



DERECHOS Y JUSTICIA

O B S E R V A T O R I O

Uso abusivo del derecho penal en casos de responsabilidades ulteriores : El caso de Fabricio Abad



Uso abusivo del derecho penal en casos de responsabilidades ulteriores:

Informe del caso Fabricio Abad

I. ANTECEDENTES

El señor Fabricio Abad fue asistente de control de personal de la Dirección de Recursos de Personal, del área de Recursos Humanos de la Prefectura del Guayas desde el 2005 al 2011.¹ El 15 de junio de 2016, por medio de la red social Facebook, Abad escribió una publicación en la cual acusa a Alex Klaere (actual director provincial del Guayas y también hermanastro de Jimmy Jairala), de haber asesinado a una persona, una estudiante de la facultad de derecho de la Universidad de Guayaquil por ir en exceso de velocidad en su auto, mencionando que era un “conductor asesino y corrupto”.

Abad estaba en prisión desde mayo de 2017 cuando Carlos Alberto Vicente, ex asesor de Jimmy Jairala lo denunció por violación a la intimidad cuando compartió una imagen desnudo de él en 2014. En noviembre de 2017 se confirmó su inocencia, pero no pudo salir libre ya que, Jorge Harb, funcionario de la Prefectura del Guayas, lo denunció por calumnias, al igual de Klaere.

El 09 de septiembre de 2016, Alex Klaere presentó una demanda contra Fabricio Abad por calumnias, CUADRO SE DECIDIÓ PRIMERA INSTANCIA? y el 12 de octubre de 2018 fue ratificada su condena a un año de prisión QUIEN RATIFICÓ. El 04 de diciembre fue negado el recurso de casación que fue presentado por su abogado².

El 13 de diciembre, Abad en una cuenta de Facebook bajo el nombre de “Fabricio Abad II” hizo una extensa publicación hacia Alex Klaere, en la cual aclara y se retracta sobre lo dicho hace 2 años atrás³:

SR. ALEX IVAN KLAERE CORNEJO ME RETRACTO VOLUNTARIAMENTE EN EL MISMO MEDIO Y CON LAS MISMAS CARACTERÍSTICAS QUE ES EN MI CUENTA PERSONAL DE FACEBOOK.

YA QUE EXISTE UNA PUBLICACIÓN HECHA EN FACEBOOK CON FECHA 15 DE JUNIO DEL 2016 QUE ESTA CON EL NOMBRE DE FABRICIO ABAD EN DONDE INDICA QUE UD ASESINO A UNA PERSONA, ATROPELLO A UNA ESTUDIANTE DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA U DE GUAYAQUIL, PORQUE IBA A EXCESO DE VELOCIDAD EN SU AUTO, Y EN COMENTARIO COMO CONDUCTOR ASESINO Y UN CORRUPTO. BUENO YO ACEPTO Y ME RETRACTO VOLUNTARIAMENTE DE QUÉ DICHA PUBLICACIÓN ES DE MI AUTORIA Y ME HAGO RESPONSABLE YA QUÉ ME EQUIVOQUE AL SEÑALARLO CÓMO ASESINO DE PERSONA, CONDUCTOR ASESINO Y CORRUPTO, PORQUE LO DIJE SIN PENSARLO Y ME EXPRESE MAL POR ESO HAY UN MAL ENTENDIDO. YA QUE CON ESO CONSTITUYE IMPUTACIÓN DE 2 DELITOS COMO DE ASESINATO Y DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

YA QUE CÓMO USTED TUVO ACCIDENTE DE TRÁNSITO EN SU AUTO Y SIN QUERER UNA ESTUDIANTE SE PASÓ LA CALLE SIN MIRAR A LOS LADOS QUÉ AUTOMÁTICAMENTE DICHA ESTUDIANTE SE LE CRUZÓ EN SU CAMINO CUANDO IBA

