 de la Parte Especial del Código Penal Argentino por su ambigüedad, amplitud, falta de precisión, taxatividad y especificidad en la descripción de las figuras de calumnia e injurias, constituye una violación flagrante al principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la citada Convención, que en el caso, permitió la indebida y desproporcionada condena penal y civil contra Kimel.

En ese sentido, la Corte señaló 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...Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado”.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

En la legislación de Nicaragua, se establece la renuncia del servidor de manera voluntaria, el despido por incurrir en una falta muy grave, por jubilación o invalidez y por fallecimiento o incapacidad permanente. En ningún momento se establece la compra de renuncia que el Estado pueda llevar a cabo, como sucede en la legislación ecuatoriana, y que esto se ha abusado en el reglamento al ser considerado obligatorio, lo que afecta la estabilidad en el sector público, hecho que no se suscita en la legislación nicaragüense.

Vamos a exponer el caso argentino, cuyo Código Penal Argentino, contempla dos formas de protección del honor, las injurias y las calumnias, con las excepciones de expresiones referidas a cuestiones de interés público, aunque la excesiva discrecionalidad deja en un margen de indeterminación de la que cosas son de interés público.

Este escenario se ha logrado gracias a cambios significativos de su legislación a raíz de que a principios de los 90, Eduardo Kimel publicó el libro “La masacre de San Patricio” relatando una investigación sobre el asesinato irresuelto de cinco religiosos católicos de la orden de los palatinos, durante la última dictadura militar. En dicho libro, el Sr. Kimel analizó, entre otras cosas, las actuaciones judiciales dirigidas a investigar la masacre. En octubre de 1991, el Juez mencionado por el señor Kimel, Guillermo Rivarola, entabló una acción penal en contra del autor por el delito de calumnia. Kimel fue condenado por la jueza Ángela Braidot como autor responsable del delito de injurias a un año de prisión, cuyo cumplimiento quedó en suspenso, con costas. En segunda

instancia, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal revocó la sentencia y absolvió al periodista. No obstante, la Corte Suprema de Justicia entendió que la sentencia de la Cámara era arbitraria y remitió la causa a otra Sala. La nueva sentencia condenó entonces al periodista por el delito de calumnia ratificando la pena (un año de prisión en suspenso y 20 mil dólares de indemnización). El recurso extraordinario federal presentado por la defensa de Kimel fue rechazado.

Por último, la reforma estableció dos casos de inexistencia de delito al establecer que no constituyen delitos las expresiones injuriosas o calumniosas referidas a asuntos de interés público y, por otro lado, las expresiones no asertivas. De esta manera, se buscó preservar la libertad de expresión frente “al avance del poder penal del Estado en el marco de una República democrática y pluralista.” No es objeto de este trabajo profundizar sobre cuál sería la correcta ubicación sistemática de la calificación de las expresiones dentro de la estructura de la teoría del delito. De acuerdo a la técnica legislativa utilizada, bien podría sostenerse que estamos ante elementos normativos del tipo penal, cuya inexistencia directamente conllevaría a la atipicidad de la conducta. Explicado de otro modo: sólo serían típicas, aquellas expresiones que lesionan el honor cuando no estén referidas a asuntos de interés público.

También podría sostenerse que la calificación de las expresiones no es una cuestión vinculada al tipo penal, sino una decisión de política criminal de excluir la penalización en ciertos casos (aquéllos vinculados a expresiones de interés público). En tal caso, estaríamos frente a cuestiones que hacen a la

culpabilidad, o, antes bien, a la punibilidad. Los efectos de una u otra decisión son notables en materia de error. En este trabajo hemos optado por entender que estamos frente a cuestiones que hacen a la tipicidad. De allí que en algunos pasajes se habla derechamente de la atipicidad de la conducta.

En la Argentina la reforma de los delitos contra el honor se estableció como una exención de responsabilidad han sido introducidas por la reforma a fin de evitar la punición de los medios de prensa en la difusión de la crónica o información periodística, respondiendo a la idea de preservar la libertad de expresión frente al avance del poder penal del Estado en el marco de una República democrática y pluralista.

De la misma forma, la CIDH en su Informe sobre la Compatibilidad del Desacato con la Convención Americana de 1994 sostuvo que: “si se consideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibitor que tienen para la libertad de expresión, la penalización de cualquier tipo de expresión sólo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que existe una amenaza evidente y directa de violencia anárquica”¹⁴

¹⁴ CIDH, ‘informe sobre la Compatibilidad de las Leyes de Desacato con la Convención Americana Sobre Derechos Humanos’. Informe Anual de 1994, OEA/Ser.L/V/II.88. dei 17 de febrero de 1995, Capítulo V.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Materiales

El material de la investigación corresponde a documentos físicos. En efecto, se procedió a elaborar un instrumento cualitativo, es decir, una entrevista con preguntas que fueron realizadas a 5 personas, profesionales del Derecho, entre abogados en libre ejercicio y docentes investigadores, todos de la ciudad de Loja.

