

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Trabajo de fin de carrera titulado:

“EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN FRENTE AL
DERECHO A LA HONRA Y BUENA REPUTACIÓN EN EL
ECUADOR DESDE LA ÓPTICA DEL SISTEMA
INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN LOS
ÚLTIMOS CINCO AÑOS”

Realizado por:

GERARDO ESTEBAN MORALES MONCAYO

Como requisito para la obtención del título de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR

QUITO, FEBRERO DE 2011

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, Gerardo Esteban Morales Moncayo, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido previamente presentada para ningún grado o calificación profesional; y, que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normativa institucional vigente.

.....
Gerardo Esteban Morales Moncayo

DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación de fin de carrera, titulado:
EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN FRENTE AL DERECHO A LA
HONRA Y BUENA REPUTACIÓN EN EL ECUADOR DESDE LA ÓPTICA DEL
SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN LOS ÚLTIMOS
CINCO AÑOS

Realizado por el alumno:
GERARDO ESTEBAN MORALES MONCAYO

Como requisito para la obtención del título de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR
Ha sido dirigido por el profesor

Ab. Salim Zaidán
Quien considera que constituye un trabajo original de su autor.

.....

Ab. Salim Zaidán
Director

Los profesores informantes
Dr. Diego Beltrán Bastidas; y,
Dr. Iván Larco
Después de revisar el trabajo escrito presentado,
lo han calificado como apto para su defensa oral ante el tribunal examinador.

Dr. Diego Beltrán Bastidas
INFORMANTE

Dr. Iván Larco
INFORMANTE

Quito, 10 de Febrero de 2011

Agradecimientos.-

A mis Padres que no solo me han dado la vida sino la luz de guía en mi corto andar.

A mis hermanos que con su querer han impulsado mis pasos.

Dedicatoria

El ser humano es el resultado de un cúmulo de vivencias que llegan a convertirlo en el hombre que es, por ello, esta tesis la dedico a todos aquellos que han formado parte de mi vida y han fijado el norte que guía mi camino.

En especial, dedico este trabajo a mis padres, a mi hermana y a mi recordado hermano.

RESUMEN

El derecho a la libertad de expresión está dotado de una particularidad que lo distingue de los demás, el presentarse como un mecanismo para permitir una manifestación democrática.

Es aquello justamente lo que lo ha situado como un blanco de ataques permanentes por parte de Gobiernos opresores que procuran aislar a la población de información que nutra su criterio e incentive el debate. Es aquella una de las formas utilizadas por algunos gobernantes para elevar sus índices de popularidad o mantenerlos, o simplemente para evitar que llegue a conocimiento ciudadano cualquier posible caso de corrupción.

A su vez, el abuso en la creación de normas penales, una inadecuada técnica legislativa y la falta de correspondencia de la ley con los principios básicos del derecho penal, entregan una fórmula para reprimir el derecho a la libertad de expresión.

Tal es el caso de las injurias proferidas a la autoridad donde colisiona evidentemente la libertad de expresión frente al derecho a la buena reputación, ambos derechos fundamentales que requieren protección, razón por la que este estudio pretende entregar herramientas para una solución adecuada del conflicto, procurando evitar cualquier intento represivo de la libertad de expresión o dando una reparación efectiva de quien ha sido víctima del abuso de este derecho y se ha lesionado ilegítimamente su reputación.

ABSTRACT

The right to freedom of expression has a peculiarity that distinguishes it from others; it presents as a mechanism which allows a democratic expression.

That is the reason because it has been set as a target for of constant attacks by oppressive governments that seek to isolate the population of information that nurtures and encourages the debate. That is one of the common ways used by some governments to raise or keep their popularity, or just for hide any case of corruption.

In turn, the abusive creation of criminal law, an inadequate legislative technique and the mismatch of the law with the basic principles of criminal law, delivers to any government a formula to suppress the right to freedom of expression and consequently injures the democratic system.

Such is the case of the insults directed to the authority, where clearly collides freedom of expression against the right to a good reputation, both fundamental rights that need to be protected, that is why this study aims to provide tools for a proper resolution of this conflict, seeking to avoid any attempt to repression of the freedom of expression or providing effective remedies for those who have been victims of an abuse of that right and been unlawfully injured in their reputation.

Resumen Ejecutivo

El derecho a la libertad de expresión, ha sido concebido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela como “...piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática¹”, esto demuestra por tanto que al tratarse de un Estado constituido en democracia deba cuidar con especial mesura uno de los derechos en que se ha cimentado. Es justamente aquella característica la que lo hace blanco de represiones por parte de los distintos Gobiernos que dirigen su atención a acallar a sus opositores, no permitir el ingreso a la información pública, imponer penas desmedidas e innecesarias a fin de legalizar una sanción a quienes hacen uso de este derecho.

Si bien es cierto este derecho se presenta como blanco primordial y común de ataque de cualquier Gobierno, no es menos cierto que existen individuos que disfrazan sus conductas bajo el derecho a la libertad de expresión y que manteniendo otros fines aprovechan de la amplia protección otorgada a sus titulares para mantener impune la violación de otros derechos.

El conflicto se produce cuando por una parte la tendencia² de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos está dirigida a una protección indebida e incluso sobreprotección de quienes hacen uso de este derecho y del otro lado, quienes reciben un ataque en su reputación fruto de una presunta libertad de expresión están imposibilitados de reclamar judicialmente por las barreras de protección que impone el sistema interamericano de derechos humanos.

El sistema penal ha sido utilizado como el arma de Gobiernos represores, pues en base al poder punitivo que le ha sido entregado se procura evitar la

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Párr. 131.

² La referida tendencia está enmarcada en el rango de tiempo al que se ha sometido este estudio.

generación de debate sobre sus acciones y decisiones, se pretende ocultar a la población los actos que se realizan, así como el manejo de información y de fondos públicos, todo ello amparado por ciertas figuras penales permite al Estado perseguir a quienes intenten conocer su accionar o lo cuestionen. Es ésta la necesidad de realizar un estudio que clarifique la posibilidad de hacer uso de la vía penal, que explique las repercusiones de una represión de este tipo, que haga notar la importancia del Juez garantista y que en fin, evite trasgresiones a los derechos humanos.

Otra de las razones que permite la persecución a los opositores del Gobierno, es que la Ley penal establece como “formas de reparación” la sanción pecuniaria y la restricción de la libertad ambulatoria, es decir, encarcelamiento y multa, agregando la respectiva indemnización por los daños provocados que se presentan como una especie de aliciente para la víctima.

La necesidad de analizar estas formas de reparación radica en que se sitúen verdaderos modos de restauración del derecho vulnerado (buena reputación) y no sanciones que sirvan a los intereses del Gobierno de silenciar a sus críticos.

Por otro lado encontramos que si efectivamente se ha abusado del derecho a la libertad de expresión el afectado tendría la dificultad de la referida sobreprotección o protección indebida a los titulares de este derecho, lo que provoca una falta de tutela judicial efectiva y abona el campo para vulneración de derechos como la intimidación y la buena reputación. Lo referido actúa como un fenómeno “dominó” donde todos los comunicadores, a pretexto de hacer uso de su ultragarantizado derecho a la libertad de expresión, desarrollan una clara intromisión y trasgresión a otros derechos, razón por la que se requiere una clarificación respecto a las fronteras de la libertad de expresión.

En este trabajo se evidenciará la existencia de imprecisiones conceptuales manejadas en jurisprudencia ecuatoriana e incluso carencia de conceptos en el ámbito interamericano lo que provoca también una inadecuada comprensión en el derecho bajo estudio, lo que a su vez, genera una indebida aplicación de los conceptos doctrinales, jurisprudenciales (tanto de fuente nacional como interamericana) e incluso legales. Ello hace necesario demarcar el contenido del derecho en análisis para con ello entender correctamente su

ámbito de aplicación, sus delimitaciones, sus fines, su espacio de acción y las formas en que se traduce de una manera válida.

Son diversos los criterios conceptuales que se han desarrollado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y como uno de los fines del derecho es propender hacia la unificación en el manejo de los conceptos y las instituciones jurídicas, este estudio pretende incursionar en la árida tarea de diseccionar, diferenciar, contrastar, evidenciar posibles errores y contradicciones, hasta culminar con conceptos claros y debidamente fundamentados que carezcan de cabos sueltos o que debiliten su cimentación. Todo ello permitirá un manejo adecuado tanto de los parámetros para tratamiento del derecho a la libertad de expresión, cuanto de los hechos acaecidos que lleguen a conocimiento del juzgador y que requieren de una comprensión completa y adecuada de la teoría para su consiguiente aplicación práctica.

La jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se estudiará en este análisis, ha esgrimido parámetros para tratamiento de conflictos donde se encuentra inmerso este derecho humano (libertad de expresión), los cuales necesariamente deben ser tomados en cuenta no solo porque nuestro país sea parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también porque nuestra Constitución reconoce y ordena la aplicación de los tratados que contengan derechos humanos más favorables que los contemplados en nuestra carta magna; en consecuencia, la omisión de estos criterios deben ser tomados en cuenta a fin de evitar que se declare la responsabilidad internacional del Ecuador por violentar los derechos humanos.

En la actualidad, la fuerza opositora al Gobierno del Economista Rafael Correa Delgado mantiene como una de sus críticas al Presidente, que éste desarrolla todo tipo de actos para reprimir la libertad de expresión, por lo que el interés de este estudio es separar criterios dogmáticos carentes de un sustento jurídico que repunte su validez y con ello esgrimir teorías suficientemente fundadas para la generación de un razonamiento jurídico adecuado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana por medio de su Relatoría Especial para la libertad de expresión, han generado también

criterios para aplicación y resolución de conflictos entre el derecho a la libertad de expresión y otros derechos de igual o tal vez mayor importancia, pero aquellos parámetros entregados no obstan un estudio crítico en su creación que posiblemente por la sobreprotección o protección indebida de este derecho provoquen un desamparo a otros derechos e incluso lleguen a atacar al principio de igualdad ante la Ley, derecho a la tutela judicial efectiva, entre otros.

Son justamente los conceptos y expresiones entregadas por lo órganos del sistema interamericano de protección a los derechos humanos, los que hacen posible un estudio de contrastación con el tratamiento nacional que se da a los hechos en que se ha presentado un conflicto entre libertad de expresión y otro u otros derechos, razón por la que es necesario también analizar a profundidad la pertinencia, concreción y armonía de las manifestaciones presentadas con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su espíritu de protección.

La difusión de preceptos inadecuados o que no guarden armonía con la Convención, provocará que estos parámetros sean aplicados en las jurisdicciones de los Estados parte e incluso en otras donde se los refiera, es decir, se producirá una evidente mala aplicación de los derechos que terminará por transgredir y desamparar a otros derechos humanos, por tal motivo es necesario iniciar el estudio esclareciendo y unificando conceptos a fin de determinar si ciertos criterios del sistema interamericano son adecuados y deben o no aplicarse.

A partir de lo manifestado, realizar disquisiciones sobre cada derecho en conflicto para diferenciar sus espectros de aplicación debidamente, dotará de un manejo adecuado y debido que permita realizar una fundamentación armónica con el respeto y garantía a los derechos humanos.

Distintos órganos nacionales e internacionales, leyes, jurisprudencia, instrumentos internacionales y variada doctrina proponen conceptos diversos, contradictorios entre sí, con sus mismas leyes e incluso jurisprudencia, es decir, se carece de una armonía conceptual, que es hacia donde está dirigido este estudio para facilitar su manejo y dotar de mayor seguridad a los beneficiarios de estos derechos.

Al crearse una norma penal, el legislador no toma en consideración los principios básicos del derecho penal que deben servir como directrices para una correcta y adecuada determinación. El observar aquello permitiría que no se produzca una sobrecarga normativa en este ámbito tan delicado del derecho (y que requiere de un tratamiento más minucioso) y que se impongan penas por conductas que no merecen ser consideradas penalmente.

Esto sucede en el caso de la libertad de expresión donde los Gobiernos interesados en reprimirla, a pretexto de la protección de otros derechos como la buena reputación de las autoridades, imponen sanciones severas para quienes atenten contra la majestad dañando su reputación y, basados en esta producción irrestricta de normas punitivas que termina por lesionar injustificadamente a otros derechos humanos. En esto radica la necesidad de análisis y estudio de la libertad de expresión contenida en el Art. 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos desde la perspectiva del Sistema interamericano, del derecho penal y de la técnica legislativa.

Estas tres perspectivas permitirán conocer si la legislación existente en una nación no quebranta los criterios de defensa y resguardo a los derechos humanos, particularmente a la libertad de expresión, si la normativa penal contiene fines que justifiquen la necesidad de su acción e imposición y, si la técnica legislativa empleada en la formulación de un enunciado jurídico o ley es apropiada para la protección de un derecho y la sanción del infractor del derecho.

A su vez se deberá analizar si responde a criterios de proporcionalidad que no hagan injusta la sanción impuesta pues aquello demostrará que tal articulado legal termina por quebrantar injustamente un derecho. Esto porque, si bien por regla general el infractor debe recibir una sanción, esta debe ser suficiente, necesaria y proporcional al daño causado, lo contrario provocará que se castigue por una conducta que no merecía una pena tan grave; terminando por provocar daños al infractor, que no merecía recibir.

Acorde con lo anterior veremos que la pena de restricción a la libertad de tránsito en un sistema penitenciario como el ecuatoriano no hará que el infractor considere el daño que ha provocado, pues estará muy ocupado tratando de evitar que le quiten la vida en la cárcel, no enfermarse, buscar formas para continuar pagando por la “protección” a la

que a pesar de no haber sido consultado sobre si desea recibirla, de todas maneras deberá pagar si desea sobrevivir en esta.

Habrà que preguntarse entonces, si el infractor merece este tipo de sanción en un caso donde colisiona el derecho a la libertad de expresión contra el derecho a la buena reputación, es decir, donde se ha quebrantado la buena reputación. Habrà que considerar las repercusiones generadas para el individuo y para la sociedad por este tipo de sanción, pues si se trata de un afamado periodista caracterizado por la realización de valiosos análisis que aportan a la sociedad, al debate político y a la reflexión, el encarcelarlo generaría efectos adversos a los lectores que perderán esta valiosa opinión lo que configuraría una restricción innecesaria a la libertad de expresión, peor aún si se impone una pena desmesurada.

Por lo tanto, no solo se requiere de un análisis de la norma atendiendo a sus componentes generalmente constituidos, sino más profundo tocando todos sus elementos y procurando analizar que tipo de sanción se impone a quien desarrolle la conducta considerada como delito, ya que a partir de ella se puede disfrazar la intención estatal de restringir la libertad de expresión de sus detractores.

En todo caso y como veremos en este estudio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aceptado como admisible la sanción penal, pero antes de proceder a ella existen parámetros que el Juez debe considerar, tales como si la norma cumple con los requisitos que la califican como una norma apta para protección y que no deja abierta la posibilidad de abusar de ella procurando fines de quebrantamiento de derechos. Luego de analizar la norma deberá observarse la conducta desarrollada por el infractor, donde se tocará aspectos como el dolo que según la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es ineludible atender a éste y tomarlo en cuenta como la base de toda posible sanción.

Aquello nos lleva a otro aspecto, la dificultad de la prueba del dolo, ¿Cómo demostrar al Juez que un comunicador no tenía la intención de quebrantar el derecho a la buena reputación sino únicamente el de informar u opinar? En aquel momento concurre una duda sobre la aplicación del parámetro interamericano que se traduce en la siguiente

pregunta: ¿Debe aplicarse de manera forzosa la teoría interamericana del dolo en los casos donde está de por medio la libertad de expresión?

Si es indudable la dificultad para demostrar el dolo con el que ha procedido un individuo, será aún más difícil en este tipo de conflictos lo que conducirá a una divergencia: A quien ha sido realmente afectado por un uso abusivo del derecho a la libertad de expresión y que a consecuencia solo pretende una reparación, se le negará el derecho a la tutela judicial efectiva porque no le ha sido posible demostrar el dolo, es decir, la intención clara e inequívoca de dañar la reputación haciendo uso del derecho a la libertad de expresión como vehículo de disfraz y canalizador de sus acciones.

Esto requerirá apartarse en cierta forma del sistema interamericano para entrar en la órbita del derecho penal, sus aspectos, sus teorías, sus consideraciones y las que los doctrinarios han analizado al respecto, buscando otras salidas que demuestren que el dolo no es una figura tan simple y científica, que contenga la posibilidad de una fácil demostración. Aquel estudio permitirá observar las clases de dolo que podrían ser aplicados al caso, las figuras contingentes en el derecho penal para reemplazar la necesaria aplicación del dolo y proceder a sancionar a quien ha lesionado un bien jurídico protegido.

Aquello no denota intenciones de favorecer a la sanción, pues la perspectiva penal nos permitirá observar que hay también la posibilidad de atender a otras figuras y a otros elementos del delito que permitirán excusar el accionar del periodista que no pretendía dañar la reputación de alguien sino informar sobre un suceso, opinar, dar a conocer su pensamiento, etc. Es decir, el estudio penal actuará en colaboración con los razonamientos deducidos por la Corte Interamericana buscando entregar la solución más adecuada que haga posible la protección de la libertad de expresión y evite a consecuencia de ella, desproteger los derechos posiblemente lesionados.

El derecho penal nos permitirá entender la forma de análisis de la conducta y una parte de interesante de ello, es que no solo entregará elementos que pueden ser aplicados exclusivamente en este ámbito, sino también en los ámbitos civiles, pues contendrá consideraciones de gran validez y utilidad para analizar este tipo de conflictos.

Todo esto no tendrá mayor trascendencia si los operadores de justicia no atienden a este tipo de análisis, pautas y fuentes, ni se comprende que el Estado ecuatoriano y particularmente la normativa imperante, ya no está conformada únicamente por la Constitución, sus demás normas inferiores y los instrumentos internacionales debidamente ratificados, la gama de derechos, garantías y enunciados jurídicos se ha ampliado de tal manera que hace aún más delicado el accionar del Juez. Esto se justifica por el espíritu extremo garantista de nuestra Constitución, que procura una preponderancia de la justicia y los derechos frente al legalismo.

Dentro del análisis de la sanción, sea en un proceso civil, penal o administrativo, deberemos observar la efectividad de las medidas de reparación y la efectividad de la sanción, esto, porque al provocar un daño a un derecho lo más importante en nuestro considerar es su restauración, mas no la sanción que el Estado tenga a bien imponer de manera desazonada e injustificada.

Esta falta de razón y justificación a la que hacemos referencia, no solo es capaz de generar daños desproporcionados al infractor, sino que no demuestra ningún interés por la víctima de la infracción, por lo que la sanción no tiene un fundamento de coherencia donde se procure reparar al individuo que sufrió los daños, tomando acciones que conduzcan a aquello y que no se dirijan exclusivamente a la imposición de una restricción de la libertad del trasgresor.

De esta manera el Juez no solo podrá estar en la capacidad de ordenar la prisión y el pago de una multa, deberá también dirigir sus actuaciones hacia esta reparación efectiva de la víctima, de lo contrario, dejará latente la lesión pensando que el trasgresor reconsiderará su accionar por el solo hecho de estar encarcelado.

La actuación judicial deberá comprender la necesidad de su intervención, la justificación del poder que le ha sido entregado, que no está orientado a la mera orden de encarcelamiento de un individuo, sino que además de la sanción que deba aplicar, debe buscar aplacar los daños generados, esbozar todas las medidas necesarias para procurar restaurar la condición de la víctima, caso contrario, la labor del Juez no tendrá mayores beneficios para la sociedad y de quienes acuden a él en busca del respeto a sus derechos.

Partiendo de las ópticas interamericana y penal analizaremos la viabilidad de la acción penal, si ésta resulta lesiva a los intereses de protección de los derechos humanos y si persigue fines que justifiquen su existencia, pero en caso contrario se deberá contemplar la posibilidad de otra vía que permita la sanción y reparación de los daños causados por la extralimitación en el uso del derecho a la libertad de expresión y entregue las garantías que requiere un derecho tan importante.

En caso de constatarse que la acción y norma penal constituyen una violación a los derechos humanos, habrá que analizar la urgencia de adoptar medidas legislativas que eviten una sanción al Estado ecuatoriano y principalmente que detengan las violaciones existentes a causa del uso de una norma contradictoria a la Convención Americana.

De considerarse necesario el adoptar medidas legislativas, estas deberán estar enmarcadas en los instrumentos internacionales que traten sobre este derecho y en las fuentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana que cimienten las pautas de resguardo al derecho y tracen la línea de acción por la que debe optar el legislador a efectos de realizar una reforma legal.

En la formulación de medidas legislativas deberá considerarse un procedimiento sencillo, ágil y eficaz, es decir, que sea capaz de obtener los resultados para los que fue creada la acción, caso contrario no se salvará la problemática acaecida y permanecerán las lesiones provocadas.

Este estudio permitirá constatar la ineludible necesidad de protección de la libertad de expresión pero contrastará a la vez, la imposibilidad de desproteger a otros derechos frente a este derecho y en consecuencia el imperativo de una norma legislativa que delimite las fronteras del derecho, desarrollando los discursos susceptibles de protección, el amparo a las formas en las que es expresado y, en fin todas las condiciones necesarias para recalcar el forzoso respeto que debe existir entre uno y otro derecho y, entre sus titulares.

La valía de un estudio no está en realizar un profundo análisis dogmático, radica en realidad en materializar la posibilidad de aplicación de los razonamientos expuestos, en

proponer medidas prácticas que direccionen hacia un camino de verdadero respeto y garantía a los derechos humanos, donde no se los tome en cuenta como una plataforma política, una forma más de proselitismo, un conjunto de argumentos grandilocuentes elaborados para fines imposibles de cumplimiento.

Es esta la dirección que se presenta en la temática bajo análisis al dotar de la mayor cantidad posible de herramientas no solo para los reclamantes del respeto de un derecho sino para los encargados de analizar la variada gama de conflictos que se suscitan, es decir, edificar construcciones conceptuales a partir de bases bien estructuradas, dotadas de un contenido no solo teórico sino además de las vías prácticas que permitan canalizarlas a la realidad.

Todo esto permitirá saber si una crítica ha lesionado la buena reputación de la autoridad, si es inevitable sancionarla penalmente, si ésta sanción es adecuada, si el proceso común dota de garantías de protección a la libertad de expresión por su particular importancia, si la réplica y/o rectificación sirven de medida suficiente de reparación y son capaces por tanto de subsanar los daños ocasionados, así como qué requisito debe cumplir la autoridad judicial para proceder a imponer una sanción, qué parámetros debe seguir y qué debe justificar al momento de su resolución, qué tipo de discursos debe proteger, recalcar la importancia de la libertad de expresión y también de los demás derechos, si es necesario determinar y viabilizar soluciones factibles para los conflictos suscitados, formas de reparación pertinentes partiendo de principios básicos y dirigiendo sus fines no a una mera compensación a la víctima, sino a lograr en la mayor medida posible una atenuación de la repercusión del daño.

