

# **Derechos Humanos**

# **ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN y EL DERECHO A LA HONRA: UN ANÁLISIS DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS y LAS GARANTIAS JUDICIALES RECONOCIDAS EN LA CONSTITUCIÓN POLITICA DEL ESTADO**

Dr. Ricardo Noboa Bejarano  
Ab. Xavier Flores Aguirre

## Introducción

Pertenece al dominio público, tanto de abogados como de legos, que en los órganos de administración de justicia ecuatoriana suele existir una importante influencia de orden político. La propia Corte Suprema de Justicia que en los últimos años ha emitido varios fallos razonablemente motivados, correctamente estructurados y ajustados a derecho, no es ajena a esta lamentable circunstancia. La referida influencia sucede, principalmente, en los casos donde se ventilan asuntos de interés político, y un claro ejemplo de este tipo de caso es el relacionado con el delito de injurias cuando tanto la víctima como el denunciado son ambas personalidades públicas. Sin embargo, no se trata tan solo de un mero problema de interpretación por parte de los jueces: el problema es mayor aún en la medida en que la legislación penal ecuatoriana en esa materia específica es tan deficiente como una crónica, y no concuerda con los estándares internacionales que han sido desarrollados en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

Todo ello ha motivado la redacción de este artículo jurídico, el cual inicia con algunas ideas previas relacionadas con los principios generales que regulan la materia de las garantías constitucionales para analizar en seguida el tratamiento que en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos han recibido las leyes penales de injurias, y luego analizar la lógica interpretación que debe realizarse de

la garantía contenida en el artículo 82 del Código Penal. Como corolario, constan algunas conclusiones sobre los asuntos estudiados.

### Ideas previas

Uno de los pocos debates propiamente jurídicos -pues la mayoría fueron políticos- de interés llevado a cabo durante la Asamblea Constituyente del año 1998 fue el concerniente a los derechos, garantías y deberes constitucionales. En el Capítulo 1 intitulado "Principios Generales" del Título III de la Constitución Política del Ecuador (CPE), intitulado, propiamente, "De los derechos, garantías y deberes", fueron incorporadas, como consecuencia de las fructuosas ideas debatidas, algunas modernas concepciones sobre la aplicabilidad de los derechos humanos y la responsabilidad del Estado. El objetivo de tales normas era permitir que la CPE se constituya como un eficiente fundamento para el ejercicio de los derechos cuya enunciación la propia CPE realiza, en lugar de ser una *convidada de piedra* de la práctica jurídica, usualmente citada sin razón y cuyo ámbito de aplicación es mínimo, tal cual ha sido (y de hecho, aún es) aciaga costumbre. Entre las normas *in comento*, fue incorporado a la CPE el artículo 18, en cuyo inciso primero se establece la aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías constitucionales por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad; en el inciso segundo, fue consagrado el principio "pro-garantía" que expresa la obligación de las autoridades de realizar, en materia de derechos y garantías constitucionales, la interpretación que sea más favorable a la efectiva vigencia de éstas. En el tercer inciso se estableció la condición de "operativas" de las normas relativas a los derechos y garantías constitucionales, es decir, que en caso de falta de ley, esta circunstancia no puede ser alegada como justificación para la violación o el desconocimiento de los derechos constitucionales. En el último inciso, se consagró el principio que las leyes no pueden restringir los derechos y garantías constitucionales. El artículo 17 CPE expresa que el Estado se obliga a garantizar a todos sus habitantes "sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes". Son términos muy amplios, y vale destacar en ellos la importancia que le otorgan al ámbito internacional, cuya jerarquía supra legal es señalada en los artículos 163 y 272 CPE. En el Capítulo 11 del mismo Título denominado "De los

derechos civiles", principalmente en el artículo 24, fueron consagradas varias e importantes garantías judiciales. Para efectos de este artículo, destacaremos de entre éstas, la incorporación de las normas que sirven a la protección del ciudadano de los abusos de la autoridad, la garantía de la sustanciación de un juicio justo, la disposición favorable al estado de libertad por encima de su pérdida y la promoción de la reinserción social del sentenciado. En este sentido fueron redactados los numerales 2 y 3 del artículo 24 CPE que expresan:

Art. 24.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

2. En caso de conflicto entre dos leyes que contengan sanciones, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación fuere posterior a la infracción; y en caso de duda, la norma que contenga sanciones se aplicará en el sentido más favorable al encausado.

3. Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones. Determinará también sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, de conformidad con la naturaleza de cada caso, la personalidad del infractor y la reinserción social del sentenciado.

Las normas citadas sirven como marco de referencia para la elaboración de los análisis jurídicos expuestos a continuación.

La libertad de expresión en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

Consideraciones generales sobre el derecho a la libertad de expresión

En los últimos años el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos mediante la jurisprudencia constante de sus órganos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington, D.C., EE.UU., y la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, con sede en la ciudad de San José de Costa Rica, han realizado inteligentes interpretaciones relacionadas con el derecho a la libertad de expresión, y en específico, con el delito de injurias!. *Grosso modo*, sobre la libertad de expresión, la Corte Interamericana ha señalado que tal libertad "constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo.,2. Así también, la Corte ha sido enfática en señalar que "la Convención Americana es más generosa en su garantía de la libertad de expresión y menos restrictiva de este derecho que las disposiciones pertinentes de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y que el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos"3. Esta afirmación de la Corte ubica el baremo de la protección a la libertad de expresión dentro del Sistema Interamericano en un sitio muy elevado.

El artículo 13 de la Convención Americana establece: 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. El artículo 14 de la Convención Americana, por su parte, regula el derecho de rectificación o respuesta.

Cf. Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No 74, § 152. En ese párrafo la Corte cita como antecedentes el caso "La Última Tentación de Cristo" y varios casos de la Corte Europea. Cf. Corte LD.H., Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros). Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No 73, § 69; Eur. Court H.R., Handyside Case, judgement of 7 December 1976, Series A No 24, § 29; Eur. Court H.R., The Sunday Times case, judgement of 26 April 1979, Series A No 30, § 59 Y 65; Eur. Court H.R., Barthold judgement of 25 March 1985, Series AN090, § 55. Corte LD.H., La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No 5, § 50.

3

Más aún, la Corte ha entendido que la libertad de expresión se halla compuesta por dos dimensiones, claramente interrelacionadas entre sí. Así, en el caso "La Última Tentación de Cristo" vs. Chile, la Corte Interamericana señaló que

[e]n cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social<sup>4</sup>.

En ese mismo caso, la Corte destacó la relevancia de ambos aspectos al señalar que "ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y expresión en los términos previstos por el Artículo 13 de la Convención". En relación con la dimensión individual, la Corte expresó con claridad que

"[esta dimensión] no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerla llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles"<sup>6</sup>

Mientras que en tomo a la dimensión social, en la misma sentencia estableció que

"Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de

<sup>4</sup> Cf. Corte LD.H., Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros). *Supra* nota 2, § 74.

Cf. Corte LO.H., Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros). *Supra* nota 2, § 67.

<sup>6</sup> Cf. Corte LO.H., Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros). *Supra* nota 2, § 65.

ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otros su punto de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer las opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia"<sup>7</sup>

Ya en la Opinión Consultiva sobre la colegiación obligatoria de los periodistas, la Corte había señalado la lógica interrelación entre ambas dimensiones, en los siguientes términos:

Quando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo el derecho de ese individuo está siendo violado, sino también el derecho de todos a 'recibir' informaciones e ideas ... 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 ajenos

#### Consideraciones específicas sobre **el delito de injurias**

Ahora bien, en relación específica con el delito de injurias, a diferencia de las amplias consideraciones expresadas en materia de

<sup>7</sup> Cf. Corte LD.H., Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros). *Supra* nota 2, § 66.

