

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**
CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**El garantismo penal, sus variables en la pena privativa de
libertad en la calumnia.**

AUTOR:

Gómez Dunkley Robert Bernardo

**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de
Abogado de los tribunales y juzgados de la república del
Ecuador.**

TUTOR:

Siguencia Suárez Kléber David

Guayaquil, Ecuador

15 de septiembre del 2022



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Gómez Dunkley Robert Bernardo**, como requerimiento para la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR

f. _____
Ab. Sigüencia Suárez Kléber David

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____

Guayaquil, a los 15 días del mes de septiembre del año 2022



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Gómez Dunkley Robert Bernardo**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **El garantismo penal, sus variables en la pena privativa de libertad en la calumnia** previo a la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 15 días del mes de septiembre del año 2022

EL AUTOR:

f. _____
Gómez Dunkley Robert Bernardo



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **Gómez Dunkley Robert Bernardo**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **El garantismo penal, sus variables en la pena privativa de libertad en la calumnia**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 15 días del mes de septiembre del año 2022

EL AUTOR:

f. 

Gómez Dunkley Robert Bernardo

REPORTE DE URKUND

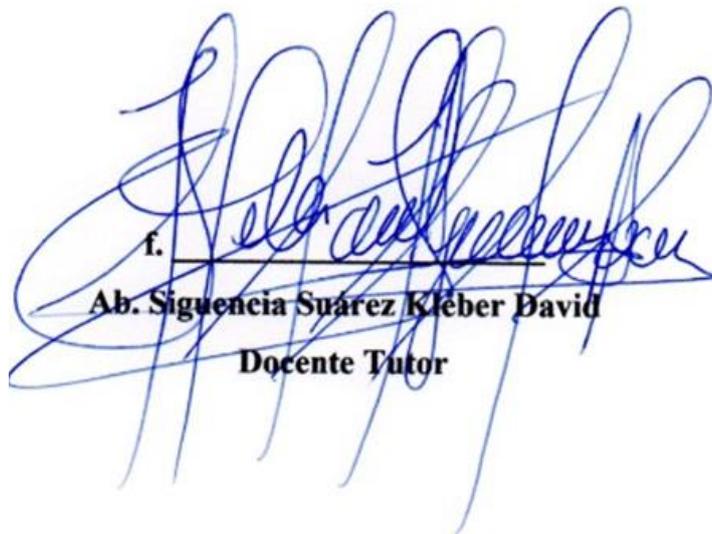
URKUND Abrir sesión

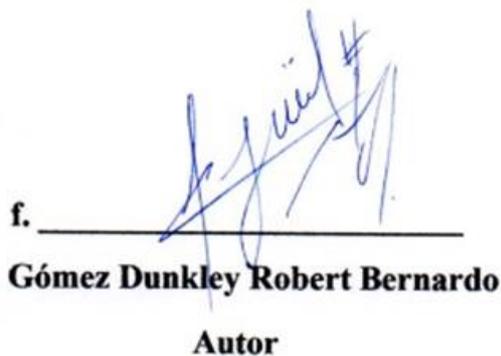
Documento	ROBERT GÓMEZ DUNKLEY Tesis.docx (D143111574)
Presentado	2022-08-20 20:15 (-05:00)
Presentado por	robert.gomez@cu.ucsg.edu.ec
Recibido	maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com
Mensaje	Revisión de Tesis Mostrar el mensaje completo

2% de estas 20 páginas, se componen de texto presente en 3 fuentes.

Lista de fuentes	Bloques
⊕ Categoría	Enlace/nombre de archivo
⊕ > []	https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_ecu_ane_con_judi_c%C3%B3d_org_in...
⊕ []	https://funcionjudicial.gob.ec/lotaip/phocadownloadpap/PDFS/2014/Nacional/3%2...
⊕ []	https://derechoecuador.com/principio-de-proporcionalidad-y-principio-de-legalida...
⊕ Fuentes alternativas	
⊕ Fuentes no usadas	

0 Advertencias. Reiniciar Compartir

f. 
Ab. Sigüencia Suárez Kleber David
Docente Tutor

f. 
Gómez Dunkley Robert Bernardo
Autor

Guayaquil, a los 23 días del mes de agosto del año 2022

AGRADECIMIENTO

Con el más sincero sentimiento:

Agradezco a Dios por entregarme la oportunidad, a mis padres por hacerla posible, a mis hermanos por mejorarla, a mis amigos por compartirla y a la música clásica por hacerla placentera.

DEDICATORIA

Le dedico esta tesis a:

A Mariana Dunkley, mi madre, pues ella prendió la luz en mi camino de incertidumbre.

A Guido Gómez, mi padre, quien me mostró con el ejemplo la excelencia académica.

A Claudio Gómez, mi hermano, sin él este trabajo no fuera posible.

A Génesis López, mi mejor amiga, mi fiel compañera en estos cuatro años. Un almuerzo puede cambiar bastante, pero más, si no ocurre.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

OPONENTE

f. _____

Dr. LEOPOLDO XAVIER ZAVALA EGAS
DECANO

f. _____

Ab. MARITZA REYNOSO GAUTE, Mgs.
COORDINADOR DEL ÁREA

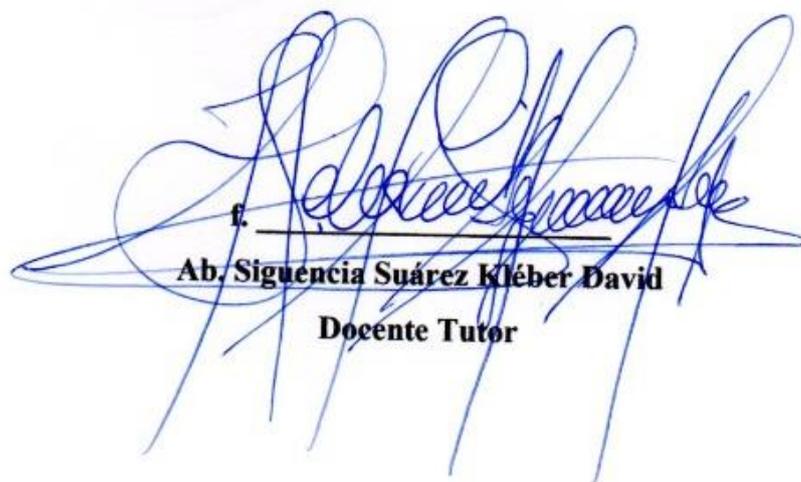


UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas
Carrera: Derecho
Periodo: UTE A- 2022
Fecha: 23 de agosto de 2022

ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado *EL GARANTISMO PENAL, SUS VARIABLES EN LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LA CALUMNIA* elaborado por el estudiante *GÓMEZ DUNKLEY ROBERT BERNARDO*, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de *10 (DIEZ)*, lo cual lo califica como *APTO PARA LA SUSTENTACIÓN*.



f. _____
Ab. Signencia Suárez Kléber David
Docente Tutor

ÍNDICE

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES JURÍDICOS DEL GARANTISMO PENAL Y EL DELITO DE CALUMNIA	3
1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS JURÍDICOS.....	3
1.1.1 Breve Reseña del Garantismo Penal.	3
1.1.2 Breve Historia del Proceso Evolutivo del Delito de Calumnia.....	6
1.1.3 Evolución Histórica Penal del Delito de Calumnia en el Ecuador.....	8
1.2 ELEMENTOS DE LA CALUMNIA EN EL COIP.....	9
1.2.1 Sujetos.....	9
1.2.2 Verbo Rector.	10
1.2.3 <i>Exceptio</i>	10
1.2.4 Bien Jurídico Protegido.....	10
1.2.5 Pena.....	11
CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DEL DELITO DE CALUMNIA DESDE SU ASPECTO JURÍDICO EN EL GARANTISMO PENAL.	11
2.1 PROBLEMA JURÍDICO QUE PRODUCE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL DELITO DE CALUMNIA.....	11
2.2 ARGUMENTACIÓN JURÍDICA- DOCTRINAL.....	11
2.2.1 La Finalidad de la Pena Privativa de Libertad en el Delito de Calumnia. 13	
2.2.2 El Principio de Mínima Intervención Penal en el Delito de Calumnia.	19
2.2.3 La Proporcionalidad de la Pena Privativa de Libertad en el Delito de Calumnia.....	24
CONCLUSIONES GENERALES	32
RECOMENDACIONES	34
REFERENCIAS.....	35

RESUMEN

El garantismo penal es una corriente jurídica penal con perspectiva constitucionalista y utilitarista que presenta ideas regulativas conocidas como variables. Estas, permiten regular el poder del Estado, establecer derechos procesales fundamentales, enfocar la pena en minimizar los daños al condenado y maximizar la satisfacción en medida de una reparación integral a la víctima, al igual que, determinar un correcto proceso de rehabilitación a la persona sancionada. Estas variables son representativas de tres figuras jurídicas: la mínima intervención penal, la finalidad de la pena y la proporcionalidad de la pena; estándares legales que permiten analizar la necesidad, la coherencia e idoneidad de la pena. La calumnia es una infracción que ha sufrido varias reformas a lo largo de la historia, tales como su cambio de naturaleza puramente civilista a ser tipificada como delito en el derecho penal, y a su vez, de una sanción pecuniaria a una pena privativa de libertad. Es por aquello que, en un análisis garantista de estas tres figuras jurídicas, se establece que la pena privativa de libertad del delito de calumnia es desproporcional con respecto al bien jurídico que pretende normar y proteger y que incumple con los fines de la pena. En respuesta a la problemática, se analiza la acción civil de daño moral como una vía capaz y suficiente para proteger el honor y la honra.

Palabras claves: Derecho, honor, pena privativa de libertad, desproporcional, garantismo penal, calumnia, finalidad.

ABSTRACT

Criminal guarantee is a criminal legal theory with a constitutionalist and utilitarian perspective that presents regulatory ideas known as variables. These allow regulating the power of the State, establishing fundamental procedural rights, focusing the penalty on minimizing the damage to the convicted person and maximizing the satisfaction in terms of a comprehensive reparation to the victim, as well as determining a correct rehabilitation process for the punished person. These variables are representative of three legal figures: the minimum penal intervention, the purpose of the penalty and the proportionality of the penalty; legal standards that allow analyzing the necessity, coherence, and suitability of the penalty. Slander is an infraction that has undergone several reforms throughout history, such as its change from a purely civil nature to being typified as a crime in criminal law, and in turn, from a pecuniary sanction to a custodial sentence. It is for this reason that, in a guaranteeing analysis of these three legal figures, it is established that the penalty of imprisonment of the crime of slander is disproportionate with respect to the legal right that it intends to regulate and protect and that it infringes the purposes of the penalty. In response to the problem, the civil action for moral damages is analyzed as a capable and sufficient way to protect honor and reputation.