En síntesis este estudio está dirigido a enmendar vacíos, armonizar criterios y entregar instrumentos útiles para solventar de manera práctica, las complicaciones que genera el choque entre derechos de esta importancia. Buscando armonía entre los derechos desarrollaremos márgenes de protección para la libertad de expresión, que estén bien constituidos y que con ello destierren intentos de opresión y soberbia de cualquier Gobernante, demostrando a la sociedad las posibles violaciones que se generen, fruto de actos y de aplicación de leyes manifiestamente violatorias de los derechos humanos, pero también entregando las soluciones tanto estatales como individuales para quienes

se han visto en el lastimoso caso de la represión estatal por causa de un pensamiento divergente.

ÍNDICE DE CONTENIDO

Introducción.....	1
Capítulo I: Definiciones previas	
1.1 Libertad de expresión, pensamiento e información	3
1.2 El Honor y la buena reputación	9
1.3 Derechos a la rectificación, respuesta y réplica	14
1.4 Importancia de los derechos en estudio para un sistema democrático y para la sociedad en general	17
Capítulo II: Los límites de la libertad de expresión	
2.1 El abuso del derecho a la libertad de expresión	23
2.2 Discursos protegidos por el derecho a la libertad de expresión	28
2.3 Tipos de críticas permitidas en ejercicio de la libertad de expresión	32
Capítulo III: El artículo 493 del Código Penal ecuatoriano	
3.1 Norma penal en blanco y norma penal amplia	39
3.2 Adecuación de las conductas que abusen del derecho a la libertad de expresión	44
3.3 Adecuación del Art. 493 del Código Penal a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos	50
Capítulo IV: Análisis de la reparación efectiva en medidas no penales	
4.1 Satisfacción del daño a la buena reputación mediante una reparación de tipo económica	57
4.2 Efectividad de los derechos a la rectificación, réplica y respuesta	60
4.3 Efectividad de la sanción penal como modo de reparación del derecho a la buena reputación	64

Capítulo V: De la actuación de los operadores de justicia.

5.1 Necesidad de determinar previamente	
Responsabilidades ulteriores	68
5.2 Adecuación de sus actuaciones a los Convenios Internacionales	71
5.3 De la reparación efectiva ordenada	
Mediante sentencia	72
 Conclusiones	 77
Recomendaciones	83
Bibliografía	87

Introducción.-

La persistente conflictividad entre Gobierno y los titulares del derecho a la libertad de expresión, así como los abusos que se suscitan entre ambos actores, hacen necesaria una delimitación del derecho a fin de frenar por un lado su uso abusivo y por otro, las restricciones injustas que a pretexto de actuar en defensa de otros derechos terminan por censurar la libertad de expresión.

A su vez la amplitud del derecho a la libertad de expresión y los demás derechos de los que se considera está contenido, tales como el derecho a la información, libertad de pensamiento y libertad de opinión, denotan su necesidad de protección para coadyuvar en la manutención de la armonía social y del sistema democrático, pero también requieren una delimitación clara del espacio de acción y frontera de salvaguarda de cada derecho a fin de que no se desampare o afecte a otros derechos por la protección absoluta de la libertad de expresión.

Este estudio pretende esclarecer vacíos y contradicciones, fijar los límites que no pueden ser traspasados por la libertad de expresión, que en caso de hacerlo se imponga sanciones razonables y necesarias que justifiquen su existencia respecto a la reparación del bien lesionado. De esta manera iniciaremos por fijar las bases del estudio es decir, nos limitaremos a definir los temas sobre los cuales trataremos en el presente estudio, para poder pasar a la reflexión sobre los demás aspectos referidos pero ya con una cimentación conceptual adecuada.

Los métodos aplicados en este estudio no solo se limitan a los conocidos deductivo y analítico, también pretende enfocarse en los aspectos jurisprudenciales dados en nuestra nación y en aquellos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano que actuará con

trascendente importancia en nuestro análisis, ya que mediante el uso de la analogía presentaremos los parámetros de salvaguarda para la libertad de expresión frente al accionar de los titulares del derecho y los órganos nacionales llamados a respetarlo, criticaremos con razonamientos lógicos su pertinencia, efectividad e incluso armonía con el espíritu de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por tal motivo, la estructura de este estudio está dibujada de una manera secuencial y coherente donde posterior a la definición de los conceptos básicos, se determinará todo lo atinente a los límites a la libertad de expresión y las restricciones aceptables. Delineado aquello deberemos pasar a analizar la norma penal ecuatoriana para concluir si se ajusta a los parámetros dados por la Corte Interamericana y correlativamente revisaremos la efectividad de las formas de reparación o reclamo y sanciones impuestas a quienes atentan a la buena reputación. Finalizaremos pues, con la obvia necesidad de introducir este estudio en la órbita de los operadores de justicia, revisando su accionar y observando sus obligaciones respecto a los derechos humanos.

El trabajo culminará con las respectivas conclusiones devenidas de cada capítulo estudiado y con las recomendaciones que permitan materializar en la práctica la diversa teoría desarrollada respecto a la libertad de expresión.

CAPÍTULO I

DEFINICIONES PREVIAS

1.1 Libertad de expresión, pensamiento e información.-

Toda elaboración sistemática intelectual requiere un puntal de inicio, que siempre debe ser la conceptualización de aquellos temas que van a ser discutidos, o sobre los cuales se piensa levantar una estructura dogmática. En consecuencia, consideramos la necesidad de iniciar por definir con la mayor precisión posible las raíces o cimientos conceptuales de este trabajo, sin los cuales no habría sentido realizar argumentación de ningún tipo, pues estaríamos divagando con diversas ideas que al final resultarían inconsistentes con la naturaleza misma del tema tratado.

La libertad de expresión según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. (...) Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora ejercer sus opciones esté suficientemente informada.³”. A su vez y continuando con los criterios del referido Tribunal, se ha definido a la libertad de expresión diciendo que “(...) 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.⁴”. Conceptos que a partir de la jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han sido citados de manera repetitiva para fundar sus decisiones sobre la importancia del respeto de la libertad de expresión y del

³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

⁴ Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 112, 113 y 116.

rol que éste derecho cumple en la sociedad. Sin embargo, no pasa de ser una configuración no muy precisa respecto a la definición de la libertad de expresión, una conformación dogmática que confunde la conceptualización con argumentos concernientes a la importancia del derecho, respeto, protección y reiteración acerca de su actuar como base de un sistema democrático.

De todas maneras, aquellas diversas manifestaciones que sobre el tema ha realizado la Corte, nos guían a precisar una definición respecto a la libertad de expresión, donde en primer lugar deberemos referir la libertad de pensamiento, que nuestra Constitución en el numeral 6 del artículo 66 reconoce.

Al respecto cabe preguntarse, ¿Qué es el pensamiento? Más allá de deducciones filosóficas y siguiendo al Profesor Gregorio Badeni, tendremos al pensamiento como:

“...la actividad intelectual del ser humano consistente en el ejercicio de la facultad del espíritu que le permite concebir, percibir, razonar, deducir o inferir conclusiones para arribar, consciente o inconscientemente, al conocimiento de un objeto material o inmaterial determinado⁵”.

Por tanto deducimos que se trata de una labor intelectual interna que un individuo desarrolla en base a lo que sus sentidos han percibido y el análisis que a su interior ha realizado. Ayudados del concepto previo, diremos que la libertad de pensamiento se enmarca justamente en aquella facultad que tiene toda persona de desarrollar ideas, analizarlas, sintetizarlas, juzgarlas o en general considerarlas, en el sentido que quien las desarrolla, cree adecuado o correcto.

Tal proceso, no tendría valor o al menos podemos decir que no sería conocido y posicionado en el espacio de ideas que fluctúan en el mundo, sin su necesaria consecuencia, la expresión de las ideas, es decir, una vez desarrollada la actividad intelectual el sujeto procede a exteriorizar los resultados de la misma, entregando a la sociedad sus ideas fruto de un trabajo intelectual. En tal forma llegamos al segundo concepto necesario para este trabajo, la expresión, que es justamente la exteriorización al

⁵ Tratado de Derecho Constitucional, Editorial La Ley, Segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2006, Tomo I, P. 609.

mundo material de las conclusiones obtenidas por la persona que efectuó tal labor cerebral; y, la libertad de expresión inquiera de igual manera, en la posibilidad de manifestar aquellas ideas a quien considere pertinente hacerlo.

Asemejando a la libertad de expresión con la seguridad jurídica, diremos que se trata de aquel sentimiento de certeza interna respecto a la inexistencia de consecuencias por la exteriorización de mis ideas enmarcadas en los límites de este derecho. En tal sentido, la libertad de pensamiento debe existir también en el momento anterior a su manifestación, por ejemplo: X, quien vive bajo los lineamientos de un Gobierno dictatorial, al momento de expresar sus consideraciones sobre los hechos vividos en tal lugar, prefiere guardárselas para sí mismo, porque conoce que no existen las garantías necesarias para expresar sus ideas y a su vez conoce las consecuencias perjudiciales que le acarrearía manifestarlas.

Casos actuales en el Ecuador son los que han vivido los periodistas Carlos Vera y Jorge Ortiz, que por su ideología, modo de expresarla y consideraciones políticas manifiestas, han sido desplazados de los espacios televisivos donde laboraban y a los cuales se les había entregado una valiosa labor profesional.

En el primer caso, Carlos Vera, fue separado del Canal Ecuavisa, por las diversas expresiones vertidas, día tras día, en contra del Gobierno del Presidente Rafael Correa Delgado. En el segundo caso, Jorge Ortiz, se vio obligado a dimitir, ya que por su posición crítica al Gobierno de Rafael Correa, prefirió renunciar para no ser un obstáculo en la autorización de la venta de Teleamazonas (según lo manifestó en su último programa de “La hora de Jorge Ortiz”).

Observamos que en ambos casos se produjo una restricción a la libertad de expresión de manera indirecta, porque la salida de ambos periodistas de los canales de televisión donde laboraban, se debía a que se configuraron como asiduos detractores del Gobierno de Rafael Correa. Más adelante haremos un análisis sobre los momentos en los que se ha hecho uso de la libertad de expresión y aquellos en los que se han traspasado los límites naturales de este derecho.

Ahora bien, conforme a los conceptos definidos, deberemos diferenciar a las libertades, de expresión y de opinión; así ambos términos, debemos entender, no son conceptos símiles o

que pueden utilizarse como sinónimos, pues la primera solamente refiere la manifestación o exteriorización de ideas. La opinión en cambio, requiere hacer una consideración más profunda, para lo cual me ayudaré nuevamente del Profesor Badeni quien nos lo explica de la siguiente manera:

“La línea del pensamiento individual está determinada por infinidad de factores internos y externos, de valores y significados, de datos subconscientes y conscientes. Tales factores, cuya dinámica se manifiesta como reacción frente a un problema, culminan en una solución o conclusión individual a la cual se denomina opinión⁶”.

En síntesis, la opinión es la valoración final y subjetiva, que un sujeto hace respecto de una determinada cosa, material o inmaterial, es decir, conlleva ya, una tendencia valorativa. Se debe tomar en cuenta que la opinión conlleva dos momentos, el primero que al igual que el pensamiento se da internamente, pues el sujeto requiere realizar un juicio interno que lo conllevará al segundo momento, el exteriorizar la solución final de aquel juicio y que se configurará nuevamente en la expresión de opinión.

Con ello la simple manifestación de ideas se configura en expresión de pensamientos, mientras que la manifestación de un constructo de ideas se transforma en expresión de opinión (percepción, análisis, comparación, asimilación de conceptos, investigación y los demás procesos intelectuales que construyen un conjunto de ideas elaboradas de una manera más profunda, precisa o “científica” procurando una metáfora más adecuada).

El derecho a la información, ha sido definido por la Constitución del Ecuador en su Art. 18 numeral 1, como el derecho a “Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información (...) acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general...⁷”.

Como vemos, el derecho a la información contiene varios derechos en sí mismo, entre los que tenemos: El derecho a informar; el derecho a recibir información y la consecuencia de este último, el derecho a buscar información. Pero denotamos que existe una falencia en el

⁶ Op. Cit, Tratado de Derecho Constitucional.

⁷ No ha sido incluida en la cita lo que respecta a la veracidad y aquellos demás aspectos porque se tratará sobre ellos más adelante.

enunciado que presenta la Constitución, pues se reconoce un derecho a la información, pero se lo delimita solo a “los hechos, acontecimientos y procesos de interés general”.

En aquel punto observamos un grave inconveniente, que se produce en cuanto a la relatividad del concepto “interés general”, el cual conlleva una subjetividad paradójica que limita a la discrecionalidad judicial la acepción del concepto de interés general.

Éste es justamente el problema constantemente suscitado en la violación de derechos humanos en el caso de la libertad de expresión, pues al no estar taxativamente determinado ¿Qué se entiende por interés general?, un Juez podrá considerar que el caso de Natalia Emme, donde se vio implicada la esposa del Fiscal General del Estado Dr. Washington Pesantez, es un caso de interés privado, donde solo a los implicados interesa todo aquello que respecta a aquel suceso y sus consecuencias judiciales, consecuentemente los reporteros que informen a la nación sobre aquellos sucesos, no estarían protegidos por el derecho a la información, porque según un posible criterio judicial, en realidad se trata de un reportero que está dando a conocer hechos de interés particular o individual, que nada interesan a la colectividad, por ende los reporteros deberán ser sancionados por tal conducta.

Aquello configuraría una violación a los derechos humanos y la consecuente declaratoria de responsabilidad internacional del Ecuador por tal actuar, pero esto lo analizaremos en el capítulo pertinente de este trabajo.

Continuando con el tema en tratamiento, pasaremos a distinguir la información de la opinión. Para ello es necesario definir la información, la cual consideramos es un conjunto de datos que organizados y procesados forman un mensaje sobre un determinado hecho o fenómeno. El derecho a informar recae por tanto, no solo en los medios de comunicación sino en toda persona que conoce de un hecho y desea expresarlo para conocimiento de otros sujetos.

A partir de la definición entregada, entenderemos que cuando se hace referencia a dar a conocer un hecho, es decir, informar, no se puede modificar el hecho en sí mismo, porque no es susceptible de alteración alguna, ni en perjuicio ni beneficio, pues los hechos deberán ser expuestos con sujeción a la realidad, de la manera más precisa y objetiva posible.

Hemos planteado tal postulado, porque el derecho a la información se ejerce a fin de dar a conocer otros hechos, que por su naturaleza no pueden ser alterados en ninguna forma, pues el permitir aquello a pretexto de obtener mayor rating, o ventas, configuraría una información inexacta o ajena a la realidad. Es decir, se tratará de una expresión deformada de hechos, que no guarda correspondencia con la realidad y que por su forma conllevan al receptor del mensaje a creer en la existencia de hechos equivocados o simplemente inexistentes, provocando la trasgresión de otros derechos fundamentales como se analizará en posteriores capítulos.

Finalmente, vale resaltar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha manifestado la existencia de dos dimensiones en el derecho a la libertad de expresión, una individual y otra social que se explica de la siguiente manera:

“En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber:

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.⁸”

A partir de nuestros conceptos entregados en este primer subtema, veremos que la referencia de los Honorables Jueces de la Corte Interamericana respecto a una dimensión individual y otra social, en realidad y según nuestra perspectiva en el caso de la primera dimensión, estaríamos hablando de la libertad de expresión de pensamiento y el derecho de informar, mientras que en el segundo caso, se trata de los derechos a recibir y buscar

⁸ Corte IDH. Caso Baruch Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Párr. 146.

información, que como dejamos manifestado mantienen divergencias conceptuales por el momento y ámbito de su nacimiento⁹.

Definidos los derechos fundamentales estudiados en este subtema, deberemos pasar a conocer qué son o qué significan los derechos al honor y buena reputación con los cuales se plantea el conflicto en estudio.

1.2 El honor y la buena reputación.-

Una vez determinado el sentido de los primeros derechos en análisis, debemos pasar a realizar las consideraciones pertinentes sobre los derechos que se enfrentan de manera persistente con la libertad de expresión, ello nos permitirá ya no sólo el mejor manejo del tema en estudio sino además distinguir entre estos dos conceptos y, entender sus órbitas de protección.

La Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 66 numeral 18, determina el reconocimiento y respeto de “El derecho al honor y al buen nombre...”. En aquello no observamos definición alguna que permita deducir una diferenciación entre ambos derechos ni tampoco los alcances de protección, lo que puede provenir por que una Constitución al ser un conjunto de principios y derechos no puede hacer regulaciones de ningún otro tipo o conceptualizar y delimitar a un derecho o principio, pues para ello están las Leyes subordinadas.

De todas formas nuestra Constitución es un cúmulo de derechos, políticas, regulaciones, principios y reglas de diverso tipo que han generado la prominencia del cuerpo constitucional. A pesar de ello claramente observamos que en ciertos aspectos sí se agregan definiciones o determinaciones de alcance de una norma constitucional (nacionalidad Art. 6 inciso segundo y el caso de los derechos que se pueden suspender en un Estado de excepción Art. 156), no así para el caso en estudio, por lo que en este

⁹ Nota: Recuérdese que el concepto de libertad de información atiende a una perspectiva del sujeto que desea informar sin restricción de ningún tipo sobre algún suceso; del otro lado el derecho a recibir y buscar información se entenderá justamente como la posibilidad efectiva de todo individuo para que la información pueda ser receptada y que individualmente pueda buscarla sin barreras o filtros de ningún tipo.

momento huelga referir al “activismo judicial”, momento donde el Juez es el llamado a llenar estos vacíos conceptuales con las diversas técnicas jurídicas existentes.

Pese a aquello y para el caso en estudio procedemos a ayudarnos de otra norma del sistema jurídico ecuatoriano, ley penal, a fin de encontrar definiciones útiles a nuestro análisis.

La ley penal, está comprendida por 3 tipos de normas, a saber: Preceptivas, aquellas que contienen el precepto o condición eventual que en el caso de suscitarse acarrea una sanción; Normativas, aquellas que determinan la forma de aplicación de ciertos preceptos o principios, es decir, los criterios que la Ley entrega la Juez para que aplique una norma, así por ejemplo la prohibición de interpretación extensiva de las normas penales, Art. 4 del Código Penal; y, declarativas o explicativas que son aquellas que se encargan, como su nombre lo dice, de explicar o aclarar las condiciones o elementos de una norma, tal es el caso, de la definición de pandilla del Art. 601 del Código Penal¹⁰, lo que denota la posibilidad de encontrar definiciones en la Ley..

A pesar de aquella clasificación doctrinal, del análisis del Título VII del Código ibidem, veremos que consta una clasificación de las injurias y otros elementos normativos del tipo penal que únicamente atenúan, agravan o modifican la conducta. De todas formas vale resaltar que el referido Título VII del Código Penal refiere a los “Delitos contra la honra” a pesar de que nuestra Constitución no prevé a la honra sino al honor y buena reputación.

Para continuar con el análisis recurriremos a la órbita interamericana, donde la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en su Art. 11, contempla la protección del derecho a la honra y de la dignidad de la siguiente manera:

“Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

¹⁰ Ref. Dr. Ernesto Albán Gómez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General, Décima Edición, Quito – Ecuador, 2009, Págs. 80-81

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.¹¹”

Como podemos denotar, tal reconocimiento diferiría de lo que nuestra Constitución contempla como “derecho al honor y buen nombre”, pero para discernir sobre aquello veremos a continuación el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que explica la diferenciación entre honra y dignidad, diciendo que “...el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona.¹²”. A pesar de tal clarificación, persistiría una discordancia con los derechos protegidos enunciados en la Constitución de la República, por lo que continuaremos con la disertación sobre este tema ayudado por otras fuentes.

El “Régimen Penal Ecuatoriano” refiere a los delitos contra la honra, coincidiendo con el derecho contemplado en la Constitución ecuatoriana y lo explican de la siguiente manera:

“...la doctrina predominante en nuestros países considera, al examinar este punto, que la honra (o el honor, como lo establecen otros códigos) tiene un doble contenido y reitera que en ambos merece protección penal. El más evidente es el aspecto social, es decir la honra en el sentido de la buena fama o reputación de una persona en su medio social (...) Pero también se señala que hay un aspecto individual y personalísimo, es decir la autoestima que una persona tiene de sí misma, el sentimiento de la propia dignidad, en palabras de Carrara, que también puede ser vulnerado por la conducta delictiva.¹³”.

Concepto que consideramos inadecuado por la falta de correspondencia con la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde se observa que la honra no es un derecho que mantiene un aspecto individual y otro social, sino que la honra y buena reputación se traducen como derechos diferentes justamente por las dimensiones en las que se desarrollan.

¹¹ Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos, 7 al 22 de noviembre de 1969.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tristán Donoso Vs. Panamá, Sentencia de Excepción preliminar, Fondo, reparaciones y costas, Párr. 57.

¹³ Editorial Ediciones Legales, Tomo II, Pág. 807.

Un concepto aún más confuso y que demuestra la necesidad de este subtema en tratamiento, es el que nos da la jurisprudencia ecuatoriana, que nos dice:

“El honor, supremo bien jurídico tutelado por la ley, es considerado como una cualidad humana que nos conduce al cumplimiento de nuestros deberes éticos y morales. Esta cualidad individual que se traduce en ser digno y honrado consigo mismo y con los miembros de la sociedad, permite al hombre de bien respetar y ser debidamente respetado.”¹⁴

La definición entregada guarda inconsistencia tanto en la forma como en el fondo, incluso a partir de las definiciones de los conceptos aplicados, pues no se puede atribuir al honor el ser una cualidad traducida como “ser digno y honrado”, porque habría que definir qué quiere ser digno y honrado y a su vez la diferencia con el honor. Al parecer el texto citado atribuiría al honor la calidad de continente de la dignidad y la honradez. Consecuentemente, si soy digno y honrado tendré la cualidad del honor, a pesar de que conceptualmente el término “cualidad” responde a una característica de inherencia, es decir que le pertenece al individuo por naturaleza por lo que el honor no podría estar supeditado al cumplimiento de las condiciones de dignidad y honradez porque se estaría anulando el concepto de cualidad. Como veremos adelante, los términos incluidos en esta definición son inadecuados.

Resaltaremos en este punto la divergencia conceptual existente, en los diversos ámbitos, por lo que se denota la necesidad de clarificar y delimitar estos conceptos y la correspondiente necesidad de este subtema que paso a distinguir.

La buena fama, buen nombre y buena reputación, son únicamente la percepción externa que la colectividad desarrolla respecto a una persona, por la observación de su conducta. Así por ejemplo, al ver que mi vecino es un asesino declarado por sentencia ejecutoriada, su fama, nombre, reputación, variarán en un sentido negativo generado por tal conducta en la percepción social.

¹⁴ Prontuario 1, 12-XII-1988, Pág. 237. Tomado del Régimen Penal Ecuatoriano, Ediciones Legales, Tomo I, Op. Cit., Pág. 852.

El honor u honra, son la percepción interna o concepción que el sujeto tiene de sí mismo posicionado en la sociedad. Es decir, si éste se considera una persona importante, un desconocido, un sujeto que constituye mala influencia para otros individuos, un ladrón famoso, etc.