<sup>s</sup> Cf. Corte LD.H., La colegiación obligatoria de periodistas (Art. 13 Y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Supra* nota 3, § 69. En esta opinión consultiva la Corte resolvió, de manera concluyente, que las normas que obligan a la colegiación de los periodistas son contrarias a la Convención Americana, pues son violatorias del derecho a la libertad de expresión. Esta opinión de la Corte fue emitida el año 1985, hace ya casi veinte años. Es decir, un asunto que aún en fechas recientes ha suscitado polémica (y que aún está consagrado en nuestra legislación en la "Ley sobre Ejercicio Profesional del Periodista") ya fue resuelto por el tribunal interamericano en el sentido indicado. En consecuencia, en el evento de que la norma de colegiación obligatoria llegue a aplicarse en perjuicio de alguno de los periodistas no titulados, a pesar del respaldo jurídico dentro de la legislación interna, tal situación estaría en capacidad de ser sometida al conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que se responsabilice al Estado por la violación del derecho a la libertad de expresión de tal persona.

libertad de expresión, la Corte Interamericana no ha tenido la oportunidad de pronunciarse aún al respecto<sup>9</sup>. Sin embargo, no es difícil llegar a la conclusión, que dentro del Sistema Interamericano, la concepción de la penalización de las injurias y las calumnias es violatoria del derecho a la libertad de expresión en la medida en que dicha penalización infringe tres de los límites que la Convención Americana ha establecido para la imposición de restricciones en relación con el derecho *in comento*. Así, en primer lugar, tanto la tipificación como la penalización de la difamación no son necesarias en una sociedad democrática; en segundo lugar, esa sanción es desproporcionada para la infracción cometida; y, en tercer lugar, la tipificación y la penalización de la difamación constituyen un medio indirecto de restricción a la libertad de expresión. Al respecto, conviene destacar de manera sucinta cuatro principios relacionados con los referidos delitos acerca de los cuales la Comisión Interamericana ha expresado sus consideraciones. Estos son: 1) principio de distinción de personas públicas y asuntos de interés público y personas y asuntos de interés privado; 2) principio de aplicación de sanciones civiles en casos de personas públicas o asuntos de interés público; 3) principio de aplicación del estándar de la "real malicia"; 4) principio de la inversión de la carga de la prueba.

1) Principio de distinción de personas públicas y asuntos de interés público.

Al respecto, la Comisión Interamericana en su informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y las normas de la Convención Americana, dejó claro que

"en una sociedad democrática, las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas -y no menos expuestas- al escrutinio y la crítica del público. La necesidad de que exista un debate abierto y amplio, que es crucial para una sociedad democrática, debe abarcar necesariamente a las personas que participan en la formulación o la aplicación de la política pública. Dado que estas personas están en el centro del debate

<sup>9</sup> Vid., sin embargo, *infra* las consideraciones en torno al caso de Ricardo Canese dentro del Sistema Interamericano.

público y se exponen a sabiendas al escrutinio de la ciudadanía, deben demostrar mayor tolerancia a la crítica

## 2) Principio de aplicación de sanciones civiles.

Asimismo, la Comisión en el Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión del año 2000, fue enfática al señalar que en casos de injurias emitidas por personas públicas o con ocasión de asuntos de interés público, solo cabe la aplicación de sanciones de índole civil. Así, la Relatoría para la Libertad de Expresión consideró que

"La obligación del Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales al honor y la reputación mediante acciones civiles y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta. En este sentido, el Estado garantiza la protección de la vida privada de todos los individuos sin hacer uso abusivo de sus poderes coactivos paraprimir la libertad individual de formar opinión y expresarla "11

## 3) Principio de aplicación del estándar de la "real malicia".

Así también, la Comisión ha realizado pronunciamientos en torno al estándar de la real malicia, y ha expresado que éste debe aplicarse para la eventual determinación de responsabilidades en los casos de protección del honor de los funcionarios públicos o personas públicas. Al respecto, en el informe citado en el párrafo anterior, el Relator especial sostuvo que