¹ Una triada de la Prefectura del Guayas vs. Fabricio Abad <https://milhojas.is/612512-una-triada-de-la-prefectura-del-guayas-vs-fabricio-abad.html>

² Una triada de la Prefectura del Guayas vs. Fabricio Abad <https://milhojas.is/612512-una-triada-de-la-prefectura-del-guayas-vs-fabricio-abad.html>

³ Facebook – Fabricio Abad II <https://www.facebook.com/profile.php?id=100009384945293>

MANEJANDO SU AUTO, Y NO TUVO EL TIEMPO SUFICIENTE PARA FRENAR Y LA ATROPELLA.

ESTO ES UN CASO FORTUITO QUE HA CUALQUIERA LE PUEDE SUCEDER YA QUE NADIE AL SALIR DE SU CASA EN SU AUTO SALE A MATAR O ASESINAR Y PEOR TENER LA INTENCIÓN YA QUE POR MIS COMENTARIOS DI A ENTENDER DE EL SALIÓ A ASESINAR CON ALEVOSÍA CUANDO ESO ES TOTALMENTE ERRADO Y FALSO DE MI PARTE.

QUE MAL DE MI PARTE POR NO ESTAR BIEN INFORMADO DEL CASO DEL SR. ALEX IVAN KLAERE CORNEJO QUE LO CATALOGUE DE ASESINO, CONDUCTOR ASESINO Y CORRUPTO, CUANDO EL NO TUVO LA CULPA, ES POR ESO QUE ME ARREPIENTO LO DICHO EN DICHA PUBLICACIÓN Y QUE RETIRO DICHOS CONCEPTOS PORQUE EL SR. KLAERE NUNCA SE FUGÓ AL CONTRARIO EL SE QUEDO EN LA ESCENA DEL ACCIDENTE TRATANDO DE SOCORRER A LA ESTUDIANTE QUE SE LE HABÍA CRUZADO INTEMPESTIVAMENTE LO CUAL CUALQUIERA QUE HUBIERA ESTADO EN ESA SITUACIÓN NADIE HUBIERA ALCANZADO A FRENAR YA QUE OTRO SE HUBIERA FUGADO LO CUAL FELICITO AL SR. ALEX IVAN KLAERE CORNEJO POR HABERSE QUEDADO AUXILIANDO Y LLAMAR A EMERGENCIA AL ECU911 PARA QUE ENVÍEN UNA AMBULANCIA Y ASÍ TRATÓ DE SALVARLE LA VIDA A LA ESTUDIANTE, QUE ESO MUY POCOS SERES HUMANOS NO LO HACEN.

YA QUE CUANDO ME CONTARON DICHO ACCIDENTE DE TRÁNSITO LANCE SIN PENSARLO DICHOS MALOS CONCEPTOS CONTRA EL SR. KLAERE YA QUE CÓMO ES UN FUNCIONARIO PÚBLICO, PENSÉ QUE HABÍA USADO SUS INFLUENCIAS COMO HERMANASTRO DEL PREFECTO DEL GUAYAS, Y EN DICHA PUBLICACIÓN INDIQUE QUE HABÍA COMPRADO A TODO EL MUNDO HASTA EL MISMO HIJO DE LA ASESINADA, PARA SALIR DEL PROBLEMA, POR ESO LO LLAME CORRUPTO EN ESE MOMENTO SIN PENSARLO PERO NO ME REFERÍA AL CORRUPTO POR ENRIQUECIMIENTO ILICITO, LO QUE ESTABA TOTALMENTE EQUIVOCADO YA QUE DESPUÉS DE QUE ME ENTERE QUE EN LAS INVESTIGACIONES REALIZADAS POR LA FISCALIA NUNCA TUVO LA CULPA YA QUE FUE LA DEL PEATÓN IMPRUDENTE QUE SE CRUZÓ LA CALLE EN LUGARES NO PERMITIDOS YA QUE NO LO HIZO POR EL PASO CEBRA QUE TODO PEATÓN TIENE USARLO.