Key words: Law, honor, imprisonment, disproportionate, criminal guarantees, slander, finality.

INTRODUCCIÓN

El derecho al honor y a la honra son derechos inherentes al ser humano que, dependiendo de la persona y la ley de cada país, se le entrega un distinto grado de importancia y protección. La violación o disminución de estos bienes jurídicos tiene su sanción según las condiciones y características en las que se configura el daño y, en análisis de la afectación provocada a la persona, se puede solicitar la reparación integral.

La protección jurídica de estos derechos ha pasado a lo largo de la historia por diferentes sanciones, pues la naturaleza de la infracción era civil hasta que la conducta se convirtió en penalmente relevante. En Ecuador, con la publicación del Código Orgánico Integral Penal [COIP] en el 2014, se tipifica el delito de calumnia, el cual se produce cuando una persona, por cualquier medio, realiza una falsa imputación de un delito en contra otra.

Por lo tanto, se establece como sanción, bajo el poder punitivo del Estado ejercido a través de la acción privada de la víctima o su apoderado, que se restrinja la libertad a la persona que se encuentre culpable de calumnias. Una pena que puede ser considerada desproporcional según la teoría o corriente penal que se analice. Con la publicación del COIP, no solo se reformaron las infracciones, también se actualizó la doctrina penal a una constitucionalista, que, en análisis de la exposición de motivos, se ajusta a la corriente del garantismo penal.

Debido a esto, se puede analizar la pena privativa de libertad en el delito de calumnia bajo un estudio garantista por medio de sus variables. Para ello, en el capítulo uno se explican los antecedentes históricos del garantismo penal y de la calumnia, así como sus elementos; y en el segundo capítulo se exponen los motivos jurídicos doctrinales en revisión de la pena desde la mínima intervención penal, la proporcionalidad de la pena y la finalidad de la pena. Finalmente, se presentan las conclusiones generales y las recomendaciones al caso.

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES JURÍDICOS DEL GARANTISMO PENAL Y EL DELITO DE CALUMNIA

MARCO TEÓRICO

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS JURÍDICOS.

1.1.1 Breve Reseña del Garantismo Penal.

El Garantismo Penal es una corriente de pensamiento del derecho penal y un modelo normativo de derecho con enfoques en la teoría contractualista y utilitarista penal, con una fuerte atracción a la doctrina filosófica del iusnaturalismo y el atendimiento a los principios constitucionales. Su máximo precursor es el Jurista Italiano, Luigi Ferrajoli, quién guiado por sus pensamientos fundamentalistas y progresistas, publica sus obras: *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal* en el año de 1995 y *Garantismo Penal* en el año 2006.

El Garantismo Penal cuenta con ideas principales, en forma de postulados regulativos conocidos como variables. Tales como: la regularización del poder del Estado en la aplicabilidad de la coerción en cumplimiento de un orden normativo en un sistema punitivo, el desarrollo de los derechos fundamentales en el proceso judicial como garantía procesal y el cumplimiento de la pena bajo los parámetros de minimizar los daños y maximizar el beneficio, es decir, provocar el menor daño a la persona sancionada, establecer un correcto proceso de rehabilitación para su reincorporación a la sociedad y conseguir la mayor satisfacción a la víctima (Ferrajoli, 1995).

Estos ideales garantistas nacen de un estudio evolutivo del derecho penal, sus consecuencias en la sociedad y la búsqueda de cambiar el objetivo principal de la pena, la venganza. Pues, es demostrable que, en los primeros códigos penales, tales como: *El Código Hammurabi*, *La Ley de Talión*, *La Ley de las 12 Tablas*, *Malleus Maleficarum*, entre otros; las penas eran desproporcionales, en donde la pena de muerte junto a la tortura y la humillación pública eran elementos repetitivos como sanciones.

Establecer límites en el poder punitivo y eliminar los métodos de tortura para obtener evidencia del caso, fue el primer paso para un sistema garantista. Es así como, Cesare Beccaria (1764) en su libro *De los Delitos y de las Penas*, critica fuertemente

los métodos sancionatorios, las actuaciones procesales, el sistema inquisitivo, limita las facultades de los jueces y promueve las penas justas y útiles.

En línea de este pensamiento, el sociólogo italiano, Alessandro Baratta (1982), estudia el fondo del problema en su libro *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, exponiendo que debe de cambiar el objetivo de la intervención penal pública, de esta manera, se podrá alcanzar un sistema que le regrese la necesaria búsqueda de vida digna al delincuente. Del mismo modo, establece los principios del derecho penal mínimo y los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal.

Arraigado a estas ideas proteccionistas y al necesario cambio de un sistema fallido que convertía delincuentes menores en mayores, el jurista argentino, Eugenio Zaffaroni, en conjunto con las ya mencionadas ideas de Luigi Ferrajoli, responsabiliza al Estado por los sistemas penales vulnerables que no reducen las conductas delictivas de la sociedad, ni ayudan a la rehabilitación al condenado. Es decir, la omisión de la finalidad de la pena (Vílchez, 2018).

El Garantismo Penal es amplio, por un lado, como se explicó con anterioridad, existen postulados reguladores llamados variables, que sirven para regular el derecho penal como institución pública con la obligación punitiva y por el otro dicta garantías esenciales en todo proceso penal. Estas se establecen como garantías sustanciales penales y garantías procesales penales.

Las garantías sustanciales se rigen bajo el cumplimiento estricto de un sistema normativo que analiza la verdad jurídica y la seguridad jurídica. Dentro de este apartado se encuentran principios como: legalidad, retroactividad, la prohibición de la analogía penal regulativa y de retribución, culpabilidad, taxatividad, lesividad, materialidad, entre otros (Ferrajoli, 1995, pp. 704-740).

Las garantías procesales son aquellas que se encuentran en todo proceso judicial penal en protección del debido proceso y el derecho a la defensa. Entre algunas podemos encontrar: el principio de contradicción, la presunción de inocencia del imputado, la oralidad y publicidad del juicio, la carga de la prueba, la independencia e imparcialidad de la función judicial y el principio de comprobación de responsabilidad penal (Ferrajoli, 1995, pp. 704-740).

Estos cambios en la normativa penal se establecieron gracias a la gran influencia que estaba teniendo el constitucionalismo radical sobre el legalismo en los marcos normativos, con un gran impacto en Latinoamérica. Pues como afirman Gargarella y Curtis (2009) “(...) casi todas las Constituciones latinoamericanas resultaron modificadas, en la primera oleada del reformismo constitucional aparecida en el siglo XX (...)” (p. 25).

Es así, que, de este modo, se establece una doctrina penalista garantista que es usada por la gran parte de Latinoamérica, gracias a los gobiernos socialistas de turno, entre ellos Ecuador, en los códigos penales.

De esta forma, Ecuador, en el Código Orgánico Integral Penal [COIP], en el apartado de exposición de motivos, establece una actualización en su doctrina de legislación penal a un enfoque representado por el constitucionalismo y menciona alguna de las renovaciones teóricas y conceptuales que han sido producidas por la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y penales, internacionales y nacionales (Código Orgánico Integral Penal, 2014, pp. 2-5).

De las más destacables, en relación al garantismo penal, se puede mencionar: las penas prohibidas, la suspensión condicional de la pena y la supresión de delitos que puedan tener una mejor respuesta desde el ámbito civil o administrativo (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 4).

El COIP explica en el mismo apartado de exposición de motivos, que la ley va a primar en defensa de la víctima y que el procesado va a contar con las garantías tanto en el proceso como en la ejecución de la pena. Se realiza una crítica al mal funcionamiento del sistema carcelario, la necesaria limitación de la actuación del aparato punitivo del Estado y se expone que debe de existir un balance entre las garantías y la eficiencia de la justicia penal (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 4).

En la normativa actual, año 2022, se recoge varios de estos postulados de las garantías en sus Título I, artículo 1, Finalidad; Título II, Garantías y Principios Generales; y Título III, Derechos. Además de las garantías penales, legales y constitucionales que se menciona en todo el código.

Asimismo, en relación a las garantías sustanciales y procesales penales, Ecuador adopta en su Constitución de 2008, garantías básicas que se deben seguir en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones, en cumplimiento del debido proceso. También se establecen garantías básicas para las personas privadas de libertad (Constitución de la República del Ecuador, 2008, arts. 76-77).

En virtud de lo expuesto se puede identificar, que, si bien el COIP no menciona la teoría del garantismo penal de manera literal, los motivos que expone en reforma del Código Penal de 1971, son los mismos postulados y variables que conforman a esta corriente del pensamiento penal. Por lo tanto, se puede concluir que Ecuador en su legislación Penal es garantista, o comparte y sigue estos pensamientos en su mayoría.

1.1.2 Breve Historia del Proceso Evolutivo del Delito de Calumnia.

Todo delito nace de un problema social, que dañando un bien jurídico protegido, produce ser normado, controlado y penalizado. En la actualidad, la calumnia presenta una definición sólida que penaliza las falsas imputaciones de delitos en contra de las personas que las profesan, de esta manera, se protege el derecho al honor, a la honra, a la dignidad, al buen nombre y a la buena reputación. Pero esto no siempre fue así, pues en el pasado, la tipificación de este delito causaba severas confusiones en su aplicación.

La calumnia se crea en el derecho romano con el nombre de injuria. La injuria es vista como aquel mal que se produce más allá de los golpes o daño a los bienes, es aquel mal contra cualquier hombre que produce lo injusto (Ors Pérez-Peix, 1981, p. 266). Su aplicación era materia de acción civil, más que penal.

Era una acción judicial que preservaba de los más heterogéneos hechos antijurídicos (Mommsen, 1899, p. 247). Por lo tanto, la injuria estaba lejos de ser considerada delito, pues iba enfocada a la acción civil en contra de lo injusto y lo que es contrario al derecho. Es decir, una conducta antijurídica. Algunas leyes regularon la calumnia como la injuria, por ejemplo: la *Lex Remmia de calumniatoribus* y el “*Codex Iustinianus*” de Justiniano en el año 529 d.C.

En el derecho germánico la injuria era vista como el daño a la dignidad y una ofensa al honor, pero en concordancia con las leyes que regían en esos tiempos. Es, por consiguiente, que las acciones como: entrar a una casa sin ser invitado o ser descortés, se consideraba injuria para la sociedad de aquella época (Serra, 1969, p. 59).

La injuria es mencionada en otras leyes, en algunos casos, con un concepto alejado a las instituciones jurídicas romanas y germánicas. En la *Ley de las XII Tablas*, publicada en los años 451-450 a.C., se conocía a la calumnia como la acción de injuria, con una pena pecuniaria general de 25 ases por decir injurias y una pena especial en la que se pagaba de 150 a 300 ases dependiendo si producto de la injuria se producía una lesión (Carvajal, 2013, pp. 727-729). *El Código Hammurabi*, publicado en los años 1795-1750 a.C., contempla a la injuria con el nombre de difamación en sus artículos 127 y 132. El delito de difamación actuaba como una acusación falsa a otra persona por medios públicos, esta podía ser escrita o verbal (Escutia, 2016, p. 80).