<sup>10</sup> Cf. Informe sobre compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Capítulo IV, apartado C, § 3, en: Comisión LD,H" Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994. OEA/Ser.L/V /11.88, Doc. 9 rev.,17 de febrero de 1995, Capítulo V, La legislación ecuatoriana, en contraste, establece una mayor nivel de protección en los casos que involucren a las autoridades, Cf, artículo 490 numeral 3 y 493 del Código Penal ecuatoriano,

<sup>11</sup> Cf. Comisión LD,H" Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2000. OEA/Ser.L/V /11,111, Doc, 20 rev" 16 de abril de 2001, Capítulo 11 "Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión", § 45, La Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión fue aprobada por la Comisión Interamericana durante su 108° período ordinario de sesiones en octubre del año 2000, En contraste, la legislación ecuatoriana establece sanciones penales que varían entre un máximo de tres años hasta un mínimo de 15 días, Cf, artículos 491-495 del Código Penal.

"[e]ste principio [se refiere al Principio 10 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión] establece el estándar de la real malicia como ordenamiento legal a ser utilizado en la protección del honor de los funcionarios públicos o personas públicas. En la práctica, dicho estándar se traduce en la imposición de sólo sanciones civiles en aquellos casos en que exista información falsa y producida con real malicia, es decir, producida con la intención expresa de causar un daño, o con pleno conocimiento de que dicha información era falsa, o con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas"<sup>12</sup>

#### 4) Principio de la inversión de la carga de la prueba.

La Comisión Interamericana ha emitido también criterios en torno a la obligación por parte de quien se considera afectado por una información falsa o inexacta de demostrar la malicia del autor de la afirmación. En el citado informe del año 2000 de la Relataría para la Libertad de Expresión, ésta sostuvo que

"[l]a carga de la prueba recae sobre quienes se sienten afectados por una información falsa o inexacta demostrando que el autor de la noticia procedió con malicia"<sup>13</sup>.

#### El caso de Ricardo Canese vs. Paraguay

Como fue señalado *supra*, la Corte Interamericana no ha tenido oportunidad de pronunciarse en torno a las injurias y las calumnias. Sin embargo, cabe indicar que un caso relacionado con este asunto fue presentado por la Comisión Interamericana ante la Corte en el año 2002<sup>14</sup>. Se trata del caso de Ricardo Canese vs. Paraguay, cuyas circunstancias fácticas eran que Canese, en calidad de candidato a la presidencia de la

<sup>12</sup> *Ibidem*, § 46. En contraste, ninguno de los artículos de la legislación ecuatoriana que tratan sobre la injuria establecen otros patrones que no sean de carácter meramente objetivo para la determinación de la responsabilidad penal.

<sup>13</sup> *Ibidem*, § 46. En contraste, dado el carácter objetivo de la determinación de la responsabilidad penal por injurias en la legislación ecuatoriana, es innecesario que el presunto afectado por la injuria pruebe que el autor de la misma actuó con malicia.

<sup>14</sup> Cf. Comunicado de Prensa No 44/02, "CIDH concluye 116° período de sesiones", § 4.

República en 1992 había cuestionado la integridad e idoneidad del otro candidato a esa misma magistratura, Juan Carlos Wasmosy, quien habría sido, según Canese, el prestanombre del ex dictador Alfredo Stroessner a través de una firma comercial en un negocio. Como consecuencia de esas declaraciones, Canese fue hallado responsable del delito de difamación e injurias y le fue impuesta una sanción de cuatro meses de prisión y multa. El caso fue llevado a la Comisión Interamericana, y ésta luego de resolver sobre el fondo del asunto con la consideración de que existían violaciones al derecho a la libertad de expresión, decidió elevarlo a la Corte Interamericana. Antes de que este tribunal decida, la Corte Suprema de Justicia de Paraguay decidió conocer nuevamente el caso, y en un hito que constituye un ejemplo a seguir en el ámbito de la protección a la libertad de expresión para los Estados parte en la Convención Americana, determinó que

"De lo expuesto podemos afirmar que: De conformidad al nuevo ordenamiento positivo nadie puede ser condenado penalmente por afirmaciones de esta naturaleza, en temas de interés público, que involucren a funcionarios o personas públicas -el caso de un candidato a la Primera Magistratura de la República- aunque dichas afirmaciones pudieran afectar el honor o la reputación de estos.