QUE PENA QUE AL SR. ALEX KLAERE CORNEJO LE HAYA SUCEDIDO SEMEJANTE DESGRACIA Y SIN TENER NADA DE CULPA, QUE LASTIMOSAMENTE PASO CON SU AUTO A LA HORA EL DÍA Y EL LUGAR EQUIVOCADO EN ESE MOMENTO.

ES POR QUE HAGO ESTÁ RETRACTACIÓN VOLUNTARIA EN ESTE MISMO MEDIO DE LA RED SOCIAL FACEBOOK PARA QUE TODOS SE ENTEREN TODOS LOS USUARIOS QUE TIENEN SU PERFIL FACEBOOK QUE EL SR. ALEX KLAERE CORNEJO NO ES UN ASESINO, CONDUCTOR ASESINO Y CORRUPTO EN DICHO ACCIDENTE.

GUAYAQUIL, 13 DE DICIEMBRE DEL 2018.

ATENTAMENTE,

ALBERTO FABRICIO ABAD ALVARADO

C.C. # 091191049-5

Artículo 182.- Calumnia.- La persona que, por cualquier medio, realice una falsa imputación de un delito en contra de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

No constituyen calumnia los pronunciamientos vertidos ante autoridades, jueces y tribunales, cuando las imputaciones se hubieren hecho en razón de la defensa de la causa.

No será responsable de calumnias quien probare la veracidad de las imputaciones. Sin embargo, en ningún caso se admitirá prueba sobre la imputación de un delito que hubiere sido objeto de una sentencia ratificatoria de la inocencia del procesado, de sobreseimiento o archivo.

No habrá lugar a responsabilidad penal si el autor de calumnias, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia ejecutoriada, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación.

La retractación no constituye una forma de aceptación de culpabilidad.

Fabricio Abad decidió presentar el 14 de diciembre una petición para retractarse voluntariamente, la misma que no fue aceptada. En su cuenta de twitter expresó que:

“Hasta cuando tanta injusticia los jueces @CorteNacional Miguel Jurado Fabara, Marco Rodríguez y Luis Enríquez me rechazan el Retracto Voluntario q es un derecho previsto en la ley según art. 182 inciso 4 COIP. Me negaron todo, Justicia solo para RICOS. Quieren prisión para mi.”

En otro tweet también supo comentar que:

“Este es el art. 182 inciso 4 del COIP q es un derecho previsto en la ley y estos jueces d la @CorteNacional dice q es extemporánea, cuando presenté no estaba ejecutoriada la sentencia pero ellos dicen lo contrario; quién se puede defender contra ellos?. Justicia Corrupta.” Adjuntado la imagen ubicada en la parte izquierda.

Dos días antes de presentar la petición para retractarse voluntariamente, el recurso de ampliación y aclaración fue negado.

Fabricio Abad asegura que todo esto se da porque en su página de Facebook constantemente denunciaba actos de corrupción en la Prefectura del Guayas y por ser ex funcionario de la misma y esto ha empeorado desde el 2014. Ahora está visibilizando su caso por redes sociales como Facebook, donde por ejemplo, pide el indulto por parte del primer mandatario Lenin Moreno.



II. ANÁLISIS LEGAL: LA APLICACIÓN DE LAS FIGURAS DE CALUMNIA E INJURIAS EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL DE DDHH.

El caso del señor Abad trae a discusión los problemas y posibles excesos en la aplicación de los tipos penales de injurias en el Ecuador, en especial del artículo 182 del Código Orgánico Integral Penal, a la luz de los estándares internacionales en materia de libertad de expresión. En particular, nos plantea la discusión de la utilización de la vía penal para sancionar posibles afectaciones al honor, y el uso indebido de estas figuras por parte de funcionarios públicos.