La palabra injuria, como concepto jurídico, y de una forma más cercana a la concepción del COIP, aparece por primera vez en los textos de la baja edad media entre las publicaciones del cuerpo de *leyes Visigodo*, *Liber Iudiciorum* y la primera complicación del fuero de Aragón, *El Vidal Mayor*, por el siglo VII y XIII. No es así, con respecto a su pena, ya que en esta época iba desde una simple sanción pecuniaria hasta la pena capital (Serra, 1969, p. 61). Entre las leyes que mencionaban a la calumnia tenemos: *Las Decretales de Gregorio IX*, publicadas en el año 1234 d.C.; la *Ley Canónica*; *Leyes de Teodorico*; *Edicto Regis* y *el Código de Eurico*.

Con el inicio de las revoluciones políticas-sociales en Europa, es el código penal Frances, promulgado en la época de Napoleón Bonaparte, que crea la figura legal de la calumnia en 1810. Aunque hay artículos que muestran que ya desde 1796 en España, por mandato del Rey Carlos IV, se buscaba incluir este delito a una codificación penal.

La calumnia era conocida solo por las leyes y códigos hasta que tiene su expansión social por medio de la literatura, el teatro, los libros de caballería, la poesía y los novelas en toda Europa (Serra, 1969, p. 62). Tras el proceso de colonización y globalización, la injuria es catalogada como delito e instaurada en el sistema italiano, francés y español. Este último es quien influye su adaptación a las leyes ecuatorianas y gran parte de América.

1.1.3 Evolución Histórica Penal del Delito de Calumnia en el Ecuador.

La historia muestra a Ecuador como un país muy influenciado por la cultura europea, ya sea en el ámbito político, económico, social y, en este caso, el legal. El primer código penal ecuatoriano fue promulgado en 1837, en el mandato de Vicente Rocafuerte, bajo la influencia del código español de 1822. La calumnia se desarrollaba como la acción de injuria, según los artículos 91 y 141 del anterior código mencionado, enfocándose en la protección del culto religioso y no tanto al honor de todas las personas. La pena era una multa y la satisfacción a la persona afectada, que consistía en declarar, en audiencia y ante 2 hombres buenos, que lo escrito o dicho es falso (Código Penal, 1837, art. 91).

En 1853 se promulga la Ley de Procedimiento Criminal. En esta ley se establecía un proceso más solemne para la injuria, tales como: la declaración juramentada del injuriado en el art. 66, la redacción del acta y la citación por boleta en el art. 59 y la presentación de testigos por parte del injuriado en el art. 30 (Lei [Sic]de Procedimiento Criminal, 1853, arts. 66, 59 y 30).

En 1872, en la presidencia de García Moreno, se promulga un nuevo código penal inspirado en el código penal de Bélgica de 1837. En este, se separa los delitos de acción privada y acción pública. Se incluye el delito de calumnia en la acción privada y se establece una pena de cárcel (Código Penal, 1872).

En 1906, en la presidencia de Eloy Alfaro, se promulga un nuevo código penal, conocido por suprimir la pena capital y los delitos contra la religión. Se menciona a la calumnia y a la injuria como dos delitos distintos (Código Penal, 1906). La calumnia era catalogada como una infracción penal verbal junto a la amenaza, con una pena de 3 años de privación de libertad (Perez, 1916, p. 9). Estos delitos eran de ejecución completa, se hizo o no se hizo. Se establece por primera vez como causal de legítima defensa: la provocación por injuria (Perez, 1916, p. 111).

Después de varias reformas, en el Código Penal de 1971 se desarrolla de manera sistemática, dentro del Título VII, De los delitos contra la honra, el delito de injuria en el artículo 489. Esta, podía ser calumniosa: la falsa imputación de un delito; o no calumniosa: las expresiones proferidas en descredito, deshonor, o menosprecio de una persona. Las expresiones no calumniosas podían ser graves: daño a la dignidad, imputación de vicios, bofetadas, puntapiés; o leves: apodos, defectos físicos o morales.

La pena de la injuria, con la reforma del 2002, era de 6 meses a 2 años de cárcel y una multa de \$6,00 a \$25,00 (Código Penal, 1971, art. 489).

Lo interesante de este apartado legal, es que la pena aumenta en función a quien se le profese las injurias, pues si se realiza a la autoridad la pena era de 1 a 3 años de cárcel. Por denuncia maliciosa la pena era de 3 meses a 3 años de cárcel. En este Código, con la reforma de 1984, se tipifica la difamación como una subrama de la injuria en su artículo 499-A y se la define como la divulgación por cualquier medio de comunicación social o público del nombre de los deudores para requerirles el pago. Se le estableció una pena de 6 meses a 2 años de cárcel (Código Penal, 1971; 1984, art. 489).

Con las reformas del 2002 al código penal de 1971, también se establecen excepciones para la aplicación de la acción de injuria como: si el discurso en donde existe injuria es pronunciado ante los jueces o tribunales o si es cometido por los padres respecto a sus hijos o por los tutores, maestros, directores, jefes de establecimientos respecto de los trabajadores, discípulos o dependientes; siempre y cuando la injuria no sea calumniosa (Código Penal, 1971; 2002, art. 502).

El delito de injuria no presentó más cambios hasta el 10 de febrero del 2014 que fue publicado el Código Orgánico Integral Penal en el registro oficial No. 180. En el COIP, Título IV, Infracciones en particular, capítulo segundo, sección séptima, Delito contra el derecho al honor y buen nombre, artículo 182; aparece por primera vez el delito de calumnia como único tipo penal y se deja de lado a la injuria como infracción de género. Es de hecho, que todo el COIP suprime la palabra injuria y lo deja de considerar un delito. Pero esto no significa que deja de ser una infracción, sino que ahora es una contravención de cuarta clase en el artículo 396 #1 del COIP.

1.2 ELEMENTOS DE LA CALUMNIA EN EL COIP.

En el derecho penal cada infracción tiene su estructura formada por elementos generales que diferencian a un delito de otro. En el caso de la calumnia es primordial destacar lo siguiente:

1.2.1 Sujetos.

El sujeto activo y pasivo son indeterminados, ya que solo se menciona que tiene que ser realizado por una persona en contra de otra. No se establece cargo o función

especial, como en los delitos en contra de la administración pública. De esta forma, se trata de iguales a todos los ciudadanos en defensa de su derecho al honor y buen nombre.

1.2.2 Verbo Rector.

El verbo sujeto a sanción es imputar, en este caso, la falsa imputación. Se tiene que acusar de cometer un delito a una persona sin tener las pruebas necesarias, por lo que dicha acusación se convertiría en falsa.

1.2.3 Exceptio.

En el delito de calumnia existen excepciones para que aquella falsa imputación no sea sancionable:

1. En vista a lo mencionado en el verbo rector, es importante que aquella imputación no se logró probar, ya que, en caso de hacerlo, la persona que profesó aquellas calumnias no será responsable penalmente, debido a que se comprobó que las acusaciones eran verdaderas (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 182). Esta excepción es conocida en la doctrina como *Exceptio veritatis*.

2. No se considera calumnia, cuando los pronunciamientos se realicen ante las autoridades, jueces y tribunales, en razón de la defensa (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 182). Se entiende que las imputaciones vertidas en audiencia ante la autoridad competente son en ejercicio judicial que no tendrán veracidad hasta que conste lo contrario en sentencia.

3. No existirá responsabilidad penal si la persona que emitió la calumnia se retracta voluntariamente de la imputación, por los mismos medios y características, hasta antes de sentencia ejecutoriada (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 182). En esta excepción se busca reparar el daño ocasionado, retrotrayendo la conducta dolosa a los medios por los cuales fue proferido la calumnia para que el propio calumniador admita que es falso y revoque la imputación. Que se retracte no significa que admita la culpa.

1.2.4 Bien Jurídico Protegido.

Los derechos protegidos son el derecho al honor y al buen nombre. Bienes jurídicos que dignifican al ser humano y que protegen su reputación. La dignidad del hombre es inherente a su naturaleza propia por el simple hecho de ser un ser humano, así lo garantiza los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos.

El honor puede ser definido como “la estima que le tiene la sociedad a una persona o la propia estima a uno” (Marín, 1999, p. 49). Es decir, la actitud que toma una comunidad ante una persona, por su historia actual o pasada, en razón de sus acciones buenas o malas. En los tipos antiguos, en Roma para ser exactos, la libertad, la ciudadanía y el honor, eran los derechos más importantes, es así, que se le otorgaba una estimación social a las personas, que se conocía como *existimatio*, que era el honor civil (Echeverría Muñoz, 2020, p. 212). En el COIP, se busca de seguir con este respeto al honor, pero utilizando la coerción para lograrlo.

1.2.5 Pena.

Como analizamos en párrafos anteriores, la pena ha ido cambiando según el gobierno de turno y la necesidad social. Actualmente, 2022, la pena es privativa de libertad y va de 6 meses a 2 años (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 182).

CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DEL DELITO DE CALUMNIA DESDE SU ASPECTO JURÍDICO EN EL GARANTISMO PENAL.

1. MARCO JURÍDICO

2.1 PROBLEMA JURÍDICO QUE PRODUCE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL DELITO DE CALUMNIA.

El delito de calumnia cuenta con una pena privativa de libertad que podría llegar a ser catalogada como desproporcional con respecto al tipo penal que pretende normar y al bien jurídico que protege; además, podría incumplir con el fin de la pena según el garantismo penal y, de la misma forma, impedir el correcto cumplimiento del principio de mínima intervención penal garantizado por el Código Orgánico Integral Penal.

2.2 ARGUMENTACIÓN JURÍDICA- DOCTRINAL.

El Garantismo Penal se encuentra presente en la legislación penal ecuatoriana. Es así como, con la publicación del Código Orgánico Integral Penal en el 2014, Ecuador adoptó una doctrina penal con tintes constitucionalistas, regulando el poder

del Estado y primando las garantías de quienes se someten a un proceso penal en calidad de víctimas, procesados y condenados, en busca de promover una nueva cultura penal y el fortalecimiento de la justicia penal (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p.4).

El Garantismo penal puede ser dividido en dos grupos conceptuales. El primero son las ideas principales que funcionan como postulados regulativos conocidos como variables. Mientras que el segundo, está compuesto por las garantías sustanciales penales y las procesales (Ferrajoli, 1995, pp. 704-740).

Las variables pueden ser definidas como directrices prescriptivas que pretenden regular la actuación de las instituciones del Estado que conforman el poder penal. Estas, son ideas generales garantistas que conforman el garantismo penal y que pueden ser puntualizadas en: la regularización del poder del Estado, el desarrollo de los derechos fundamentales y el cumplimiento de la pena bajo los parámetros de minimizar los daños, y maximizar el beneficio.

