

INFORME

SOBRE LAS DOS SENTENCIAS DICTADAS EN EL CASO DE LA QUERRELLA POR INJURIAS PRESENTADA POR EL ECONOMISTA RAFAEL VICENTE CORREA DELGADO CONTRA EMILIO PALACIO URRUTIA, CARLOS EDUARDO PÉREZ BARRIGA, CÉSAR ENRIQUE PÉREZ BARRIGA, CARLOS NICOLÁS PÉREZ LAPENTTI Y COMPAÑÍA ANÓNIMA EL UNIVERSO

Elaborado por

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Doctor en Derecho, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León (España)

Presentado a tres de noviembre de 2011

SUMARIO.

I. Análisis de la Sentencia en apelación de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, Segunda Sala de lo Penal, Colusorios y Tránsito, de fecha 23 de septiembre de 2011.

1.- Alargándose la competencia. 2.- Sobre la cuestión de la nulidad por la incompetencia de la Ab. Mónica Encalada Villamagua, Jueza Temporal que entró al conocimiento de la causa en primer nivel, por la demanda de recusación interpuesta por Carlos Pérez Barriga. 3.- De nuevo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sobre los argumentos a este respecto en el fundamento sexto de la sentencia. 4.- Sobre el delito de injuria calumniosa y sobre su prueba. A propósito de los argumentos contenidos en el considerando séptimo de la sentencia. 4.1.- Sobre el método aplicado por la Sala. 4.2.- Sobre lo argumentado y lo callado por la Sala. 4.2.1.- Los hechos del caso y los elementos del delito. 4.2.2.- Los hechos objetivos y la valoración de su prueba. 4.2.3.- El *animus injuriandi* y su prueba. 4.2.4.- Todos con el mismo *animus*. 4.2.5.- Sutiles manipulaciones del sistema penal. 4.2.6.- Dudosos argumentos doctrinales. 5.- Daños y prejuicios. 6.- No se debe censurar, pero se castiga por no haber censurado.

II. Análisis de la Sentencia del Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas, de fecha 20 de julio de 2011.

1.- Sobre la inimputabilidad imputable de las personas jurídicas. 1.1.- Quien puede acusar puede ser acusado. O de la confusión sobre las partes. 1.2.- También se confunden las culpabilidades. 2.- Sobre el valor y la aplicabilidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 3. El delito, las pruebas y su valoración. 3.1.- Qué pruebas valen, cuáles se consideran y bajo qué condiciones. 3.2.- El razonamiento condenatorio. 4.- Cuatro autores y medio. 5.- Los dañados por los daños. 6.- Sí rige lo que no regía. 7.- Penas y quebrantos.

I. Análisis de la Sentencia en apelación de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, Segunda Sala de lo Penal, Colusorios y Tránsito, de fecha 23 de septiembre de 2011.

1. Alargándose la competencia.

Contra la sentencia de primera instancia alegaron los querrelados causal de nulidad con base en el art. 330 del Código de Procedimiento Penal, numerales 2 y 3. El motivo de nulidad estaría, según los recurrentes, en que el juez de primer nivel se extralimitó en su competencia, pues la suya era sólo para juzgar a los “sujetos activos de una infracción penal” que son “las personas naturales y no las personas jurídicas”. Así habría sido, según el recurso, porque en la sentencia recurrida se acepta la tesis de la acusación particular, en el sentido de que ha delinquirido la persona jurídica Compañía Anónima el Universo, siendo así que en Derecho ecuatoriano las personas jurídicas no pueden delinquir, carecen de responsabilidad penal.

Rechaza la Sala tal causal de nulidad, con los argumentos que pasamos a analizar.

La Sala no pone en cuestión que las personas jurídicas, como tales, estén en el sistema penal ecuatoriano exentas de responsabilidad penal. Si bien es cierto que en varios países se han llevado a cabo en los últimos años reformas que extienden a personas jurídicas la responsabilidad por delitos, entre ellos España, el juego estricto del fundamentalísimo principio de legalidad penal hace que dichas reformas solamente puedan llevarse a cabo por vía legislativa y nunca por vía jurisprudencial. Pero la Sala no pretende sentar o dar por hecha tal modificación esencial del sistema penal ecuatoriano, sino que su tesis es que la ley procesal autoriza a que en los juicios penales se dirima también, por el mismo juez o tribunal, la responsabilidad civil por el daño acaecido, fijando la correspondiente indemnización para la parte perjudicada por la acción que penalmente se enjuicia.