5.2. Métodos

El método usado es el cualitativo. Las variables obtenidas refieren a las limitaciones en la protección de la libertad de expresión por parte de la normativa, especialmente del Derecho Penal, definiendo las consecuencias de la tipificación de las calumnias como infracción, así como la idoneidad de incluirla en el Daño Moral tratado por el Derecho Civil, asimismo, se busca la relevancia de la despenalización de la expresión sobre asuntos de interés público de la tipificación de infracciones penales y civiles.

5.3. Técnicas e instrumentos.

La técnica utilizada fue la entrevista. El modelo desarrollado consta en el Anexo I. Las preguntas centrales que se plantearon guardaron relación con la influencia de los siguientes factores en la libertad de expresión: a) el abuso del Derecho Penal al tipificar las calumnias; b) el efecto inhibitor que produce en los ciudadanos las penas privativas de libertad; c) la necesidad de garantizar el ejercicio de la libertad de expresión para alcanzar sociedades

democráticas; d) la protección de las expresiones sobre asuntos de interés público como puerta abierta al debate público.

6. RESULTADOS

A continuación presento los resultados obtenidos fruto de la entrevista aplicada a varios profesionales del área del derecho. Se realizaron entrevistas a 5 personas, entre ellos, tres son profesionales en libre ejercicio de la profesión, y dos de ellos son docentes investigadores de las carreras de Derecho de las universidades de la ciudad de Loja.

Los resultados presentados acá, recogen las ideas principales y los patrones generales que mostraron los entrevistados al identificar los problemas estructurales de las ideas esbozadas en la investigación.

La edad de los entrevistados oscila entre 30 y 40 años. La edad de los entrevistados permite apreciar un criterio directo sobre la aplicación de los preceptos normativos en la realidad social, así como las consecuencias sociales de tal aplicación, y la interpretación de las normas jurídicas a la luz de hechos sociales concretos.

Presentamos a continuación las ideas generales de la apreciación de los profesionales sobre los temas indagados.

6.1. Análisis e interpretación de la encuesta

Primera pregunta: ¿En el Ecuador existen limitaciones a la libertad de expresión. Una de ellas es el uso del Derecho Penal para proteger otros bienes jurídicos que entran en tensión con el derecho a la libertad de

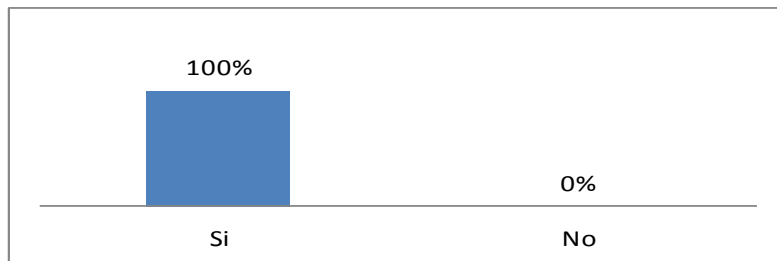
expresión. Cree qué es correcta la tipificación de las calumnias como un mecanismo para limitar el ejercicio de la libertad de expresión?

Cuadro N° 1
Tipificación de calumnias

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
Si	50	100%
No	0	0%
TOTAL	50	100%

Fuente: Encuestas
Elaborado por: El Autor

Gráfico N° 1
Tipificación de calumnias



Fuente: Encuestas
Elaborado por: El Autor

Todos los entrevistados coincidieron en los siguientes puntos: (i) consideran que la libertad de expresión en determinado momento debe ser limitada por el derecho, para que no exista la vulneración de bienes jurídicos que son de mayor relevancia. Los límites debe representar hasta qué punto las personas pueden expresarse libremente, y efectivamente determinar en el derecho las consecuencias jurídicas para quienes vulneren esos límites, (ii) la tipificación de las calumnias es idóneo en la medida en que intenta proteger el bien jurídico de la honra y el buen nombre de las personas, uno de los entrevistados menciona “si no existiera el riesgo de ser sancionado por el

delito de calumnias, las personas probablemente estarían atacándose a cada rato”.

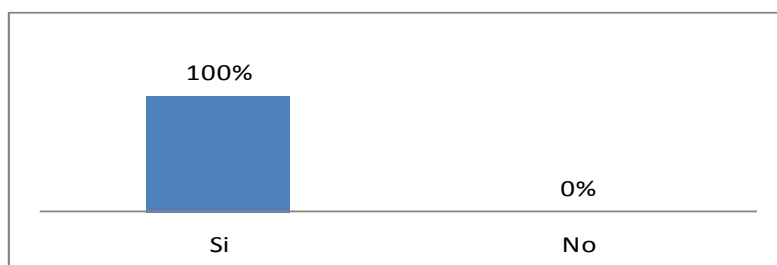
Segunda pregunta: ¿El Derecho Penal establece sanciones privativas de la libertad la infracción de calumnias. ¿Considera que la sanción privativa de libertad para las calumnias se convierte en un abuso del Derecho Penal?