[ ... ]

Si se admitiera la solución del inc. Sto. del Art. 151 del Código Penal se estaría violentando gravemente el Art. 13 de la Convención Americana de los Derechos humanos"IS.

15 Cf. Corte Suprema de Justicia de Paraguay. Acuerdo y Sentencia número 1360.

Asunción, 11 de diciembre de 2002, en: Comisión I.D.H., Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2000. Capítulo 111. "Jurisprudencia", B. "Jurisprudencia doméstica de los Estados miembros", 1.c. "Incompatibilidad de sanciones penales", § 91. Puede hallarse en la dirección electrónica: <http://www.cidh.org/Relatoria/Spanish/InformeAnual/InfAnRel02/CapIII2002.htm# 20>. El artículo 151 del Código Penal paraguayo contenido dentro del Capítulo VIII "Hechos punibles contra el honor y la reputación" establece lo siguiente: Art. 151.- Difamación: 1 ° El que afirmara o divulgara, a un tercero o ante éste, un hecho referido a otro, capaz de lesionar su honor, será castigado con ciento ochenta días-multa. 2 ° Cuando se realizara el hecho ante una multitud o mediante difusión de publicaciones conforme al artículo 14, inciso 30, o repetidamente durante un tiempo prolongado, la pena podrá ser aumentada a pena privativa de libertad de hasta un año o multa. 30 La afirmación o divulgación no será penada cuando sea dirigida confidencialmente a una persona allegada o cuando, por su forma y contenido, no exceda los límites de una crítica aceptable. 4 ° La afirmación o divulgación no será penada cuando, sopesando los

En todo caso, es altamente probable que la Corte Interamericana, debido a que el caso fue resuelto *motu proprio* por el Estado paraguayo mediante la sentencia citada ya cuando el tribunal era competente para resolver sobre el caso, decida emitir en sentencia que reconozca el allanamiento efectuado por el Estado paraguayo alguna opinión que sirva de orientación en la materia, tal como lo ha efectuado en anteriores ocasiones como por ejemplo en el caso Barrios Altos vs. Perú, en el cual el Estado peruano presentó su allanamiento y la Corte, dentro de la sentencia que reconocía ese hecho, se permitió realizar algunas consideraciones jurídicas pertinentes al caso, en específico acerca de la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana y sobre el derecho a la verdad y las garantías judiciales en el estado de derecho<sup>16</sup>.

#### Algunas consideraciones finales

Finalmente, a manera de resumen de las opiniones vertidas en relación con el delito de injurias en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, conviene citar la "Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión" aprobada por la Comisión Interamericana durante su 108° período ordinario de sesiones en octubre del año 2000, cuyo principio 10 establece:

10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo

intereses y el deber de averiguar. On que incumba al autor de acuerdo con las circunstancias, se tratara de un medio proporcional para la defensa de intereses públicos o privados. 5° La prueba de la verdad de la afirmación o divulgación será admitida sólo cuando de ella dependa la aplicación de los incisos 3° y 4°. 6° En vez de la pena señalada, o conjuntamente con ella, se aplicará lo dispuesto en el artículo 59.

<sup>16</sup> Cf. Corte LD.H., Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros), Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No 75, §§ 41-49.

noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia: en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.