Aquello no quiere decir que el honor u honra tengan un aspecto objetivo o doble contenido, que les otorgue tal significación, porque el honor y la buena reputación actúan y se generan en planos distintos y claramente diferenciados. El honor no puede conformarse por la buena reputación pues nada importa al considerar individual el hecho de que la sociedad tenga una percepción distinta de mi conducta. Ejemplo: Un Abogado que ha actuado en defensa de un político acusado de violación, puede considerarse a sí mismo como alguien famoso ya que por tal razón es buscado por tal político; mientras la sociedad lo considere como una persona inmoral por defender a tal político ante acto tan reprochable.

El ejemplo claramente nos demuestra que la conformación de honor y buena reputación, se dan de formas distintas y mientras el primero puede ser negativo, el segundo puede ser sumamente positivo. Ejemplo: Los soldados de Estados Unidos que al regresar de Iraq conocen de las atrocidades causadas y por ende se consideran individuos “no tan correctos en su actuar” pero la sociedad estadounidense los considera héroes de la democracia.

Cabe distinguir, para finalizar este punto, que para el caso de injurias, el bien jurídico trasgredido es la buena reputación, pues es éste el susceptible de reparación, porque justamente su buena fama o la percepción colectiva sobre un individuo es la que ha sido dañada; jamás podría hablarse de un daño a su honor porque éste, como dejamos anotado se circunscribe a la percepción propia e individual que mantengo sobre mi persona, que no puede cambiar por las expresiones proferidas por un tercero y que en caso de hacerlo, estaríamos tratando con una duda que el sujeto tiene sobre sí mismo.

Lo antedicho se sustenta en la argumentación de Ramón Macia Gómez que refiere:

“El honor es una cualidad común a todos y cada uno de los seres humanos, que nos corresponde en igual medida, proporción e intensidad. Es uno de los derechos de la personalidad que se mantiene inalterable a lo largo de toda la vida. Se puede definir, gráficamente, el honor como el continente o la estructura de la

personalidad, que es inamovible pese a que el contenido o la infraestructura de la misma venga a desarrollarse y cambiar con el tiempo y los actos propios y ajenos, constantemente.¹⁵”

De la misma manera, la dignidad es un bien jurídico protegido distinto de los previamente referidos y que no es trasgredido por la manifestación de injurias, sino por un trato inhumano, cruel y/o degradante, que por ende su tratamiento es ajeno a este estudio. El profesor Vladimir Rodríguez Sanabria nos refiere al respecto diciendo:

“Por consiguiente, la dignidad es un concepto muy distinto del honor. (...) Y, por ello, las injurias no trascienden a lo humano, pues, el ámbito de ofensa de la conducta injuriosa, radica en la vida social del ser humano. (...) Así las cosas, la dignidad y el honor son diferentes. Ello impide una conceptualización igual o similar en la esfera jurídicopenal.¹⁶”

Por lo tanto, observamos claramente que existe un uso indiscriminado de los términos pero que al momento de conceptualizarlos llega a ser contradictorio o inconsistente, sumado a ello además, la dificultad de definición de los términos en estudio, pero no solo consideramos necesarios los conceptos esgrimidos sino además clarificadores del terreno en el cual desarrollaremos este estudio.

Otros derechos que están en conexión con la libertad de expresión y que justamente se plantean como alternativas para reparación cuando se produce un abuso del derecho, son los de rectificación, respuesta y réplica que pasamos a delimitar.

1.3 Derechos a la rectificación, respuesta y réplica.-

Es necesario correlacionar las definiciones entregadas de los derechos en estudio, con las definiciones de las formas de reparación contempladas para el caso de un abuso del derecho a la libertad de expresión, en este sentido la Constitución de la República en su Art. 66, numeral 7, concibe:

¹⁵ Cita tomada del libro Estudios Acerca del Honor Como Objeto de Protección Penal, de Vladimir Rodríguez Sanabria, Grupo Editorial Ibáñez, 2007, Bogotá – Colombia, Pág. 93.

¹⁶ Estudios Acerca del Honor Como Objeto de Protección Penal, Op. Cit., Pág. 90-91.

“El derecho de toda persona agraviada por informaciones sin pruebas o inexactas, emitidas por medios de comunicación social, a la correspondiente rectificación, réplica o respuesta, en forma inmediata, gratuita, en el mismo espacio u horario.”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos completa los derechos de rectificación y respuesta de la siguiente manera:

“Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta:

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.¹⁷”

La rectificación según el criterio entregado por el Juez Héctor Gros Espiell se concibe como un derecho que:

“(…) está reconocido a toda "persona" --concepto determinado en el artículo 1.2 de la Convención--"afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio". En cuanto es un derecho cuyo ejercicio supone una ineludible relación con el derecho, que poseen también todas las personas, "de buscar, recibir y difundir informaciones" (art. 13.1)¹⁸”

¹⁷ Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Op. Cit..

¹⁸ Opinión Consultiva, OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos) Opinión Separada, Párr. 3.

El derecho de rectificación se constituye, obviamente, a partir de un error no tan trascendental en la difusión de información y que provoca un daño que si bien puede tener consecuencias graves, el perjuicio no será de magnitud. Por tanto exigen un “correctivo”, es decir una medida no coercitiva que corrija el error en el que se ha incurrido. Ejemplo: El noticiero Ecuavisa, informa acerca de la sentencia dictada por Primera Sala de lo Penal de la Corte de Casación, donde se condena a veinte y cinco años de reclusión mayor especial a los Señores Wilson Alulema Pérez y Eduardo Alulema Jérez, cuando en realidad el Señor Alulema Jérez nunca estuvo implicado sino que en la sala de redacción se deslizó un error, que fue transmitido al teleprompter, donde el presentador leyó lo que se le había mostrado, perjudicando al mencionado individuo; por esta razón escribe al programa solicitando se rectifique la información difundida y se dé a conocer del error en el que han incurrido.

Según nuestra Constitución la rectificación debe ser efectuada, en las mismas condiciones en las que fue difundida la información inexacta, lo que en teoría entrega mucha tranquilidad al lector de la Constitución que podría verse envuelto en este tipo de problemática pero penosamente en la práctica esto no se produce.

El derecho de réplica o respuesta se diferencia de la rectificación desde su nacimiento, que se produce como una forma de dar a conocer mi opinión respecto a un tema en el que mis intereses se han visto involucrados. Ejemplo: El Reportero X, realiza una investigación sobre la aglomeración de causas sin despacho en la Corte Nacional de Justicia y determina que la falencia se debe a una mala organización en la oficina de Sorteos que se encarga de la recepción de los procesos y su consecuente direccionamiento a la Sala que expedirá sentencia. Al leer aquello, el Jefe de la Oficina de Sorteos en uso de este derecho reclama que se publique su respuesta a tal investigación periodística, donde hace notar que los procesos una vez recibidos en la oficina de Sorteos en menos de veinte y cuatro horas los sortea y en las subsiguientes veinte y cuatro horas remite a la Sala respectiva para que avoque conocimiento del recurso y adjunta la documentación respectiva que sustenta aquellas aseveraciones y desvirtúa lo manifestado por el Periodista X.

A diferencia del derecho de rectificación, la respuesta o réplica no se presentan como una medida correctiva, sino que, se trata en realidad, de una especie de derecho de defensa de los intereses que se han puesto en duda de alguna manera. En los capítulos posteriores analizaremos con mayor profundidad lo que respecta a la efectividad de este tipo de

reparación y de derechos, pues de todas formas este tipo de errores o informaciones conducen a la población a tomar una perspectiva distinta respecto del sujeto que ha sido involucrado.

Clarificados los conceptos como primer paso básico de un estudio, deberemos justificar su importancia, es decir, Por qué es necesario que sean estudiados, más aún si nos encontramos en un sistema democrático, garantista de derechos y que debe delinear los límites de estos a fin de no recaer en abusos que terminen por dañar a otros derechos e incluso al mismo sistema.

1.4 Importancia de los derechos en estudio para un sistema democrático y para la sociedad en general.-

Etimológicamente, la palabra democracia “...proviene del griego *demokratia*, de *demos*, pueblo, y *kratós*, autoridad...¹⁹”. Revisada su etimología, es pertinente conocer el nacimiento de este concepto para comprender su concepción, la interacción que los demás derechos desarrollan y por ende la importancia de la que estarían revestidos. El Dr. Rodrigo Borja al respecto precisa:

“La palabra castellana ha sido tomada del latín tardío *democratia* (...) El concepto se formó por la superposición histórica de varias nociones. En la tradición aristotélica se esbozaron tres formas puras de gobierno: → *monarquía*, → *aristocracia* y *democracia*. La democracia era, según ella, el gobierno del pueblo, es decir, el gobierno de muchos, el gobierno de la multitud.²⁰”

Deviene de ello que el sistema democrático se constituye como una forma de gobierno, donde el poder nace del pueblo y por ende es éste el que manifestando su voluntad elige a los administradores del país, lo que permite que el dueño del poder tenga derecho a acceder a fiscalizar los actos de sus administradores.

¹⁹ Enciclopedia Jurídica OMEBA, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires - Argentina, 1979, Tomo VI, Pág. 506.

²⁰ Enciclopedia de la Política, Fondo de Cultura Económica, México, Segunda Edición corregida y aumentada, 1998, Pág. 216.

Para la eficacia de este sistema, se requiere la existencia efectiva, de derechos y garantías de los ciudadanos que apartándose de la teoría política hagan palpable y visible que la población pueda hacer valer su autoridad como mandante. De esta manera el derecho actúa como el reconocimiento legal de una condición fundamental, ostentada por un sujeto y que por tal debe ser respetada por todos. Reconocimiento que en realidad, por su calidad de “fundamental” no es requerido, así lo contempla nuestra Constitución en su Art. 11.3 inciso tercero. Pero, ¿Qué sería de este derecho si no existiese un mecanismo para que en caso de que sea inobservado el derecho pueda compelerse a respetar?

Aquella es justamente la necesidad de existencia de una garantía, que actúa como un mecanismo que permite acceder a la reparación de posibles violaciones a derechos y sin el cual, el reconocimiento del derecho sería una mera enunciación retórica imposible de ser trasladada efectivamente a la realidad, o en palabras de Luigi Ferrajoli, garantía “...es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo.”²¹

Definido el sistema sobre el cual estamos tratando, veamos qué nos dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la importancia de los derechos en estudio en la democracia:

“La Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-5/85, hizo referencia a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión, al establecer que

[...] la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.

²¹ Democracia y Garantismo, Editorial Trotta, Primera Edición, Madrid -España, 2008, Pág. 60.

(...) Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad.²²”.

La importancia de estos derechos ha sido considerada por la Corte a través de sus diversos fallos, ratificando la necesidad de protección para fines de conservación del sistema democrático e incluso su desarrollo progresivo, es decir, sin tales derechos y su resguardo efectivo (obligación Estatal de respeto y garantía de los derechos, Art. 1 numeral 1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos), la democracia iniciaría un proceso de degradación hasta terminar por desintegrar los diversos principios básicos de este sistema y su consecuente desaparición.

La democracia se tornaría inefectiva o una teoría imposible sin el respeto y garantía de los derechos en estudio, pues jamás podría concebirse un Estado democrático sin libertad de expresión de sus ciudadanos porque aquello significaría que la pluralidad no existe y por ende se anula uno de los principios básicos de este sistema que recordemos se halla compuesto por una diversidad de principios que no solo configuran el gobierno del pueblo sino además pretenden una aplicación efectiva de tal forma de gobierno.

Imaginar un mundo sin la posibilidad de expresarse libremente es verdaderamente atemorizante, pero también lo es el irrespeto a la buena reputación y el concebir la posibilidad de que sean menoscabados por la prevalencia de la libertad de expresión, por su importancia para el sistema democrático. Aquello conduciría a atropellos astutamente amparados por la libertad de expresión, así por ejemplo un periodista, que a pretexto de una acción fiscalizadora daña la buena reputación de un individuo.

Consideramos que la libertad de expresión es un derecho que nace con el sistema democrático y por lo tanto resulta de gran relevancia para el mismo, así lo ha manifestado la Corte Interamericana diciendo:

²² Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Op. Cit., Párr. 112, 113 y 116.

“La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también **conditio sine qua non** para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales,²³”.

Como vemos, claramente la libertad de expresión es un puntal básico para la existencia de la democracia, la cual, incluso desde su nacimiento, por la época en la que se concibe y las respectivas circunstancias que lo rodeaban en aquel momento, era una idea corrupta por no responder a sus propios principios y definiciones, es decir, en momentos históricos en los que se hablaba de libertad de expresión, ésta respondía solamente como una libertad para los estratos sociales más altos, o determinados grupos de poder o el partido político que imperaba en la época mas no para los demás. Aquello es apoyado por el Dr. Rodrigo Borja Cevallos que manifiesta:

“Hablaron de democracia, los fascistas, los comunistas, los grupos oligárquicos, los golpistas latinoamericanos. Resulta sarcástico recordar que Musolini se burlaba de las “coronas de papel” de la soberanía popular y que Hitler habló de democracia a pesar de postular el gobierno de las *minorías selectas* (...) Los comunistas llamaron “democracias populares”, con pleonismo y todo, a sus regímenes monocráticos sometidos ortopedia deformante del partido único. Los golpistas latinoamericanos de las décadas pasadas justificaron su asalto al poder por la necesidad de “defender los principios de la democracia occidental y cristiana”. Y las oligarquías de nuestra región denominaron “democracias representativas” a sus regímenes socarrones que ofrecían a los pueblos libertades ilusorias y derechos aparentes.²⁴”.

En tal sentido la libertad de expresarse fue desarrollada poco a poco a partir de ideas primarias concebidas de manera inconcordante. Por ende es obvio que para el sistema democrático mantenga una relevancia absoluta, pero vale en este punto hacer una disquisición sobre aquel choque que podría producirse entre libertad de expresión versus derechos al honor y buena reputación, pues en tal momento y a primera vista, estaríamos hablando de una confrontación de “derechos fundamentales”. Aquello se descarta partiendo del siguiente criterio que el profesor Luis Carlos Pérez nos presenta:

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No. 05/85, Op.Cit., Párr. 70.

²⁴ Enciclopedia de la Política, Op. Cit.

“...las propiedades esenciales –atributos– del hombre, le dan su estructura de persona, su calidad de sujeto. En cambio, el derecho depende de exterioridades que lo eliminan o que al menos lo colocan en posiciones precarias, y no por la necesaria ley del movimiento, sino por la arbitrariedad de las decisiones políticas. El atributo viene de la sustancia del ser. El derecho es accidental. La esencia se transforma a sí misma, mientras que el derecho es uno de los fenómenos de la esencia o una de las formas del cambio.²⁵”.

En este sentido si bien la libertad de expresión puede ser un derecho fundamental, entendido en palabras de Luigi Ferrajoli como “...aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos»...”²⁶ y los derechos a la honra y buena reputación son entendidos también como derechos fundamentales, debemos comprender que en el primer caso, aquella se manifiesta como fundamental para el sistema democrático, es decir, para la configuración del mismo y la debida interacción de sus actores bajo esta forma de gobierno; mientras que en el segundo caso, estos no solo se representan como fundamentales, sino que además se manifiestan como atributos que responden a la esencia misma del ser y por lo tanto su importancia no radica únicamente para el sistema y sus actores, más que para ellos se configura como un atributo natural del individuo que deviene en la necesidad de mayor protección.

De aquello la importancia de este estudio, donde la libertad de expresión desde la óptica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiende a una protección absoluta de la libertad de expresión y se disfraza la protección a la honra y buena reputación con la imposición de parámetros sumamente rígidos y casi imposibles de cumplir para la sanción a un individuo que ha abusado del derecho a la libertad de expresión, trasgrediendo la buena reputación de otro sujeto.

Debemos considerar que ambos derechos son vitales, sea para el sistema democrático (libertad de expresión) como para el individuo en sí mismo (honra y buena reputación), pero un conflicto entre ellos denota la necesidad no solo de la existencia de límites para el

²⁵ Cita de CAMPO ELÍAS Amaya Velosa, obra Delitos contra la integridad moral injuria y calumnia, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá - Colombia, 2005, P. 39.

²⁶ Derechos y garantías, Editorial Trotta, Sexta Edición, Madrid-España, 2009, P. 37.

caso de la libertad de expresión, sino que además estos límites sean necesarios para la protección de todos los derechos y que no signifiquen una superposición de barreras que hacen casi imposible que un individuo que ha afectado la buena reputación sea sancionado.

Todo ello a pretexto de protección de la libertad de expresión que finalmente provocaría una desatención de otros derechos y una violación indirecta de los mismos.

CAPÍTULO II

LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

2.1 El abuso del derecho a la libertad de expresión.-

Para iniciar este subtema es necesario recordar que:

“...el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, este puede ser objeto de restricciones, tal como lo señala el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5. Asimismo, la Convención Americana, en su artículo 3.2, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. (...)”²⁷”

Si la libertad de expresión no es un derecho absoluto, entonces quienes hagan un ejercicio abusivo de este derecho serían susceptibles de sanción y quien se vea afectado por aquella conducta tendrá derecho a una reparación efectiva. Por ello es necesario determinar, ¿Cuándo se produce un abuso de este derecho? Y ¿Qué ámbitos del derecho concurren a su sanción? Pues una vez tipificada la conducta posteriormente se deberá realizar las respectivas consideraciones sobre las circunstancias de la producción del acto.

En consecuencia nos atañe en este primer momento determinar cuándo se suscita un abuso del derecho a la libertad de expresión. Como queda anotado la Corte expresó que el derecho a la libertad de expresión no tiene como característica esencial, ser absoluto frente a los demás derechos, al

²⁷ Corte IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Op. Cit., Párr.120.

contrario, está sujeto a ciertas restricciones, lo que significa que quienes traspasen los límites de protección de la libertad de expresión, deberán recibir una sanción por la trasgresión generada. Nótese que la sanción no nace solamente desde el campo penal del derecho pues existen medidas y acciones civiles que se establecen como otras formas de correctivo por el traspaso de los límites a los que este derecho está sujeto.

A continuación, siguiendo las directrices de la Corte Interamericana, veremos el criterio generalizado y aplicado en sus sentencias, aún de forma más religiosa que el arcaico principio de “sed lex dura lex”, la ley es dura, pero es la ley:

“Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la responsabilidad que entraña para los medios de comunicación social y para quienes ejercen profesionalmente estas labores, el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En estos términos se puede explicar la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios, los que deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan.”²⁸

De esta cita se coligen varios elementos, en primer lugar la reducción de restricciones por parte del Estado, lo que significaría evitar la existencia de documentos expresamente declarados confidenciales por la Ley, a fin de que la población en general, pueda acceder a información sobre las diversas actuaciones de la autoridad pública, ejerciendo su facultad fiscalizadora. En síntesis, el Estado debe procurar transparentar al máximo toda la información que se produzca a partir de su actividad, permitiendo el acceso efectivo del público a tales fuentes.

En segundo lugar, se habla del deber estatal de equilibrar la participación de las “distintas corrientes en el debate público”, lo que permite que la sociedad en su integridad, sin importar la ideología ostentada, tenga un espacio de participación en la toma de decisiones

²⁸ Corte IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Op. Cit., Párrs. 117 y 118

públicas, lo que permite un mayor entendimiento de las necesidades, dudas y exigencias del colectivo, a partir de la interacción generada.

Un tercer elemento sumamente importante y que radica el punto de partida del abuso del derecho, es aquel que determina la obligación de ejercer la labor de información con responsabilidad, pero ¿Qué significa aquello? O ¿Cómo se determina que se ha ejercido la labor de información con responsabilidad? O ¿Incluso qué se entiende por labor responsable?.

La labor periodística siempre ha representado un apasionamiento de quienes la componen, lo cual es justamente lo que provoca la falta de libertad de pensamiento porque se encuentran ceñidos a una ideología, lo cual no representa un mal sino que la investigación, la expresión y la opinión se desarrollarán con una tendencia clara. Así lo considera Víctor Alonso Rocafort al decir que “...para ser libre, el pensamiento necesita liberarse de las reglas ideológicas...”²⁹.

Lo manifestado denota que el periodista que entrega información, por la misma esencia humana, mantendrá una vinculación ideológica propia que conduzca su actuar; por ende para mantener una labor periodística adecuada o responsable el periodista deberá informar conforme a la libertad que Víctor Rocafort manifiesta, es decir, liberado de sus tendencias ideológicas, a fin de que el individuo que recibe la información la pueda valorar y juzgar por sí mismo, sin que sea conducido a una determinada forma de pensamiento, lo que nos conlleva a una nueva paradoja ¿Es el medio de comunicación el que guía al receptor hacia una determinada forma de pensar? O ¿Es el individuo que recibe la información el que valora la información recibida y asume una posición?.

La respuesta se evidencia claramente con la intención en Universidades y Colegios de generar individuos críticos, que hagan observaciones constructivas a las teorías imperantes y que procuren una renovación en los conceptos antiguos que continúan rodeando algunas partes del derecho. A pesar de ello, es evidenciable también que la información vertida por la prensa es asimilada como fidedigna o al menos tiene un gran margen de credibilidad por parte de los receptores de la información, consecuentemente si un medio presenta una

²⁹ Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid – España, Primera Edición, 2010, Pág. 244.

realidad que no guarda relación alguna con los hechos, la población dará por cierto aquel mensaje o le otorgará un grado de credibilidad casi absoluto.

Las libertades de información, expresión y opinión, al ser transmitidas deben guardar los márgenes de respeto y tolerancia mínimos y necesarios para poder coexistir armónicamente en una sociedad, es decir y desmantelando conceptos demagógicos que procuren ser más aplicables en la práctica, jamás podría hablarse de libertad de expresión cuando se trasgrede la buena reputación de un individuo. Obviamente en el caso en el cual se informe sobre la sentencia que recibió un sujeto por la comisión de un determinado delito, o cuando se informa sobre la detención de ciertos sospechosos del quebrantamiento de la Ley, en este caso no se está trasgrediendo la reputación de los individuos porque se está dando a conocer hechos públicos que interesan a la población por tratarse de asuntos de seguridad ciudadana.

No puede un derecho limitar de alguna manera a otro, así lo ratifica el Art. 29 literal b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo tanto el ejercicio del derecho a la libertad de expresión está enmarcado al respeto a los demás derechos, en el caso en estudio, diremos que está limitado por el derecho a la buena reputación. En síntesis, si bien por una parte la población tiene derecho a buscar y recibir información y, los comunicadores tienen derecho a difundirla, se producirá un abuso del derecho cuando a pretexto de estar en uso de la libertad de expresión o de información, se violenten otros derechos (como la buena reputación).

Entonces, el informador de un periódico por ejemplo deberá mantener un cuidado especial al realizar su trabajo, el no dañar otros derechos, el observar que su derecho como comunicador está claramente delimitado por los derechos de los demás y que no puede traspasar esas órbitas. Verbi gracia, los diversos periódicos y noticieros televisivos, al presentar la noticia de la detención del ex árbitro de fútbol Byron Moreno le dieron un valor agregado a la información (a pretexto de encontrarse en su derecho de libertad de expresión e información), no solo presentaron los hechos acaecidos, sino también toda la historia de su vida, enfatizando en sus fracasos, amarguras de su vida y diversas problemáticas de su vida, a ello se sumó el Fiscal Provincial del Guayas que en este caso particular, no le importó que el hecho se encuentre en indagación previa y presentó videos, dio declaraciones e incluso opiniones sobre los motivos del ex árbitro para traficar la

heroína. Ante este hecho considero firmemente que nos encontramos frente a un caso de abuso del derecho, donde se dio a conocer a la población entera del divorcio de Byron Moreno, de su hijo fallecido con todos los detalles que pudieron obtener, de su fracaso en las elecciones a Concejales, de los problemas vividos por su arbitraje en el campeonato Mundial de fútbol del Año 2002 y en el partido Liga – Barcelona, convirtiendo esta noticia en una pugna de los medios por obtener la mayor cantidad de datos a fin de **Vender** mejor la noticia.