Cuadro N° 2
Sanción privativa de libertad para calumnias es un abuso del Derecho Penal

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
Si	50	100%
No	0	0%
TOTAL	50	100%

Fuente: Encuestas
Elaborado por: El Autor

Gráfico N° 2
Sanción privativa de libertad para calumnias es un abuso del Derecho Penal



Fuente: Encuestas
Elaborado por: El Autor

Los entrevistados se mostraron interesados por la pregunta, llegaron a concluir que existía un abuso del derecho penal al tipificar las calumnias en orden a identificar los siguientes puntos: (i) las penas privativas de libertad no son idóneas para un tipo de justicia restaurativa y que busque la rehabilitación de las personas que cometen infracciones, (ii) la sanción de las calumnias con pena privativa de libertad esta atentando en contra de principios básicos,

como el de mínima intervención penal que dispone que el Derecho Penal será utilizado de última ratio, y se ventilarán los hechos más graves, (iii) las calumnias en un cierto punto son conductas que no representan un peligro para la sociedad y es ilógico que sea tratada por el Derecho Penal.

Tercera pregunta: ¿El ejercicio legítimo de la libertad de expresión permite que los ciudadanos expresen sus ideas y pensamientos libremente. El derecho protege a los ciudadanos para que no se atente en contra de su integridad personal, buen nombre, honor, etc., cree usted que esta misma protección deben recibir las autoridades en ejercicio del poder público?

Cuadro N° 3
Protección a la libertad de expresión para autoridades en poder público

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
Si	50	100%
No	0	0%
TOTAL	50	100%

Fuente: Encuestas
Elaborado por: El Autor

Gráfico N° 3
Protección a la libertad de expresión para autoridades en poder público



Fuente: Encuestas
Elaborado por: El Autor

Los entrevistados concluyeron que los derechos tienen una naturaleza que no es absoluta sino relativa, en esa relatividad se debe buscar el equilibrio de los derechos, o en su defecto dar a uno de ellos mayor peso que a otros. La protección de las personas mediante limitaciones al ejercicio de la libertad de

expresión es lógica, por cuanto está en concordancia con el sistema de protección de derechos que se generó en la Constitución de 2008. Las autoridades elegidas mediante los mecanismos de elección popular no deben gozar de la misma protección en la medida en que estas al ser personajes públicos y que están comprometidas con la ciudadanía, están sujetas a la fiscalización y escrutinio de esta.

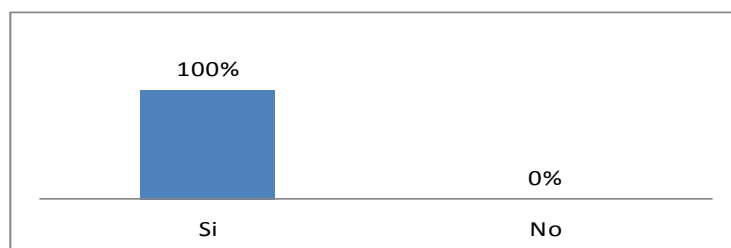
Cuarta pregunta: ¿La Corte IDH ha establecido que la libertad de expresión permite el debate público sobre asuntos de interés público. Desde esa perspectiva, ¿considera que es idóneo despenalizar la expresión de asuntos de interés público en aras de la construcción de sociedades democráticas?

Cuadro N° 4
Despenalizar la expresión de asuntos de interés público

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
Si	50	100%
No	0	0%
TOTAL	50	100%

Fuente: Encuestas
Elaborado por: El Autor

Gráfico N° 4
Despenalizar la expresión de asuntos de interés público



Fuente: Encuestas
Elaborado por: El Autor

Los entrevistados expresaron que el mejor camino para alcanzar la verdadera democracia es la construcción de espacios de debate público en donde la deliberación colectiva sea una herramienta de evaluación y aprobación de actos de las autoridades. La despenalización de la expresión sobre asuntos de interés público sería el primer paso para lograr que la sociedad pueda a través de la opinión pública permita que los ciudadanos puedan discutir temas de relevancia política y social, que busque la construcción de la democracia en su conjunto.

Quinta pregunta: El Derecho Civil sanciona al daño moral de forma pecuniaria. ¿Cree usted que bajo ese mismo precepto, se podría incluir las calumnias para que reciban una sanción puramente pecuniaria?