Ahora bien, en el razonamiento de la Sala se parte de que en la demanda se solicita, a estos efectos, la declaración de que la Compañía Anónima El Universo es “autora de un delito de injurias calumniosas”, si bien a tal pretensión no se liga, en la demanda, la de que se imponga a dicha Compañía una pena de privación de libertad o de multa, sino una indemnización por los perjuicios causados. Por otro lado, la Sala no ve obstáculo en el hecho de que en la sentencia de primera instancia se acepte, en sintonía con la demanda, que la Compañía Anónima el Universo figure como querrelado y en que en la misma sentencia se afirme para todos los acusados y querrelados, incluida dicha Compañía, que “se ha comprobado la existencia del delito” y que “los acusados y querrelados son responsables del mismo”.

En la sentencia de apelación se dice que, sentada la culpabilidad *penal* por el delito que es objeto de la querrela, corresponde al mismo juez penal fijar, en su caso, la indemnización por los daños producidos al ofendido. Mas con ello se presupone lo que antes se ha tenido que negar: que quien debe como responsable de esos daños indemnizar es quien ha sido considerado penalmente culpable y quien, por tanto, está sujeto a responsabilidad penal. Si para las personas jurídicas se arranca de descartar la responsabilidad penal, no será procedente la asignación de responsabilidad *civil* por el daño, porque al declararlas penalmente culpables y responsables se está violando antes que nada un aspecto sustancialísimo de la legalidad penal. Con ello, de modo mediato se vulnera, en el sistema ecuatoriano, la competencia del juez penal, pero como consecuencia de lo que de modo inmediato es la vulneración de los fundamentos mismos de todo

sistema penal de un Estado de Derecho, al otorgar una calificación penal de la acción del sujeto que, por ser persona jurídica, no puede ser penalmente calificado. Poco importa que dicha calificación se justifique como meramente instrumental para la atribución de una obligación de indemnizar por el perjuicio provocado a la víctima, pues se está declarando penalmente culpable al sujeto, en este caso la persona jurídica, que penalmente no puede ser declarado culpable.

En resumidas cuentas, que el penalmente acusado, una vez declarado culpable del delito que se le imputa, puede ser también condenado, además de a la pena correspondiente, a indemnizar a la víctima por los daños que *el delito* le ha causado, y para fijar dicha indemnización es también competente el juez penal. Pero si ese sujeto acusado no hubiera delinquido, sea porque es absuelto de la acusación, sea, como en el caso que nos ocupa, porque esté descartado de antemano que pueda ser penalmente imputado, que pueda ser penalmente responsable, aquella competencia del juez penal desaparece: tratándose de una persona jurídica, no existe *ab initio*, ni siquiera para el enjuiciamiento penal. De ahí que al Juez de primer nivel y la Sala de la Corte Provincial, en apelación, caigan en la muy artificiosa estrategia de calificar como penalmente culpable a la Compañía Anónima El Universo para luego venir a señalar, a fin de cuentas, que tal Compañía sí es penalmente responsable pero nada más que a efectos civiles o indemnizatorios, no a los de recibir una pena propiamente dicha.

Las contradicciones en la sentencia que ahora analizamos son, a este propósito, palmarias. Se afirma en ella primeramente que “Las indicadas reformas otorgan al juez de garantías penales la capacidad de conocer, sustanciar y resolver, en el mismo juicio, la acusación o querrela y la demanda o petición de determinación de daños y perjuicios, dos juicios de materias distintas en uno solo, fusionándose los procedimientos de ambas materias dentro del proceso penal -imposición de una pena-, donde también se resuelve el aspecto civil -determinación de daños y perjuicios-, culminándose con la sentencia que bien puede ser absolutoria o declarando la culpabilidad, y *de ser considerados culpables*, existe la posibilidad de que en la misma sentencia se determinen los daños y perjuicios parciales o totales” (el subrayado no está en el original).

Conscientes seguramente los señores magistrados de que en el párrafo anterior se está presuponiendo la culpabilidad *penal* como requisito ineludible para que pueda añadirse a la pena la obligación de indemnizar por el daño, dan seguidamente un paso atrás y juegan simultáneamente con el doble sentido, penal y civil, de la culpabilidad, al tiempo que fuerzan para ese fin la interpretación del art. 52 del Código Penal. Todo ello se aprecia en el siguiente párrafo: “Hoy, la ley procesal ecuatoriana permite que el mismo juez pueda determinar daños y perjuicios en un mismo proceso, específicamente sobre las acciones penales de acción privada donde el procedimiento es sumarísimo, expresamente establecido en la ley. Teniendo esto en mente, observamos que el art. 52 del Código Penal habla de la responsabilidad civil de pagar daños y perjuicios, pero no necesariamente derivada del <<delito>>, esta última palabra no se repite en la segunda parte del mencionado artículo: <<Toda sentencia condenatoria lleva envuelta la obligación solidaria de pagar las costas procesales por parte de todos los responsables del delito. Los daños y perjuicios serán pagados así mismo en forma solidaria por todos los responsables contra quienes se haya ejercitado acusación particular con el objeto de alcanzar tal indemnización>>, de tal manera, no es obligatorio que, para determinar daños y perjuicios, necesariamente tenga que haberse declarado culpable a una persona de una infracción penal; el único requisito que establece la ley es que se haya ejercitado una acusación <<con el objeto de alcanzar tal indemnización>>, lo cual viabiliza que se tenga que querrellar a la persona jurídica en la especie que nos ocupa”.