Todo esto, lastimosamente llevó a que toda la sociedad ecuatoriana no solo comente sobre el hecho, sino sobre la vida personal de Byron Moreno, especule sobre lo que le llevó a cometer el delito, si la muerte de su hijo lo dañó psicológicamente, si los gastos del hospital donde murió su hijo lo llevaron a cometer estos hechos, si fue las diversas deudas que ha mantenido en sus tarjetas de crédito, o en fin cualquier tipo de circunstancias y este tipo de opiniones han sido justificadas diciendo que se trata de un personaje público, lo cual no da derecho para que ningún periodista pueda dar a conocer a todo el país sobre las diversas dificultades de su vida o cualquier posible problema que haya vivido.

Aquello como vemos atenta al derecho a la intimidad y al desarrollo mismo del ser humano, de igual manera sucede con el caso de cualquier otra figura pública que tiene que soportar la intromisión de los programas de “farándula” en sus vidas y en cada acto que lleven a cabo, lo que también se circunscribe como un abuso del derecho, porque en tal sentido no se trata de una información necesaria para el sistema democrático, tampoco refiere asuntos de interés público o que sean significativos para el desarrollo de la sociedad.

Lastimosamente los índices de audiencia son de alto nivel en este tipo de programas. Esto demuestra el tipo de educación que la población ecuatoriana esta recibiendo día tras día y la equivocada concepción de que la intromisión en la vida privada y familiar de una figura pública es una forma de entretenimiento. En este punto vale recalcar el informe de Latinobarómetro 2002 publicado en la revista “The Economist” el 15 de agosto del 2002, donde la encuesta realizada, demuestra que la televisión es una institución más confiable que el poder judicial, esto demuestra el grado de recepción de la información entregada y la validez que se otorga a la misma aunque sea errónea o aunque la actividad de informar

en realidad sea un abuso del derecho que trasgrede derechos fundamentales de otros seres humanos.

Lo manifestado es preocupante y creemos necesario resaltar justamente la necesidad de que el periodismo reflexione sobre la manera de desarrollar sus actividades, lo que no se trata de una restricción o control o un simple “Código de ética” que tampoco es tomado en cuenta, sino valorar con seriedad su posición en la sociedad y el aporte que representan a la misma, es decir, su importancia no solo radica en la fiscalización de los poderes del Estado, en la interacción de la información y el dar a conocer hechos de relevancia social; consideramos que en realidad la importancia de la información radica en su contenido y en la forma en la que ésta es entregada al público, que al recibirla no solo deberá valorar si se trata de situaciones de crónica roja, amarillistas o de farándula, deberá valorar el trabajo investigativo, el perfeccionismo en su redacción, la objetividad, la profundidad de su investigación y el estricto respeto a los derechos ajenos, que no pueden ser obviados aunque se trata de un personaje público o de un caso que al “maquillarlo” provoque un incremento considerable en ventas.

La labor periodística y la libertad de expresión son de tal importancia, no solo para el sistema democrático, pues “Ésta es una frase conocida, que (...) ya se ha repetido suficientes veces como para dejarla grabada a fuego...³⁰”, sino para el adecuado desarrollo de la sociedad, para colaborar con ella en su progreso, en el fomento de valores adecuados y en el demostrar que se puede informar y vender sus ediciones sin necesidad de provocar alarma social, tergiversar los hechos, describir todos los errores de la vida íntima de un ciudadano que ha delinquido o cualquier otro tipo de actividad que dañe a los demás.

2.2 Discursos protegidos por el derecho a la libertad de expresión.-

Al hacer uso del derecho a la libertad de opinión deberemos entender que de la misma manera hay cierto tipo de discursos que necesariamente deben estar protegidos y que jamás pueden ser coartados porque terminaríamos por constituir una violación al derecho a la libertad de expresión. Es así como la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe del año 2009 manifiesta:

³⁰ BERTONI Eduardo Andrés, Libertad de expresión en el Estado de derecho, Editores del Puerto, Segunda Edición Actualizada, Buenos Aires - Argentina, 2007, Pág. 185.

“La jurisprudencia de la CIDH y de la Corte Interamericana ha reconocido que el ámbito de protección de la libertad de expresión es casi tan extenso como las posibilidades de comunicación entre las personas. (...) en relación con el contenido de las expresiones protegidas por el derecho a la libertad de expresión, la CIDH y la Corte Interamericana han señalado que en principio, todos los discursos están protegidos por el derecho a la libertad de expresión, independientemente de su contenido y de la mayor o menor aceptación social y estatal con la que cuenten. (...) Sin embargo, ciertos discursos prohibidos por los tratados internacionales no están protegidos por la libertad de expresión. (...) Hasta el momento, únicamente caen en esta categoría los discursos sobre apología de la violencia, propaganda de la guerra, incitación al odio por motivos discriminatorios, incitación pública y directa al genocidio, y pornografía infantil.³¹”.

Cabe preguntarse entonces, ¿Resulta beneficioso para la sociedad esta protección excesiva? Por una parte, el derecho a la libertad de expresión debe estar efectivamente protegido de cualquier intromisión estatal ilegítima pero por otro lado no podemos olvidar el poder que los medios ejercen y resaltamos nuevamente la educación que generan al lector, en tal virtud, la extensión de la protección de la libertad de expresión parecería no tan beneficiosa pues en ese ámbito no se ha tomado en cuenta el caso en el que un discurso violento otros derechos fundamentales para el ser humano.

Deviene de la cita entregada, que el Juez Interamericano y la referida Relatoría Especial realizan un ejercicio de delimitación taxativa de los discursos protegidos, definiéndolos como los únicos casos de excepción al amparo del derecho a la libertad de expresión, por lo tanto, aquello significaría que el Juez nacional que conoce de un caso de injurias donde constata que se ha producido un abuso del derecho por trasgresión a la buena reputación, no podrá imponer una sanción porque no se trata de una de las excepciones que han sido enunciadas expresamente por los referidos órganos.

Recordemos que nuestro Código Penal en su Art. 493 tipifica el delito de injuria calumniosa y no calumniosa grave dirigida a la autoridad, lo que significa que si en un

³¹ Capítulo IV, Numeral 3, Párrs. 20 y 21.

blog por ejemplo se incita al odio y además se insulta al Presidente, le acarreará una pena a quien ha proferido tales injurias, pero el discurso podría estar protegido por no encontrarse dentro de las excepciones taxativamente determinadas y se podría entender que la sanción es en realidad una forma de censura a la libertad de expresión.

La libertad de expresión se ha distorsionado justamente por la inadecuada concepción de este derecho y porque se ha pretendido otorgar una protección tan amplia que termina incluso por amparar expresiones sumamente ofensivas. Es decir, hoy en día se considera a libertad de expresión como una facultad de manifestar lo que a bien tenga sin pensar en los perjuicios y daños que pueda ocasionar con ello.

Este tipo de discursos, no puede estar protegido justamente porque la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su Art. 13, manifiesta que se podrá determinar responsabilidades ulteriores para el caso en el que atenten los derechos o reputación de los demás, en tal sentido en el conocido caso del periodista ecuatoriano del Diario “El Universo” Emilio Palacio que fue sentenciado a 3 años de prisión y pago de indemnización por daños y perjuicios irrogados contra Camilo Samán, el daño efectivamente habría existido por trasgredir la reputación de otra persona tildándola de “Matón”.

A su vez en el caso del Presidente Rafael Correa cuando aseveró que el Alcalde de Guayaquil Jaime Nebot era un “Matón de barrio” también trasgrede la reputación de otro individuo, en consecuencia el Presidente también debía ser sancionado penalmente por su conducta, porque ningún discurso que atente contra derechos ajenos está ni puede estar protegido.

Ahora bien, dentro de los discursos protegidos, como hemos observado existe suma amplitud en la protección, a efectos de resguardar lo más posible la libertad de expresión frente a cualquier acto de restricción gubernamental, pero existe un particular discurso protegido que se resalta tanto por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como por la Corte Interamericana, “Se trata del discurso político y sobre asuntos de interés público, del discurso sobre funcionarios públicos o candidatos a ocupar cargos públicos y de los discursos que

configuran elementos fundantes de la identidad o la dignidad personales (como el discurso religioso).³²”.

De la mano de este tipo de protección especial, viene el argumento entregado por la Corte Interamericana que manifiesta:

“El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un mayor margen de tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas en el curso de los debates políticos o sobre cuestiones de interés público³³.”.

Esto significa que todo funcionario público siempre estará sometido a la crítica y escrutinio de los medios y de la población en general, esto porque justamente es él quien voluntariamente decide someterse a ello, es decir, si el Presidente es un mandatario del pueblo y el pueblo es el que entrega el poder y al que se sujetan todos los funcionarios públicos, entonces todos ellos estarán sometidos también a la fiscalización popular y a las críticas que puedan presentar respecto a las funciones que desempeñan.

Es por ello que al respecto la misma Corte Interamericana ha dicho:

“Es así que, tal como lo ha señalado la Corte, tratándose de funcionarios públicos, de personas que ejercen funciones de una naturaleza pública, de políticos y de instituciones estatales, se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada, en este caso

³² Informe de la Relatoría Especial Op. Cit., Párr. 22; Véase también al respecto: Corte IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Párr. 127; Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001, Párr. 155. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1994, Capítulo V: Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 17 de febrero de 1995, Aprobado en el 88° período ordinario de sesiones.

³³ Corte IDH, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, Sentencia de Fondo, reparaciones y costas, Párr. 97; Corte IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Op. Cit., Párr. 127; Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, Op. Cit, Párr. 155; en el mismo sentido: Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Feldek v. Slovakia, no. 29032/95, § 83; Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Sürek and Özdemir v. Turkey, nos. 23927/94 and 24277/94, § 60.

particular las actuaciones de la Fiscalía en el proceso penal militar que se estaba instruyendo en contra de la presunta víctima.³⁴”

Lo que quiere decir que no se trata de que los funcionarios públicos resistan todo tipo de crítica por el hecho de tratarse de un servidor público, o que por la calidad que ostenta deba soportar diversos maltratos a su reputación, es decir, la malentendida libertad de expresión que se presenta en nuestro país al difamar o injuriar a una autoridad a pretexto de fiscalizar, opinar, criticar, disentir o hacer uso de la libertad de expresión, no se enmarca dentro de los discursos protegidos.

La crítica al funcionario público, es absolutamente necesaria, pero no podemos olvidar el respeto a los derechos ajenos y el respeto mutuo entre individuos que coexisten en la sociedad, es decir, ningún periodista o ciudadano puede dañar la reputación de otra persona aunque la calidad de este último sea de mandatario y por tanto privilegiada. Fácilmente podemos observar la diferenciación existente entre editoriales de opinión, donde en algunos de ellos, se presenta una elocuencia, argumentación jurídica, política, sociológica profunda, impecable, que provoca un razonamiento del lector, que llama a la reflexión, que hace notar la problemática existente en la toma de diversas decisiones políticas, sin la necesidad de proferir ningún tipo insulto o expresión que degrade a un individuo o menoscabe su reputación de manera injusta.

Aquello demuestra lo innecesario de este tipo de expresiones y al contrario el procurar entregar más espacios a quienes son capaces de hacer llamados a la conciencia y reflexión a partir de tal tipo de argumentaciones profundas e intelectualmente elaboradas.

2.3 Tipos de críticas permitidas en ejercicio de la libertad de expresión.-

La Dra. Catalina Botero, Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, hace público el informe que para tal derecho se ha hecho respecto del año 2009, donde aparece una regla de particular importancia con la que disintimos en una de sus partes y que reza de la siguiente manera: “...la libertad de

³⁴ Corte IDH, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Sentencia de Fondo, reparaciones y Costas, Párr. 84; véase también, Corte IDH, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, Op. Cit., Párr. 103; Corte IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Op. Cit., Párr. 129; y, Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, Op. Cit., Párr. 155.

expresión debe garantizarse no sólo en cuanto a la difusión de ideas e informaciones recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también en cuanto a las que ofenden, chocan, inquietan (...) y se ha enfatizado que las restricciones a la libertad de expresión “no deben perpetuar los prejuicios ni fomentar la intolerancia...”^{35,36}.

Como vemos con claridad se entrega una excesiva protección y garantía a las expresiones ofensivas, que dañen a otro, a pretexto de preservar la libertad de expresión, protección que consideramos excesiva y causante de la mala concepción de la libertad de expresión, por la cual se han producido abusos de parte de funcionarios públicos y de periodistas, dañando a la ciudadanía en diversas formas incluso de modo irreparable.

Para el análisis de tal aseveración recurriré al caso de Freddy Aponte, periodista que conducía el noticiero Primer Plano de Radio Luz y Vida, donde en una de sus emisiones realizó una entrevista al ex diputado Oswaldo Bermeo donde según alega Bolívar Castillo, ex Alcalde de Loja el periodista lo llamó “ladrón”. Fruto de ello el ex Alcalde presentó una querrella que terminó en una condena a tres años de prisión a Freddy Aponte por la comisión del delito de injuria calumniosa. Más allá de determinar si el proceso ha sido justo, ha estado viciado de alguna manera o si es legal deberemos realizar varias consideraciones:

1. El Informe de la Dra. Catalina Botero, al referir una protección incluso, de expresiones ofensivas es inconsecuente con la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su Art. 13 numeral 2 literal a), menciona la posibilidad de determinar responsabilidades ulteriores³⁷, justamente cuando ha mediado una trasgresión a la reputación de otra persona.
2. Si la palabra “ofensiva” refiere a lo que según nuestra legislación penal se conoce como difamación, se habría provocado un vacío muy grave, porque al no haber una delimitación clara de a qué tipo de conductas se refiere al hacer uso de la palabra “ofensiva”, se produciría una circunstancia típica que se entendería como la

³⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de 2009, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Relatora Especial Catalina Botero, Párr. 32; Véase también: Corte IDH, Caso Herrera Ulloa, Op. Cit., Párr. 113; Corte IDH, Caso de “La última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Párr 69; Corte IDH, Caso Ríos y otros Vs. Venezuela, Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo reparaciones y costas, Párr. 105; y, Corte IDH, Caso Perozo y otros Vs. Venezuela, Sentencia de Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Párr. 116.

³⁶ El resaltado me pertenece.

³⁷ Nota: Más adelante trataremos lo que respecta a responsabilidades ulteriores

posibilidad de amparar cualquier tipo de expresión que actúe en desmedro de la buena reputación.

3. A su vez tal afirmación, conducirá al juzgador y al titular del derecho a la libertad de expresión, a creer que este derecho, significa la posibilidad de verter cualquier tipo de expresión, por cualquier medio y aún en el caso de dañar a la buena reputación también mediará su amparo.
4. Frente a aquello el Juez realizará una ponderación viciada donde se entregue mayor relevancia, peso, protección, valor, importancia o prevalencia al derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la buena reputación.
5. Puntualizando, el caso de Freddy Aponte efectivamente sería una violación a los derechos humanos, particularmente al citado Art. 13 de la Convención por inobservancia de los deberes de garantía y respeto de los derechos por parte del Estado ecuatoriano. En referencia al respeto y partiendo de la óptica de la Relatoría Especial, se habría violentado además del Art. 13 el Art. 2 de la Convención porque no se habría adecuado la normativa nacional a la normativa interamericana.
6. Aquello, debemos decir, es alarmante y demuestra por qué se ha manejado de una forma tan abusiva el derecho, donde se produce una intromisión en el derecho a la intimidad, trasgresión del derecho a la buena reputación, un “*juzgamiento paralelo*”³⁸ y trasgresión del derecho a la presunción de inocencia.
7. De la revisión de los casos de la Corte Interamericana citados por la Relatoría Especial para emitir este pronunciamiento, observamos que existe el mismo vacío e incluso la presencia de aquella situación que explicó el Dr. Fernando Vidal Ramírez en su conferencia de martes 12 de octubre de 2010 en el auditorio de la Función Judicial de Pichincha, donde dijo que hay una problemática en el uso del nomen juris, que conduce a un uso indiscriminado de los conceptos que no responde a la realidad del significado de los mismos.

Por tal razón, recalcamos el rechazo a esta concepción porque la expresión, “ofensiva” no es igual a “chocante” pues si se pretendió decir que la ofensa refiere una actitud de rechazo por desacuerdo con una expresión vertida, entonces debía referirse a una exteriorización del pensamiento, “chocante” o simplemente que produce un desacuerdo profundo e

³⁸ Nota: Criterio tomado de José Luis Concepción Rodríguez de la obra Derecho de Daños, Editorial Bosch, Tercera Edición, Barcelona, 2009, Pág. 368; Que refiere a la actuación de los medios que hacen juicios de valor e incluso consideran a un sujeto como culpable de un delito antes de que medie el juzgamiento penal respectivo.

impactante, pero jamás se puede usar el término ofensa de manera indiscriminada para justificar la libertad de expresión.

Ofensa significa la posibilidad de que, a pretexto de fiscalizar, de tratarse de un funcionario público y de una situación de relevancia pública que incide en la producción de un debate público también, puedo, como periodista, atacar a la buena reputación de un individuo. Si aquello sucede en el caso de funcionarios públicos aún más factible se da en los casos de sujetos famosos por sus actividades futbolísticas, de actuación, de interpretación musical, etc, o mejor conocidos como casos de “farándula”.

Si funcionarios públicos y personajes “famosos” que no tienen la calidad de los primeros, reciben múltiples trasgresiones a su buena reputación, aún más al ciudadano común que no tiene ninguna influencia en los medios o incidencia en la administración pública.

No es admisible discurso que contenga ofensas, aunque sus fines difieran, en consecuencia deberemos tomar en cuenta para considerar aceptable a un discurso o exteriorización del pensamiento (sea mera expresión, opinión o información) el siguiente razonamiento:

El Profesor José Luis Concepción Rodríguez hace referencia a varios fallos del Tribunal Supremo de España y nos dice:

“...el valor preponderante de las libertades de expresión e información, en cuanto se asientan en la función que éstas tienen de garantía de una opinión pública libre, indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren, y por las personas que en ellos intervienen y contribuyen en consecuencia, a la formación de la opinión pública³⁹,”

Continúa el razonamiento a partir de lo manifestado por el autor respecto a que aquello no basta para que el derecho a la buena reputación se debilite significativamente frente a la libertad de expresión y opinión, pues como manifestamos previamente las expresiones que se refieran en las diversas críticas, opiniones o cualquier otro tipo de discursos, deberán ceñirse única y exclusivamente a asuntos relativos al incentivo y desarrollo del interés

³⁹ Op. Cit. Derecho de Daños, Pág. 352.

público, pero aquello no es suficiente para obtener la plena protección del derecho a la libertad de expresión, pues José Luis Concepción Rodríguez considera⁴⁰:

“Además de esta relevancia pública exigida con respecto a la libertad de expresión (...) es igualmente exigible la adecuación o moderación de las expresiones, ya que como dice Pérez – Ugena, el uso de expresiones innecesarias es precisamente un signo de la presencia de un prevalente animus iniurandi (...) La libertad que la Constitución concede a las opiniones tiene su límite en los insultos o imprecaciones puras, en el empleo sin base suficiente de formas de lenguaje ofensivas o injuriosas, que sean injustificadas e innecesarias para expresar la opinión propia. La razón de ello, como señala Muñoz Machado, la expuso el Juez Murphy: «Tales frases no son parte esencial de ninguna exposición de ideas».

La información que sirve para canalizar expresiones propias de un lenguaje soez y desmedido no hay razón para que goce de protección especial, cuando lesione el honor de un ciudadano. (...) Éste es el criterio mantenido por el Tribunal Supremo: las expresiones «paniaguado», «figurón», «pelota deportiva», «manipulador», «mentiroso», vertidas en el curso de una conversación radiofónica con un tercero, al rebasar notoriamente los límites en que los comentarios deportivos debieron quedar, haciendo estimaciones personales y de comportamiento que, amén de innecesarias a los fines de información, ofrecen una acusada vertiente de menosprecio y ataque directo a la persona del demandante que en lo que, añadido a aquella innecesariedad, tiene de despectiva, no puede por menos de juzgarse ofensiva a la dignidad de aquél al que se dirigen, y más en este caso, en el que se utiliza un poderoso medio de comunicación...⁴¹”

Como vemos los diversos editoriales e incluso noticias difundidas por cualquier medio de comunicación, no podrán ser discursos protegidos aunque contengan información importante y necesaria para la ciudadanía e incluso para la democracia, en tanto y en cuanto no se trate de una intención del periodista para disfrazar una ofensa a la buena reputación disección bajo los derechos a la libertad de expresión, información y opinión, o

⁴⁰ Nota: Consideramos que éste es un parámetro básico para la distinción de los márgenes del derecho a la libertad de expresión, por lo que nos sumamos a este criterio.

⁴¹ Op. Cit., Derecho de Daños, Pág. 355.

cuando haya dirigido el uso de este derecho hacia un fin que no es el de informar sino dañar la reputación de otro sujeto.

En conclusión, las críticas permitidas, serán todas aquellas que no trasgredan de ninguna manera el derecho a la buena reputación, pues como hemos observado el uso de algún tipo de expresiones ofensivas no es esencial para ningún tipo de discurso, ello no quiere decir que otro tipo de expresiones duras o muy críticas deban entenderse como ofensivas, pues éstas denotan en una opinión el espíritu, interés, fin y sentimiento de quien opina, lo cual es absolutamente necesario para incentivar el debate público, no así el uso de algún tipo de ofensas solo trasgreden la buena reputación por lo que ninguna persona puede hacer uso de éstas aunque se trate del Presidente de la República o de el más respetado periodista quienes las emitan.

Las consideraciones realizadas por la Corte y la Comisión Interamericanas (Relatoría especial para la Libertad de Expresión) no solo son repetitivas y no denotan un desarrollo progresivo en su análisis, sino que han pretendido sobreponer al derecho a la libertad de expresión sobre cualquier otro derecho que se interponga, es necesario entonces considerar los siguientes parámetros que nos permitimos describir:

1. Ningún derecho puede sobreponerse de manera absoluta a los demás a pesar de su relevancia o connotación política, social o económica.
2. Todos los derechos que terminen por confrontarse deberán encontrarse en igualdad de condiciones para permitir que el principio de igual jerarquía e igualdad material se manifieste en ambas partes.
3. Antes de proceder a la ponderación de derechos debe analizarse las circunstancias bajo las que se produce el conflicto.
4. Libertad de expresión jamás significa la posibilidad de ofender a otro individuo, bajo ninguna óptica.
5. Toda opinión deberá ceñirse al respeto de los derechos ajenos.
6. Será aceptable que una expresión ingrese en la órbita del derecho a la intimidad, solamente cuando tales expresiones pretendan incentivar el debate público, fiscalizar actos que provienen de la función pública que ostenta un individuo, o asuntos donde es necesario conocer a la persona que se postula a una dignidad pública;

7. Nada debe interesar a la sociedad ni es información para incentivar al debate público, la intimidad de un funcionario público cuando no tiene vinculación alguna con su accionar en esta potestad; y,
8. Que quien emite la expresión, haya procurado una investigación seria, profunda, lo más imparcial posible y que en síntesis demuestre una actuación exhaustiva para acercarse a la verdad de un hecho.