A mayor abundamiento, la Comisión emitió el 16 de abril de 2001 una "Interpretación de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión" donde expresó que:

El tipo de debate político a que da lugar el derecho a la libertad de expresión e información generara, indudablemente, ciertos discursos críticos e incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o están íntimamente vinculados a la formulación de la política pública. Las leyes de calumnias e injurias son, en muchas ocasiones, leyes que en lugar de proteger el honor de las personas son utilizadas para atacar o silenciar el discurso que se considera crítico de la administración pública. La Comisión Interamericana ha expresado que la penalización de las expresiones dirigidas a los funcionarios públicos o a particulares involucrados voluntariamente en cuestiones relevantes al interés público es una sanción desproporcionada con relación a la importancia que tiene la libertad de expresión e información dentro de un sistema democrático.

Con los antecedentes expuestos, queda evidenciado el criterio que existe en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos acerca del delito de injurias, que es diametralmente opuesto a los artículos del Código Penal que en el Estado ecuatoriano regulan la materia.

#### La garantía del artículo 82 del Código Penal

. Si la incorporación al derecho interno de los criterios vertidos en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos le son ajenas a la gran mayoría de jueces ecuatorianos, parecería ser que también le son esquivas las garantías constitucionales establecidas en los artículos 18 y 24 de la Constitución vigente que disponen la directa e inmediata aplicación de las mismas, en aplicación de la interpretación que favorezca a su efectiva vigencia y el absoluto respeto a las normas del debido proceso. Para este análisis, estudiaremos la garantía establecida en el artículo 82 del Código Penal.

En efecto, es criterio generalizado entre los jueces de instancia que esta garantía solo puede ser aplicada si el sindicado la alega durante la instancia y el respectivo juez la dispone en sentencia. La citada norma legal dispone:

Art. 82.- En los casos de condena por primera vez, si es causada por delito sancionado con una pena cuyo máximo no exceda de seis meses de prisión correccional o por un delito al que solo se aplique multa, los jueces podrán ordenar en la misma sentencia que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión se fundará en el criterio respecto de la personalidad integral del condenado, la naturaleza del delito y las circunstancias que lo han rodeado, en cuanto puedan servir para apreciar dicha personalidad. Los jueces requerirán las informaciones que crean pertinentes formar criterio". (Las negrillas son nuestras.)

Esta institución se conoce en doctrina como "condena condicional" y Eugenio Cuello Calón en su "Derecho Penal" la ubica dentro de los "medios propuestos para sustituir las penas cortas de prisión" y sobre ella expresa:

[L]a idea inspiradora de esta institución se halla en la apremiante necesidad de sustraer a los efectos corruptores de las penas cortas de prisión, cuya breve duración les impide realizar una obra de reforma, a los delincuentes no desprovistos de moralidad que delinquen por vez primera .....su rasgo esencial consiste en la suspensión de la pena .....serán condiciones indispensables para suspender el cumplimiento de la condena: primera que el reo haya delinquirido por primera vez .... segunda que no haya sido declarado en rebeldía .... tercera que la pena consista en privación de la libertad cuya duración no exceda de un año<sup>17</sup>.

y así es, en efecto. La naturaleza de la condena condicional tiene que ver con la poca peligrosidad del delincuente y está más allá de las rígidas formalidades que tienen que ver con el "cuándo" se la pide o "hasta

<sup>17</sup> Cf. Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Editora Nacional, México 1948), Pág. 726.

Sobre la tercera condición, expuesta *in fine* de la cita, nuestra legislación establece que la privación no debe exceder de seis meses.