Es decir, que quien no puede ser culpable penalmente, una persona jurídica, puede ser querrellado para que pueda ser declarado penalmente culpable, no a fin de que se le imponga una pena, sino de que el juez penal pueda arrogarse la competencia para fijar también la indemnización por daños.

Las torsiones y retorsiones a las que se somete el art. 52 del Código Penal, en la interpretación que acabamos de ver, merecen ser detalladamente resaltadas.

- Cuando dicho artículo, en su comienzo, habla de que las costas procesales han de ser pagada solidariamente por “todos los responsables *del delito*” (el subrayado es nuestro), está plasmando la evidencia de que sólo los condenados por el delito, es decir, los penalmente condenados en el proceso penal, son los llamados a pagar las tales costas. No se pierda de vista que la sentencia de primer nivel condena también en costas a la Compañía Anónima El Universo y lo hace por razón de autoría o participación *en el delito*. Esa condena en costas, *secuela* de la imputación de responsabilidad *penal* a tal persona jurídica, la da por buena la Corte en la sentencia que ahora examinamos. No podría caber la condena a pagar costas si no hubiera condena penal de dicha Compañía y, por tanto, si no se sentara, contra la legalidad penal y los derechos fundamentales que le son inherentes, la responsabilidad *penal* de la misma.

- El art. 52 del Código Penal, al decir que “los daños y perjuicios serán pagados así mismo de forma solidaria por todos los responsables” no dice responsables del delito, pero resulta evidente en grado sumo que se trata nada más que de ellos, de los declarados responsables, con el grado de autoría o participación que sea, de la comisión del delito, de los penalmente responsables. Por otro lado, una vez que dicha responsabilidad por el delito ha quedado sentada como base de la condena de la persona jurídica a pagar costas, ¿a qué viene ahora que la sentencia trate de hacer pasar la condena a indemnizar como independiente de la condena penal de la Compañía, como si tal condena penal no hubiera acontecido y no se diera por sentada en los razonamientos anteriores? Ahí se hace patente de nuevo la contradicción que venimos señalando. Sabedora la Sala de que no es competente para fijar dicha indemnización por daños a cargo de quien o no puede ser condenado, por no ser penalmente responsable, o a quien es declarado inocente, intenta cerrar dos puertas que sólo pueden estar abiertas: primero condena a la Compañía como penalmente responsable y luego, por la evidente vulneración de los principios penales y los derechos fundamentales que esa condena implica, trata de negar que la condena penal sea condena penal y de sustraerse a la evidencia de su incompetencia para establecer la indemnización si no hay condena penal. En otras palabras, la condena penal de la Compañía sólo ha de contar como tal en lo que a la Compañía perjudique, pero en modo alguno en lo que sustancial o procesalmente pueda beneficiarla. Raramente encontraremos una decisión judicial en estas materias que con menos rigor aplique las garantías procesales y sustanciales del acusado y que con mayor empeño fuerce las normas en su perjuicio.

- El citado art. 52 dispone que aquella obligación de indemnizar corresponde a los responsables “contra quienes se haya ejercitado la acusación particular con el objeto de alcanzar la indemnización”. Sobre esa base la Sala concluye que “de tal manera, no es obligatorio que, para determinar daños y perjuicios, necesariamente tenga que haberse declarado culpable a una persona de una infracción penal” y que “el único requisito que establece la ley es que se haya ejercitado una acusación” con el propósito de alcanzar una indemnización. Dos radicales enmiendas proceden ante tal interpretación.

Por un lado, el término “acusación” tiene un claro sentido penal. La acusación es por naturaleza imputación de un ilícito sancionable. Una mera demanda de indemnización por daños

no es una acusación. Por otra parte, si la “acusación” se realiza ante un juez o tribunal penal, sólo puede tratarse de una acusación por delito. Toda acusación por delito de un sujeto no penalmente imputable debe ser rechazada por impertinente. Pensemos en el caso evidente de la acusación por delito de un niño de seis años. La imposibilidad, en el vigente Derecho Penal ecuatoriano, de “acusar” a una persona jurídica es igualmente evidente.