Con respecto al artículo 13, la Convención Americana de Derechos Humanos⁴ especifica que:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

⁴ Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969). https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

El artículo 2 de ese mismo instrumento, reconoce que el derecho a la libre expresión es susceptible de restricciones, en situaciones específicas y bajo condiciones concretas:

“(…) 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

- a. Los delitos de calumnias e injurias desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el informe titulado *Marco Jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, indica que:

Las expresiones, informaciones y opiniones atinentes a asuntos de interés público, al Estado y sus instituciones, gozan de mayor protección bajo la Convención Americana, lo cual implica que el Estado debe abstenerse con mayor rigor de establecer limitaciones a estas formas de expresión, y que las entidades y funcionarios que conforman el Estado, así como quienes aspiran a ocupar cargos públicos, en razón de la naturaleza pública de las funciones que cumplen, deben tener un mayor umbral de tolerancia ante la crítica. En una sociedad democrática, dada la importancia del control de la gestión pública a través de la opinión, hay un margen reducido a cualquier restricción del debate político o de cuestiones de interés público. (2010, p. 12).⁵

Con respecto al alcance de la protección otorgada por el derecho a la libre expresión, la Corte Interamericana ha enfatizado que éste no se agota en el derecho abstracto a hablar o escribir, sino que abarca inseparablemente el derecho a la difusión del pensamiento, la información, las ideas y las opiniones por cualesquiera medios apropiados que se elijan para hacerlo, incluyendo el derecho de llegar al mayor número de destinatarios. (2013, p. 47)⁶.

En este sentido, la RELE ha enfatizado en que la protección otorgada bajo el artículo 13 de la CADH se aplica también al Internet, y que éste constituye un espacio por excelencia para facilitar el libre intercambio de ideas y opiniones⁷. Por su parte, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Promoción y la Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Internet, como ningún medio de comunicación antes, ha permitido a los individuos comunicarse instantáneamente y a bajo costo, y ha tenido un impacto dramático en el periodismo y en la forma en que compartimos y accedemos a la información y las ideas”⁸.

⁵ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010). *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión* <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>

⁶ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). *Libertad de expresión e Internet*. http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_internet_web.pdf

⁷ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “Libertad de Expresión e Internet”. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 31 diciembre 2013.

⁸ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/66/290, 10 de agosto de 2011.

Así, los órganos de protección de derechos humanos han enfatizado en la protección distinta que debe darse a los contenidos de Internet, de cara a proteger las características particulares de este espacio, que son la neutralidad, la descentralización y la apertura. En particular, el principio de neutralidad supone que el Estado debe garantizar la máxima difusión de contenidos a través del Internet, y asegurar que las ideas y opiniones difundidas en sus plataformas no sean ilegítimamente restringidas.

b. La criminalización de la expresión a través de delitos para proteger el honor.

Desde el año 1994, la CIDH ha venido advirtiendo sobre la desproporcionalidad de la vía penal para imponer sanciones como responsabilidades ulteriores al ejercicio de la libre expresión. En el Informe de ese año sobre la compatibilidad de los delitos de desacato con ese derecho, indicó que: “(...) contrariamente a la estructura que establecen las leyes de desacato, en una sociedad democrática, las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas --y no menos expuestas-- al escrutinio y la crítica del público. La necesidad de que exista un debate abierto y amplio, que es crucial para una sociedad democrática, debe abarcar necesariamente a las personas que participan en la formulación o la aplicación de la política pública.^[45] Dado que estas personas están en el centro del debate público y se exponen a sabiendas al escrutinio de la ciudadanía, deben demostrar mayor tolerancia a la crítica.^[46]”⁹