Consideramos los enunciados previos como una cierta base a ser tomada en cuenta al momento de producir el choque entre los derechos en estudio y, que coadyuvarán a un desenlace más justo y respetuoso del derecho ajeno. No olvidemos que al ponderar y resolver la prevalencia de un derecho por sobre otro, no se estará coartando un derecho sino en realidad, las circunstancias producidas en el caso concreto habrán guiado al Juez a la certeza de que haciendo respetar el uno los demás estarán a salvo junto con la sociedad a la que se habrá resguardado de un abuso y daño disfrazado con el ejercicio de un derecho.

CAPÍTULO III

EL ARTÍCULO 493 DEL CÓDIGO PENAL

ECUATORIANO

3.1. Norma penal en blanco y norma penal amplia.-

Debemos dirigir nuestro estudio a una de las problemáticas más tratadas en el campo de los límites del derecho a la libertad de expresión, la sanción penal ha quien ha trasgredido esos límites abusando de esta libertad. De manera general, la libertad de expresión y los abusos a este derecho han tenido como actores a detractores de un determinado gobierno y a un individuo que hace uso de este derecho. Por una parte el gobierno pretende acallarlo y, por otra el sujeto intenta dar a conocer una opinión, información o relatar hechos que eran desconocidos por la población; por lo tanto, la forma de persecución común que utilizan muchos gobiernos para silenciar a sus críticos u opositores es el derecho penal, que se presenta como una forma para atemorizar o aplacar.

En este sentido, vale resaltar en primer lugar los diversos casos presentados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde este órgano admite la posibilidad de sancionar penalmente a quien ha hecho uso abusivo del derecho a la libertad de expresión pero la norma penal debe cumplir ciertos requisitos que se han recogido en la sentencia del caso *Usón Ramírez vs. Venezuela* que pasamos a señalar:

“Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el caso concreto, la Corte 1) verificará si la tipificación del delito de injuria contra las Fuerzas Armadas afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; 2) estudiará si la protección de la reputación de las Fuerzas Armadas sirve a una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad

perseguida; 3) evaluará la necesidad de tal medida, y 4) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Usón Ramírez garantizó en forma amplia el derecho a la reputación de las Fuerzas Armadas, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión.⁴²

Deviene entonces que para proceder a imponer una sanción penal, la norma no debe ser amplia (“legalidad estricta”), debe ser idónea para lograr la finalidad perseguida, debe ser necesaria (para una democracia) y su sanción debe ser proporcional. A partir de los antecedentes expuestos, nuestro estudio se centrará en la norma del Art. 493 del Código Penal que reza de la siguiente manera:

“**Art. 493.-** Serán reprimidos con uno a tres años de prisión y multa de seis a veinte y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América, los que hubieren dirigido a la autoridad imputaciones que constituyan injuria calumniosa.

Si las imputaciones hechas a la autoridad constituyeren injurias no calumniosas, pero graves, las penas serán de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a diecinueve dólares de los Estados Unidos de Norte América.”⁴³

Como hemos manifestado apoyados en los criterios de la Corte Interamericana, una norma penal que sancione este tipo de conductas no puede ser amplia o ser una *norma penal en blanco*, para evitar arbitrariedades o que se use como un medio de represión a la libertad de expresión, pero para referirnos a aquello debemos definir estos términos, por lo que nos apoyaremos en el siguiente concepto:

“Se habla de «**leyes penales en blanco**» para referirse a ciertos preceptos penales principales que, excepcionalmente, no expresan completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que remiten a otros u otros preceptos o autoridades para que *completen* la determinación de aquellos elementos.”⁴⁴

⁴² Corte IDH, Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela, Sentencia de Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas Párr. 49.

⁴³ Régimen Penal, Editorial El Forum, Quito- Ecuador, 2009, Pág. 187.

⁴⁴ MIR Puig Santiago, Derecho Penal, Parte General, Editorial B de F, Séptima Edición, Cuarta reimpresión corregida, Buenos Aires – Argentina, 2007, Pág. 76.

Del referido supuesto observamos que la norma penal citada no está en el supuesto de una norma penal en blanco, al contrario, se sitúa como una norma completa porque contempla dos supuestos de hecho que determinan la amenaza de sanción en caso del cumplimiento de tales supuestos fácticos y no existe remisión a otra norma para verificación de la conducta. Si bien podría decirse que se trata de una norma penal incompleta porque refiere a “imputaciones que constituyan injurias calumniosas” o “injurias no calumniosas pero graves”, es decir, nos remite a una definición que el mismo Código Penal entrega a efectos de delimitar los supuestos de hecho, pero aquello no reputa una norma incompleta, porque ésta se entenderá “completa” cuando ha considerado el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, siendo los demás elementos coadyuvantes de los primeros, que permiten entender de mejor manera la norma y realizar una aplicación correcta al caso concreto. Afirmar lo contrario significaría que casi todas las normas del Código Penal son incompletas.

En consecuencia nos corresponde analizar si se cumple con el requisito de “ley estricta” es decir, determinar que no se trate de una norma penal amplia que pueda ocasionar una restricción ilegítima a la libertad de expresión.

La importancia de la existencia de una ley estricta, más que por un hecho de formalidad legal, tiene su trasfondo garantista y su radicación en la seguridad jurídica, pues es este principio el que obliga al legislador a realizar una determinación exacta y exhaustiva del supuesto de hecho, lo que a su vez permite al ciudadano conocer con claridad la conducta que no debe cometer y al juzgador observar los límites de la norma punitiva restringiéndolo a las fronteras dadas por el legislador. Así, nuestro Código Penal en su Art. 4 contempla el principio de la “Ley Estricta”, explicado de la siguiente manera:

“...para que realmente la ley cumpla con la función de establecer cuáles son las conductas punibles debe hacerlo de forma clara y concreta, sin acudir a términos excesivamente vagos que dejen de hecho en la indefinición el ámbito de lo punible. La vaguedad de las definiciones penales, además de privar de contenido material el principio de legalidad, disminuye o elimina la seguridad jurídica...”

La exigencia de clara *determinación* de las conductas punibles se expresa en el denominado *principio de taxatividad* o mandato de certeza, cuyo cumplimiento

plantea uno de los problemas más arduos del manejo correcto de la técnica legislativa...⁴⁵”

En el caso de *Usón Ramírez vs. Venezuela*, citado al inicio de este análisis, la Corte Interamericana respecto al Art. 505 del Código Orgánico de Justicia Militar de Venezuela que contempla el tipo de injurias contra las Fuerzas Armadas, manifiesta:

“no establece los elementos que constituyen la injuria, ofensa o menosprecio, ni especifica si es relevante que el sujeto activo impute o no hechos que atenten al honor o si una mera opinión ofensiva o menospreciante, sin imputación de hechos ilícitos, por ejemplo, basta para la imputación del delito. Es decir, dicho artículo responde a una descripción que es vaga y ambigua y que no delimita claramente cuál es el ámbito típico de la conducta delictiva, lo cual podría llevar a interpretaciones amplias que permitirían que determinadas conductas sean penalizadas indebidamente a través del tipo penal de injuria. La ambigüedad en la formulación de este tipo penal genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionar su conducta con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la libertad. Además, dicho artículo se limita a prever la pena a imponerse, sin tomar en cuenta el dolo específico de causar descrédito, lesionar la buena fama o el prestigio, o inferir perjuicio al sujeto pasivo. Al no especificar el dolo requerido, dicha ley permite que la subjetividad del ofendido determine la existencia de un delito, aún cuando el sujeto activo no hubiera tenido la voluntad de injuriar, ofender o menospreciar al sujeto pasivo. Esta afirmación adquiere mayor contundencia cuando, de acuerdo a lo expuesto por el propio perito propuesto por el Estado en la audiencia pública del presente caso, en Venezuela “[n]o existe una definición legal de lo que es honor militar.”⁴⁶”

Más adelante trataremos lo que al dolo respecta, pero debemos expresar nuestro acuerdo con la aseveración de ambigüedad de la norma penal militar venezolana, por la falta de

⁴⁵ MUÑOZ Conde Francisco y GARCÍA Arán Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, Séptima edición revisada y puesta al día, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, Pág. 103.

⁴⁶ Op. Cit., Párr. 56.

determinación de los elementos que constituyen la “injuria, ofensa, o menosprecio”, pues en ese caso sí se trata de una norma penal incompleta, que a pesar de contener al supuesto de hecho no entrega una definición y diferenciación de la injuria frente a la ofensa, menosprecio y viceversa. Aquello no sucede en el caso ecuatoriano pues como dejamos anotado nuestro Código Penal completa la norma definiendo desde el Art. 489 al 490, pero además en los subsiguientes artículos determina otros elementos del tipo que varían según las circunstancias.

En síntesis nuestra norma penal, no es una ley en blanco, ni ambigua, porque contempla todas las delimitaciones taxativas necesarias para hablar de una norma penal estricta donde no habría lugar a arbitrariedades como las referidas en el caso bajo análisis por la Corte Interamericana.

Vale resaltar que el principio de “Ley Estricta” no significa que el legislador debe realizar una tipificación absoluta de las conductas donde contemple la totalidad de las variantes fácticas que puedan suscitarse, aquello es imposible, porque así como hay una diversidad de seres humanos, intereses, personalidades y circunstancias, bajo el mismo juego de variantes se producirán infinidad de conductas que no pueden ser previstas por el legislador y normadas.

En el caso del Código Penal ecuatoriano, veremos que la misma Ley nos entrega los elementos para aplicar y entender al delito bajo estudio, lo que se entiende como una conceptualización dada por el legislador para efectos de una posterior concreción jurisdiccional, donde el Juez aplicará estos conceptos generales partiendo de la misma ley, es decir, se mantienen sus fronteras de actuación.

Aquello no es lo mismo que un tipo abierto porque en este caso “las fronteras de la conducta punible son absolutamente difusas, con el consiguiente perjuicio de la seguridad jurídica⁴⁷”, así continúa con la explicación el profesor Muñoz Conde diciendo que:

“Éste es un problema que aparece, por ejemplo, en los conceptos vagos y definiciones abiertas en materia de delitos contra la Constitución, el orden público o

⁴⁷ MUÑOZ Conde Francisco y GARCÍA Arán Mercedes, Op. Cit., Pág.105.

la independencia del Estado; así, los «ultrajes» a los símbolos del Estado (art. 543 Cp), «cualquier orden, disposición o documento de un Gobierno extranjero que atente contra la independencia o seguridad del Estado» (art. 589 Cp) y numerosas cláusulas abiertas utilizadas en materia de persecución del terrorismo que suponen la indeterminación de las conductas que se persiguen...⁴⁸»

Como vemos la norma penal tampoco contiene un tipo abierto porque existen límites cognoscibles impuestos por el mismo legislador.

3.2. Adecuación de las conductas que abusen del derecho a la libertad de expresión.-

Para proceder a la adecuación de la conducta a la norma bajo estudio deberemos primero delimitar los elementos y estructura del tipo en análisis.

El profesor ecuatoriano Ernesto Albán Gómez identifica a los siguientes elementos de la tipicidad (creemos que tipo sería más adecuado⁴⁹): Núcleo, sujeto activo, sujeto pasivo, referencia al objeto material sobre el que recae el daño, referencia a los medios de comisión, referencia a condiciones de tiempo, lugar u ocasión, elementos normativos, elementos subjetivos y condiciones o requisitos objetivos⁵⁰.

Iniciaremos pues desglosando cada una de las partes del tipo, constituyéndose su núcleo como el proferir expresiones⁵¹ injuriosas (calumniosas y no calumniosas graves), ello en el presente estudio se entenderá como el abuso del derecho a la libertad de expresión, donde este abuso será el que provoque el daño del bien jurídico protegido; a continuación de ello veremos que el sujeto activo, será cualquier persona mientras que el sujeto pasivo se limita únicamente a una enunciación de “autoridad”, es decir, que todo individuo que mantenga

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Al respecto ver, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, Derecho Penal, Parte General, Op. Cit., Pág. 251-252.

⁵⁰ Ver, ALBÁN Gómez Ernesto, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General, Ediciones Legales, Primera Edición, Quito-Ecuador, Pág. 150-154.

⁵¹ Nota: Entiéndase expresión en la forma establecida por numeral 1 del Art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esto es oralmente, por escrito, en forma impresa o artística, o por cualquier otro medio que el emisor escoja.

esta condición podrá reclamar reparación por medio de este tipo, en consecuencia este será el presupuesto constitutivo del delito.

Respecto al objeto material, veremos que el objeto es inmaterial y recae sobre la buena reputación de la autoridad. Los medios de comisión se remiten a los mismos medios contemplados para manifestar algún tipo de expresión, esto es, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos refiere una protección a las expresiones vertidas por cualquier medio, así mismo en un caso de abuso del derecho veremos que los medios también serán de la misma amplitud.

Las condiciones de tiempo, lugar y ocasión no han sido especificadas en el tipo bajo estudio porque no todos los tipos mantienen una estructura similar y tampoco requieren de todas ellas para su efectividad; pero como referimos previamente la norma penal es completa no solo por contemplar un supuesto de hecho y su consecuencia, sino porque además contiene otros elementos sobre los que cimenta la norma.

En cuanto a los elementos normativos, en el caso de la norma en análisis, no se contempla presupuestos jurídicos para su aplicación. Lo mismo sucede con los requisitos objetivos pues no se requiere de alguna verificación previa o circunstancia de prejudicialidad para observar el daño de este tipo de conducta, por la naturaleza del bien jurídico protegido.

Nos detendremos pues en el análisis de los elementos subjetivos o en palabras de Muñoz Conde, el tipo subjetivo, donde deberemos observar los “...estados de ánimo, del sujeto activo, a sus propósitos o motivaciones...⁵²” y que en el caso se entienden como la:

“...conciencia del carácter injurioso de la acción o expresión y voluntad, pese a ello, de realizarla. Esta voluntad se puede entender como una intención específica de injuriar, el llamado «animus iniurandi». No basta, pues, con que la expresión sea objetivamente injuriosa y el sujeto lo sepa, sino que se requiere un ánimo especial de injuriar⁵³”.

⁵² ALBÁN Gómez Ernesto, Op. Cit., Págs. 153-154.

⁵³ MUÑOZ Conde Francisco, Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Tirant Lo Blanch, Decimoséptima edición, revisada y puesta al día, Valencia, 2009, Pág. 268.

A su vez y en el mismo tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, exige como requisitos para la imposición de una sanción penal por abuso del derecho a la libertad de expresión, los siguientes:

“...la Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales.”⁵⁴,”

Para continuar con el análisis de los elementos subjetivos, veremos entonces que la Corte ha contemplado la necesidad de determinar el dolo con el que se actuó, con mayor precisión, en la sentencia del citado caso de *Usón Ramírez vs. Venezuela*, se expresa que la problemática suscitada se da porque la norma penal por la cual se sancionó al Señor Usón Ramírez, además de ser incompleta, solo determina la pena a imponerse.

“...sin tomar en cuenta el dolo específico de causar descrédito, lesionar la buena fama o el prestigio, o inferir perjuicio al sujeto pasivo. Al no especificar el dolo requerido, dicha ley permite que la subjetividad del ofendido determine la existencia de un delito, aún cuando el sujeto activo no hubiera tenido la voluntad de injuriar, ofender o menospreciar al sujeto pasivo.”⁵⁵,”

Entonces se requiere que la Ley haga una determinación del dolo específico con el que el sujeto activo del delito debe actuar para que se considere cumplido otro elemento del tipo y consecuentemente el requisito de tipicidad de una conducta. Al respecto Francisco Muñoz Conde nos dice:

“Esta intención específica es un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo y que trasciende a él. Su exigencia se desprende de la propia naturaleza del delito. En el fondo, la injuria no es más que una incitación al rechazo social de una persona, o

54 Corte IDH Caso Tristán Donoso Vs. Panamá, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Párr. 120.

⁵⁵ Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela, op. cit., Párr. 56.

un desprecio o vejación de la misma, lo que sólo puede realizarse intencionalmente. Así, acciones objetivamente injuriosas, pero realizadas sin ánimo de injuriar, sino de bromear, criticar, narrar, etc., no son delitos de injurias. Este elemento subjetivo se deduce a veces del propio contexto, pero otras veces puede quedar confundido o solaparse con otros propósitos o ánimos (informativo, de crítica, etc.), que dificultan la prueba del mismo.⁵⁶”

Resaltaremos entonces, que la prueba en el delito de injuria, será de difícil recopilación a excepción del caso en el que del mismo contexto de la expresión se pueda inferir el daño, por lo que ciertos casos donde se abuse del derecho pero que en realidad mantengan un interés de daño no existirá una sanción por la insuficiencia de pruebas. Incluso el dolo, en su mayoría conlleva una dificultad probatoria, razón por la que también podría provocar impunidad de conductas que sí merecen una sanción por los daños provocados. De tal manera, el análisis del dolo deberá en primer lugar radicarse en si su demostración expresa podría solapar el abuso del derecho o si es un elemento indispensable para evitar que la libertad de expresión sea coartada.

Nuestro criterio se ha ceñido a considerar que obviamente el dolo es un elemento del delito, pero no puede ser tomado en cuenta como un único elemento de comprobación de su existencia sin el cual no se lo considerará como tal. En realidad sería más pertinente acudir a otro grado del derecho penal donde se estudia el delito con mayor científicidad y en donde se podría hablar de que han mediado causas de justificación de la antijuridicidad de la conducta, es decir, “...situaciones en que la lesión del bien jurídico se halla legitimada, justificada por el propio orden jurídico, en este caso, el acto, aunque típico, ya no será contrario al Derecho sino conforme a él.”⁵⁷

Entonces deberemos preguntarnos cuándo estaremos frente a una causa de justificación, la respuesta en realidad es simple y ya ha sido otorgada por la Corte Interamericana, al referir a la libertad de expresión e información, como necesaria para fiscalizar los actos de los funcionarios públicos, dar a conocer información importante para el país y para el sistema democrático, en este sentido, mediará una causa de justificación cuando las expresiones vertidas hayan sido absolutamente necesarias para dar a conocer a la población sobre un

⁵⁶ Op. Cit., Pág. 269.

⁵⁷ ALBÁN Gómez Ernesto, Op. Cit., Pág. 157.

acto de interés democrático o de la ciudadanía en general. Para clarificarlo presento dos ejemplos.

Ejemplo 1:

El reportero de una prestigiosa revista de periodismo investigativo, presenta a sus lectores un artículo donde trasgrede el derecho a la intimidad porque muestra fotos de los vehículos que compró el Presidente de un país que ha sufrido daños en su economía; estos automotores ascienden a la cantidad de doscientos veinte mil dólares y que realmente resultan innecesarios porque han sido adquiridos para el exclusivo uso de su familia (estas fotos se tomaron en la casa del Presidente), lo que demostraría ser sumamente inconveniente para la economía del país el ver un despilfarro inútil de los fondos del Estado. En este caso no se habrá trasgredido el derecho a la intimidad familiar, porque se trataría de un caso de absoluta fiscalización de los actos del poder público.

Ejemplo 2:

El reportero de un noticiero de televisión, realiza una investigación en base a una denuncia ciudadana donde se expresó que el Ministro de Deportes acosó sexualmente a una funcionaria de su cartera de Estado, resultando de esta investigación varias aseveraciones entre las que se acusaba de acosador al Ministro y que no se trata de la primera vez que sucedía, en consecuencia aparentemente se trataría de una injuria calumniosa, pero resultaría que se trata de una causa de justificación donde a pesar de mediar una conducta típica susceptible de sanción, no se contravendría el ordenamiento jurídico porque se está valorando la calidad del funcionario que presta servicios para la ciudadanía, la cual tiene derecho a saber sobre este tipo de conductas de la persona que maneja un órgano de Gobierno.

El dolo, ha sido considerado por la doctrina y la jurisprudencia de Estados Unidos como la real malicia, que refiere el mismo fin o en palabras del Juez Brennan:

“Las garantías constitucionales requieren una norma federal que prohíba a un funcionario público ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y

difamatoria referente a su conducta como tal a menos que pruebe que fue hecha con real malicia, es decir, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad⁵⁸”

En contraposición a ello en la decisión de minoría el Juez Black al cual se adhirió Douglas manifestó que: “La real malicia (...) es un concepto abstracto, difícil de probar y difícil de refutar.⁵⁹”. Lo que demuestra que los jueces han avizorado la dificultad que conlleva la prueba del dolo o la “real malicia”, ello no solamente por tratarse de un aspecto subjetivo o interno del sujeto activo del delito, sino además porque en la temática bajo estudio la conducta del infractor puede estar confundida con el derecho a la libertad de expresión, opinión o información, lo que hace casi imposible para el querellante demostrar el ánimo dañoso con el que ha actuado quien abusa de la referida libertad.

Correlativamente vale resaltar la dificultad para el Juez en llegar a verificar la intención de traspasar los límites de la libertad de expresión y dañar la buena reputación, o más aún impide que la autoridad judicial con la mayor certeza considere que una conducta no tiene la intención de informar, expresarse u opinar, sino que en realidad sus intereses están dirigidos a dañar un derecho utilizando otros como un disfraz que imposibilite la reclamación del perjudicado, impida el acceso a la tutela judicial efectiva y entorpezca la labor de la autoridad judicial.

Finalizaremos expresando que al ser sumamente difícil determinar el dolo, no será la única vía existente para el análisis jurídico penal, pues debe también observarse si los demás elementos del delito se habrán cumplido, particularmente si han mediado causas de justificación de la antijuridicidad de la conducta, todo ello permitirá conocer si efectivamente un acto debe ser sancionado. Entonces la teoría de los ánimos no será la única forma de determinar la punibilidad de una conducta, esto requerirá un análisis ya no solo desde la perspectiva de los derechos humanos sino meramente penal y de gran profundidad.

⁵⁸ DONNA Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Rubinzal – Culzoni Editores, Tercera Edición Actualizada, Buenos Aires – Argentina, 2007, Pág. 448. El profesor Donna cita las argumentaciones dadas en la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso New York Times vs. Sullivan.

⁵⁹ Op. Cit..

3.3. Adecuación del Art. 493 del Código Penal a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.-

El Art. 2 de la Convención Americana impone a los Estados el deber de adoptar cualquier medida legislativa o de otro carácter conducente al respeto y garantía de los derechos contemplados en tal instrumento, de esta manera, en caso de que los supuestos de hecho de la norma del Art. 493 del Código Penal contraríen los derechos de la Convención, evidenciarán la necesidad del Estado ecuatoriano de reforma o derogatoria de la norma.

Por lo tanto, es necesario analizar si existe una contradicción entre derechos que haga necesario el tomar algún tipo de medida legislativa ya que incluso el omitir aquello provocaría que se declare la responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano por no tomar las medidas necesarias para adaptar su ordenamiento interno a las disposiciones de la Convención, permitiendo el respeto y garantía efectivos de los derechos humanos.