Por otro lado, y en estrecha relación con lo anterior, si, para constituir la competencia del juez penal para fijar la indemnización por daños, basta la mera acusación particular, sea procedente o improcedente, fundada o infundada, con tal de que se haga con el propósito de alcanzar tal indemnización, abrimos de par en par las puertas al abuso procesal y al fraude de ley. Pues significa que, ante la mera alegación de un daño que se dice causado por un sujeto, el dañado puede acudir al juez penal aduciendo que la acción de tal sujeto fue constitutiva de delito, aun cuando el “acusador” tenga plana constancia de que dicho comportamiento no es delictivo porque no se encuadra en ningún tipo penal o de que el así penalmente acusado no puede ser penalmente acusado porque carece de responsabilidad penal, no es penalmente imputable. Si, por muy excesiva, infundada o incompatible con la legalidad penal que sea tal acusación, el juez penal encuentra sin más en ella la base para declararse competente para determinar la indemnización por el daño, lo que existe es una gratuita y arbitraria elección de fuero por el ciudadano, quien podrá acudir a la jurisdicción civil o penal a su conveniencia y según cuál de ellas le inspire más confianza de cara a lograr sus fines de resarcimiento. Estamos, pues, ante un claro fraude de ley, pues se desvirtúa, en interés del particular, el reparto de competencias entre la jurisdicción penal y la civil. Por eso ninguna legislación moderna puede permitir, ni lo permite la ecuatoriana, que en ausencia de delito pueda el reclamante ir al juez penal, o que este conserve su competencia en materia de indemnización por daños cuando su resolución penal es absolutoria, cuando deja en la sentencia sentado que no ha habido delito.

Para el caso en que la acusación penal no sea en origen inviable porque no hay indicios serios de delito o porque el acusado no pueda responder por delito y en que el litigio penal termine en condena penal del acusado, el mentado art. 52 del Código Penal (como la gran mayoría de los códigos penales de nuestro entorno jurídico-cultural) atribuye al juez penal la competencia para disponer también la indemnización por daño. Pero *solamente* en tal caso y bajo esas condiciones. Cualesquiera otras dan patente de corso al reclamante fraudulento, abren el camino al fraude de ley y ponen al falsamente acusado en obvia indefensión frente a la doble opción del “acusador” y frente a su más que probable mala fe. Otro manifiesto atentado contra los derechos fundamentales unidos al principio de debido proceso que es propio de un Estado de Derecho que quiera ser tal.

- Aquel razonamiento que veíamos en el párrafo de la sentencia últimamente citado termina así: “lo cual visibiliza que se tenga que querellar a la persona jurídica en la especie que nos ocupa”. Y se dice después: “Recordemos que la parte ofendida no puede ser objeto de denegación de justicia por parte de los suscritos jueces”.

¿Cuál denegación de justicia? ¿Es denegación de justicia indicarle a quien acusa penalmente a una persona jurídica que en su caso no es procedente tal acusación, porque las personas jurídicas no pueden cometer delito en el sistema penal ecuatoriano? ¿Sería denegación de justicia hacerle idéntica consideración a quien penalmente acusara a un niño de seis años? ¿En qué sistema jurídico civilizado se equipara a la denegación de justicia el no dar satisfacción a cualesquiera pretensiones, fundadas o no, de acusadores, querellantes y demandantes? ¿No se le deniega, en verdad y más bien, la justicia –la única que cuenta en un Estado de Derecho, la fundada en la ley- al acusado o demandado en cuyo detrimento la ley se vulnera en su clara

dicción y su evidente sentido, y muy especialmente la ley penal? ¿No es el acusado o querellado el que queda en situación de indefensión y sin debido proceso legal en semejantes tesituras?

Pero lo más importante en este punto es subrayar que, más allá de ciertas retóricas judiciales perversas, en ningún caso se vería el “ofendido” en este caso, el querellante, privado de acceso a la justicia si en la sentencia se hubiera declarado, como se debía, su radical incompetencia para mandar que se le indemnice. Pues es evidente que en cualquier sistema de nuestro entorno y tradición tal declaración no cierra las vías para la correspondiente reclamación por daños, sino que aboca al “ofendido” a instar un nuevo proceso ante la jurisdicción civil, si lo desea y se considera con tal derecho al resarcimiento del daño. Es falso, por consiguiente, que el dañado “tenga que querellar” a la persona jurídica para esos fines, como dice la sentencia y como si para esos propósitos no estuviera perfectamente expedita la otra vía. Que prefiera o le convenga más la penal, por sus razones, las que sean, no es razón para dar a entender que no tenga más que esa, y más cuando tal vía penal supone “querellar” a quien no puede, ley penal en mano, ser querellado.