cuándo" se la puede conceder. Sin embargo existen en la redacción del artículo 82 ciertos elementos que han hecho pensar a nuestros jueces que la aplicación de la condena condicional es de naturaleza claramente restrictiva. Así, por ejemplo, cuando la norma dice que los jueces "podrán ordenar en la misma sentencia" los juzgadores entienden que poseen la facultad de suspender (o no) los efectos del fallo, y que además tienen que hacerlo dentro del mismo fallo y no después, con lo cual se produce una grave afectación de los derechos del acusado. Si a ello le agregamos el criterio de que la aplicación de la garantía no procede de oficio sino previa alegación del reo, tendremos que llegar a la conclusión de que un derecho que tiende a mantener el estado de libertad de una persona no peligrosa se convierte, debido a una inadecuada aplicación de la ley penal, en una graciosa concesión del juzgador que la concede siempre que se la alegue dentro de la instancia, como si se tratase de un proceso civil donde el juzgador no puede dar al actor "más de lo que se pide" ni al reo más de lo que se excepciona. Pero no nos estamos refiriendo a un proceso civil, ni están en juego asuntos patrimoniales. Nos referimos a un proceso donde se juzga la peligrosidad de un potencial delincuente y su grado de participación en el ilícito. Y siendo así, la primera garantía que debe aplicarse es la presunción de inocencia en virtud de la cual toda persona es inocente hasta que por sentencia ejecutoriada se declare su culpabilidad. Siendo así, ¿como pretenden los jueces que, en la primera instancia de un proceso penal el acusado que alega su total inocencia, en subsidio pida la aplicación del Art. 82? Durante la instancia el acusado se preocupa de defender su inocencia, de probada, de luchar por su sobreseimiento o absolución; y, en caso de ser sentenciado entonces sí podrá utilizar los recursos que le franquea la ley y a través de un recurso horizontal de ampliación del fallo o de apelación, obtener la aplicación de la condena condicional. Inclusive nos atreveríamos a sostener que la garantía debería aplicarse *ex officio*, no solo porque la Constitución sostiene en el artículo 18 que las garantías constitucionales son directamente aplicables, sino porque el propio artículo 82 indica que los jueces requerirán las informaciones que crean pertinentes para formar criterio", con lo cual se tiene que, al tratarse del juzgamiento de una infracción que no merece más de seis meses de prisión correccional, un buen juzgador debería, si el Ministerio Fiscal o el acusador particular no han aportado las pruebas pertinentes, aplicar de oficio la condena condicional y suspender la aplicación de la pena. Esto no es otra cosa que la aplicación del principio *iura navit curia* que la

propia Corte Interamericana lo ha entendido en el sentido "que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aún cuando las partes no las invoquen expresamente"<sup>18</sup>. En este punto, nuestro criterio incluso llega a sostener que una sentencia puede encontrarse ejecutoriada, pero antes de su ejecución podría el acusado presentar todos los elementos para que el juez analice la suspensión de la pena, y si se reúnen los requisitos legales, debería el juez suspender el cumplimiento de la misma. No se trata de reformar la sentencia, la cual ha quedado firme e inamovible. Se trata, eso sí, de aplicar directa e inmediatamente una garantía o derecho (consagrado, en el artículo 18 inciso primero) que no puede ser restringido en su ejercicio por una ley secundaria (artículo 18 inciso cuarto) cuya interpretación debe favorecer su vigencia (artículo 18 inciso segundo) y que apunta a aplicar una sanción alternativa a la pena de privación de la libertad, de conformidad con la naturaleza del caso, la personalidad del infractor y su reinserción social (artículo 24 numeral tercero). Con respecto a que el artículo 82 del código Penal dice que solo puede ordenarse la suspensión en sentencia, vale indicar que, en efecto, eso dice, pero no indica que *solo* en sentencia se podrá suspender la pena. Con los criterios expuestos en la Constitución cabe perfectamente que el juzgador, en interpretación conjunta de la ley penal y la norma constitucional, suspenda la aplicación de las penas cuando el caso así lo amerite, y con ello se abstenga de causarle al reo más perjuicios que aquellos que naturalmente le causa el procesamiento al que fue sometido.

### Conclusiones

Una breve lectura de los artículos relacionados con el delito de injurias conducen a la conclusión que la legislación ecuatoriana en la materia es contraria a los postulados internacionales elaborados al respecto, tanto en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, del cual Ecuador forma parte, como de otras entidades internacionales, vg. la Corte Europea de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

<sup>18</sup>Cf. Corte LO.H., Caso Cantos, Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No 97, § 98; Corte LO.H., Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros, Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, § 107; Corte LD.H., Caso Durand y Ugarte, Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, § 76; Corte LO.H., Caso Castillo Petruzzi y otros. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, § 166; Corte LO. H., Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, § 172.