Lo anterior ha sido ratificado como criterio fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994 donde por unanimidad opina:

“1. Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.

2. Que el cumplimiento por parte de agente o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado....⁶⁰”

Deberemos analizar pues, si la norma contraviene un derecho humano. Para ello vale citar algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se trata la

⁶⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994, Págs. 16-17.

determinación de responsabilidades ulteriores y sanciones penales para el caso del abuso del derecho a la libertad de expresión:

“La Corte considera importante reiterar que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que el artículo 13.2 de la Convención prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de pensamiento y de expresión a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Las causales de responsabilidad ulterior deben estar expresa, taxativa y previamente fijadas por la ley, ser necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”, y no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. Asimismo, la Corte ha señalado anteriormente que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita.⁶¹”.

Pese al criterio citado, la Corte en un fallo cuatro años posterior manifiesta:

“La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación⁶²”.

De los textos citados, se desprende que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entiende a la responsabilidad penal, justamente como debe ser entendida para toda conducta, partiendo de los principios de subsidiaridad y de extrema ratio, que en palabras de Santiago Mir Puig se explican de la siguiente manera:

⁶¹ Corte IDH, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Párr. 79.

⁶² Corte IDH, Caso Tristán Donoso Vs. Panamá, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Párr. 120.

“El Derecho penal deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social. El principio de la «máxima utilidad posible» para las posibles víctimas debe combinarse con el de «mínimo sufrimiento necesario» para los delincuentes. Ello conduce a una fundamentación utilitarista del Derecho penal no tendente a la mayor prevención posible, sino al mínimo de prevención imprescindible. Entra en juego así el **«principio de subsidiariedad»**, según el cual el Derecho penal ha de ser la **ultima ratio**, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El llamado **«carácter fragmentario del Derecho penal»** constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado **«principio de intervención mínima»**⁶³.

Consecuentemente, para poner en acción la estructura punitiva del Estado, la conducta debe ser lo suficientemente reprochable y no tener algún otro remedio para resarcir los males que ha provocado y proteger a la sociedad. Es justamente el principio de *extrema ratio* o *ultima ratio*, el que propende a posicionar al derecho penal en el último escalafón de soluciones posibles para reparar todo mal. Entonces, aquello significará que el Estado deberá entregar las políticas adecuadas para hacer respetar los derechos existentes, luego a ello se deberá preferir por las medidas administrativas, civiles y cuando se hayan agotado aquellas acudir a la más restrictiva y delicada, la salida del derecho penal.

Penosamente, en la actualidad existe una tendencia a penalizar toda conducta que resulte lesiva sin pensar en el grado de afección o el beneficio para la sociedad de imponer una pena de encarcelamiento. Esta ha sido la actitud estatal y el clamor ciudadano, han conducido a un excesivo e incluso uso abusivo del ius puniendi, provocando una insatisfacción de los perjudicados por una conducta, una falta de reparación, una desprotección estatal, el desarrollo de las técnicas delincuenciales, una sobreproducción normativa, inconsecuencias de la Ley con las necesidades sociales, entre otras sin número de problemáticas acaecidas.

⁶³ Derecho Penal, Parte General, Op. Cit., Pág. 126-127.

La fragmentariedad del derecho penal apunta a una protección y reparación de aquellos bienes que han sido lesionados mediante formas absolutamente repudiabiles, es decir, no será lo mismo el cohibir la libertad de tránsito a un asesino que a un periodista que ha lesionado la buena reputación de una autoridad, esto porque el primer caso ha lesionado un bien primario frente a cualquier otro y porque un asesinato siempre conlleva una carga negativa para la sociedad que hace necesaria su sanción a efectos de protegerla de aquel individuo peligroso e imponer una sanción por su conducta y que tienda a la posible resocialización.

En estos términos, el actuar de un periodista no parece requerir una norma penal ni para reparar el derecho lesionado, ni para actuar desde la perspectiva retribucionista de la pena, porque justamente ese tipo de conducta no amerita llegar a accionar el arma más delicada del Estado, el *ius puniendi*, el cual requiere siempre de una delimitación para evitar arbitrariedades de quien tiene a su cargo el Gobierno. Esta “delimitación” debe entenderse desde la perspectiva legislativa y su adecuada técnica para formulación de Leyes, pues es el único llamado a delinear los parámetros de acción punitiva estatal y frenar el posible uso abusivo del derecho sancionador del Estado que terminaría siendo una forma inadecuada de justicia y limitación de derechos fundamentales en vez de un modo de protección ciudadana.

Consideramos que el derecho penal especialmente en casos donde se encuentran en conflicto derechos, deberá actuar únicamente cuando se haya justificado su necesidad de acción, pero ¿Cómo determinar esta necesidad de acción? En este sentido es interesante resaltar el caso *Tristán Donoso vs. Panamá* resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde destaca la modificación que la República de Panamá realiza a su Código Penal así:

“Artículo 196. En los delitos contra el honor, la retractación pública y consentida por el ofendido excluye de responsabilidad penal.

Cuando en las conductas descritas en el artículo anterior, los supuestos ofendidos sean uno de los servidores públicos de que trata el artículo 304 de la Constitución

Política, funcionarios de elección popular o gobernadores, no se impondrá la sanción penal, lo cual no excluye la responsabilidad civil derivada del hecho.⁶⁴”

Procurando garantizar la libertad de expresión y evitar que el derecho penal actúe como una forma de restricción indirecta se ha creado una causa de exclusión de la punibilidad de una conducta (acto) típica, antijurídica y culpable. En este punto ratificamos nuestra adhesión a los criterios de la Corte Interamericana y de la doctrina al decir que el derecho penal debe ser activado atendiendo exclusivamente a sus principios base de *extrema ratio*, *fragmentariedad*, *subsidiariedad* y *de intervención mínima*, pues son los únicos que validan su intromisión en la resolución de un conflicto, esto porque el derecho penal no es una rama jurídica que pretende dar protección y reparación individual, sino únicamente social, por ende, debe justificarse esta necesidad de intervención desde la perspectiva de la sociedad que es a quien interesa y quien justifica el surgimiento del derecho penal en una determinada situación conflictiva.

De los fundamentos expuestos se deduce que sería erróneo acceder directamente al uso de la norma penal a pesar de que ésta prevea plenamente esta posibilidad, porque al imponer una sanción penal fruto del uso del artículo en estudio provocará la declaración de responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano porque no ha omitido su deber de adoptar disposiciones internas para hacer respetar y garantizar los derechos previstos por la Convención Americana.

¿Cuál habría sido la referida omisión? En realidad serían dos, la primera de ellas proviene del legislador que podía tomar tres tipos de medidas, a saber:

- a) Reformar la norma penal como lo ha hecho Panamá creando una causa de exclusión de la punibilidad, aunque ello en las circunstancias en las que está escrita nuestra norma tornaría en inefectiva su existencia, ya que el artículo está escrito solo con el único fin de realizar una descripción de la conducta dañosa de la buena reputación de la autoridad, consecuentemente el agregar la referida causal denotaría como mejor accionar el derogar la norma;

⁶⁴ http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pan/sp_pan-int-text-cp.pdf

- b) Justamente la derogatoria es la segunda medida por la que se puede optar, pero de todas formas no bastará con esto pues quedaría un vacío legal al indeterminar si persiste la sanción penal por este tipo de conductas, pues parecería que únicamente se ha quitado la agravante de la pena por lo tanto deberá simplemente imponerse las penas comunes de los Arts. 493, 492 y 495 del Código Penal. En consecuencia si se deroga la norma, habrá que establecer otra donde se exprese la salvaguarda de la acción civil por los presuntos daños provocados; y,
- c) Reformar la norma ratificando la posibilidad de hacer uso de ella, previo el cumplimiento del requisito de prejudicialidad que podría darse de dos maneras:
 - a. Al demandar la reparación en la vía civil, el Juez (a quien por cierto se deberá entregar competencia para el conocimiento de este tipo de conflictos) en sentencia al comprobar la existencia del daño a la buena reputación determine si se trata de un caso de los que por sus circunstancias peculiares haría necesaria una sanción penal, para ello deberá valorar la reprochabilidad de la conducta y una posible afección colateral a la sociedad; y,
 - b. Mediando un proceso civil sumarísimo el interesado de recurrir al ámbito penal, deberá probar la necesidad de recurrir a aquella, la insatisfacción de una reparación civil y el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo el Juez Civil quien en sentencia determine si se ha cumplido o no con estos parámetros y consecuentemente autorice recurrir a la vía penal.

Respecto a este último caso podría ser también el mismo Juez penal quien una vez que ha avocado conocimiento de la causa verifique el cumplimiento de los mismos parámetros, pero esta solución no significaría prejudicialidad sino atendería a los principios de celeridad, simplificación y eficacia procesal, por lo que nos inclinaremos más por esta propuesta. Todo lo expuesto actúa como un filtro de defensa de los derechos fundamentales frente a cualquier intento arbitrario de coartar la libertad de expresión.

La segunda omisión se producirá desde el órgano jurisdiccional que omita los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los principios básicos del derecho penal, imponiendo una sanción sin haber justificado previamente su necesidad, debiendo al contrario, garantizar los derechos fundamentales, más aún hoy que se han denominado Jueces de Garantías Penales y que la interacción de las actividades estatales se dan en base a un sistema garantista que no puede darse el lujo de omitir este tipo de consideraciones.

Del estudio realizado se concluye que la norma penal en realidad no se adecua a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que urge tomar medidas legislativas; y, a pesar de que éstas no sean tomadas, el Juez no debe olvidar la que frente a la aplicación de normas al caso particular tiene a su arbitrio la posibilidad contemplada en el Art. 428 de la Constitución de la República, de recurrir ante la Corte Constitucional en consulta por considerar que la norma penal atenta a derechos humanos y por tanto se torna inconstitucional. Pese a ello y mientras se toman en cuenta las medidas legislativas, consideramos que el Juez que conozca de un proceso penal de este tipo podrá también aplicar las referidas causas de justificación de la antijuridicidad debiendo verificar el cumplimiento de toda la estructura del delito para proceder a la imposición de una pena, sin ello se tornará en uso abusivo e indiscriminado del derecho penal y una indebida motivación de la sentencia por omitirse el imprescindible estudio del delito.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LA REPARACIÓN EFECTIVA EN MEDIDAS NO PENALES

4.1 Satisfacción del daño a la buena reputación mediante una reparación de tipo económica.-

Ya hemos analizado lo atinente a la extralimitación del derecho a la libertad de expresión y la consecuentemente determinación de responsabilidades ulteriores en el ámbito penal, por lo que ahora nos compete analizar la efectividad de otro tipo de medidas.

Entenderemos por el término “efectividad”, como la capacidad de la medida para reparar el mal provocado en el ofendido. Deberemos atender entonces a una satisfacción a la buena reputación dañada mediante el abuso del derecho a la libertad de expresión.

El Código Penal en su Art. 67 ofrece una reparación de este tipo, al decir: “La condena a las penas establecidas por este Código es independiente de la indemnización de daños y perjuicios de acuerdo con las normas de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil.”, al respecto nótese que para la determinación del monto habrá ciertas circunstancias que se deben contemplar para fijar el órgano jurisdiccional ante el cual se debe acudir para tal reclamación.

De ello devienen tres casos contemplados por la Ley:

El primero de ellos se produce cuando se trata de un delito de acción pública se presenta acusación particular y ésta es aceptada en sentencia, momento en el cual el Presidente del Tribunal de

Garantías Penales será competente para la determinación de los perjuicios;

El segundo de ellos también se produce en el mismo tipo de delito pero cuando no se ha presentado acusación particular, siendo en este caso competente el Juez de lo Civil, lo que significa que debe recurrirse a un proceso ordinario para la cuantificación del daño; y,

El último caso se da en los delitos de acción privada, donde la competencia se radicará en el Juez de Garantías Penales que dictó la sentencia.

El segundo caso es pues, el que más problemas acarreará a la víctima por la duración del trámite ordinario que incluyendo a Casación podrá significar un tiempo de aproximadamente 5 años; en los otros dos casos aparentemente resultaría más eficiente la cuantificación del daño pero aquello no es objeto de este estudio. De todas maneras resaltamos que la reparación económica no solo se dirige a la indemnización por daños y perjuicios, pues también existe la posibilidad de reclamar una reparación moral en el ámbito civil (responsabilidad civil extracontractual).

Ahora bien, a más de la posible eficiencia o no en la tramitación para valorar el daño, la cuantificación económica provoca un efecto aún más preocupante, que es el dar valor a la buena reputación, lo que genera un interés no en la reparación real del daño sino en percibir un valor económico a partir del daño. Sin embargo de aquello, nótese la problemática que genera una valoración de este tipo, la relatividad tanto para reclamar la indemnización cuanto para ordenarla. Es decir, no existen parámetros que permitan atender a una valoración justa y adecuada.

Veremos a continuación dos ejemplos para verificar la efectividad de este tipo de reparación:

1. Un sujeto desarrolla una conducta en un medio de comunicación que le hace incurrir en el delito de “injuria no calumniosa”, fruto de lo cual presenta una querrela donde una vez sustanciado el proceso se condena ordenando prisión del procesado y posteriormente se cuantifica la indemnización en diez mil dólares de los Estados Unidos de América;

2. Otro individuo que reside en una localidad del país donde es muy conocido, es denunciado y sentenciado en primera instancia por la comisión del delito de violación, lo cual aparece en los diarios de mayor circulación del lugar; esta noticia cumple con el respeto al derecho a la buena reputación y se limita a informar a la población sobre la existencia de aquella sentencia; en la Corte Nacional la sentencia se *casa* y en su lugar se dicta un fallo donde se ratifica la inocencia del individuo.

De ambos ejemplos veremos que se tratan de casos susceptibles de una reparación, pero en el primer caso el daño no tiene la urgencia de reparación como en el segundo. De la misma manera el último caso contiene un daño casi irreparable, donde la población habrá conocido y tratado al sujeto como un “violador” y la sentencia de Casación no será capaz de evitar aquello. Por lo tanto, la reparación económica será incapaz de subsanar los males causados.

Nótese que en ambos casos se produce la concurrencia de un medio de comunicación, pero en el primer caso ha mediado un abuso del derecho y en el segundo no; pero aún cuando hubiese mediado abuso de la libertad de expresión, una indemnización económica no sería capaz de reparar el daño a la buena reputación, pues ésta actúa como un aliciente para quien ha sufrido el agravio, pero no repara el daño provocado de una manera efectiva.

Consideramos que esta forma de reparación no es capaz de solventar los perjuicios que el abuso del derecho a la libertad de expresión genere, por lo tanto, una resolución que ordene una indemnización económica se dirige únicamente a reducir los efectos del agravio generado es decir es una manera de reconocer que no ha sido posible repararlo. La indemnización juega un papel de compensación monetaria que se ordena dada la prolongación del daño y su casi irreversibilidad pero que, como queda anotado no tiene la capacidad de llegar a los fines para los cuales fue concebida.

La cuantificación del daño y la consecuente indemnización, son tan ineficaces, que ni siquiera observan la imposibilidad del demandado para cumplir con una sanción pecuniaria cuando esta ha sido muy alta, lo que dirigirá el accionar del reclamante de esta reparación hacia los bienes del infractor a fin de que cumpla con la obligación impuesta pero que terminará por provocar una represión al individuo y colateralmente a la libertad de expresión. Si bien la sanción nació de un abuso del derecho, esta persecución procurará

una represión hacia cualquier hecho futuro que llegue a conocimiento del informador sancionado pero que no llegará a conocimiento de la población por encontrarse atemorizado fruto de la desproporción de la sanción impuesta.

La ineficacia de este tipo de sanción nos lleva a ver que incluso es peligrosa pues puede ser utilizada como forma de represión. Para contrarrestar aquello el Juez debe observar en todo momento que si bien la buena reputación es invaluable y no puede responder a tablas y matemáticas exactas, la proporcionalidad y coherencia de la sanción debe observarse siempre para que a pretexto de sancionar el abuso del derecho no se termine por crear un estado de miedo a los encargados de la difusión de la información. Por ello debe acudir antes que a los medios más graves de sanción a aquellos menos restrictivos para la libertad de expresión, a fin de que estos se sitúen como una especie de advertencia que en caso de no acatar y respetar el derecho ajeno incurrirá en una falta que le acarreará consecuencias legales. Todo ello atendiendo siempre a los principios de proporcionalidad y necesidad de la sanción pues solo estos justifican la imposición de una determinada medida en el marco del respeto a los derechos humanos.

Tales consecuencias deben en todo momento atender al grado de reprochabilidad del acto de abuso del derecho porque es lo único que justifica la intromisión de la autoridad judicial en la interacción de las relaciones entre los miembros que conforman una sociedad.

4.2 Efectividad de los derechos a la rectificación, réplica y respuesta.-

Como ha quedado manifestado los derechos de réplica y respuesta son los mismos, por lo que en este subtema nos referiremos a la rectificación y a la réplica bajo los conceptos que han quedado establecidos en capítulos anteriores, manteniendo el concepto de efectividad esbozado previamente en el punto 4.1.

Antes de entrar en el fondo del tema es necesario resaltar que el derecho de rectificación y respuesta va dirigido al medio de comunicación, por lo tanto, los aspectos de reserva de la fuente de información periodística no afectan para la reclamación de este derecho. Si la pretensión es conocer de donde se ha obtenido la información en la que se ha basado un

artículo estamos ante una circunstancia diferente de los derechos de rectificación y respuesta y que nada importa a efectos de invocarlos para hacer uso de ellos.

Si la intención es conocer la fuente de la cual provino la información utilizada por el reportero de un medio de comunicación y procurar que medie la rectificación de la información inexacta, la acción de habeas data según el Art. 49 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se presenta como el medio para reclamar el derecho de rectificación y por la naturaleza de esta garantía como la forma para conocer sobre la fuente que ha provisto de la información imprecisa o errónea utilizada como sustento de la información u opinión del comunicador.

Ahora bien, para iniciar el análisis respecto a la efectividad de estos derechos deberemos responder en primer lugar si su uso es excluyente de las demás formas de reparación y sanción (administrativas, civiles y penales), al respecto el Profesor José Luis Concepción Rodríguez nos trae a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1989 que dice:

“«el derecho de rectificación regulado por la LO núm. 2/1984, de 26 de marzo, es una facultad que se otorga a la persona para prevenir o evitar el perjuicio que una determinada información pueda irrogarle en su honor, o en cualesquiera otro derecho o interés legítimo, cuando considera que los hechos lesivos mencionados en la misma no son exactos» y esta finalidad «es independiente de la reparación del daño causado por la difusión de una información que se revela objetivamente inexacta»⁶⁵”.

Continúa su explicación el autor diciendo:

“...se trata de dos acciones, de diferente contenido, por lo que el ejercicio del derecho de rectificación no excluye la facultad que se concede al ofendido de ejercitar las «acciones penales o civiles de otra naturaleza, que pudieran asistir al perjudicado por los hechos difundidos»⁶⁶”

⁶⁵ CONCEPCIÓN Rodríguez José Luis, Derecho de Daños, Editorial Bosch, Tercera Edición, Barcelona, 2009, Pág. 359.

⁶⁶ Idem.

Por lo tanto, según el autor y conforme al criterio del Tribunal Supremo de España, el hecho de hacer uso del derecho de rectificación no impide realizar una reclamación para efectos de reparación en el campo civil o en el campo penal. Esto podría responder y dar por concluido el presente subtema, pues nos haría pensar que la inexistencia de efectividad en el ejercicio de estos derechos es tal que deja libre la vía para la reclamación por las demás vías contempladas en la legislación nacional, pero a pesar de aquello pasaremos a realizar el respectivo análisis en base al método analógico ejemplificativo que hemos utilizado en el decurso de este estudio:

1.- El Periódico el “Extra” en su edición de miércoles 15 de septiembre de 2010, manifiesta en su titular “MATÓ A SU HIJASTRO A PATADAS” y en la página 4 continúa con el reportaje con otro titular que dice “¡Padrastro mató a niño a puntapiés!, pero el mismo reportaje expresa “Jimena Encalada, jefe de la Dinapen de Tungurahua, indicó que su padrastro fue detenido por pura coincidencia (...) por haber provocado escándalo público (...) La Dinapen y Policía Judicial indicaron que aparentemente los golpes fueron propinados al niño un día antes por parte de su padrastro.

Observemos en primer lugar, que existe un claro abuso del derecho a la libertad de expresión, porque se da un trato de culpabilidad inequívoca al sujeto sobre el cual pesa el reportaje y en síntesis el titular del reportaje no se sujeta a los hechos relatados y además quebranta el derecho a la presunción de inocencia al que todos estamos llamados a respetar.

Este ejemplo nos demuestra que si el padre hace uso del derecho a la respuesta y se le permite ingresar al diario sus aseveraciones respecto al hecho acaecido en nada salvará su reputación porque la noticia donde se daba a conocer que mató a su “hijastro” ya se habrá esparcido por los lectores de ese periódico y la credibilidad que estos entregan se dirige al periódico y sus articulistas mas no a quien hace uso de su derecho a la réplica.

A su vez, notemos que los diarios en realidad no dan un tratamiento debido a quienes pretenden valerse de estos derechos; en ciertos casos, se permite que la réplica o rectificación se sitúen en la misma página donde constaba el reportaje en conflicto, pero

aquello no es más que una mera formalidad de cumplimiento para los medios de comunicación, pues es claro una desigualdad en el trato de la noticia y la rectificación o respuesta, mientras en la primera el titular lleva negrillas, mayúsculas, tamaño de letra 16 o más, fotografías, o colores, el espacio que se presta para los reclamantes de estos derechos no es presentado de la misma manera, no lleva responde a los mismos tamaños, no es tan llamativo como el reportaje que dio lugar al uso de alguno de estos derechos, en fin, es raro que los lectores dirijan su atención a los espacios donde se sitúa a la rectificación y/o respuesta.

Es claro el caso del diario “El Comercio”, que incluso para sus noticias más pequeñas o aquellas denominadas “Pulsos”, “En Breve” y “Agenda”, tienen un trasfondo y letras de color e incluso fotos que llaman la atención del lector. Lo que demuestra el absoluto desinterés por parte del medio de comunicación porque sus lectores lean lo que el usuario del derecho de rectificación o respuesta desee dar a conocer.

De la misma manera el ejemplo demuestra que si se hace uso del derecho de rectificación, dado que no existe un interés del medio de comunicación por darlo a conocer se presentarán las mismas condiciones que en conclusión no detendrán los daños que ha ocasionado la información mal manejada y entregada al público fuera de contexto, dañando la reputación del individuo. Finalmente, debemos resaltar lo tratado previamente en referencia a la credibilidad que la opinión pública entrega hacia el medio de información, de quien no duda, contrario a la credibilidad que se da a quienes hacen uso de este derecho.