No es admisible que en esta materia se altere la proporción entre regla y excepción. En todos los sistemas jurídicos modernos y de Estado de Derecho, incluido el ecuatoriano, para las reclamaciones por daño entre particulares la vía normal es la de la presentación de una demanda civil, y la excepción es la unión de acción penal y civil por daño cuando se cumplen dos condiciones: que pueda haber delito, ley en mano, y que el acusado sea condenado por el delito. Ignorar esto, y lo repetimos por tercera vez, es dar alas al fraude de ley y al desequilibrio entre las partes en los procesos, amén de constituir un atentado grave contra las garantías procesales y la garantía última que cualquier legalidad supone para acusados y demandados.

Refuerza la Sala su especioso argumento sobre la denegación de justicia mediante una invocación del art. 169 de la Constitución de la República: “Recordemos que la parte ofendida no puede ser objeto de denegación de justicia por parte de los suscritos jueces, dado lo expresado en el art. 169 de la Constitución de la República, que se refiere a que <<el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, indemnización, celeridad y economía procesal y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades>>”.

Pues de garantías estamos hablando, precisamente, de garantías legales y procesales para los justiciables. Y cualquier relativización o atenuación de las formalidades, así como toda interpretación de aquellos principios de simplificación, eficacia, indemnización, celeridad y economía procesal habrá que entenderla -al menos en un Estado de Derecho respetuoso con el debido proceso y los consiguientes derechos fundamentales- como subordinada al respeto de las garantías y los derechos de los justiciables. En un Estado de Derecho, el acceso a la justicia de querellantes y demandantes ha de ir a la par con las garantías y los derechos de los querellados y demandados. Y tampoco podemos dejar de atender dos detalles decisivos a la hora de invocar e interpretar dicho precepto constitucional. Uno, que remite a las “normas procesales” para fijar los alcances de tales principios; otro, estrechamente entrelazado, que la vulneración de las normas procesales que distribuyen competencias entre los órganos de la judicatura no es mera omisión de formalidades ociosas o inocuas, sino directo ataque contra el principio de legalidad.

Por mucho que en estas cuestiones la Sala aderece sus razonamientos con alusiones a una “nueva concepción del derecho procesal penal ecuatoriano –mezcla de materias- lo cual vuelve a los juicios más flexibles, dinámicos, donde se aplica la economía procesal y celeridad, quedando

atrás las viejas formas de entender del derecho penal”, de manera que “no es que se dejan atrás las ritualidades, sino que el estudio del derecho obliga a ampliar la forma de pensar y de ver el proceso penal, actualizando concepciones jurídicas que han momificado arcaicos sistemas”, si el rey está desnudo, el rey está desnudo; y si se vulnera la ley penal y procesal, se vulnera la ley penal y procesal. ¿O hay que suponer que es el principio de legalidad y son las garantías y los más fundamentales derechos procesales lo que se quiere superar por “viejo” y “momificado” y lo que se pone en solfa al exaltar así la flexibilidad, el dinamismo, la celeridad? ¿Se pretende que confundamos con la simple ritualidad la distribución legal de competencias entre los tribunales y los distintos órdenes jurisdiccionales? Sin una parte sustancial “inflexible” en el Derecho procesal, se acaban las garantías para los justiciables; si no se ve como “inflexible” la ley penal por entero, al menos en lo que beneficie al posible reo, terminaremos con el principio de legalidad penal y del “nullum crimen sine lege” iremos a parar al “nullum crimen sine poena”. Las consecuencias de tan flexibilizadoras transiciones ya se comprobaron en ciertos regímenes del desgraciado siglo XX.

Que a raíz de las reformas de 2009 y 2010 haya cambiado “la forma o manera de enfocar el proceso penal, cuya principal característica ahora es la celeridad, haciéndolo más dinámico y eficaz (principios de celeridad y economía procesal)”, es una cosa. Que lo anterior implique que la distribución legal de competencias y jurisdicciones se pueda flexibilizar *ad libitum* y diga la ley lo que diga, es cosa bien distinta. Que “en lo que concierne a los juicios de acción privada, como el que nos ocupa, tales reformas permiten al juez de garantías penales, en la misma sentencia, resolver la inocencia o culpabilidad de los acusados y determine los daños y perjuicios ocasionados, que es una resolución eminentemente civil” es verdad, pero no es la verdad completa, pues, como ya se ha señalado, hay, por imperativo legal y de derechos fundamentales, dos condiciones para la acumulación de esas dos resoluciones, la penal y la civil: que la acusación penal sea legalmente posible y que el acusado sea penalmente condenado antes de poder serlo también a indemnizar civilmente.