Estas variables sirven para medir el cumplimiento de los derechos constitucionales dentro de un Estado. Pues como afirma Luigi Ferrajoli (2012) “el garantismo es la otra cara del constitucionalismo” (p.26).

La importancia de estas variables radica en que su aplicabilidad busca garantizar que un Estado brinde todos los mecanismos suficientes para retrotraer el hecho delictivo tipificado como infracción hasta antes de su producción, pero con la carga suficiente, proporcional y necesaria que implique una rehabilitación del sujeto activo que delinquiró.

Es así, que, establecer un proceso probatorio comparativo entre el garantismo penal y el sistema penal de Ecuador es vital para alcanzar la correcta creación y uso entre norma y exigibilidad, en relación a la coerción por parte del Estado en protección de un bien jurídico y el respeto a los derechos constitucionales.

Uno de principales elementos de nuestro sistema penal es su Código. Son muchos los cambios de forma y fondo por los que se ha visto sujeto, pues no ha pasado mucho desde que se unió el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación para conformar un solo cuerpo normativo conocido como Código Orgánico Integral Penal [COIP].

Las infracciones también se vieron afectadas por la promulgación del COIP, siendo la figura de la injuria una de las más cambiantes, eliminando una gran variedad de elementos como: atenuantes, agravantes, condiciones, modalidades, penas y tipos (Código Penal, 1971, arts. 489-502).

Como se estudió en el capítulo 1, la injuria se convirtió en contravención y la calumnia en un delito. La pena de calumnia pasa de una sanción mixta: cárcel y multa a una pena privativa de libertad.

Es así como, debido al proceso evolutivo de la calumnia, su cambio en la legislación penal y su naturaleza como infracción *per se*, es primordial su análisis en razón de comprobar si la pena privativa de libertad cumple con los postulados normativos del garantismo penal, conocidos como variables. Para ello, la calumnia puede ser analizada desde 3 figuras jurídicas representativas de las variables: la finalidad de la pena, el principio de mínima intervención penal y la proporcionalidad de la pena.

2.2.1 La Finalidad de la Pena Privativa de Libertad en el Delito de Calumnia.

La finalidad de pena hace referencia al fin u objetivo de la misma. Lo que se busca conseguir u obtener por medio de la sanción que se interpone. Dependiendo de la teoría que se estudie, las doctrinas normativas, la justificación, el doctrinario o el proceso histórico que se analice esta puede variar. Sin embargo, se puede concluir que la pena tiene 3 fines: prevenir el cometimiento de delitos, cumplir la condena y rehabilitar al infractor, y reparar a la víctima (Ferrajoli, 1995, pp. 212-278).

El COIP menciona que:

Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, así como la reparación del derecho de la víctima. En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 52)

Por lo tanto, se puede comprender que tanto el ordenamiento penal ecuatoriano, como la finalidad de la pena que estudia Ferrajoli, mantienen la misma sintonía. De hecho, el COIP, no menciona como finalidad el sancionar, debido a su estrecha, casi nula, relación con el principio de retribución, que define a la pena como “un mal

infligido al reo, dentro de las formas legales, como retribución del mal del delito” (Maggiore, 1986, p. 263). Es decir, castigar al calumniador porque se merece una sanción, causa- consecuencia.

En razón de lo mencionado se puede analizar a la pena privativa de libertad de la Calumnia desde su fin preventivo, rehabilitador y reparador.

El primer fin de la pena es evitar la repetición del mismo hecho delictivo por parte de los demás miembros de la sociedad. La pena como fin preventivo “es la coacción que se dirige contra la voluntad del delincuente y le proporciona motivos necesarios para disuadirlo de cometer el delito” (Liszt, 1882, p.83).

Feuerbach (1989) habla del fin de la pena como una coacción psicológica para la prevención general negativa, de esta forma “este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho” (p.52).

La prevención funciona como una amenaza, lo que se puede observar por medio de un silogismo formal. Por ejemplo: P1: La persona que impute falsamente a otra persona del cometimiento de un delito ira a la cárcel; P2: X1 afirmó sin pruebas ni sentencia ejecutoriada, en una reunión social, que Y2 se robó el carro del vecino; C: X1 puede ser sancionado con cárcel si Y2 lo denuncia por calumnias.

Bajo la idea de terminar con una medida restrictiva a su libertad y de sufrir los detrimentos dentro de prisión, fuera de pagar multa y la reparación integral, cualquier persona imputable, capaz, cuerda y con un nivel de respeto básico a la moral y las buenas costumbres no cometería el delito de calumnia.

Cuando se dice evitar el cometimiento del delito, se habla de disminuir la producción reiterada del mismo y no de eliminar el hecho delictivo por completo, ya que, si este fuera fin, sería imposible de cumplir, pues el simple hecho tener libre albedrio sugiere la voluntad de delinquir.

En razón a lo mencionado, se podría inferir que la pena privativa de libertad si evita o reduce las falsas imputaciones de delitos, pues se provoca un efecto adverso en aquellas personas que no tienen moral ni ética y su único impedimento es la ley. Esto, si se parte del concepto mismo que impone la cárcel, ya que para establecer una

reducción apreciable en porcentajes que permita comprobar una real disminución, se tendría que contabilizar las calumnias que se realizaban cuando había la pena pecuniaria, esto es hasta 1871, en contraparte a las que se realizaban con pena privativa. Lo que es inviable.

El segundo fin de la pena es “(...) el desarrollo progresivo de sus derechos y garantías de la persona con condena (...)” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 52). Es decir, el cumplimiento de la pena con algunas limitaciones en su derecho de libertad que se establecen en el COIP en su artículo 12. En suma, a esta finalidad de la pena, se puede agregar una finalidad del COIP “(...) promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas (...)” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 1).

En la Constitución del Ecuador se explica que “las personas declaradas culpables y sancionadas con penas de privación de libertad por sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán en centros rehabilitación social” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 77#12).

Se agrega, además, que el sistema de habilitación social, que se entiende que es en la cárcel, tendrá como finalidad “la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como su protección a las personas privadas de libertad la garantía de sus derechos” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 201).

La rehabilitación aparece como un modelo para cambiar las políticas penitenciarias y evitar los trabajos forzados (Bermejo, 2014, p. 369). La rehabilitación como medio obliga al Estado a preservar el bienestar de los privados de libertad y contradice a la idea de que la cárcel disminuye el crimen. Además, funciona no solo como idea correccional, sino que garantiza unas condiciones de vida digna dentro de los centros penitenciarios.

Por lo tanto, el segundo fin de la pena se puede definir como el cumplimiento de la sanción interpuesta por la normativa penal, en desarrollo de sus derechos, y la rehabilitación de la persona condenada, pues se busca privar de la libertad al calumniador con fines de reinsertión a la sociedad y reeducación, con una conducta distinta a la que produjo el hecho delictivo, y no tanto sancionar como una forma vengativa bajo la teoría de retribución (Meini, 2013, p. 146).

Cabe recalcar que analizar el fin de la pena privativa de libertad en el delito de calumnia presupone su revisión desde el fin propio, el enfoque correccional y cambiante, no desde el medio rehabilitador y las condiciones óptimas donde se cumple la pena establecida.

Hay conductas que debido a las condiciones y características propias del actuar doloso del infractor con el objetivo del beneficio propio o de un tercero pueden ser catalogadas como merecedoras de un tratamiento de rehabilitación social bajo la esperanza de un cambio o mejoría, que debido a la gravedad del bien jurídico afectado y a la forma en la que se realizó la infracción es necesaria.

El COIP explica que “en la rehabilitación de las personas privadas de libertad se considerarán sus necesidades, capacidades y habilidades con el fin de estimular su voluntad de vivir conforme con la ley, trabajar y respetar a los demás” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 8).

La Constitución de la República complementa, que en estos centros de rehabilitación se utilizarán directrices en la ejecución de políticas de salud, de forma ocupacionales, de salud mental y física, y de cultura y recreación. Además, de medidas de protección afirmativa, como las condiciones de inserción social y económica real de las personas, una vez cumplan con su pena (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 201).

En el delito de calumnia, la acción de imputar falsamente no refleja una grave conducta socialmente condenable, como lo sería violar, matar, robar, estafar, asesinar, etc., que presentan un cuadro de atención médica que exige una protección, cuidado y rehabilitación, debido a enfermedades mentales, trastornos psicológicos como TPA, entre otras psicopatías que se presenten como en el homicidio (Padrón y García, 2018). Ya que no solo se tiene en cuenta el bien jurídico protegido, sino las causas de la acción bajo una teoría del delito desde un perfil criminológico.

Por lo que, si encuadramos la esfera de la rehabilitación en el delito de calumnia, desde su fin correccional y no desde su medio rehabilitador, no resulta apreciable ese cambio o mejoría que se espera dentro de la cárcel en cumplimiento de la pena privativa de libertad, más allá de que el individuo condenado no diga, atribuya, escriba, comunique o señale un delito falsamente.

Lo que, en primer plano, no indica un peligro potencial en su accionar, hasta que se encuadra en su contenido. Esto provocaría un fin desproporcional y exagerado frente a otros delitos como lo antes mencionados. Esto ocurre con la calumnia por su tipo penal abierto, ya que va desde imputar falsamente un hurto en una fiesta hasta acusar en redes sociales a alguien de violador.

Por lo tanto, no se aprecia esa necesidad, en análisis de la rehabilitación del procesado como fin de la pena desde la eficiencia y bienestar general, que se sancione a la calumnia con el fin de establecer un plan educativo, ocupacional, de salud mental y física, y de cultura y recreación por proferir falsas imputaciones. En suma, se puede agregar que se está malgastando una parte del sistema rehabilitador en un delito como la calumnia, aun sabiendo que la rehabilitación social en Ecuador es disfuncional (Carrasco, 2021).

Si bien la conducta del calumniador es dolosa y reprochable, no se justifica un proceso de rehabilitación debido a su uso innecesario para reinsertar al condenado a la sociedad. Por lo que, bajo los estándares del garantismo penal, una pena privativa de libertad en esta conducta desde el propio fin rehabilitador es imperceptible.

El tercer fin, y al que considero que por la naturaleza del delito de calumnia es el más importante, es la reparación integral a la víctima (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 52). Es decir, la indemnización por el daño recibido al violar el bien jurídico del honor y la honra.

La reparación integral “radicará en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 77). En el delito de calumnia al ser el bien jurídico violentado inmaterial se tiene que compensar económicamente.

El delito de calumnia es un delito de ejercicio de acción privada, por lo que el impulso procesal le corresponde a la víctima, mediante querrela (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 410). Esto es, debido a que el legislador encontró que estos delitos no representan el suficiente grado de conmoción social para ser de ejercicio público, por lo que si la víctima o su apoderado, no impulsan el proceso, este puede caer en abandono (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 651).