La CPE actual establece que en su artículo 17 que el Estado se obliga a garantizar a sus habitantes el libre ejercicio de los derechos humanos establecidos "en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes". Las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las Declaraciones emitidas, para la materia del delito de injurias, por parte de la Comisión Interamericana, deben obligar al Estado a la modificación de su anacrónica legislación, y son "directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad" en función de lo expuesto en el artículo 18 inciso primero CPE, y por tanto, cualquier persona que enfrente un procedimiento penal de injurias puede hacerla valer dentro del procedimiento. Más aún, cuando en el artículo 163 CPE puede leerse que las normas contenidas en los tratados o convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía", y por tanto, las normas de la Convención Interamericana y la jurisprudencia que de ellas realiza su intérprete autorizado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>19</sup>, deben primar por encima de las actuales leyes penales de injurias.

Vale entonces hacerse la pregunta: ¿algún juez ecuatoriano, al resolver un caso controvertido que involucre figuras públicas del país ha incorporado a su análisis las normas elaboradas por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos? ¿Se ha puesto a estudiar si debe prevalecer la libertad de expresión por sobre el derecho a la honra? ¿Ha analizado a profundidad si el equilibrio del poder político y público entre los contendientes enervaba la posibilidad de tipificar la conducta del supuesto ofensor como punible? Nos atrevemos a afirmar que no. Lo tradicional, es que nuestros jueces de instancia, al momento de resolver estas delicadas situaciones se inclinen más por un análisis simple, que interpreta de manera gramatical el significado de una palabra o de una frase aislada, fuera de todo contexto: esta es una

<sup>19</sup>El artículo 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece: " Art. 1. Naturaleza y Régimen Jurídico.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de las Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto.

generalidad que no admite duda y tan solo unas cuantas (y honrosas) excepciones.

Que a nuestros jueces les falta formación académica, eso no constituye ninguna novedad. . Que los jueces no aplican criterios modernos, provenientes de una necesaria actualización jurídica de la cual un magistrado responsable debe preocuparse, también es verdad. Y finalmente, que tienen miedo a perder su puesto si, en ocasiones, toman una decisión difícil, que deja de lado compromisos extra-judiciales, para que la responsabilidad de la toma de tal decisión corresponda a un juez de instancia superior, a pesar de que ello signifique, en ocasiones, la privación de la libertad de un ciudadano, es también muy cierto. Y estos hechos, muy probablemente, han conducido a nuestros jueces, sobre todo a los jueces penales, a mantener con la Constitución Política una relación fría y lejana, sin que amerite no tanto una cita en sus fallos como la aplicación de las importantes garantías que en ella se consagran. Y menos aún cabe esperar de los juzgadores que tomen en consideración las normas del derecho internacional de los derechos humanos.

En definitiva, este artículo pretende publicitar, en resumidas páginas, tanto una teleológica manera de entender las garantías constitucionales en el caso del artículo 82 del Código Penal, como una manera distinta de entender lo concerniente al delito de injurias, con fundamento en los lúcidos avances realizados en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, pues a lo largo de estas páginas, se ha hecho evidente que en Ecuador la legislación en la materia no corresponde a estándares existentes en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos que el Estado ecuatoriano, debido a su ratificación de varios compromisos internacionales (principalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos) está obligado a respetar. No se puede esperar que sean los jueces quienes *motu proprio* decidan la aplicación de los nuevos estándares de protección constitucional e internacional; es evidente que ellos no lo harán. Somos los abogados quienes, con la debida exigencia de los derechos consagrados en tales estándares, tenemos la obligación de iniciar la batalla para hacer efectiva su aplicación en el curso de los procedimientos en que nos sea dado actuar en defensa de los intereses de nuestros defendidos.