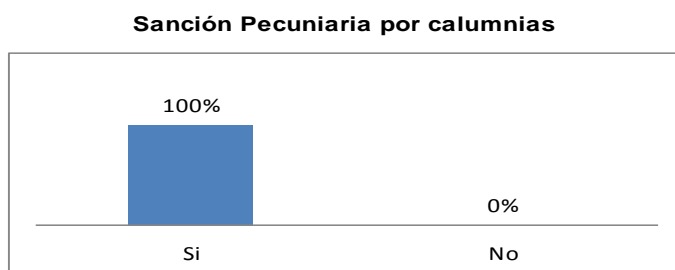
Cuadro Nº 5

Sanción Pecuniaria por calumnias

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
Si	50	100%
No	0	0%
TOTAL	50	100%

Fuente: Encuestas
Elaborado por: El Autor

Gráfico Nº 5



Fuente: Encuestas
Elaborado por: El Autor

Los entrevistados concluyeron que el daño moral ya incluye presupuestos que protegen el derecho al honor y que se sanciona de forma pecuniaria. Consideran que las calumnias deberían estar incluidas en el articulado del Código Civil, y que deberían ser sancionadas con una pena pecuniaria, por cuanto la pena privativa de libertad lo que hace es generar un efecto inhibitorio en las personas, produciéndose una censura indirecta de la opinión pública. Sugieren los entrevistados que se debería normar la exclusión de responsabilidad civil las expresiones de interés público.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

Hemos intentado cumplir con los objetivos de esta investigación. Así el objetivo general de la investigación era establecer el fundamento doctrinario, normativo y jurisprudencial en torno a la despenalización de la calumnia. Para dar cumplimiento al objetivo, se han analizado los conceptos de libertad de expresión, la calumnia, el daño moral, y el derecho al honor. Se han recogido de las doctrinas las principales ideas para dar cuenta que las calumnias no deben estar contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, sino que deben ser tratadas por el Derecho Civil, en lo concerniente al daño moral, con la exclusión de responsabilidad civil de las expresiones referentes a asuntos de interés público.

En cuanto al cumplimiento de los objetivos específicos, primeramente se analizó los postulados generales del derecho a la libertad de expresión e información en relación con el derecho a la honra y el buen nombre de las personas. En ese contexto se identificaron los conceptos de la libertad de expresión así como sus alcances y limitaciones, estableciéndose como base de la investigación que es permisible expresar opiniones referidas a asuntos de interés público, esto en aras de alcanzar un sistema democrático, en donde prime el debate público que genere un proceso deliberativo amplio y plural. Asimismo, se identificó que existía un abuso del Derecho Penal al tipificar la calumnia y hacerla objeto de penas privativas de libertad, esto está en

detrimento de las disposiciones de la Corte IDH que ha expresado que las penas privativas de libertad para acciones que representen una libre expresión de opiniones y pensamientos, producen un efecto inhibitor en las personas, produciéndose una censura indirecta en los ciudadanos, cosa que va en detrimento de la democracia.

En cuanto al objetivo específico que guarda relación con la inclusión de las calumnias en el Daño Moral tratado por el Derecho Civil, con la exclusión de responsabilidad de las expresiones referida a asuntos de interés público. En ese margen de ideas, propondremos en los siguientes apartados reformas al Código Civil y Penal, en base a las normas jurídicas superiores que estas deberían desarrollar a modo de garantía normativa.

Tanto en la Constitución, como en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, se reconoce el derecho a la libertad de expresión, que representa la forma de expresar libremente las opiniones y pensamientos, sin ningún tipo de censura.

Hay que tener presente que la Constitución no define la libertad de expresión, pero si está contenida en su redacción, para efectos de la propuesta se considerará la definición dada por el artículo 13 de la Convención Americana,

considerando como límites de este derecho, solamente los que parecen razonables¹⁵ en relación con la Convención

¹⁵ Sobre limitaciones razonables a los derechos mediante su optimización y ponderación véase Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

8. CONCLUSIONES

Una vez aplicada la investigación de campo con la aplicación de la encuesta me permito emitir las siguientes conclusiones:

Primera: 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.

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

Tercera: 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.

Cuarta: 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.

Quinta: 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.”

9. RECOMENDACIONES

Primera: Para esta alta corte, la libertad de expresión encuentra su límite en la reputación de los demás (sin que esto incluya a los funcionarios públicos) y en el orden público, concebido como un bien jurídico de sociedades pluralistas, democráticas y respetuosas del Estado de Derecho.

Segunda: Es decir, la limitación de la libertad de expresión es tolerable en la medida que garantice fines individuales y colectivos que responden a las exigencias de una sociedad liberal democrática. Ello exige evitar medidas restrictivas que pueden convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa (García & Gonza, 2007).