2. Sobre la cuestión de la nulidad por la incompetencia de la Ab. Mónica Encalada Villamagua, Jueza Temporal que entró al conocimiento de la causa en primer nivel, por la demanda de recusación interpuesta por Carlos Pérez Barriga.

En la sentencia que estudiamos se desestima dicha pretensión de nulidad de actuaciones y se decide que “las actuaciones de dicha Jueza Temporal fueron apegadas a la Ley”. Como justificación de esta decisión, se sigue un esquema argumental breve cuyos pasos pueden ordenarse así, de cara al posterior análisis de cada uno y de la ligazón lógica entre ellos:

a) “El numeral 1 del Art. 164 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece que se suspende la competencia de un juez, en los casos de recusación, desde el instante en que <<...es solicitada hasta que se ejecutorie la providencia que deniegue la recusación...>>.

b) No obstante, “la misma normativa legal establece que uno de los principios fundamentales en los que se basa la Función Judicial es el de probidad, el cual se desarrolla en el Art. 21, que dispone: <<La Función Judicial tiene la misión sustancial de conservar y recuperar la paz social; garantizar la ética laica y social como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico; y, lograr la plena eficacia y acatamiento del ordenamiento jurídico vigente...>>, mandato que va de la mano con el Principio de la Tutela Judicial Efectiva de los derechos que establece: <<La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la

Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares... La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso...>> (Art. 23 del C.O.F.J.)”.

c) Para determinar si esos principios que acaban de citarse “han sido vulnerados se debe contrastar con otros aplicables en un proceso, como lo es el principio de buena fe y lealtad procesal establecidos en el mismo cuerpo legal, de tal suerte que no es apropiado que una parte alegue la existencia de violación de derecho cuando ella misma infringe otros”.

d) A ese respecto, en el caso de la Ab. Mónica Encalada Villamagua, dicha Juez Temporal “entra en la escena procesal” cuando ya han sido recusados anteriormente otros dos jueces temporales, “lo cual está prohibido por el Art. 860 del Código de Procedimiento Civil, y los actos que la ley prohíbe o declara nulos, no los puede convalidar ninguna jueza o juez (Art. 9 y 10 del Código Civil).

e) “Por ello, la Dra. Guadalupe Manrique Rossi, Jueza Duodécima de Garantías Penales de Guayas, que conoció la demanda de recusación contra la Ab. Mónica Encalada Villamagua, una vez que la revisión de los autos, establece que ha dado paso a una tercera demanda de recusación, revé su auto inicial e inadmite la demanda de recusación, por cuanto <<el derecho de recusar se había extinguido o caducado con la segunda demanda versada sobre el mismo juicio principal>>”.

f) “Por esta consideración resulta intrascendente para la Sala esta argumentación de la defensa, de que debía ejecutoriarse dicho auto de inadmisión porque simplemente dicho juicio no surtió ningún efecto jurídico por ser contrario al mandato de la ley; por lo que la referida jueza temporal, Ab. Mónica Encalada Villamagua, actuó conforme los lineamientos y principios de la Función Judicial antes señalados”.

Ahora procedamos al análisis de dichos argumentos y de sus implicaciones y del tipo de inferencias que la Sala realiza.

Sobre a).- El citado numeral 1 del Art. 164 del C.O.F.J. contiene un mandato taxativo, para el que ni en él ni en otro precepto se contempla expresamente posible excepción: que se suspenda la competencia del juez recusado desde que la recusación es *solicitada* y hasta que se ejecutorie la providencia que deniegue la recusación. Va de suyo que cuando la recusación es admitida, dicha competencia del juez recusado queda definitivamente excluida.

Por otra parte, y aunque la sentencia *no lo mencione*, pero sí alguno de los recursos que resuelve en este punto, el Art. 864 del Código de Procedimiento Civil dispone que “Las juezas o jueces y demás servidores de justicia que fueren recusados, no intervendrán en la causa principal hasta que se falle sobre la recusación...”, y, sobre todo, el segundo inciso de dicho precepto establece que “En caso de que se contraviniera a lo dispuesto en el inciso primero, los actos que se hubieren ejecutado antes de que cause ejecutoria el fallo que se pronunciare en los incidentes de inhibición o recusación, serán nulos y de ningún valor”. Esa nulidad, con tal base, era la que solicitaban los recurrentes ante la Sala, enumerando además las actuaciones procesales llevadas a cabo por la jueza Ab. Mónica Encalada durante ese lapso temporal y que pueden ser determinantes para el resultado final del proceso.