Como hemos observado, el uso de estos derechos entrega una limitación al mal uso de la información que los medios de comunicación difundan entregando la posibilidad de que los implicados en un reportaje accedan al medio para que éste dé a conocer su opinión, versión o las inexactitudes que requieren una rectificación por parte del medio, pero estos son insuficientes para reparar un daño al derecho a la buena reputación, por lo que es necesario postular nuevas formas para procurar una reparación. Lo anterior no significa que deba prescindirse de los derechos a la rectificación y respuesta pues como se expresó son los únicos derechos que dan la posibilidad a la ciudadanía para acceder al medio de comunicación y oponerse a un reportaje mal realizado, un manejo indebido de la información y en general una forma de remediar posibles arbitrariedades del medio.

4.3 Efectividad de la sanción penal como modo de reparación del derecho a la buena reputación.-

Si bien este capítulo atiende al análisis de la reparación efectiva en medidas no penales, es necesario contrastar y analizar la posible efectividad de la sanción penal frente a las demás formas estudiadas por lo que en este subtema se procurará observar si la sanción penal mantiene una efectividad que justifique su imposición y deseche la posibilidad de imponer otro tipo de medidas.

Iniciaremos por precisar que la sanción pecuniaria no es capaz de resarcir efectivamente el daño producido, según hemos analizado, pues hay situaciones de gran gravedad que el capital no puede reparar, de igual manera los derechos a la réplica y a la rectificación, son solo remedios dirigidos a solventar en cierta manera la situación provocada con las expresiones erróneas, pero no son una vía para alcanzar una reparación sino una forma de corregir las expresiones erróneamente emitidas, es por ello que son subsidiarias a las formas de reparación administrativa, civil y penal.

Por lo anterior nos corresponde analizar la efectividad que podría tener la sanción penal, para ello no debemos olvidar lo tratado en capítulos previos respecto al derecho penal y sus principios básicos que harían imposible su aplicación por la existencia de otro tipo de vías por las que se puede optar para la reparación de la buena reputación. Ahora que hemos analizado la efectividad de estas otras vías dando como resultado su ineffectividad, habrá que preguntarse si este resultante nos entrega la opción penal como una forma de reparación efectiva, es decir, ¿La ineffectividad de otras vías haría posible el uso de las acciones penales existentes?.

La respuesta es evidente, no y, su evidencia recae en cuanto a la finalidad de la pena, que más allá de las distinciones en el ámbito de la penología que estudia sus diversas concepciones, deberemos atender a la pena como la forma de represión a una conducta reprochable socialmente, que reputa tal gravedad que hace necesario el encarcelamiento del infractor para que al ser recluso se procure su rehabilitación. El daño que se produce contra la buena reputación, por lo general, contiene una reprochabilidad tal que haga necesaria ni siquiera la acción del derecho penal y menos aún la imposición de una pena.

La pena, tampoco sería efectiva como una forma de reparación, pues según observamos en los ejemplos descritos en el subtema previo, estas vías de reparación en realidad carecen de una posibilidad para terminar con los males que un abuso del derecho a la libertad de expresión provoquen. En nada ayudará al individuo que ha recibido un daño en su reputación el que el agente dañoso sea recluido, ni esto tampoco ayudará para que la sociedad ante la cual se denigró su reputación cambie su forma de pensar sobre él o en conclusión haga que los daños colaterales que las expresiones produjeron se retraigan al momento previo a su emisión.

Por lo tanto consideramos que la pena en el aspecto bajo estudio, no solo que no es capaz de producir un bien ni a la sociedad ni al individuo receptor del daño, sino que sí es capaz de menoscabar de manera irreparable al infractor o que terminen por acabar con su carrera, lo que partiendo del supuesto de un individuo que presenta opiniones que aportan al debate político pero que ha recaído en un abuso del derecho, significaría lo siguiente:

- a) Fruto de la sanción penal la sociedad perdería sus valiosas aportaciones;
- b) El debate político se vería menoscabado por la falta de estas aportaciones; y,
- c) En ciertas circunstancias la balanza política podría inclinarse hacia una u otra fuerza política, fruto de esta sanción penal, por ejemplo: El individuo que ha sido sancionado que es un fuerte representante del partido opositor de Gobierno.

Lo anterior significaría desconocer el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se ha pronunciado resaltando que “Los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática...⁶⁷”, es decir, tanto la intromisión de una sanción pecuniaria desproporcionada o la imposición de una pena provocarían la pérdida de estos vehículos vitales para la primacía de la interacción de la información, el desarrollo del debate sobre temas de interés público y en fin permitir que los contenidos lleguen a la

⁶⁷ Corte IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Párr. 117.

población, caso contrario se situará como una censura indirecta a la libertad de expresión, lo cual ha sido rechazado también por la Corte Interamericana⁶⁸.

Subsecuentemente no cabe realizar mayores análisis respecto a la pena, primero porque como dejamos claro previamente el accionar del derecho penal no es justificable partiendo de sus mismos principios fundamentales, por lo que al desvirtuarse la posibilidad de recurrir a la acción penal por no demostrarse su necesidad, mal puede analizarse la pena que solo tiene cabida cuando se ha hecho uso de esta acción; segundo, porque la pena entraña una delicadeza tal que su mal uso puede resultar en mayores perjuicios injusticias para la sociedad denigrando la existencia del derecho penal como un cuerpo de normas que están dirigidos a la protección de la sociedad; y tercero, porque el uso del derecho penal y la consecuente imposición de una pena a un informador se sitúan como una especie de venganza privada donde el querellante podría valerse del daño que ha recibido para procurar una represión de la libertad de expresión que sería su intención real.

Ratificamos la necesidad de procurar medidas de reparación que sean realmente eficaces o al menos tengan una mayor posibilidad de resarcir los daños recibidos; frente a ello se verá que las medidas de reparación llegan a ser mucho más simples pero más efectivas que cualquier sanción penal o pecuniaria, desde esta óptica veremos que los derechos de réplica y rectificación son mucho más eficaces que las sanciones pecuniarias y/o penales.

Como formas de reparación es necesario regular la forma en la que se da a conocer de la rectificación o respuesta, que se maneje incluso con los mismos parámetros de diseño para la difusión de la noticia (el uso de negrillas, colores llamativos, etc), con la misma intención de llamar la atención del lector, la misma fotografía (si la hay), el mismo lugar del periódico o espacio radial o televisivo. En el caso del derecho de rectificación consideramos necesario que reproduzca nuevamente la noticia o información presentada agregando las correcciones que el/los interesados consideren deben realizarse, especificando que se trata de información proveída por tal persona y que en uso de su derecho a la rectificación se ha solicitado esta publicación. Se procederá de la misma manera en cuanto al derecho de respuesta.

⁶⁸ Corte IDH, Caso Tristán Donoso Vs. Panamá, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Párr. 110.

Para finalizar vale resaltar que en los distintos proyectos de Ley de Comunicación presentados a la Asamblea Nacional se contempla el derecho de rectificación y la obligatoriedad del medio de atender de manera inmediata a una reclamación de este tipo (que en caso de ser omitida hará posible la intervención del Juez), pero se sigue excluyendo la necesidad de dar a conocer la rectificación utilizando de manera obligatoria los mismos parámetros de diseño en los que se dio a conocer la información inexacta. Lo contrario hace invisible el derecho de rectificación frente a los demás cientos de artículos y opiniones escritos y diseñados para atraer la atención del lector. Esto demuestra la imperiosa necesidad de imponer al medio de comunicación la obligación de difundir la rectificación solicitada bajo los mismos estándares de diseño aplicados a la noticia que ha provocado la reclamación de los afectados.

CAPÍTULO V

DE LA ACTUACIÓN DE LOS OPERADORES DE JUSTICIA

5.1 Necesidad de determinar previamente responsabilidades ulteriores.-

Analizados los aspectos de fondo del tema de estudio debemos pasar a realizar las precisiones necesarias para que los criterios planteados sean debidamente aplicados por quienes tienen tal facultad a su cargo y en consecuencia su inobservancia no provoque la determinación de responsabilidad internacional del Estado, fruto de la aplicación de una norma manifiestamente violatoria de los derechos humanos en estudio. Lo anterior tomando en cuenta la Opinión consultiva No. OC-14/94 donde la Corte Interamericana expresa: “Que el cumplimiento por parte de agente o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado....⁶⁹”.

El Art. 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, refiere la posibilidad de restricción del derecho a la libertad de expresión únicamente cuando se haya determinado la existencia de responsabilidades ulteriores del comunicador, lo que una vez realizado permitirá la imposición de la sanción correspondiente por haber mediado un abuso del derecho; en tal virtud, la Corte hace las siguientes precisiones que es necesario resaltar:

“(...) Para poder determinar responsabilidades ulteriores es necesario que se cumplan tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática.

⁶⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94, Op. Cit., Págs. 16-17.

Respecto de estos requisitos la Corte señaló que:

la " necesidad " y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. (...)

De este modo, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.⁷⁰»

Por tanto, la determinación de responsabilidades ulteriores atiende en primer lugar al principio de legalidad, que aparentemente estaría cumplido en la tipificación de las conductas de injurias en sus diversos tipos detallada en nuestro Código Penal, pero veremos que el sujeto activo del delito en tales conductas es cualquier persona, por lo que no habría una tipificación específica de conductas que haga posible la determinación de responsabilidades ulteriores.

De la misma manera, al delimitarse el tipo a cualquier persona como sujeto activo del delito, veremos que los demás elementos del tipo como, referencia al objeto material sobre el que recae el daño, referencia a los medios de comisión, referencia a condiciones de tiempo, lugar u ocasión, elementos normativos, elementos subjetivos y condiciones o requisitos objetivos tampoco están adecuados debidamente a la conducta específica del abuso del derecho a la libertad de expresión. Esto significaría que el Ecuador no contiene una tipificación penal adecuada para sancionar a un comunicador que ha detentado un

⁷⁰ Corte IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Párr.120, 121 y 123.

abuso del derecho, por lo que es juzgado como si se tratase de la conducta común de injurias, esto deja sin un resguardo debido a los titulares del derecho en estudio.

El tipo es justamente aquella delimitación de la conducta que se considera delictiva, por lo que requiere una determinación minuciosa de sus elementos, lo contrario provocará que, en el caso de la libertad de expresión, el Juez se base en los mismos criterios que utiliza para un caso “común” de injurias. Por ello, observamos la necesidad de que si el Ecuador contempla la necesidad de imponer una sanción penal a un individuo que ha traspasado los límites de la libertad de expresión, tipifique la conducta debidamente, tomando en cuenta los criterios de necesidad para un Estado democrático de imponer una pena por tal conducta y los fines de protección admitidos para restringir la libertad de expresión.

La necesidad de realizar aquella creación legislativa no significa una contradicción al principio de igualdad ante la Ley por un trato desigual, lo que sucede en realidad es que se trata de conductas diferentes que si bien trasgreden los mismos bienes jurídicos protegidos, en el caso de quien hace uso de la libertad de expresión lleva consigo la importancia vital de este derecho para el sistema democrático, de ello deviene la necesidad de que reciba un tratamiento que garantice tanto al querellante y presuntamente afectado en su buena reputación, cuanto para quien dice enmarcar su conducta en las fronteras del Art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La importancia de este derecho radica la necesidad de determinación de responsabilidades ulteriores claras, precisas, completas y con sanciones adecuadas.

Respecto a la segunda circunstancia que ha enunciado la Corte, aparece que sí existe un fin de protección a la buena reputación, por lo que este requisito se cumpliría en nuestra normativa. Lo contrario sucede con el tercer requerimiento de la Corte pues en ninguna parte de la norma se observa una justificación de la necesidad de la medida penal para el Estado democrático. Debemos entender por justificación, una determinación de reprochabilidad de la conducta en tal grado que haga visible la necesidad de intervención del ius puniendi.

Nuestra normativa penal, no cumple a cabalidad dos de los tres requisitos exigidos por la Corte Interamericana por lo que es clara la posibilidad de que el Estado ecuatoriano sea

condenado por la Corte Interamericana en caso de ponerse en su conocimiento un caso donde se confronten estos derechos y se haya procedido de esta manera.

5.2 Adecuación de sus actuaciones a los Convenios Internacionales.-

En correlación a lo expuesto previamente el Juez tiene la obligación de adaptar sus actuaciones a las disposiciones de la Convención tanto porque el Ecuador es suscriptor de ella, cuanto porque nuestra Constitución les impone la obligación de aplicación directa e inmediata de los tratados internacionales que contengan derechos humanos contemplados de manera más favorable que en nuestra carta magna. (Arts. 424 inciso segundo y 426 inciso segundo de la Constitución), por lo que es irrefutable el deber garantista de derechos que debe cumplir en todo momento la autoridad judicial.

A su vez la citada Opinión Consultiva No. 14/94 establece la posibilidad de declarar la responsabilidad internacional de un Estado cuando un juez aplique una norma manifiestamente violatoria de la Convención, lo que hace imperativa la necesidad de que el Juez adecue sus decisiones no solo a la normativa interna sino a la Convención y a los demás tratados que favorezcan la vigencia de los derechos humanos.

El Juez ecuatoriano para proceder al juzgamiento de un acusado que ha alegado estar en ejercicio de su libertad de expresión, deberá como requisito sine qua non, previo a la imposición de una sanción, proceder a la determinación de responsabilidades ulteriores, esto es, no solo realizar una mera operación de subsunción sino observar si efectivamente los límites de este derecho han sido quebrantados de manera injustificada trasgrediendo ilegítima e innecesariamente otros bienes jurídicos protegidos.

Aquello significa que los esfuerzos del juzgador deberán encaminarse a generar la certeza necesaria que le permita declarar la existencia de un abuso del derecho que hace posible y necesario la imposición de una sanción. Es decir, la referida determinación de responsabilidades ulteriores se presenta como un mecanismo de reparación para los perjudicados por un ejercicio abusivo del derecho y como una garantía de protección para los titulares de la libertad de expresión, que impone la obligación de cumplimiento de los

parámetros explicados para superarla y proceder a castigar al trasgresor y corregir los daños injustamente ocasionados.

Si bien la norma penal contempla una conducta que en caso de que el Juez considere cumplida debe imponer una sanción, no debemos olvidar que dentro de sus posibilidades está el avizorar la posible inconstitucionalidad de una norma, lo que le permitirá recurrir en consulta la Corte Constitucional para que sea esta quien resuelva si la norma se ajusta o no al cuerpo constitucional y a las Convenciones que contengan enunciados respecto a los derechos humanos en conflicto conforme lo contempla el Art. 428 de la Constitución de la República.

No es necesario decir que el Juez es la autoridad llamada a alejarse de los enunciados normativos que contengan disposiciones violatorias de derechos, pues su posición en el actual Estado Constitucional de Derechos y Justicia es la de una autoridad garante de los derechos de los habitantes de la nación.

En base a los criterios expuestos y tomando en consideración el principio jurídico de *iura novit curia*, el Juzgador debe tomar conciencia de esta necesidad de adaptación de su accionar a la normativa de la Convención Americana a fin de evitar que por su inobservancia se declare la responsabilidad internacional del Estado, asimismo el derecho de repetición deberá ser observado ineludiblemente, ya que se presenta como una forma para sancionar a quienes han permitido violaciones de este tipo en base al poder que el Estado les ha delegado.

5.3 De la reparación efectiva ordenada mediante sentencia.-

Los operadores de justicia que tienen la facultad sancionadora a efectos de reparar los daños producidos deberán atender a medidas adecuadas y efectivas, que permitan una reparación y que sean debidamente proporcionales a fin de no incurrir en sanciones absurdas, de imposible cumplimiento y que no tengan ningún interés en el resarcimiento de la buena reputación presuntamente afectada.

De la misma manera una sanción desproporcionada en nada ayudará a la reparación de la reputación afectada, pero sí provocará una restricción innecesaria a la libertad de expresión, lo que es perjudicial no solo para el condenado sino incluso para la sociedad. Es por tal motivo que este subtema está dirigido a postular y analizar medidas efectivas de reparación.

Siendo la buena reputación el bien jurídico protegido lesionado, es éste al que debe atenderse, ello nos hace comprender que el ordenar la prisión de un individuo por varios años, en nada ayuda para la reparación de este bien, al contrario actúa como una especie de canalización de la venganza privada por medio del Estado que actúa como un desmesurado órgano represor. Así por ejemplo, en el caso de Emilio Palacio que fue condenado a 3 años de prisión y el pago de diez mil dólares a Camilo Samán el querellante, por haber atentado a su buena reputación, lo único que provoca es que un periodista que tiene esposa e hijos que mantener haga lo que sea para conseguir tal cantidad de dinero.

En la realidad, los condenados no poseen la cantidad de dinero que se les ha impuesto el pago, aquello justamente es lo que redirige sus actos hacia la comisión de crímenes mayores, a convertirse en los llamados “sicarios” o traficantes de todo tipo dentro de la cárcel, o realizar simplemente a vender sus bienes (siempre que éstos no estén prendados o hipotecados, etc), pero esta simple venta también genera perjuicios para su familia, que por el solo hecho de que el individuo se encuentre en prisión ya se ha provocado una destabilización emocional en los miembros de la familia, una carencia de figura paterna para sus hijos, una sobrecarga de trabajo de la esposa para poder mantener económicamente a la familia, en fin, es evidente lo perjudicial de la medida de prisión.

Adicionalmente habrá que preguntarse ¿El encarcelamiento por tantos años repara en algo la reputación del individuo afectado? Si realmente existe una afección la prisión no ayudará a que la gente olvide o reconsidere el artículo redactado porque a su creador se le ha condenado a prisión y a pagar una indemnización, menos aún si es un detractor del Gobierno a quien se le condena, pues aquello en realidad dará visos de una represión estatal disfrazada bajo el amparo de la norma penal. La medida de prisión puede llegar a acabar con la vida del periodista, tomando en cuenta el tipo de cárceles y el control penitenciario que mantenemos en nuestro país.

La pena de prisión por tanto, no es efectiva, ni tampoco contiene intenciones de reparación de la reputación, se trata en realidad de un castigo al modo expiacionista o retributivo a cargo del Estado, es decir, retomamos los fines antiguos de la pena donde solo al Estado le correspondía imponer sanciones por lo que cualquier agravio provocado entre particulares solo podía ser sancionado por el Rey, pero sin que se realice una valoración respecto a si tal conducta debe constar realmente en el catálogo de delitos y si debe constar, ¿Cuál sería la pena proporcionada que se debería imponer al sujeto activo del delito?.

El accionar del Juez de Garantías Penales ha estado dirigido a imponer la sanción que ordene la norma penal en una mera operación silogística en aplicación de la norma que impide una interpretación extensiva de las normas penales, pero sin observar que al desarrollar un accionar de ese tipo puede terminar por contradecir incluso a los mismos principios de la pena que rechazan la imposición de sanciones desproporcionadas. En todo caso y si bien podría parecer un deber del legislativo más que del mismo Juez, no olvidemos que las llamadas “normas”, en palabras de Riccardo Guastini, son enunciados jurídicos que al llegar al Juzgador y confrontarlos con los hechos generan una norma jurídica; en consecuencia el Juez es creador de derecho a partir de los esbozos generales dictados por el legislador y por los parámetros jurisprudenciales dictados por la Corte Constitucional, por lo que a él le atañe y es el único llamado a imponer medidas adecuadas de reparación.

Lo anterior no significa una extralimitación del juzgador en la aplicación de la norma penal, pues la autoridad judicial deberá considerar las normas internacionales de derechos humanos imperantes en nuestro sistema jurídico que podrían ser violentadas por la aplicación de una norma nacional manifiestamente contradictoria a estos derechos. No se trata de un intento de que el juez haga análisis fuera de la normativa penal sino que contemple la primacía y necesidad del respeto a un derecho por encima de una norma legal que lo quebranta.

Consideramos medidas dirigidas a obtener una reparación efectiva las siguientes:

- a) Ordenar que el artículo en conflicto, donde se ha encontrado que existe un abuso del derecho, se reformule despojando los términos que se consideran dañinos para la buena reputación y que al reformularlo se haga conocer que se

lo hace por orden judicial expedida en sentencia donde se ha determinado la existencia de un abuso del derecho a la libertad de expresión por parte del periodista X;

- b) Se dé a conocer al público que el artículo escrito por el periodista X, se ha configurado en un abuso del derecho a la libertad de expresión y en el mismo artículo se dé a conocer las medidas de reparación impuestas;
- c) Al dar a conocer al público que el artículo publicado contenía expresiones que traspasaron los límites de la libertad de expresión considerados en los parámetros jurisprudenciales dados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deberá realizarse en un espacio donde el rating sea alto, o el lector lo ubique fácilmente, si se trata de un artículo escrito deberá ser llamativo para que no se pierda entre los demás artículos y sea omitido por los lectores y, en fin todas las medidas necesarias para que tal reproducción sea recibida por la mayor cantidad de oyentes, lectores o televidentes.
- d) De la misma manera, no solo se deberá reproducir en el canal, espacio escrito, o radio donde tuvo cabida el artículo que contenía las expresiones que configuraron un abuso del derecho, sino en los diarios de mayor circulación, en los noticieros de mayor rating (a nivel nacional y local del lugar donde vive el afectado);
- e) El Juez deberá dar a conocer a los demás medios de comunicación cuáles fueron los límites del derecho a la libertad de expresión que fueron trasgredidos a fin de que se puedan conocer los criterios judiciales respecto a los fronteras de este derecho que no pueden ser sobrepasados y sean tomadas en cuenta por todos los demás comunicadores;
- f) Si las expresiones dañosas de la buena reputación han tenido efectos focalizados perjudiciales para el afectado éste deberá tener la posibilidad de solicitar al Juez que se dé a conocer de su sentencia en estos espacios bajo los mismos criterios sugeridos previamente la configuración de expresiones que han trasgredido a su buena reputación; y,

- g) El Juez que dictó la sentencia debe actuar como supervisor de su ejecución debida y completa.

Estas medias sugeridas demuestran la amplia gama de medidas efectivas de reparación que pueden ser tomadas, dependerá únicamente del buen criterio del Juez el que se impongan sanciones restauradoras del bien jurídico lesionado. Entiéndase por buen criterio el direccionamiento del Juez hacia la consecución de la reparación real de la reputación lesionada ordenada en sentencia.

El criterio judicial debe comprender que existen medidas que deben ser tomadas a efectos de no procurar una restricción excesiva de la libertad de expresión y una consecuente sanción desmesurada que no tenga fines reparativos sino meramente expiacionistas, es decir, encarcelar a un individuo por su conducta pretendiendo que aquello escarmiente al infractor, si eso se diese en la realidad, los índices de criminalidad habrían disminuido y el Ecuador no se encontraría sufriendo la dramatizante ola delictiva que ha demostrado la ineffectividad de las medidas de reparación, las sanciones de prisión, multas, etc y que, demuestran la necesidad de imponer medidas realmente efectivas.

CONCLUSIONES

1. Las diversas imprecisiones conceptuales entregadas tanto por órganos de justicia nacional como del sistema interamericano y la carencia de definiciones en varios aspectos de la temática en estudio, demuestran la necesidad de una cimentación teórica debida que permita un manejo adecuado y correcto de quienes ejercen estos derechos y de quienes están llamados a hacerlos respetar y garantizar. Lo contrario significa que toda construcción desarrollada difícilmente se sostenga por una escasez de conceptos fundamentales.