La Constitución de la República estipula que:

Las víctimas de las infracciones penales gozarán de protección especial (...). Se adoptarán mecanismos para la reparación integral que incluirán sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 78)

El COIP en concordancia a lo mencionado, agrega que además de satisfacer el derecho violado, la víctima podrá adoptar otro mecanismo que permita “cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 11#2).

Los mecanismos de reparación integral son cinco: la restitución, la rehabilitación, la indemnización, las medidas de satisfacción o simbólicas y las garantías de no repetición (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 78).

Por lo tanto, el delito de calumnia al ser un delito de ejercicio privado le compete el impulso a la víctima, por lo que se podría decir que la finalidad de la pena debería ir más enfocada a la satisfacción de la víctima, pues de esta depende la resolución de la causa, es así, la búsqueda de su mayor beneficio. Por lo que se podría analizar de forma restrictiva los beneficios que representa la reparación integral en la vía penal al querellante.

Analizando todos estos postulados al caso concreto, se puede plantear lo siguiente: C1 se encuentra en la Universidad en la clase de derecho penal estudiando los delitos contra la propiedad. En medio de una discusión apasionada con D2 por las diferencias entre robo y hurto, D2 afirma que E3 le robo el celular a su amiga en una fiesta, por lo que toda la clase queda impactada. C1 que es amigo de E3 le comenta este hecho, por lo que E3 procede a presentar la querrela por calumnias en contra de D2.

E3, por obvias razones, busca limpiar su nombre y reparar integralmente el daño que le provocó D2 al llamarlo ladrón. E3 no busca, al menos como principal objetivo, que D2 no siga cometiendo calumnias, al menos no contra él, ni que D2 termine en prisión, pues si lo hace, caería en el uso de la administración de justicia de forma inquisitiva y la justicia sería cómplice de la medida restrictiva de libertad como venganza.

E3, consciente de los mecanismos de reparación integral, sabe que puede pedir por medio de la indemnización que se le pague por los daños a su honor y a su honra, de igual manera, por medio de las medidas satisfacción, las disculpas públicas de D2, así como que se le garantice que no vuelva a ocurrirle a su persona un delito de igual género (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 78).

Esto en función de que la reparación integral se cumpla por completo tras la sanción penal. La realidad es que, si bien se cumple con emitir una sentencia que le otorga inocencia por la falsa imputación al querellante, una multa pecuniaria y una sanción que interpone una pena privativa de libertad, la indemnización es lo más olvidado. Pues “una vez cumplida la pena el juez debe de darle libertad inmediata, sin incidir el que haya o no paga dado la indemnización” (González, 2018), “la ley no contempla formas de ejecutar los pagos” (González, 2018).

Desde otra perspectiva, en caso de la no existencia de la pena privativa de libertad, D2 puede cumplir con la reparación integral de una forma más efectiva, viable y práctica desde afuera de un centro de encarcelamiento que adentro. Partiendo, fuera de que no se puede generar ingresos suficientes dentro de la cárcel, la pena privativa de libertad no incide en la obligación de pago. Lo que supone que la vía penal no cumple correctamente la reparación integral en vista a la compensación económica a la víctima.

En conclusión, bajo la teoría utilitarista, que el delito de calumnia cuente con la pena privativa de libertad no garantiza un mayor beneficio a la víctima, solo mantiene el mayor daño al calumniador, funcionando como una sanción vengativa o de consuelo para la víctima al no poder conseguir el principal fin de la pena que es la compensación por la violación a su derecho al honor y la honra.

2.2.2 El Principio de Mínima Intervención Penal en el Delito de Calumnia.

El derecho penal solo protege aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más imperdonables que se realizan contra el mismo (Martos, 1987, p. 104). Es decir, que su aplicación es de forma excepcional como último recurso para el conocimiento, tramitación y resolución de las causas que no puedan resolverse, debido a la gravedad de la lesión de los bienes jurídicos, por las demás vías judiciales o extrajudiciales.

El derecho penal interviene mínimamente en la sociedad, porque busca darle autonomía al hombre, para que se autorregule y pueda tener una vida comunitaria más prospera (Martos, 1987, p. 101). Esto se explica en relación al principio de subsidiaridad, en el cual, el Estado solo actúa cuando los ciudadanos no puedan arreglar los problemas entre ellos. El derecho penal únicamente procede, cuando las demás ramas del derecho no lo puedan hacer.

El principio de mínima intervención penal o *ultima ratio*, actúa como regulador del *ius puniendi* que posee el Estado. Este principio garantista, con tendencias liberales, busca reducir el sobrecargo de causas que no cumplen con los parámetros suficientes para otorgar responsabilidad penal al sujeto activo. En la misma línea de pensamiento, alienta a que se resuelva los conflictos por otras vías menos lesivas.

El Código Orgánico Integral Penal establece que “la intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 3).

Por lo tanto, si un mecanismo extrapenal o extrajudicial es suficiente para garantizar y reparar el derecho al honor y a la honra, bienes que protege el delito de calumnia, se podría entender que, por la mínima intervención penal, se debería de preferir estas vías. Pues se les daría autonomía a las partes interesadas, al calumniado y al calumniador, de encontrar una solución que posea una reparación integral, pues, como se analizó, es el fin principal de la pena en la calumnia.

Existen diferentes formas de resolver un conflicto por calumnias. Como se revisó en el proceso evolutivo, la calumnia era un tipo de injuria y se resolvía por la vía civil. Su sanción pecuniaria permitía resarcir el daño ocasionado al honor y a la honra, enfocándose meramente en la reparación integral y las disculpas públicas como forma de arrepentimiento.

El delito de calumnia es un delito de acción privada que permite eliminar la responsabilidad penal, dándole paso a la responsabilidad civil, si el autor se arrepiente de manera voluntaria y logra retractarse por los mismos medios y características en las que se calumnió (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 182). Lo que provoca que la víctima tenga que resolver la causa por la acción de daño moral en la vía civil, si

quiere obtener una indemnización, ya que esta no se contempla en caso que el querellado se retracte.

En caso de que no se arrepienta voluntariamente, la causa prosiga y se encuentre culpable al procesado, se le establecerá, suponiendo del delito que imputó falsamente, entre 6 meses a 2 años de cárcel, una multa y la reparación integral a la víctima que consiste en una indemnización, las disculpas y la retractación. Muchas veces durante el cumplimiento de la pena no se produce el pago de la indemnización, debido a su escaso seguimiento, por lo que se tiene que, una vez más, usar la acción civil por daño moral (González, 2018).

Como se concluyó en la finalidad de la pena reparatoria, la víctima al ser la encargada de proseguir la causa, busca como principal objetivo la indemnización, lo que actúa en contraposición con la justicia que más allá de reparar busca sancionar al calumniador.

La acción civil por daño a la moral, permite resolver las “imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de la persona” (Código Civil, 2005, art. 2231).

Esta acción, por la naturaleza de la misma y su enfoque de reparación a la honra y al crédito de la persona, si procede para la resolución de las calumnias, pues aunque la injuria y la calumnia sean 2 infracciones distintas en el COIP, el Código Civil contempla a las imputaciones injuriosas como el Código Penal de 1971, por lo que haría referencia a las imputaciones injuriosas calumniosas y no calumniosas. Es decir que la acción por daño moral aplica tanto para las injurias como las calumnias.

Esto se puede comprobar porque el Código Civil sigue refiriéndose a la calumnia como una especie de delito en el género de injurias dentro de su normativa. Esto se aprecia en el título de derecho a los alimentos y los efectos del deshederamiento (Código Civil, 2005, arts. 352 y 1233).

Además, la Corte Nacional de Justicia explica que, la víctima puede iniciar un proceso por la vía civil, sin que sea necesario que se haya iniciado un juicio penal que declare la responsabilidad por injuria calumniosa.

El condicionar la acción de daño moral a la preexistencia de un juicio penal que declare ya sea la responsabilidad del imputado por injuria calumniosa leve o grave, lesiones, violación, etc., constituye realmente una restricción al

ejercicio del derecho de los ciudadanos a acudir con su demanda ante el órgano judicial competente y obtener del mismo una tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses (...). (Corte Nacional de Justicia, 2011, pp. 7-8)

En conclusión, la vía civil también permite defender los derechos al honor y a la honra sin necesidad de la vía penal, pues no existe la prejudicialidad, además garantiza la reparación integral de la víctima y termina siendo la alternativa más probable en los juicios por calumnias, en caso de incumplimiento de la indemnización o arrepentimiento.

Entonces, en mérito de los antecedentes y el principio de mínima intervención penal, se debería dar prioridad a la vía civil en la protección al honor y a la honra sobre la vía penal.

Otra alternativa para terminar la acción penal de la calumnia sin pena privativa de libertad, es por medio de la conciliación penal. Éste, es un mecanismo voluntario, neutral, imparcial y legal que permite que la víctima y el procesado lleguen a un acuerdo que debe ser cumplido en 180 días. En los delitos de acción pública está limitado, mientras que para los delitos de acción privada, es aplicable para todos (Código Orgánico Integral Penal, 2014, arts. 663-665).

El delito de calumnia permite la conciliación en el procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal, así lo determina en la audiencia de conciliación y juzgamiento (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 649).

De esta forma, en la audiencia final, el querellado y el querellante pueden conciliar, estableciendo un conjunto de condiciones, que debe ser analizada por el juez, para terminar con la acción penal.

En apoyo a los argumentos expuestos con anterioridad, podemos encontrar dictámenes que respaldan la prioridad del uso civil sobre la penal para la resolución de calumnias, por su menor afectación al procesado y su resultado efectivo:

1. La Corte Suprema de Panamá, Latinoamérica y El Caribe en el caso, Exp. 478-08, sobre la imposibilidad de que los altos funcionarios públicos denuncien la calumnia: La Corte explica que los funcionarios se someten, de forma voluntaria, a una constante “fiscalización de sus actos y gestos” (Corte Suprema, 2014, p. 764). De

esta manera se expone que, aún en autoridades que podría suponerse un nivel de afectación mayor que el ciudadano común por su grado de publicidad y jerarquía ante el Estado, es más adecuada la vía civil sobre la penal.

La Corte Suprema destacó que el honor y el buen nombre, de los altos funcionarios públicos no queda desprotegido, siempre y cuando estos puedan acudir a la vía civil con el fin de “recibir una indemnización por el agravio causado” (Corte Suprema, 2014, p. 763).

2. Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en la sentencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el caso Herrera Ulloa VS. Costa Rica, sobre el conflicto entre la libertad de expresión y la calumnia, y si es necesaria y conveniente la vía penal para la solución de fondo del problema.