Sobre b). La Sala escoge una fórmula adversativa (“si bien”) para contraponer lo dispuesto en el referido Art. 164, numeral 1, del C.O.F.J. a otras normas que puedan justificar aquella excepción expresa que en otras partes no se encuentra. A tal efecto echa mano del “principio” de “probidad”, que estaría “desarrollado” en el Art. 21 del mismo cuerpo legal. ¿Qué se contiene en ese precepto, antes citado? En primer lugar, la enumeración de una serie de “misiones sustanciales” de la Función Judicial, tales como “conservar y recuperar la paz social; garantizar la ética laica y social como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico”, etc. Si esas son las grandes “misiones” de la Función Judicial, sólo podrá entenderse cabalmente que hablamos de misiones *de los jueces*, de los grandes principios que deben inspirar su actuación, *no de misiones de las partes en los procesos ni de principios por los que en los procesos deban regirse las partes*. Es decir, y yendo a lo esencial, se puede admitir, si se desea, que en dicho artículo se dota de contenido al que la sentencia llama principio de “probidad”, pero será entonces un principio de probidad judicial, no de probidad en el comportamiento procesal de las partes en los litigios.

Acto seguido se dice que aquel mandato de probidad “va de la mano” con el “Principio de Tutela Judicial Efectiva” (sic, todas las palabras en mayúsculas en el original), a tenor del cual a las juezas y jueces corresponde “garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados” en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando tales derechos sean reclamados por sus titulares (Art. 23 C.O.F.J.).

¿Los derechos de quiénes? ¿Quiénes son los titulares de esos derechos que deben ser objeto de tutela judicial efectiva? ¿Son los derechos de los demandantes o querellantes nada más, o también los de los demandados y querellados? Cuando una norma legal dispone que mientras se resuelve la recusación debe quedar en suspenso la competencia del juez recusado y que, si tal mandato no se respeta, serán nulas las actuaciones que lleve a cabo en ese proceso, ¿estamos ante un mandato legal perfectamente arbitrario o se vincula, como parece lógico y razonable, al derecho al debido proceso con garantías de la parte recusadora? Si se trata, como resulta evidente, de un derecho, y si aquella normativa legal no pone para ese derecho excepciones, ¿estamos ante un ejercicio por los jueces del principio de tutela efectiva de los derechos al *restringir* tal derecho mediante la introducción para él de excepciones que en la ley no figuran? ¿No será más bien lo contrario? ¿Es de recibo y supone un argumento racionalmente respetable que se apele al principio de tutela judicial efectiva de los derechos para adelgazar y excepcionar la tutela judicial efectiva de un derecho, de derecho al debido proceso legal? ¿O es que se trata nada más que de dar tutela judicial máximamente efectiva a los derechos del querellante y se estima, con una perversa y sutil ponderación, que con lo que de más a uno se le da en su derecho queda de sobra compensado lo que se le resta al derecho de otro, aunque este derecho de otro lo ampare expresamente la legalidad vigente? ¿Así es como la Sala entiende otro principio procesal básico, como es el de igualdad de armas o paridad de las partes en el proceso, a fin de evitar la indefensión de alguna?

Y, por cierto, puestos a traer a colación con buen fundamento el Código Orgánico de la Función Judicial y a dar sentido pleno al principio de protección judicial efectiva de los derechos, ¿por qué no ha tomado en cuenta la Sala lo que, muy cerca de los artículos que cita, en el Art. 29, se ordena sobre “Interpretación de normas procesales”? Merece la pena reproducirlo aquí en sus dos primeros párrafos, que son los pertinentes: “Al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material”. “Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho

procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes”.

Efectivamente, las dudas interpretativas deben resolverse a favor de las *garantías* del *debido proceso*, del *derecho de defensa* y de la *igualdad de las partes*. Más claro, agua. ¿De qué tipo de defecto sustancial o argumentativo adolece el razonamiento de un tribunal cuando no toma en consideración una norma legal de principios que viene totalmente al caso y que hasta concreta con suma precisión los principios que ese mismo tribunal saca a relucir con propósito contrario? Ese silencio sobre la norma legal clara que al tribunal no le conviene podría denominarse “ilegalidad por omisión en las sentencias”. Merecería un estudio sistemático para el que no es aquí lugar. En cualquier caso, cuando una norma legal, y más una que desarrolla normas constitucionales iusfundamentales, es preterida y ocultada por un tribunal en su fallo y en aras de que no beneficie al reo en un juicio penal, nos hallamos ante un más que flagrante atentado contra los ejes del debido proceso.

De aquel principio de protección judicial efectiva de los derechos, del primer párrafo del Art. 23 C.O.F.J., salta la Sala a lo dispuesto en el párrafo segundo de dicho artículo: “La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso”. ¿Qué tiene esto que ver con el asunto que estábamos tratando?