Hoy en día, la mayoría de Estados de la región han eliminado los llamados “delitos de desacato”, sin embargo, conservan en sus legislaciones normas penales de calumnias e injurias que, sin estar redactadas específicamente para proteger el honor de funcionarios públicos, en la práctica han sido empleadas para este fin. Esto se ha agravado por el hecho de estos tipos penales están a veces redactados de manera vaga y ambigua, y establecen penas privativas de libertad que excesivamente desproporcionales. En este sentido, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha indicado su preocupación al respecto de “(...) que se continúe utilizando los llamados “delitos contra el honor”, con los mismos fines del desacato, es decir, para acallar la crítica”¹⁰

En este sentido, tanto la RELE como la CorteIDH han criticado que en varios países, las figuras de calumnias e injurias sean empleadas principalmente por funcionarios públicos para blindarse de críticas y fiscalización a sus gestiones. Ello genera un efecto intimidatorio que restringe el libre debate de ideas, inhibe la crítica a la gestión de funcionarios públicos, y entorpece del debate sobre asuntos de interés público.

Al respecto, la CorteIDH indicó en el caso *He En el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*¹¹, la Corte IDH indicó que:

“(...) las disposiciones penales sobre difamación, calumnias e injurias por las que se condenó a Mauricio Herrera Ulloa, se encuentran expresamente contempladas en la legislación relativa a la protección de la honra, la reputación y privacidad de las personas. Sin embargo, cuando se

⁹CIDH. [Informe Anual 2004. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión](#). Capítulo IV: Leyes de Desacato y Difamación Criminal. OEA/Ser.L/V/II.122. Doc. 5 rev. 1. 23 febrero 2005. Párr. 3.

¹⁰CIDH. [Informe Anual 2004. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión](#). Capítulo IV: Leyes de Desacato y Difamación Criminal. OEA/Ser.L/V/II.122. Doc. 5 rev. 1. 23 febrero 2005. Párr. 3.

¹¹Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

sancionan penalmente las conductas que involucran expresiones sobre cuestiones de interés público, se está ante la vulneración del artículo 13 de la Convención, pues no existe interés social imperativo que justifique la sanción penal”¹².

Por otro lado, en el caso *Tristán Donoso vs. Panamá*¹³, la Corte sostiene que:

“(…) la sanción penal impuesta al señor Tristán Donoso fue manifiestamente innecesaria en relación con la alegada afectación del derecho a la honra en el presente caso, por lo que resulta violatoria al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana”¹⁴

Kimel, que “(…) “la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana”¹⁵.

Asimismo, los órganos de derechos humanos han enfatizado en el diferente umbral de protección que debe existir con respecto a la protección del honor de funcionarios públicos. Si bien el derecho a la honra es ejercible por todas las personas, quienes de manera voluntaria han asumido posiciones y cargos públicos están sometidos a un mayor escrutinio ciudadano, y deben tolerar en mayor medida los comentarios sobre sí mismos o sobre su gestión, aun cuando éstos resulten ingratos, chocantes u ofensivos. En este aspecto, se ha establecido de manera reiterada que las expresiones, ideas y opiniones sobre personas que ejercen cargos públicos y sus gestiones, constituyen discursos especialmente protegidos, y que las restricciones sobre éstos, son siempre ilegítimas, pues la democracia exige el libre debate de este tipo de ideas y opiniones.

En esta línea, debe mencionarse que aunque el derecho a la libre expresión es de aquellos que puede restringirse, los tratados internacionales en materia de derechos humanos que los contienen han indicado que la censura es siempre prohibida, y que cualquier restricción debe hacerse exclusivamente a través de la imposición de responsabilidades ulteriores. En este aspecto, en casos como *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, *Palamara Iribarne v. Chile*, *Kimmel v. Argentina* y *Usón Ramírez v. Venezuela*, la Corte IDH ha establecido que la imposición de responsabilidades ulteriores mediante el procesamiento y sanción penales, resultan desproporcionales al momento de regular el ejercicio a la libre expresión. En estos casos, han dicho que la interposición de procesos penales no solo afecta a quien es denunciado, sino que puede crear un efecto inhibitorio en el resto de la sociedad, impidiendo el libre debate sobre ideas y opiniones sobre asuntos de interés público. En algunos casos, la CIDH ha llegado a afirmar que la sola interposición de procesos penales constituye una violación al derecho a la libre expresión aun cuando la persona sea luego declarada inocente.