Este voto concurrente explica de manera clara como en base al principio de mínima intervención penal, se debe de revisar otras alternativas a la vía penal. De esta forma, se expone que “reservar el expediente penal para el menor número de casos (...) implica reconducir la respuesta jurídica hacia una vía en la que los hechos puedan ser juzgados racionalmente, y su autor sancionado como corresponda” (Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, 2004, pp. 6-7). De esta forma, se logra un menor costo social sin incurrir en castigos innecesarios.

Esta forma de enfrentar la ilicitud parece especialmente adecuada en el supuesto de (algunas o todas las) afectaciones al honor, la buena fama, el prestigio de los particulares. Esto así, porque a través de la vía civil se obtienen los resultados que se querría derivar de la vía penal, sin los riesgos y desventajas que ésta presenta. En efecto, la sentencia civil condenatoria constituye, de suyo, una declaración de ilicitud no menos enfática y eficaz que la condena penal: señala, bajo un título jurídico diferente, lo mismo que se espera de ésta, a saber, que el demandado incurrió en un comportamiento injusto en agravio del demandante, a quien le asiste el derecho y la razón. (Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, 2004, pp. 6-7)

3. La Corte Nacional del Ecuador también emitió su opinión con respecto al conflicto entre las calumnias proferidas a los funcionarios públicos:

Por tanto, a pesar de que los términos usados en el debate pudiesen considerarse como expresiones ofensivas, para este tribunal la vía penal no es necesaria ni proporcional, en tanto y cuantos las expresiones proferidas por quien ejerce un cargo de representación popular, en un contexto específico, constituyen parte del debate político de interés público, por lo que la esfera de apreciación que se tiene para establecer una sanción se torna más limitado. (Corte Nacional, 2020, p. 30)

De esta manera, en respaldo del control del *ius puniendi* la Corte expone que no desconoce el proceso penal como un método idóneo para alcanzar la reparación y defensa del derecho al honor y la honra; sin embargo, “esta vía si resulta desproporcionada cuando se emplea para impedir el debate en asuntos de interés público” (Corte Nacional, 2020, p. 32).

4. En otros países se optó por despenalizar el delito de calumnia en casos donde se afecte a la libertad de expresión periodística, reformar el tiempo de la pena y en algunos casos establecer solo una multa y reparación integral. Así lo publicó la Organización de los Estados Americanos (2013).

Téngase en cuenta los siguientes casos: En 2013, Jamaica elimina el uso del derecho penal en materia de difamación; en 2006, México deroga las normas federales de injuria y calumnia; en 2007, Panamá despenalizó los delitos de injuria y calumnia cuando se realice críticas a funcionarios públicos; en el 2009, el Tribunal Supremo de Brasil declaró inconstitucional las penas severas de cárcel y pecuniarias por los delitos de calumnia, injuria y difamación; en el 2009, Argentina removió la pena de prisión para los delitos de injuria y calumnia; en el 2009, Costa Rica deroga la pena de arresto para los delitos contra el honor; en el 2011, El Salvador reemplaza la pena de prisión por sanciones pecuniarias (OEA, 2013).

2.2.3 La Proporcionalidad de la Pena Privativa de Libertad en el Delito de Calumnia.

La proporcionalidad penal o principio de prohibición de exceso penal, es un principio utilizado en materia penal para medir el grado de respuesta proporcional que tiene una pena en relación al hecho sancionado por el cometimiento de una infracción. Su importancia en el garantismo penal radica en que la proporcionalidad es utilizada en la creación y aplicabilidad de la pena con estándares utilitaristas.

La proporcionalidad es el correcto equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, en el momento de la individualización legal de la pena y en su aplicación judicial. Lo que es conocido como proporcionalidad abstracta y concreta (Quintero, 1982, pp. 381-408).

Se puede entender a la proporcionalidad abstracta como el ejercicio que realizan los assembleístas en la creación de las leyes. Los elementos que toman a consideración para formar una pena o sanción proporcional en la tipificación de una conducta delictiva. La proporcionalidad concreta; en cambio, se conforma por los elementos motivacionales en los que se funda el juez para aplicar un rango de la pena determinada en la ley.

Cuando se habla de proporcionalidad penal, hay que tener en cuenta la intervención penal. Esta, que es ejercida por el Estado a través del *Ius Puniendi*, tiende a tener una colisión entre el interés social y el individual. Por un lado, el interés social dicta que se debe de imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente para la represión y prevención de comportamientos delictivos. Mientras que, el interés individual, en situación del acusado, pide que el castigo no exceda del mal causado (Etcheberry, 1997, p. 35).

De esta forma, se crea un principio rector en la ley penal, estableciendo que las limitaciones a derechos esenciales, como la libertad, solo se pueden dar cuando es imprescindible en la protección del interés social, por encima del individual, siempre y cuando se provoque el menor daño posible y que no se produzca un efecto adverso e irreparable en razón de la reinserción del procesado a la sociedad.

En las leyes ecuatorianas también se encuentra la presencia de este principio. Cuando se habla de constitucionalización del derecho penal se menciona que “las penas deben estar acorde al principio de proporcionalidad, es decir, debe de existir cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 4).

Por otro lado, la Carta Magna explica en sus derechos de protección que “la ley establecerá la debida proporcionalidad entras las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 76).

En concordancia a lo mencionado por la Constitución, la Corte Constitucional del Ecuador (2021) menciona que “la proporcionalidad exige una referencia entre la infracción y la sanción” (p. 6). Esto quiere decir, por ejemplo, que, si la infracción es leve, corresponde una sanción también leve. Por lo que, si a una infracción leve se pone una sanción grave, existirá desproporción.

Para entender si una pena es o no proporcional se deben de seguir una serie de indicadores que dependiendo del análisis formal o material que se tome en cuenta, puede mostrar un resultado.

De hecho, Rojas (2004) explica que la proporcionalidad:

Se trata de un principio de carácter relativo, del cual no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino sólo por referencia al caso concreto, dependiendo de la relación medio a fin de que, eventualmente, guarde el gravamen de la libertad con los bienes, valores y derechos que pretenda satisfacer. (p. 275)

Para el estudio de la proporcionalidad de la pena en el delito de calumnia se va a utilizar un análisis material en relación al principio de adecuación: el examen de idoneidad, coherencia y la necesidad de la pena.

Cabe recalcar que, debido a la amplitud de la proporcionalidad, la calumnia puede ser analizada desde un enfoque constitucionalista, siguiendo una ponderación radical en comparativa de los derechos de la víctima y el procesado o el conflicto de intereses, que, por la naturaleza de delito de acción privada, podría plantear un choque entre intereses-derechos individualistas.

Pero debido a que en esta tesis he tomado en consideración la proporcionalidad abstracta, es decir, la individualización legal de la pena o la proporcionalidad entre el daño producido al bien jurídico y la sanción al procesado, debido a su relación más puntual con el garantismo penal y porque “la proporcionalidad debe ser observado en abstracto” (Corte Constitucional, 2021). Entonces, es factible definir si la pena privativa de libertad en el delito de calumnia es idónea, coherente y necesaria.

Antes de pasar a los exámenes de proporcionalidad hay que analizar el daño producido por el bien jurídico y la sanción-daño al procesado en el delito de calumnia.

Para determinar el daño ocasionado se identifica el bien jurídico protegido en el delito de calumnia: el derecho al honor y a la honra.

El derecho al honor es de dos clases: interno y externo (Ramírez, 2003, p.2). El más difícil de estudiar es el interno, pues está conformado por un conjunto de pensamientos y sentimientos propios del ser humano que dependen de su grado de percepción formado por lo que considera moral o correcto, lo que se desencadena en un autorrespeto o autoestima.

El derecho al honor externo, o también llamado derecho a la honra, está más relacionado al buen nombre y a la reputación. Como un ciudadano es percibido por la sociedad en la que se encuentra. Las opiniones, comentarios, calificaciones o percepciones que tienen los demás individuos de su grupo social. Claramente esto depende de aspectos sentimentales, sociales, económicos y políticos.

Al Estado le importa garantizar estos dos tipos de derecho al honor, pues se reconoce y se garantiza “el derecho al honor y al buen nombre. La Ley protegerá la imagen y la voz de la persona” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 66 #18).

Por lo tanto, cuando hablemos del daño que produce la calumnia hay que tener en cuenta que puede ser a cualquiera de estos 2 tipos. Es así como, el daño es determinado por nivel de afectación al honor y a la honra. Este, es medido bajo condiciones en los que se realiza la calumnia. Tales como: el medio en el que se produce, la magnitud del impacto en la audiencia, el grado de difusión en la sociedad, el delito que se imputa contra la otra persona y el tiempo de circulación permiten cuantificar el daño.

Para determinar la sanción-daño al procesado basta leer la ley. La sanción para la calumnia será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 182).

Es importante resaltar que, si bien es importante el tiempo de duración de la pena, ya que está puede encontrarse exagerada, es decir, que se imponga, supongamos, 20 años y no 2 años; lo que se tiene en consideración es el tipo de pena: la pena privativa de libertad. Ya que esta actúa como sancionadora por la conducta dolosa de calumniar e infringe un daño al procesado al limitar su derecho de libertad.

Se habla de una limitación al derecho de libertad y no de una eliminación, debido a que no se pierde la libertad en su totalidad. Pues el procesado aun cuenta con derechos y garantías (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 12).

Por lo tanto, cuando se habla de pena privativa de libertad, se habla de una limitación al derecho de libre circulación, aunque también se den otras limitaciones secundarias consecuenciales en ciertos derechos por la naturaleza propia del encarcelamiento. Por ejemplo: la libertad de expresión, el trabajo, la educación, la recreación, intimidad, asociación, sufragio, queja, salud, alimentación, comunicación, entre otras (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 12).

La verdad es que, si una persona es sentenciada a la cárcel, aunque solo se diga en el papel que se priva de su capacidad para desplazarse por el país, esta sentencia condena al procesado a sufrir un daño en la mayoría de sus derechos. Pues las cárceles no cumplen con las medidas de protección, de seguridad, de desarrollo, ni de rehabilitación.

Los centros penitenciarios están en constante conflicto administrativo y normativo, en donde la corrupción, el ingreso de armas, el asesinato de presos, la venta de drogas, la formación de delincuentes menores a mayores, el desarrollo de carteles, los centros de extorsión, el hacinamiento, amotinamientos, la insalubridad, las violaciones y la falta de alimentos es lo común, en el que no importa el año, siempre existen estos problemas y no parece posible un cambio (Fondevila, 2017).

Por lo que podríamos hablar de un sistema fallido, problema que, ya se tenía presente con la publicación del COIP. Las condiciones carcelarias son deplorables, no hay estadísticas confiables y se establecen sanciones arbitrarias dentro de los centros, por lo que se debe de hacer una reforma creativa, integral y coherente en el sistema penal (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p.5).