Por lo tanto todo estudio necesariamente debe iniciar fundiendo los conceptos en los cuales se basarán sus consiguientes construcciones teóricas, razón por la que nuestro estudio inicia procurando una comprensión de los conceptos a ser analizados.

Lo expresado sucede para el caso del Juzgador que tiene en su conocimiento un conflicto donde entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la buena reputación y que para su correcto análisis, fundamentación, motivación de su resolución deberá demostrar el manejo de los conceptos en los cuales desenvuelve sus razonamientos, lo contrario hará ver la fragilidad de su fallo por una indebida motivación, pues será obvio que al no tener un entendimiento claro y adecuado del significado, contenido, límites y espectro de aplicación de cada uno de los derechos, el Juzgador habría aplicado erróneamente los preceptos legales, constitucionales y convencionales.

Ha sido justamente esta mala concepción de los derechos en estudio la que ha permitido que gran parte de la población entienda a la libertad de expresión como un derecho absoluto al cual no se puede contraponer ningún otro derecho. Esto es fácilmente verificable,

basta con leer ciertos editoriales, ver programas de opinión o ver los programas de televisión conocidos como “de farándula”, donde a pretexto de hacer uso de su derecho a expresarse libremente, a informar y ser informados, a pensar y opinar sin restricción, se termina por quebrantar derechos como la intimidad y la buena reputación, por lo que es necesario el esquema conceptual que permita entender debidamente los derechos en estudio a fin de no permitir violación de derechos a pretexto de una protección excesiva o violación del derecho a la libertad de expresión por una incomprensión de su contenido y sus barreras de protección.

2. La libertad de expresión es un derecho de vital importancia para el sistema democrático pero esto no significa que por tal distinción requiera de una protección absoluta, tampoco quiere decir que deben imponerse filtros sumamente difíciles de superar para sancionar a quien ha hecho un uso abusivo de este derecho, por lo que la delimitación del derecho requiere de una tipificación taxativa, clara e inequívoca que haga posible la tutela efectiva de quienes han sido lesionados en su reputación por el abuso de la libertad de expresión y a su vez, que aquella especificidad de las conductas que son susceptibles de sanción y que se enmarcan en un uso abusivo del derecho, garantizará a sus titulares obligando al Juez a sancionar única y exclusivamente lo enunciado en la Ley.

La trasgresión de las fronteras delimitadas para la libertad de expresión hace necesaria la intervención estatal para tutelar los derechos de quienes han sido perjudicados por este uso abusivo del derecho y en consecuencia sancionar a sus responsables.

Estas delimitaciones a la libertad de expresión, se manifiestan en lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos denomina, responsabilidades ulteriores, las cuales determinan las conductas que se traducen en un quebrantamiento de aquellos límites, por lo tanto la importancia de esta limitación radica en una garantía para la seguridad jurídica de quienes hacen uso de este derecho y para quienes se puedan ver lesionados por su mal uso.

3. El derecho penal nace de principios básicos que a más de justificar su existencia limitan el poder punitivo estatal por la peligrosidad que representa su uso

desmesurado, de igual manera para protección de los titulares del derecho a la libertad de expresión deben con mayor razón respetarse estos principios que se presentan como una garantía para detener cualquier intento del Estado para utilizar al derecho penal como medio efectivo para represión.

Se ha concebido erróneamente que el derecho penal es una vía más a la que se puede acudir indiscriminadamente e incluso al Código Penal se lo considera como un cuerpo al que se le puede agregar cualquier conducta para hacerla punible y reparar todo mal que le aqueja a la sociedad (caso tipificación del “sicariato”⁷¹), es aún más aborrecible que se considere al derecho penal como una plataforma política y que las leyes penales sancionadas sean un acto más de proselitismo político, pues todo ello genera una corrupción de los postulados de la materia penal, quebranta la seguridad jurídica de la población, hace entender a usuarios de la justicia y a los mismos jueces que el derecho penal es una ley más común que debe aplicarse conforme a la exégesis legislativa; nada más dañino para el derecho y para quienes buscan un amparo en él.

Es por tales motivos que para un caso donde se enfrenten derechos de vital importancia como la libertad de expresión y la buena reputación, en donde además esté de por medio el ius puniendi, debe tomarse en cuenta en primer lugar si existe la posibilidad de acceder al campo penal, dejando de lado su existencia o no en la Ley, pues ello no significa que un enunciado jurídico no contravenga la Constitución o la Convención y que su aplicación genere efectos más perjudiciales para el Estado, para el titular de la acción penal y para el comunicador que ha sido reprimido injustamente en su libertad de expresión.

El Juez de Garantías Penales por la delicadeza de los derechos que se ponen en su conocimiento y que tiene la posibilidad de restringirlos cuando su titular quebranta un bien jurídico protegido, debe tomar en cuenta en todo momento la necesidad de respeto de los derechos humanos, pues el deber de enmarcar su análisis dentro de las disposiciones de la Ley penal no le quita esta obligación fundamental, todo lo

⁷¹ Referencia tomada en base al caso ecuatoriano.

contrario, hace más evidente su necesaria presencia como un auténtico garante de derechos.

El artículo 493 de nuestro Código Penal tipifica y sanciona a quien quebrante la buena reputación de una autoridad y que constituya con ello injurias calumniosas o no calumniosas graves, lo que nos presenta un enunciado jurídico contentivo de elementos que sirven para represión de comunicadores que emitan críticas contra las “autoridades públicas”; un ejemplo de ello, es el caso de Emilio Palacio donde la Jueza falló condenándolo a 3 años de prisión correccional porque se había probado que Camilo Samán es una autoridad pública, aquello se produce justamente por la falencia de la legislador al no contemplar a quiénes se considerará como autoridad pública, labor que solo puede ser realizada por el mismo Código Penal, evidenciando la extrema urgencia de reformar esta Ley a fin de no permitir que se transforme en una vía para canalizar los intentos del Gobierno por restringir la libertad de expresión.

4. Las formas de reparación son parte importante para la temática en estudio pues ellas también sirven de justificación para la imposición de una determinada sanción, por lo que si el legislador considera que el abuso del derecho a la libertad de expresión debe ser susceptible de condenar a prisión al responsable, la norma deberá demostrar la necesidad de aquella medida, tanto para el Estado, el sistema democrático y principalmente para el perjudicado.

Así, si se considera que es una conducta de alta reprochabilidad que no puede ser tolerada por el Estado y de ahí la necesidad de imponer, faltará demostrar la necesidad de tal pena para el sistema democrático y más que una necesidad, los efectos beneficiosos para la democracia que muy difícilmente podrán demostrarse porque mantener encarcelado a un comunicador por trasgredir la reputación de la autoridad no reputa favor alguno para la democracia, al contrario cohíbe a sus actores que deberán preocuparse más por sobrevivir en prisión que por continuar interactuando con la información, opinando y dando a conocer los hechos y sus criterios y perspectivas.

Si el Estado logra justificar la necesidad y el beneficio para el sistema democrático, aún tendrá pendiente probar que la medida impuesta es efectivamente favorable para el perjudicado y es capaz de reparar los daños causados; lo cual como se analizó no sirve en absoluto para quien recibió una lesión en su reputación pues en nada ayudará a restaurar su reputación, que el sujeto activo del delito esté en prisión por varios años, por lo que la sanción penal sería ineficaz, innecesaria y no subsanaría el daño provocado.

5. La tutela judicial efectiva se encuentra en manos de todos quienes conforman el sistema judicial, por tanto, son ellos los llamados a conocer debidamente el ámbito y principios fundamentales del derecho penal en armonía con los criterios de protección a los derechos humanos entregados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomando en cuenta adicionalmente los diversos instrumentos internacionales que contemplan garantías y reglas para protección de los derechos.

Aquella es una de las formas para garantizar un procedimiento justo y una resolución ajustada a los parámetros internacionales de salvaguarda por lo que el Juzgador no debe omitirlos, caso contrario generará una violación a los derechos humanos aún cuando esté aplicando una ley contemplada en nuestra legislación, pues como manifesté ello no obsta para que ésta sea manifiestamente trasgresora a los derechos humanos.

Recuérdese que la Opinión Consultiva No. 14//94 establece que el Estado será responsable no solo por la expedición de una Ley que violente los derechos de la Convención Americana y por inobservar las obligaciones contraídas al suscribirla, sino además cuando un funcionario del Estado aplique tal Ley. En consecuencia si las autoridades ecuatorianas (Jueces y funcionarios públicos) hacen caso omiso a la Convención y a los criterios que al respecto ha entregado la Corte Interamericana nuestro Estado será responsable por las violaciones cometidas y deberá resarcir a las víctimas.

El respeto de los derechos humanos por parte de las autoridades judiciales y los demás funcionarios del Estado harán una sociedad más justa, que crea en su sistema judicial y no en la justicia por propia mano, que considere que recurrir ante al Juez

para ser juzgado recibirá las debidas garantías y el respeto a sus derechos en vez de preferir huir por la peligrosa ignorancia de un juzgador. Solo aquello permitirá la existencia real de la seguridad jurídica, donde a pesar de que existan leyes injustas en el país, haya jueces que tengan el conocimiento y valor necesarios para inaplicarlas por trasgredir la Constitución y los derechos humanos.

Mientras el accionar de los operadores de justicia no se adecue a los referidos parámetros de protección de derechos, la normativa nacional e internacional no pasarán de representar una mera retórica medianamente bien elaborada, solemne y de utópica obediencia.

RECOMENDACIONES

1. Del estudio realizado deviene la necesidad de derogar el Art. 493 del Código Penal porque en nada ayudan a la reparación del derecho a la buena reputación vulnerado, el encarcelamiento y multa, así como tampoco se cumplen los parámetros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la posibilidad de imposición de sanción penal, por lo que la acción penal que tampoco guarda armonía con sus principios fundamentales, es insubsistente y debe ser derogada.
2. Derogado el referido artículo se legislará las “responsabilidades ulteriores” es decir, los límites a los que está sujeto el ejercicio del derecho a la libertad de expresión siguiendo los parámetros entregados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia y opiniones consultivas.
3. Por consiguiente y para garantizar la tutela judicial efectiva, debe optarse por una vía constitucional que permita por una parte juzgar a quien ha cruzado los límites de la libertad de expresión y pretenda amparar su accionar en un supuesto ejercicio del derecho y, por otra, para proteger de cualquier intento de restricción ilegítima que no intente reparación alguna sino un amedrentamiento a quienes deseen opinar, expresarse o informar libremente.

Es necesaria una vía constitucional porque justamente se trata de una colisión entre derechos de este mismo rango, fundamentales y que requieren protección, por lo que la jurisdicción constitucional es la llamada a conocer de un conflicto de este carácter y que está capacitada para resolver en este tipo de casos, ordenar una reparación integral al perjudicado por el abuso de la libertad de expresión o denegar la acción por demostrar una intención de ilegítima e injusta represión a la libertad de expresión.

Consecuentemente, deberá legislarse para formular una figura jurídica especial que permita plantear una acción constitucional contra quien haya hecho un uso abusivo de la libertad de expresión traspasando los límites taxativamente determinados por el órgano legislativo y, que con tal conducta se haya lesionado otros derechos.

Esta acción tendrá un trámite especial, cuyo procedimiento será el siguiente:

- a) Inicia con la presentación de la demanda de reparación por uso abusivo de la libertad de expresión⁷² cumpliéndose con los requisitos de forma previstos en el Art. 10 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional;
- b) La competencia se radicará conforme a las disposiciones de la Ley citada.
- c) El Juez que conozca de esta acción, será designado por sorteo y una vez llegada a su conocimiento deberá calificarla en un término máximo de 5 días, determinando si efectivamente existen indicios de un abuso del derecho a la libertad de expresión. En caso de denegar la acción esta será únicamente susceptible de apelación. No se admitirá reconvención ni acumulación de acciones.
- d) En el mismo auto de calificación de la demanda el Juez señalará día y hora para llevar a cabo la audiencia de contestación a la demanda y anuncio de pruebas. La fecha para llevar a cabo la audiencia no podrá superar los 20 días contados a partir del día siguiente a la fecha de notificación con el auto de calificación;
- e) En el día de la audiencia de contestación de la demanda y anuncio de pruebas el Juez iniciará concediendo la palabra al demandado para que conteste a la demanda que le ha sido planteada. Culminada su intervención, entregará el uso de la palabra al actor para que formule y fundamente sus pruebas, posterior a ello concederá la palabra al demandado bajo los

⁷² Nota: Esto no impide presentar demanda de reparación por daños cuando el abuso del derecho a la libertad de expresión haya trasgredido otros derechos de los contemplados en el Art. 13 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

mismos términos. Terminadas las intervenciones el Juez dispondrá la práctica de las pruebas admitidas y las de oficio que haya considerado pertinente ordenar y, señalará día y hora para llevar a cabo la audiencia juzgamiento, la cual deberá llevarse a cabo dentro de un plazo máximo de 20 días contados a partir del día siguiente a la fecha de realización de la audiencia de contestación de la demanda y anuncio de pruebas;

- f) En el día de la audiencia de juzgamiento se desarrollarán únicamente las pruebas referidas a testimonios y confesiones judiciales, pues las demás pruebas solicitadas deberán haber sido recibidas por el Juzgado hasta antes de la realización de la audiencia. En caso de no contarse con tales pruebas por demora o ineficiencia en el despacho, el Juez de la causa en un plazo de tres meses contados a partir de la fecha de realización de la audiencia de juzgamiento remitirá obligatoriamente y bajo pena de destitución un informe al respecto a la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura, misma que contará con un tiempo de seis meses para iniciar las investigaciones, determinar responsabilidades y, de ser procedente, imponer la sanción constante en el Código Orgánico de la Función Judicial para el caso de faltas graves.

Dentro de los testimonios se considerará también a los peritos que deberán comparecer ante el Juez a fin de que rinda su informe de manera oral y responda las preguntas que le formulen las partes y la autoridad judicial.

- g) En la audiencia de juzgamiento el Juez dará inicio ordenando la recepción de los testimonios y la confesión judicial, posterior a ello dará el tiempo suficiente para que las partes expongan oralmente sus alegatos empezando por el actor y, finalizará concediendo a las partes el derecho a la réplica y contrarréplica. Los interrogatorios serán realizados de manera oral, tendrán un máximo de 15 preguntas y habrá un contraexamen por igual número. No se podrá presentar más de 4 testigos.

La confesión judicial puede tener un número máximo de 30 preguntas. La contraparte tendrá derecho a realizar repreguntas por el mismo número de preguntas que le fueron realizadas al confesante;

- h) Finalizado el debate, el Juez suspenderá la audiencia y se retirará a fin de discernir sobre la situación jurídica, luego de ello reinstalará la audiencia y emitirá su pronunciamiento de manera oral, estando obligado a fundamentarlo motivadamente y notificarlo a las partes por escrito en el plazo de ocho días.
- i) Las medidas de reparación estarán dirigidas única y exclusivamente a restaurar el daño detentado a la buena reputación, atendiendo a los principios de proporcionalidad, necesidad y reparación efectiva. Además de las medidas de reparación, si así lo ha solicitado el actor, el Juez impondrá una sanción pecuniaria que no podrá ser desmesurada tomando en cuenta la condición económica del sujeto sancionado.

El Juez tiene discrecionalidad para dictar las medidas que considere pertinentes y necesarias para la reparación del daño, estando obligado correlativamente a buscar aquella restauración; puede también denegar aquellas medidas que estén direccionadas a la restricción del derecho a la libertad de expresión.

La reincidencia será sancionada con una multa de 10 salarios básicos unificados.

Al resolver el Juez estará obligado a realizar sus consideraciones sobre la base de las pautas de protección enunciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para apartarse de los criterios de la Corte podrá realizarlo de manera motivada explicando a profundidad las razones de tal decisión.

- j) La sentencia dictada es susceptible de apelación y se estará a lo contemplado en el Art. 24 de la Ley ibidem.

BIBLIOGRAFÍA

1.- Libros:

- ALBÁN Gómez Ernesto, 2009, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General, Ediciones Legales, Décima Edición, Quito-Ecuador.
- AMAYA Velosa Campo Elías, 2005, Delitos Contra la Integridad Moral Injuria y Calumnia (Prensa, radio y televisión), Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Primera Edición, Bogotá D.C. – Colombia.
- BADENI Gregorio, 2006, Tratado de Derecho Constitucional, Editorial La Ley, Segunda edición actualizada y ampliada, Tomo I, Buenos Aires- Argentina.
- BERTONI Eduardo Andrés, 2007, Libertad de expresión en el Estado de derecho, Editores del Puerto, Segunda Edición Actualizada, Buenos Aires – Argentina.
- BORJA Cevallos Rodrigo, 1998, Enciclopedia de la Política, Fondo de Cultura Económica, México, Segunda Edición corregida y aumentada.
- COLAUTTI Carlos E., 2004, Derechos Humanos, Editorial Universidad S.R.L., Segunda edición actualizada, Buenos Aires – Argentina.
- CONCEPCIÓN Rodríguez José Luis, 2009, Derecho de Daños, Editorial Bosch, Tercera Edición, Barcelona.
- DONNA Edgardo Alberto, 2007, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Rubinza – Culzoni Editores, Tercera Edición Actualizada, Buenos Aires – Argentina.
- Enciclopedia Jurídica OMEBA, 1979, Bibliográfica Omeba, Tomo VI, Buenos Aires - Argentina.
- FERNÁNDEZ Carlier Eugenio, 1999, Estructura de la Tipicidad penal, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Tercera Edición, Santa Fe de Bogotá D.C. – Colombia.
- FERRAJOLI Luigi, 2008, Democracia y garantismo, Editorial Trotta, Primera Edición, Madrid – España.

- FERRAJOLI Luigi, 2009, Derechos y garantías, Editorial Trotta, Sexta Edición, Madrid – España.
- GUASTINI Ricardo, 2010, Teoría e ideología de la interpretación constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM / Minima Trotta, Segunda Edición, Madrid – España.
- HENKEL Heinrich, 2008, Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo, Editorial B de F, Primera Edición, Buenos Aires – Argentina, Reimpresión.
- MERLO María Eva, 2005, Delitos Contra el Honor, Libertad de expresión y de información, Editorial Universidad, Primera Edición, Buenos Aires – Argentina.
- MIR Puig Santiago, 2007, Derecho Penal, Parte General, Editorial B de F, Séptima Edición, Cuarta reimpresión corregida, Buenos Aires – Argentina.
- MUÑOZ Conde Francisco y GARCÍA Arán Mercedes, 2007, Derecho Penal, Parte General, Séptima edición revisada y puesta al día, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia;
- MUÑOZ Conde Francisco, 2009, Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Tirant Lo Blanch, Decimoséptima edición, revisada y puesta al día, Valencia.
- ORTEGA Gutiérrez David, 1999, Derecho a la información versus Derecho al honor, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Primera Edición, Madrid – España.
- PIZZOLO Calogero, 2007, Sistema Interamericano, Universidad Autónoma de México, EDIAR Sociedad Anónima de Editores, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), Primera Edición, Buenos Aires – Argentina.
- QUINTANA García Francisco, 2003, Instrumentos Básicos de Derechos Humanos, Editorial Porrúa, Primera Edición, México D.F.-México.
- Régimen Penal Ecuatoriano, 2009, Editorial El Forum, Tomos I y II, Quito-Ecuador.
- ROCAFORT Víctor Alonso, 2010, Democracia Retórica y Crisis, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Primera Edición, Madrid - España.
- RODRÍGUEZ Sanabria Vladimir, 2007, Estudios Acerca del Honor Como Objeto de Protección Penal, Grupo Editorial Ibáñez, Primera Edición, Bogotá – Colombia.
- ROXIN Claus, SCHÜNEMANN Bernd, HASSEMER Winfried, VON HIRSCH Andrew y FRISCH Wolfgang., 2007, La teoría del bien jurídico, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Edición española a cargo de Rafael Alcocer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina, Primera Edición, Madrid – España.

- SHINA Fernando E., 2009, La libertad de expresión y otros derechos personalísimos, Editorial Universidad, Primera Edición, Buenos Aires – Argentina.
- VENTURA Adrián, 2009, Libertad de Expresión y Garantías, Editorial La Ley, Primera Edición, Buenos Aires – Argentina.
- YACOBUECCI Guillermo J., 2002, El sentido de los principios penales, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Primera Edición, Buenos Aires – Argentina.
- ZAVALA Egas Jorge, 2010, Derecho Constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica, EDILEX Editores S.A., Primera Edición, Quito – Ecuador.

2.- Legislación:

2.1.- Nacional

- Constitución de la República del Ecuador de 2008.
- Código de Procedimiento Penal.
- Código Penal.

2.2.- Internacional

- Convención Americana Sobre Derechos Humanos.
- Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4;
- Corte IDH. 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;
- Corte IDH. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7;
- Corte IDH. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14;

3.- Jurisprudencia:

3.1.- Sistema Interamericano

- Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73;
- Corte IDH. Caso Baruch Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74;
- Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107;
- Corte IDH, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111;
- Corte IDH, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135;
- Corte IDH, Caso Apitz Barbera (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182;
- Corte IDH, Caso Tristán Donoso Vs. Panamá, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193;
- Corte IDH, Caso Ríos y otros Vs. Venezuela, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194;
- Corte IDH, Caso Perozo y otros Vs. Venezuela, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195; y,

- Corte IDH, Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual del año 1994, Capítulo V: Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 17 de febrero de 1995, Aprobado en el 88º período ordinario de sesiones; y,
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual del año 2009, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Relatora Especial Catalina Botero.

3.2.- Referencias al Sistema Europeo

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Feldek v. Slovakia, no. 29032/95, § 83; y,
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Sürek and Özdemir v. Turkey, nos. 23927/94 y 24277/94, § 60.

3.3.- Nacional

- Expediente No. 104-99, Primera Sala, R.O. 323, 22-XI-99: Injurias: Intención de ofender: prueba.
- Expediente No. 131-99, Primera Sala, R.O. 123, 19-VII-2000: Injurias: Ánimo de ofender; medio probatorio ineficaz.
- Caso No. 015-2002-HD, R.O. 623, 22-VII-2002: Medios de Comunicación, censura y hábeas data.
- Sentencia de 20-II-1973, Gaceta Judicial Serie XII, No. 1, p. 145.

- Sentencia de 22-IX-1980, Gaceta Judicial Serie XIII, No. 9, p. 2018.
- Sentencia de 28-V-1982, Gaceta Judicial Serie XIII, No. 15, pp. 94-95.
- Prontuario No. 1 de 12-XII-1988, Pág. 237.
- Sentencia de 6-IV-2000, Resolución 131-99, R.O. 123, de 19-VII-2000.
- Sentencia de 12-X-2001, Resolución 360-01, R.O. 464, de 29-XI-2001.
- Sentencia de 1-II-2002, Resolución 39-02, R.O. 547 de 3-IV-2002.

4.- Páginas de Internet:

- <http://www.oas.org/es/>
- <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>
- <http://www.cidh.org/default.htm>
- http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pan/sp_pan-int-text-cp.pdf
- <http://www.xornal.com/opinions/2008/06/02/Opinion/limtes-de-la-libertad-deexpresion/2008060210403200000.html>
- <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1540>
- <http://www.razonypalabra.org.mx/anteriores/n44/jsanmarti.html>