En este sentido, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión hace algunas reflexiones sobre la figura de calumnia y sobre las sanciones a las mismas. Así, por ejemplo, indicó que:

¹² Citac

¹³ Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193.

¹⁴

¹⁵ Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

“ (...) En cualquier caso, si se presenta efectivamente un abuso de la libertad de expresión que cause un perjuicio a los derechos ajenos, se debe acudir a las medidas menos restrictivas de la libertad de expresión para reparar dicho perjuicio: en primer lugar, al derecho de rectificación o respuesta consagrado en el artículo 14 de la Convención Americana”.

Por último, es importante señalar que tanto la CIDH como la Corte Interamericana han considerado, en todos los casos concretos que han sido objeto de su estudio y decisión, que la protección de la honra o reputación de funcionarios públicos o candidatos a ejercer funciones públicas mediante el procesamiento o condena penal de quien se expresa—a través de los tipos penales de calumnia, injuria, difamación o desacato—resultaba desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática.

Al momento de establecer sanciones al ejercicio del derecho a la libre expresión, la Corte Interamericana también ha estimado innecesario constatar la veracidad de las afirmaciones formuladas, para desestimar la imposición de sanciones penales o civiles. Basta, como ya se ha mencionado, con que existan razones suficientes para justificar la formulación de tales afirmaciones, siempre que se trate de afirmaciones de interés público. En consecuencia, incluso si los hechos que se afirman (por ejemplo, la imputación de un crimen) no pueden ser demostrados en un proceso judicial, quien realizó las afirmaciones correspondientes estará protegido siempre que no tuviera conocimiento de la falsedad de lo que afirmaba o no hubiere actuado con negligencia grave (absoluto desprecio por la verdad)¹⁶.

Finalmente, desde el SIDH se ha debatido si cierta información relativa a aspectos de la vida de un funcionario público no relacionado directamente con las gestiones del cargo que ostenta están o no protegidos bajo el derecho a la libre expresión. Así, en el caso *Fontevéccia y D'Amico v. Argentina*, sostuvo que:

“(…) Asimismo, el Tribunal recuerda que las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores, entre otras, gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y a la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público”¹⁷.

c. El balance entre el derecho a la vida privada y la libre expresión.

El artículo 11.2 de la Convención Americana establece una protección a favor de todas las personas, frente a interferencias arbitraria o abusiva del Estado. Esta obligación no se agota simplemente con abstenerse de realizar esas interferencias. El Estado debe, además, establecer mecanismos idóneos para la tutela de este derecho cuando ha sido de realizar tales interferencias. El alcance de esta protección debe amparar tanto posibles interferencias estatales como particulares.

¹⁶ Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193.

¹⁷ Corte IDH. Caso Fontevéccia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

No obstante, no se trata de interponer el derecho a la honra sobre el derecho a la libertad de expresión, o viceversa. El deber del Estado, en casos donde el derecho a la libre expresión parece contraponerse al derecho a la privacidad y a la honra de una persona, consiste en realizar un balance sobre cuál es el bien jurídico que debe prevalecer. Así, cuando el discurso ofensivo se refiere a un funcionario público, al ejercicio de sus funciones, o a situaciones relacionadas con la idoneidad y probidad para realizar su cargo, se debe dar preferencia al ejercicio del derecho a la libre expresión.

Al respecto, la Corte IDH a indicado que “ (...)se debe encontrar un equilibrio entre la vida privada y la libertad de expresión que, sin ser absolutos, son dos derechos fundamentales garantizados en la Convención Americana y de la mayor importancia en una sociedad democrática. El Tribunal recuerda que el ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito”¹⁸.