Es así como, no importa el tiempo de la pena privativa de libertad, ni el impedimento a moverse libremente por el país, el simple hecho de entrar a la cárcel ya trae consigo una serie de lesiones irreparables que ponen en peligro la vida del procesado.

En resultado, el daño producido al bien jurídico es la lesión causada a la víctima a su autorrespeto, autoestima, dignidad y reputación que tiene ante un determinado

grupo social; mientras que, la sanción o daño al procesado es la limitación o suspensión de su derecho a la libre circulación que resulta en el detrimento de la mayoría de sus derechos inherentes como ciudadano y ser humano por el precario sistema carcelario.

De esta forma, Mir Puig (1989) explica que “la pena que establezca el legislador al delito deberá ser proporcional a la importancia social del hecho” (p.99). Para Rojas (2004) “la libertad es uno de bienes más valiosos para la sociedad (...) razón por la cual la pena privativa de libertad debe ser el último recurso que debe de utilizar el Estado” (p. 284). Entonces ¿es justificable este más que probable daño al calumniador para defender el derecho al honor y a la honra? En conclusión, ¿es necesaria, idónea y coherente que la pena privativa de libertad sea aplicada para garantizar el derecho al honor y a la honra?

La necesidad puede ser descrita como “el carácter de lo que es absolutamente indispensable” (Enciclopedia Jurídica, 2020). Es aquel hecho identificable que denota la carencia de sobrevivencia propia o el apego inevitable, obligatorio y forzoso para la existencia misma o la obtención de alguna cosa determinada.

La necesidad indica que no hay otro medio disponible que sea eficaz y menos aflictivo. Este concepto cuando es estudiado en la estructura del delito se lo compara con el merecimiento de la pena, que explica que, aunque una pena sea necesaria, puede no sea merecedora de la sanción por que es desproporcionalmente grave. El merecimiento y la necesidad son principios materiales que se apoyan recíprocamente (Luzón, 1993).

En el caso, la calumnia tiene que merecer y necesitar que se le aplique la pena privativa de libertad por vulnerar el derecho al honor y a la honra, en razón de que no exista otro medio eficaz y menos doloso para alcanzar el fin de la pena.

Por lo tanto, si se pudiera encontrar otro procedimiento judicial o extrajudicial que permita alcanzar el fin perseguido, sin desproteger el bien jurídico del honor y la honra, a través de un procedimiento menos dañino al procesado, la necesidad de la pena privativa de libertad en la calumnia estaría en tela de duda. Lo que, como ya se revisó, se puede alcanzar con la acción civil de daño moral.

La idoneidad o la adecuación de la pena “se refiere a que un medio es apto/idóneo para conseguir el fin pretendido” (Rojas, 2004, p. 278). En la normativa

penal, esto hace referencia a qué sanción o pena es la más congruente o adecuada para conseguir el fin pretendido.

Se han establecido ciertos parámetros para comprender si la sanción es idónea. La idoneidad tiene un carácter fáctico, como consecuencia se apoya en el esquema tanto del medio como el fin (Rojas, 2004, p. 278). Por lo tanto, la idoneidad de la pena se establece por medio de un análisis práctico del caso concreto.

En la calumnia el fin pretendido, más allá de la finalidad de la pena, es la recuperación del autorrespeto, dignidad y buen nombre que se poseía antes de que se viole su derecho al honor y la honra. Además de conseguir una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados y de la misma forma, que se obtenga una disculpa del calumniador, en señal de arrepentimiento.

Por lo tanto, que la pena sea idónea sugiere que privar de la libertad al calumniado es el medio más apto para recuperar el honor y la honra. Y, a su vez, se pueda obtener el mayor beneficio posible que me pueda dar la pena. Al estudiar la idoneidad, se presenta la duda si la cárcel es idónea, pues si bien no es fin principal, termina siendo el medio-resultado para conseguirlo.

La coherencia en la pena hace alusión a su sentido literal. Esto es la “actitud lógica y consecuente con los principios que se profesan” (Real Academia Española, s.f., definición 2).

La coherencia penal promueve el razonamiento lógico en la fabricación de una pena no exagerada, proporcional y funcional. Se tiene en cuenta el nivel de peligrosidad o lesividad que representa el delito al bien jurídico. Es decir, el peligro real, demostrable y comprobable que pueda representar una conducta a un derecho protegido. El cómo afecta el verbo rector.

En el delito de calumnia, se tiene que falsamente imputar por cualquier medio el cometimiento de un delito. La imputación no debe de realizarse de manera genérica, sino que deben ser específicas y determinadas con respecto al hecho delictivo (Corte Nacional, 2010, p. 4).

El sancionar con cárcel a una persona por decir o escribir por cualquier medio de forma concreta y determinada un delito en contra de otra persona, no representa, en primera instancia, el nivel suficiente de lesividad para ser penalizado. Pues depende

del tipo de delito que le imputa. Por ejemplo, no es lo mismo que X1 diga en una fiesta que Y1 hurtó los zapatos del patio de la vecina, a que, A2 diga en televisión abierta que B2 transporta droga en su maleta cuando viaja de un país a otro.

Es así como, a diferencia de otros delitos, la procedencia de la calumnia es muy amplia en dependencia de los tipos penales que adecue el código penal de cada país. Por lo tanto, muy a parte del tipo de delito que se imputa, la sanción por calumnias es de 6 meses a 2 años de pena privativa de libertad, por lo que el Estado responde igualmente con cárcel a X1 por decir que Y1 hurta y a A2 por decir que B2 es una mula de drogas.

Como se puede analizar la pena no es muy coherente para ambos casos. Debido a esto, el legislador estableció la excepción de que, si el autor de la calumnia se retractase voluntariamente por los mismos medios e igual características hasta antes de la sentencia ejecutoriada, no habrá responsabilidad penal (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 182). Lo que significa que si X1 se arrepiente y dice que todo es mentira en el mismo lugar de la fiesta con los mismos invitados y de forma oral, no habrá responsabilidad y por lo tanto no va a la cárcel.

De esta forma se establece la premisa de que, si X1 no quiere ir a la cárcel, simplemente tiene que retractarse y cumplir las condiciones, que serán revisadas y aprobadas por el juez, del art. 182 del COIP. Por lo que, si X1 va preso, es por su propia decisión de continuar con la causa, aun a sabiendas de las consecuencias.

Esta excepción pudo ser puesta buscando hacer coherente la pena para X1, pues es más fácil arrepentirse por los mismos medios en el primer caso que en el segundo. Aunque, que sea difícil retractarse, no significa imposible, lo que provoca que pueda existir el caso en el que A2 logre la retractación y el juez la acepte. Por lo que en busca de evitar el encarcelamiento y archivar la causa, se termina violando el cuidado efectivo del derecho al honor y la honra de Y1 y B2. Claro está, dándole la posibilidad de continuar con la causa por la vía civil con la acción de daño moral.

Por lo tanto, se podría decir que la pena es coherente, pero depende de las características de delito que se imputa falsamente y de la gravedad que presenta el daño al honor y la honra. Además, la tercera excepción que se plantea en el art. 182 del COIP otorga una capacidad de evasión de la pena al calumniador. Pues, al buscar aplicar el arrepentimiento voluntario para evitar el agravio de obtener una medida

restrictiva de libertad, se le da la posibilidad de eliminar la responsabilidad penal tanto a X1 como A2, lo que resulta ilógico, pues no es necesario justificar el arrepentimiento solo hacerlo.

Además, cabe recalcar que, si bien se escucha al querellante, no es necesario su consentimiento a la retractación, por lo tanto, no procede oposición. En respaldo de esta afirmación, La Corte Nacional de Justicia (2018) expone:

Asimismo, la característica de voluntariedad, hace prescindir para la aceptación o el rechazo de la retractación, de la aquiescencia del o los querellantes; esto no significa de modo alguno que quien ha iniciado e impulsado la causa, no deba ser escuchado respecto a la retractación que el querellado ha ofrecido; sin embargo, quien en definitiva debe decidir si concede o no la retractación, es el juzgador o tribunal competente, al calificar si el querellado ha cumplido o no con los elementos legalmente previstos. (p.11)

En conclusión, si la consecuencia más probable es que cualquier calumniador se arrepienta y termine el proceso por la vía civil, la opción más lógica sugiere preferir la vía del derecho civil para conseguir la indemnización directamente.

CONCLUSIONES GENERALES

El garantismo penal es una doctrina que permite analizar cualquier sistema penal, pues por su teoría contractualista, utilitarista y constitucional, aceptadas por la mayoría de códigos penales actuales, permite establecer parámetros mínimos en cumplimiento de los derechos y garantías de las personas condenadas. Y, a su vez, analizar los elementos que conforman el sistema punitivo de un Estado, como lo es la pena.

Las variables que representan las ideas constitutivas del garantismo, así como sus figuras jurídicas representativas de los postulados normativos como la mínima intervención penal, la finalidad de la pena y la proporcionalidad de la pena, permiten realizar un estudio en comprobación del correcto funcionamiento de la norma y su sanción.

La finalidad preventiva de la pena privativa de libertad en el delito de calumnia se cumple por la propia función de la amenaza psicológica que representa la cárcel y

detrimento al derecho de libertad. Su incidencia y reducción que supone esta medida restrictiva de libertad es incalculable en valores estadísticos por la antigüedad de una pena distinta a la privativa de libertad.

La finalidad reparadora de la pena privativa de libertad en el delito de calumnia se incumple pues la pena no garantiza la correcta y total reparación integral. Ya que, al obtener sentencia condenatoria se obtiene una sanción carcelaria, una multa, una disculpa, pero no se garantiza la indemnización, por lo que la pena es usada como un método vengativo y de consuelo.

La finalidad rehabilitadora de la pena privativa de libertad en el delito de calumnia se cumple como medio rehabilitador, más no como el fin que supone tener a una persona privada de libertad con la intención correccional bajo estudio criminológico de su conducta para la reeducación y reinserción en la sociedad.

El delito de calumnia bajo el principio de mínima intervención penal permite que el derecho al honor y a la honra sean bienes jurídicos tutelados bajo la acción civil de daño moral, además se le otorga autonomía con respecto al delito de calumnia, ya que no existe prejudicialidad. Así mismo, se le otorga preferencia a la vía civil sobre la penal cuando la calumnia este en contraparte a la libertad de expresión y en los casos en donde los calumniados sean altos funcionarios públicos.

La pena privativa de libertad en el delito de calumnia puede ser considerada desproporcional, bajo los estándares que implica el garantismo penal, en un estudio de la proporcionalidad abstracta en el caso concreto teniendo como indicadores a la idoneidad, la necesidad y la coherencia.

La pena privativa de libertad en el delito de calumnia no es idónea bajo el concepto de la sanción que minimice los daños ocasionados al condenado y maximice el beneficio en busca de la reparación integral a la víctima como fin principal de la pena, por la naturaleza privada del delito de calumnia. De la misma forma, no es necesaria, bajo un sentido estricto, por la existencia de la acción civil de daño moral.