Tercera: El punto clave de la libertad de expresión es el debate público enfocado en la toma de decisiones colectivas que busquen la construcción de un escenario democrático que permita la participación amplia y plural de la ciudadanía en la determinación de valores comunitarios, como las políticas públicas y la exigencia de reconocimiento de nuevos derechos. El derecho a la protesta emana de la esfera de la libertad de expresión. (Vetze & Rojas: 2010)

Cuarta: De ese modo el ejercicio de este derecho permite que las personas pueden exigir a través de formas de autogobierno la modificación o anulación de acciones de las autoridades.

Quinta: La libertad de la persona significa que cada actividad individual se realiza, en principio, sin autorización previa del gobernante, pero con la condición de que no perturbe los derechos de las demás o el orden social, casos en los que surge una responsabilidad que acarrea consecuencias jurídicas. (Vetze & Rojas: 2010)

9.1. Propuesta de reforma

LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO

QUE, la Constitución de la República garantiza el derecho a la libertad de expresión en el sentido más favorable para su respeto y protección.

QUE, el derecho a la libertad de expresión debe interpretarse conforme a los estándares internacionales de derechos humanos.

QUE, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que la libertad de expresión no tiene otros límites que la reputación de los demás (sin que esto incluya a los funcionarios públicos) y en el orden público, concebido como un bien jurídico de sociedades pluralistas, democráticas y respetuosas del Estado de Derecho.

QUE, la tipificación de las calumnias en el Código Orgánico Integral Penal constituye una vulneración al principio de mínima intervención penal

En uso de las atribuciones que le confiere el numeral 6 del Art. 120 de la

Constitución de la República del Ecuador, resuelve expedir la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CODIGO CIVIL

Art. 2232.- En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación,

quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.

Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación y calumnias; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.

En ningún caso configurararán calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA: Derógase todas las disposiciones, leyes reglamentos y demás ordenamientos jurídicos que se opongan a la presente.

DISPOSICIÓN FINAL: Esta disposición entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a losdías, del mes de....., del año

f. LA PRESIDENTE

f. LA SECRETARIA

10. BIBLIOGRAFÍA

- Bertoni, Eduardo; Del Campo, Agustina, Calumnias e Injurias: a dos años de la reforma del Código Penal Argentino, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información. Universidad de Palermo, 2012.
- Cámara de Diputados de México, Calumnias, Difamación e Injurias, Estudio Teórico Conceptual, de Antecedentes, de las reformas al Código Penal Federal, iniciativa presentada, y de Derecho Comparado, Mayo, 2012.
- CELS. Implementación de la sentencia de la Corte IDH: Caso Kimel vs. Argentina
- Corte IDH, Caso Canese vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2004
- Corte IDH, Caso Kimel vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia 02 de mayo de 2008.
- Gaona Salinas, Fabiola, La malicia o Temeridad en las denuncias que desestime el Fiscal, Loja, 2003.
- Gargarella, Roberto, Teoría y crítica constitucional, Tomo II, Buenos Aires, 2008.

- Navia Franco, Diana, Libertad de Expresión en Relación con la Flonra, Intimidad y Buen Nombre de Funcionarios Públicos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ICESI, 2010.
- Muñoz Conde, Francisco, Teoría general del delito, Tercera Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2012.
- Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal Parte Especial, Décimo Novena Edición, Valencia, 2013.
- Pérez Morales, Mónica, Temas de Derecho Procesal, Universidad de Murcia.
- Sosa Baccarelli, Nicolás, Aportes para un Análisis de la Reforma de la ley 26.551 al Código Penal Argentino. Delitos contra el Honor, 2010.
- Zambrano Pasquel, Alfonso, Del Estado Constitucional al Neo constitucionalismo; el Sistema Interamericano de DD. HH. a través de sus Sentencias, Edilex, Guayaquil, 2011.

11. ANEXOS

PROYECTO DE TESIS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**“LA DEROGACIÓN DEL DELITO DE CALUMNIAS DEL COIP Y LA
INCLUSIÓN DE SU CONDUCTA EN EL DAÑO MORAL CON UNA
SANCIÓN PURAMENTE PECUNIARIA”**

PROYECTO DE TESIS PREVIA
A OPTAR POR EL GRADO DE
ABOGADO

AUTOR: MILTON QUIROLA

Loja – Ecuador

2015

1. TEMA

LA DEROGACIÓN DEL DELITO DE CALUMNIAS DEL COIP Y LA INCLUSIÓN DE SU CONDUCTA EN EL DAÑO MORAL CON UNA SANCIÓN PURAMENTE PECUNIARIA

2. PROBLEMÁTICA

La tipificación de las calumnias como un tipo penal lleva consigo muchas divergencias, tales como, la penalización de la expresión, la desproporcionada sanción por la protección de los derechos a la honra y el buen nombre, la vulneración del principio de mínima intervención penal. Tales divergencias serán abordadas en el presente trabajo de investigación en aras de proponer que las calumnias deben ser tratadas por el Derecho Civil y no por el Derecho Penal.