En este sentido, es importante hacer énfasis en el diferente umbral de protección al honor cuando se trata de funcionarios públicos. En este aspecto, tanto la Corte IDH como el SIDH han indicado que, al haberse expuesto voluntariamente al escrutinio público de la sociedad, deben tolerar más las expresiones vertidas contra ellos, incluso si éstas les resultan ingratas. En este sentido, “la protección se justifica no por la persona en sí misma, sino en la naturaleza de las funciones que ostenta”¹⁹.

En cuanto al carácter de interés público, la Corte ha indicado que esta caracterización se le da a asuntos sobre los cuales la sociedad tiene un legítimo interés en mantenerse informada, o que se refiere a las funciones o idoneidad de las autoridades públicas. En ciertos casos, incluso cuestiones que no son estrictamente relativas a esas funciones pueden suscitar interés en la comunidad. Esto es especialmente cierto para situaciones o conductas de las autoridades que podrían definir su honestidad, carácter e idoneidad para un cargo.

III. APLICACIÓN DE LOS HECHOS AL CASO CONCRETO:

El caso que de Fabricio Abad se refiere a la publicación en redes sociales de comentarios donde se le acusa a primero el publicar un comentario donde acusa a Klaere, Director Provincial de Desarrollo Comunitario de la Prefectura del Guayas, de ser un “conducto asesino”.

Cuando Klaere fue absuelto, y en el marco ya del proceso por injurias, Abad publicó, en el mismo medio otro mensaje retractándose del anterior, comentado que: “ya que cuando me contaron dicho accidente de tránsito, lancé [SIC] sin pensarlo dichos malos conceptos contra el Sr. Klaere ya que como es un funcionario público, pensé que había usado sus influencias como hermanastro del Prefecto del Guayas”. Como se dijo, el COIP vigente en la actualidad permite, en el marco de un proceso de esta naturaleza, realizar una rectificación en el mismo medio por el cual fue emitido el discurso considerado como injurioso. No existe en el artículo 182 del COIP mencionado, límites con respecto al tiempo en el cual tal rectificación puede realizarse:

“Calumnia. No habrá lugar a responsabilidad penal si el autor de calumnias, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia ejecutoriada, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo

¹⁸ Corte IDH. Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

¹⁹ Corte IDH. Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

medio y con las mismas características en que se difundió la imputación. La retractación no constituye una forma de aceptación de culpabilidad”.

En este caso, podríamos presumir, por las propias declaraciones del señor Abad, que incurrió en un ejercicio abusivo del derecho a la libre expresión, al no haber corroborado los hechos que afirmaba con respecto a Klaere, y que además constituían acusaciones del cometimiento de un delito. Sin embargo, y como consta de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la vía penal resulta excesiva en casos que tienen que ver con posibles afectaciones del derecho al honor, especialmente en casos como éste, donde tal afectación podría haberse subsanado a partir de la publicación de una rectificación o disculpa.

En este sentido, es relevante además destacar que, en este caso, Abad intentó rectificarse en base a lo dispuesto en lo establecido en el artículo 182 del COIP. Con ello, podría haberse enmendado el posible daño al honor causado contra Klaere, y hubiera constituido una reparación proporcional, tomando en cuenta el alcance de la posible afectación, y el hecho de que el afectado se trataba de un funcionario público. En este sentido, el hecho de que las autoridades Estatales hayan optado por la vía más severa, impidiendo al acusado a retractarse, constituye una violación al derecho a la libre expresión.

El recurso de casación presentado por Abad no fue aceptado. Queda por ver si Abad interpondrá una acción extraordinaria de protección, y en qué términos la plantearía. Sin embargo, en este caso, se evidencia que los jueces locales no conocen los estándares aplicables en materia de libertad de expresión, y que, además, no son capaces de realizar análisis de proporcionalidad al momento de imponer sanciones por posibles ejercicios abusivos al derechos a la libre expresión.