La pena si es coherente, pero depende del caso concreto, pues el delito de calumnia al ser un tipo penal tan abierto se ve sujeto a las características y condiciones del delito que se imputa.

RECOMENDACIONES

Ante lo expuesto en esta tesis, planteo las siguientes recomendaciones bajo un enfoque garantista:

1. Limitar la acción privada penal en el delito de calumnia para que solo proceda cuando las falsas imputaciones sean por delitos contra el Estado, por graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario, la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, trata de personas, tráfico de migrantes, delitos de odio, de sustancias sujetas a fiscalización, entre otros semejantes. Resolver los demás delitos menores por la vía civil de daño moral.

2. Reformar el artículo 2231 del Código Civil y agregar: “Las imputaciones injuriosas y **calumniosas** (...)” para evitar posibles confusiones y mantener su armonía con el Código Orgánico Integral Penal del 2014.

3. Que el juez que dicte resolución que ponga fin al proceso de calumnia, además de declarar que la acusación es maliciosa, interponga una multa en forma compensativa de tres a cuatro salarios básicos unificados al querellante que será otorgado al querellado.

4. Establecer un cuadro normativo en el sistema penal que garantice el mecanismo de indemnización de la reparación integral a la víctima en todas las infracciones que puedan acceder a esta medida.

5. Desarrollar y aclarar figura de la retratación voluntaria que elimina la responsabilidad penal en el delito de calumnia.

REFERENCIAS

- Baratta, A. (2004). *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*. Editores Argentina S.A.
- Beccaria, S. (2015). *Tratado de los delitos y las penas*. Editorial Committee.
- Bermejo, F. (2014). *Individualización científica y tratamiento en prisión*.
<http://cort.as/-8ivF>
- Carrasco, M. (2021). ¿Es posible lograr una rehabilitación social de los presidiarios o se trata de una utopía? *El Universo*.
<https://www.eluniverso.com/noticias/ecuador/matanzas-en-las-carceles-de-ecuador-es-posible-lograr-la-rehabilitacion-social-de-los-presidarios-o-se-trata-de-una-utopia-nota/>
- Carvajal, P. (2013). Apuntes sobre la injuria en las XII tablas y su transmisión textual. *Revista chilena de derecho*, 727-729.
https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372013000200017
- Código Civil [CC]. Registro Oficial Suplemento 46. 24 de junio de 2005 (Ecuador).
- Código Orgánico Integral Penal [COIP]. 10 de febrero del 2014 (Ecuador).
- Código Penal [CP]. 14 de abril de 1837 (Ecuador).
- Código Penal [CP]. 1872 (Ecuador).
- Código Penal [CP]. 1906 (Ecuador).
- Código Penal [CP]. Registro Oficial Suplemento 147. 22 de enero de 1971 (Ecuador).
- Constitución de la República del Ecuador [CRE]. 20 de octubre del 2008 (Ecuador).
- Echeverría, D. (2020). El derecho al honor, la honra y buena reputación: antecedentes y regulación constitucional en el Ecuador. *Revista de Derecho* 9(1), 209-230.
<http://iushumani.org/index.php/iushumani/article/view/228/258>
- Enciclopedia Jurídica. (2020). *Diccionario del Derecho (2020 Ed.)*.
- Escutia, R. (2016). La difamación pública en derecho romano. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 80.
<https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6004>
- Etcheberry, A. (1997). *Derecho Penal*. Editorial Jurídica de Chile.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta.
<Http://clea.edu.mx/biblioteca/files/original/5694a779b4871166c0edb73b407c9529.pdf>

- Feuerbach, L. (2007). *Tratado de derecho penal* (Zaffaroni, E. y Hagemer, I. Trad.). Editorial Hammurabi. (1989).
- Fondevila, G. (2017). Pánico, violencia y crisis en las cárceles de América Latina. *Nueva Sociedad*. <https://nuso.org/articulo/panico-violencia-y-crisis-en-las-carceles-de-america-latina/>
- Gargarella, R. y Courtis, C. (2009). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/6162>
- González, V. (2018, 22 de octubre). Reparación Integral no se paga en el 99% de casos, según *fiscal*. *El Universo*. <https://www.eluniverso.com/noticias/2018/10/22/nota/7011770/reparacion-integral-no-se-paga-99-casos-segun-fiscal/>
- Herrera Ulloa vs. Costa Rica. (2004, 2 de julio). Corte Interamericana de Derechos Humanos (García, S). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf
- Lei [Sic]de Procedimiento Criminal. 1853 (Ecuador).
- Liszt, V. (1994). *La idea del fin en el derecho penal* (Del Valle, C. Trad.). Editorial ÉDEVAL (1882)
- Luzón, P. (1993). La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. *Anuario de derecho penal y ciencias sociales*, 46, 21-34. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46432>
- Maggiore, G. (1986). *Derecho Penal*. Editorial Temis Bogotá.
- Martos, J. (1987). El principio de intervención penal mínima. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 40, 99-134. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46299>
- Meini, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Revista De la Facultad de Derecho*, 71, 141-167. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32497.pdf>
- Mir Puig, S. (1989). *Derecho Penal parte general*. Editorial Reppertor.
- Mommsen, T. (1899). *Römisches strafrecht*. https://openlibrary.org/books/OL6954768M/Ro%CC%88misches_strafrecht
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (2013). *La relatoría especial para la libertad de expresión celebra la reciente reforma legislativa adoptada por Jamaica en materia de libertad de expresión*. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=934&IID=2>

- Ors Pérez-Peix, A. (1981). El Comentario de Ulpiano a los Edictos del "Metus". *Revista General de Derecho Romano*, 266. <https://dialnet.unirioja.es/metricas/documentos/ARTREV/134429>
- Padrón, C. y García, T. (2018). Trastornos mentales y homicidio. *Revista Cubana de Medicina General Integral*, 34 (1). <http://www.revmgj.sld.cu/index.php/mgi/article/view/765>
- Pérez, F. (1916). Apuntes para el Estudio del Código Penal. Universidad Central. <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/10311>
- Marín, T. (1999). El derecho al honor y su protección desde la Constitución Española [Tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha]. <https://produccioncientifica.ucm.es/documentos/5d5ba6de2999520e90d0441e>
- Quintero, O. (1982). Acto, resultado y proporcionalidad. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 35, 381-408. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46218>
- Ramírez, J. (2003). Honor, honra y reputación. *Revista Jurídica Piélagus*, 2(1), 69-78. <https://journalusco.edu.co/index.php/pielagus/article/view/545>
- Real Academia Española. (s. f). *Diccionario de la lengua española* (23a ed.).
- Resolución 0007-2010-2SP. (2010, 13 de enero). Corte Nacional de Justicia (Abarca, L., Ortega, M. y Quiroz, L).
- Resolución 17292-2018-00159-SSI. (2019, 7 de agosto). Corte Nacional de Justicia (Sánchez, S). http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/7b01a506-83ca-4eae-a03e-120fe5078c48/acto_impugnado_2943-19-ep.pdf?guest=true
- Resolución 240-2011. (2011, 18 de abril). Corte Nacional de Justicia (Ramírez, C).
- Rojas, I. (2004). La proporcionalidad en las penas. *Biblioteca Jurídica de la UNAM*, 275-286. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2937/15.pdf>
- Sentencia 11-20-CN. (2021, 10 de noviembre). Corte Constitucional (Ávila, R). http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCBldWlkOidjYmQwZWU2MS01OWVklTRjYzQtYWMS0S1hMjdmNzgwNWRjZDcucGRmJ30=
- Sentencia 17721-2020-00009. (2021, 10 de julio). Corte Nacional de Justicia (Zambrano, G). <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/bitacora/1.-17721-2020-00009.pdf>

- Sentencia 478-08. (2014, 11 de abril). Corte Suprema de Justicia (Prado, J).
https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp_repo/uploads/2014/05/rj2014-04.pdf
- Serra, R. (1969). Honor, honra e injurio en el Derecho medieval español. *Revista Universidad de Murcia*, 59-62.
<https://revistas.um.es/analesumderecho/article/view/104401>
- Vílchez, M. (2018). *Garantismo Penal. Crisis del Derecho*. <https://fcp.es/wp-content/uploads/2018/01/Mar%C3%ADa-%C3%81ngeles-V%C3%ADlchez-Gil-Garantismo-penal.-Crisis-del-Derecho.pdf>



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Gómez Dunkley Robert Bernardo** con C.C: # **2450241696** autor del trabajo de titulación: **El garantismo penal, sus variables en la pena privativa de libertad en la calumnia** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **15 de septiembre de 2022**

f. _____

Nombre: **Gómez Dunkley Robert Bernardo**

C.C: **2450241696**

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	El garantismo penal, sus variables en la pena privativa de libertad en la calumnia		
AUTOR:	Gómez Dunkley Robert Bernardo		
REVISOR /TUTOR:	Siguencia Suárez Kléber David		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Carrera de Derecho		
TITULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	15 de septiembre de 2022	No. DE PÁGINAS:	38
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derechos Penal, Derecho Civil, Derecho Constitucional.		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Derecho, honor, pena privativa de libertad, desproporcional, garantismo penal, calumnia, finalidad.		
<p>RESUMEN/ABSTRACT: El garantismo penal es una corriente jurídica penal con perspectiva constitucionalista y utilitarista que presenta ideas regulativas conocidas como variables. Estas, permiten regular el poder del Estado, establecer derechos procesales fundamentales, enfocar la pena en minimizar los daños al condenado y maximizar la satisfacción en medida de una reparación integral a la víctima, al igual que, determinar un correcto proceso de rehabilitación a la persona sancionada. Estas variables son representativas de tres figuras jurídicas: la mínima intervención penal, la finalidad de la pena y la proporcionalidad de la pena; estándares legales que permiten analizar la necesidad, la coherencia e idoneidad de la pena. La calumnia es una infracción que ha sufrido varias reformas a lo largo de la historia, tales como su cambio de naturaleza puramente civilista a ser tipificada como delito en el derecho penal, y a su vez, de una sanción pecuniaria a una pena privativa de libertad. Es por aquello que, en un análisis garantista de estas tres figuras jurídicas, se establece que la pena privativa de libertad del delito de calumnia es desproporcional con respecto al bien jurídico que pretende normar y proteger y que incumple con los fines de la pena. En respuesta a la problemática, se analiza la acción civil de daño moral como una vía capaz y suficiente para proteger el honor y la honra.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-4-981560073	E-mail: Robertgomez1701@gmail.com; robert.gomez@cu.ucsg.edu.ec	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: Reynoso Gaute, Maritza		
	Teléfono: +593-4-2222024		
	E-mail: maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			