La penalización de la expresión se refleja en la tipificación de los tipos penales de calumnias e injurias en el Código Orgánico Integral Penal (COIP). El delito de calumnias pretende impedir que cualquier persona pueda imputar a otra persona cualquier delito sin justificación alguna. Sin embargo, tal limitación del derecho a la libertad de expresión puede hacerse por vías no penales.

La pena impuesta por la perpetración de los actos que dan lugar a la calumnia no es una media idónea, necesaria, ni razonable para limitar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y de información, y por lo tanto existe una

abierta vulneración del principio de proporcionalidad establecido constitucionalmente.

Así mismo, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano existe un abuso del Derecho Penal, si bien es cierto, este busca proteger el bien jurídico protegido del honor y el buen nombre, tal protección se la puede hacer a través del Derecho Civil, con la inclusión de la conducta del tipo penal de las calumnias en los actos que dan lugar al daño moral.

De allí la necesidad de proponer la inclusión de las conductas, que dan lugar al delito de calumnias, dentro de los actos que configuran el daño moral, sancionado puramente por el Derecho Civil.

3. JUSTIFICACION

Nuestra constitución declara al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, esto trae consigo la necesidad de velar para que los derechos constitucionales e internacionalmente reconocidos sean respetados y efectivizados de manera que se pueda alcanzar la paz social de todos los ciudadanos. La Justicia Social requiere que el Estado promueva mecanismos democráticos que permitan a los ciudadanos cambiar el régimen político, económico y jurídico en pro del bienestar colectivo.

De allí que la justificación académica de este trabajo de investigación es encontrar las pautas doctrinarias y jurisprudenciales para transformar desde la academia la visión del ámbito jurídico. El auténtico Estado de Derechos y Justicia social requiere que los estudiantes de Derecho, a través de la academia puedan proponer ideas para renovar las estructuras jurídicas.

El Estado Constitucional Impone exigencias de validez formal y sustancial al derecho positivo. De allí todo el derecho infra constitucional deba adecuarse jurídicamente a tales exigencias.

La libertad de expresión es uno de los pilares fundamentales de las sociedades democráticas. Los ordenamientos, especialmente en referencia al Derecho Penal, no deben crear figuras jurídicas que intenten vulnerar este pilar fundamental. En el actual COIP se encuentra tipificada las calumnias como delito, sin embargo, el sancionar con pena privativa de libertad a las personas que incurren en tal conducta va en menoscabo de los estándares internacionales y deriva en un abuso del Derecho Penal.

El presente trabajo de investigación responde a una necesidad social, busca profundizar en los fundamentos del derecho a la libertad de expresión dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. En cuanto quienes han sido sancionados con pena privativa de libertad por incurrir en el acto típico de calumnias-ven restringido su derecho a la libertad de expresión, en la medida en que el Derecho Penal es usado de forma indiscriminada.

4. OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Establecer el fundamento doctrinario, normativo y jurisprudencial en torno a la despenalización de la calumnia.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Analizar los postulados generales del derecho a la libertad de expresión e información en relación con el derecho a la honra y el buen nombre de las personas.
- Determinar el abuso del Derecho Penal al tipificar la calumnia y hacerla objeto de penas privativas de libertad.
- Proponer la inclusión de la calumnia en el marco de la figura del daño moral en el Código Civil cuya sanción es puramente pecuniaria.

El tipo penal de la calumnia tipificado en el actual COIP es incompatible con los estándares internacionales, específicamente con la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la libertad de expresión, asimismo es incompatible con las exigencias de un sistema democrático, la pena privativa de libertad por este delito se ha convertido en un efecto disuasorio para la opinión pública; motivos por los cuales debe ser incluida en el daño moral tratado por el Derecho Civil, con una sanción puramente pecuniaria.

5. MARCO TEORICO

El presente proyecto de investigación analiza de forma sistemática tres argumentos, desarrollados a través de un análisis de la doctrina, la normativa y la jurisprudencia existente sobre el tema, para demostrar que la calumnia debe ser tratada por el Derecho Civil mas no por el Derecho Penal, como actualmente está reglamentada en el COIP, y concluir que es necesario para las conductas que configuran las calumnias una sanción puramente civil, es decir puramente pecuniaria.

Los argumentos serán desarrollados teniendo en cuenta el concepto de libertad de expresión desarrollado por la Corte IDH en su jurisprudencia, así como el control de convencionalidad que ha ejercido en otros países de la región, como en Argentina.

La Corte IDH, específicamente en la sentencia Kimel vs. Argentina, establece las líneas en las que deben estar estructuradas las legislaciones internas de los países miembros de la CADH, todo esto, en aras de conseguir el cumplimiento de las obligaciones de los estados, adquiridas con la ratificación de los tratados de derechos humanos.

Conforme lo ha demostrado la Corte IDH en la sentencia antedicha, la presente investigación propone que la calumnia, tipificada en el art. 182 del COIP, es incompatible con los estándares internacionales en materia de

derechos humanos, se esgrime la importancia de no limitar el goce de los derechos mediante la creación de legislación que vaya en contra de la misma. Por una parte se refiere a las calumnias con contenido "de interés público" que no deben ser objeto de sanción, por cuanto vulnera el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Por otra parte, se refiere a la despenalización de las calumnias, es decir, la derogación de los códigos penales nacionales de la figura para tratarla únicamente por el Derecho Civil, específicamente dentro de las conductas que ocasionan el daño moral y son objeto de indemnización. Así mismo, se analiza la incompatibilidad de la sanción para la calumnia con un sistema de gobierno democrático. Como lo ha señalado el jurista Roberto Gargarella, en referencia a la libertad de expresión, es necesario que todos los miembros de la comunidad puedan expresar sus puntos de vista; y que tales puntos de vista puedan ser confrontados unos con otros, en un proceso de deliberación colectiva. Así, la sociedad se ve involucrada en el proceso de deliberación y la libertad de expresión para funcionar como un método de control de los gobernantes¹ En ese sentido, el tipificar las calumnias como un delito objeto de una pena privativa de libertad puede llevar consigo la restricción de un proceso de deliberación colectiva, especialmente cuando no se ha excluido de sanción a los contenidos de "Interés público"

Finalmente, se analiza el efecto disuasorio (chilling efect) que produce los procesos penales en las personas, llegando incluso a producir autocensura. La Corte IDH, en el caso Canese vs. Paraguay, respecto de la utilización del

derecho penal ha dicho “el proceso penal mismo constituye en determinadas circunstancias un factor inhibitor tanto en la persona que sufre el proceso como en la sociedad toda”¹⁸ Ello deriva abiertamente en el abuso del Derecho Penal para juzgar las conductas que dan lugar a las calumnias, siendo que el Derecho Penal debe ser utilizado de última ratio. Todo esto va en desmedro de la garantía de la libertad de expresión como un eje transversal de las sociedades democráticas. Bajo la línea de los tres argumentos mencionados, se propone la inclusión de las calumnias dentro de las conductas que dan lugar al Daño Moral sancionado por el Derecho Civil, buscando excluir de sanción los contenidos que refieran al “interés público”

6. METODOLOGIA

La metodología aplicable en esta investigación es cualitativa. Se enfatiza primordialmente en la interpretación jurídica, y por tanto, éste trabajo es documental. Usaré las distintas teorías sobre la “metodología jurídica” para definir el alcance de las normas antes citadas.¹⁶

Adicionalmente, en aras de dar cuenta del uso del lenguaje jurídico en la comunidad de abogados de la ciudad de Loja, aplicaremos una entrevista semi- estructurada, que intentará indagar en la forma como se interpretan la norma que hace referencia a la calumnia como delito.

¹⁶ Véase MINOR Salas, DEBATE SOBRE LA UTILIDAD DE LA METODOLOGÍA JURÍDICA: UNA RECONSTRUCCIÓN CRÍTICA DE LAS ACTUALES CORRIENTES METODOLÓGICAS EN LA TEORÍA DEL DERECHO, Isonomía, nro. 27, Octubre 2007, pp. 111-142.

7. CRONOGRAMA

ACTIVIDADES	AÑO 2015			
	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	DICIEMBRE	FEBRERO
Selección y definición del problema objeto de estudio. Problematización	X			
Elaboración y Entrega del Proyecto de Tesis		X		
Elaboración del marco teórico. Capítulo 1. Investigación Bibliográfica.		X		
Análisis de normas inconstitucionales. Capítulo II. Presentación y aprobación del instrumento de la investigación de campo			X	
Investigación de campo mediante aplicación de entrevistas. Capítulo III Organización de la información y confrontación de resultados con los objetivos e hipótesis Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta Jurídica de				X

8. PRESUPUESTO Y FINANCIERO

RECURSOS HUMANOS

El suscrito investigador

RECURSOS MATERIALES Y COSTOS

RUBRO/DETALLE	COSTO APROXIMADO
Copias de Material Bibliográfico	\$ 20
Internet	\$ 30
Impresiones	\$ 20
Empastados	\$ 30
Varios	\$ 30
COSTO TOTAL	\$ 130.00

FINANCIAMIENTO

El financiamiento de esta investigación será con dinero del autor de éste proyecto.

9. BIBLIOGRAFIA

- Bertoni, Eduardo; Del Campo, Agustina, Calumnias e Injurias: a dos años de la reforma del Código Penal Argentino, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información. Universidad de Palermo, 2012.
- Cámara de Diputados de México, Calumnias, Difamación e Injurias, Estudio Teórico Conceptual, de Antecedentes, de las reformas al Código Penal Federal, iniciativa presentada, y de Derecho Comparado, Mayo, 2012.
- CELS. Implementación de la sentencia de la Corte IDH: Caso Kimel vs. Argentina

- Corte IDH, Caso Canese vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2004
- Corte IDH, Caso Kimel vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia 02 de mayo de 2008.
- Gaona Salinas, Fabiola, La malicia o Temeridad en las denuncias que desestime el Fiscal, Loja, 2003.
- Gargarella, Roberto, Teoría y crítica constitucional, Tomo II, Buenos Aires, 2008.
- Navia Franco, Diana, Libertad de Expresión en Relación con la Honra, Intimidad y Buen Nombre de Funcionarios Públicos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ICESI, 2010.

ANEXOS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

ENTREVISTA DESPENALIZACIÓN DE LAS CALUMNIAS, Y LA
PROPUESTA DE INCLUSIÓN EN EL DAÑO MORAL DEL DERECHO
CIVIL, Y QUE TIENE DIRECTA RELACIÓN CON LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN

Señor profesional:

Rogamos a usted, responder la siguiente entrevista sobre la despenalización de las calumnias, y la propuesta de inclusión en el Daño Moral del Derecho Civil, y que tiene directa relación con la libertad de expresión.

1. En el Ecuador existen limitaciones a la libertad de expresión. Una de ellas es el uso del Derecho Penal para proteger otros bienes jurídicos que entran en tensión con el derecho a la libertad de expresión. ¿Cree que es correcto que la tipificación de las calumnias como un mecanismo para limitar el ejercicio de la libertad de expresión?
2. El Derecho Penal establece sanciones privativas de la libertad la infracción de calumnias. ¿Considera que la sanción privativa de libertad para las calumnias se convierte en un abuso del Derecho Penal?

3. ¿El ejercicio legítimo de la libertad de expresión permite que los ciudadanos expresen sus ideas y pensamientos libremente. El derecho protege a los ciudadanos para que no se atente en contra de su integridad personal, buen nombre, honor, etc., cree usted que esta misma protección deben recibir las autoridades en ejercicio del poder público?

4. ¿La Corte IDH ha establecido que la libertad de expresión permite el debate público sobre asuntos de interés público. Desde esa perspectiva, considera que es idóneo despenalizar la expresión de asuntos de interés público en aras de la construcción de sociedades democráticas?

5. ¿El Derecho Civil sanciona al daño moral de forma pecuniaria. Cree usted que bajo ese mismo precepto, se podría incluir las calumnias para que reciban una sanción puramente pecuniaria?

ÍNDICE

PORTADA	I
CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA.....	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN.....	IV
AGRADECIMIENTO.....	V
DEDICATORIA.....	VI
TABLA DE CONTENIDOS	VII
1. TÍTULO.....	1
2. RESUMEN.....	2
2.1. Abstract.....	3
3. INTRODUCCIÓN.....	4
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	6
4.1. MARCO CONCEPTUAL	6
4.1.1. Concepto de Libertad de expresión	6
4.1.2. Penalización de la Expresión	7
4.1.3. Concepto del derecho al honor	9
4.1.4. Concepto del daño moral	10
4.1.5. Concepto de calumnia	11
4.2. MARCO DOCTRINARIO.....	13
4.2.1. Tradiciones de la defensa de la libertad de expresión	13
4.2.2. Críticas al derecho penal.....	17
4.3. MARCO JURÍDICO	20
4.3.1. Constitución de la República del Ecuador.....	20
4.3.2. Convención Americana de Derechos Humanos	22

4.3.3.	Código Orgánico Integral Penal.....	25
4.3.4.	Código Civil	28
4.3.5.	Jurisprudencia.....	31
4.4.	LEGISLACIÓN COMPARADA	35
5.	MATERIALES Y MÉTODOS	38
5.1.	Materiales	38
5.2.	Métodos	38
5.3.	Técnicas e instrumentos.	38
6.	RESULTADOS.....	40
6.1.	Análisis e interpretación de la encuesta	40
7.	DISCUSIÓN.....	47
7.1.	Verificación de objetivos.....	47
8.	CONCLUSIONES.....	50
9.	RECOMENDACIONES	52
9.1.	Propuesta de reforma	54
10.	BIBLIOGRAFÍA.....	57
11.	ANEXOS	59
	PROYECTO DE TESIS	59
	ÍNDICE	72