Permítasenos un pequeño inciso teórico y didáctico. Una argumentación judicial podrá reputarse de razonable o mínimamente racional y, por tanto, de no arbitraria o descaradamente manipuladora, cuando en ella, en su conjunto y en cada una de sus partes, se satisfagan los siguientes requisitos:

(i) Que toda afirmación de contenido no evidente sea justificada mediante datos y argumentos adicionales, hasta el límite de lo razonablemente posible y exigible. Este requisito excluye, por tanto, la validez racional de las afirmaciones dogmáticas y taxativas no acompañadas de justificaciones mínimamente fiables y convincentes.

(ii) Que todo argumento que se presente como sustento mediato o inmediato para la resolución de uno de los asuntos que en el litigio han de ventilarse sea pertinente; es decir, que venga al caso y sea relevante para el caso.

Aquí, en el argumento que ahora analizamos, no se cumple esa segunda exigencia de racionalidad argumentativa y de exclusión de la arbitrariedad. ¿Por qué? Porque no está en juego ningún vicio de forma achacable a la parte recurrente. La parte recurrente no incurre en ningún vicio formal al solicitar la nulidad de las actuaciones de la juez que ha sido recusada y acontecidas en el periodo que va de la solicitud de recusación a la resolución de la misma. Simplemente ese derecho se lo concede una norma legal para la que no hay previsión expresa de excepciones. Justificar las excepciones mediante una interpretación contraria a los “principios de interpretación de normas procesales” (Art. 29 C.O.F.J.) de otras declaraciones genéricas de principios procesales y tratar como “vicio de forma” la alegación en el proceso de un derecho legalmente reconocido resulta, como argumento, impertinente y, en lo sustancial, equivale a buscar forzosamente la opción más opuesta al derecho fundamental que está en juego. Porque el derecho fundamental que en este concreto punto está en juego es el derecho del recurrente, que es la parte penalmente querellada, no el derecho fundamental del querellante. Si el único derecho fundamental y procesal que ha de ser extensivamente reconocido y aplicado es el de los querellantes, o el de algún querellante en particular, dígase y justifíquese, si cabe. Si son

irracionalmente inasumibles, en la argumentación judicial, las afirmaciones expresas dogmáticamente sentadas y de contenido razonablemente discutible, tanto más lo serán aquellas tomas de postura que tácitamente se asumen y que se dejan ver para cualquier observador imparcial, aquellas que ni se expresan, aunque claramente se perciban, ni, consiguientemente, se justifican argumentalmente.

Sobre el paso de a) a b)

Resumamos. En a) se recoge lo que prescribe, sin previsión de excepción, el numeral 1 del Art. 164 C.O.F.J. En b), mediante una construcción adversativa (“si bien”) se mencionan una serie de principios que el mismo C.O.F.J., en el Art. 21, menciona bajo la etiqueta de “Principio de Probidad”, y que son atinentes nada más que a la probidad *judicial*. Por cierto, el segundo párrafo de ese Art. 21 señala que “Toda servidora o servidor de la Función Judicial en el desempeño de sus funciones observará una conducta diligente, recta, honrada e imparcial”. Luego se acude al “principio de tutela judicial efectiva *de los derechos*”, a fin de justificar una restricción de los derechos procesales legalmente reconocidos, y, por último, se trata de calificar como vicio de forma una conducta procesal de la los recurrentes que, a tenor de la ley, no incurre en ningún defecto formal. ¿Cómo puede pretenderse justificada aquella forma adversativa (“si bien”) y la excepción a los derechos procesales a la que quiere conducir?

Sobre c)

Recordemos la tesis de la Sala: Para determinar si esos principios que acaban de citarse “han sido vulnerados se debe contrastar con otros aplicables en un proceso, como lo es el principio de buena fe y lealtad procesal establecidos en el mismo cuerpo legal, de tal suerte que no es apropiado que una parte alegue la existencia de violación de derecho cuando ella misma infringe otros”.

Bastará dar forma de preguntas a las cuestiones que en ese párrafo de la sentencia se dan por evidentes:

- ¿Qué derechos han violado los recurrentes, y de quién, al ejercer, mejor o peor, el derecho que las ley expresamente y sin excepción les concede? La imputación genérica a esa parte de “infractora” de derechos tendría que ir acompañada de la mención y justificación de esos derechos. Si no es así -y no es así en la sentencia- se trata de una calificación rayana en lo ofensivo y carente de todo apoyo legal.

- ¿Por qué incurre en atentado contra la buena fe y en deslealtad procesal aquella parte que hace uso del derecho que legalmente se le reconoce? No olvidemos que el Art. 860 del Código de Procedimiento Civil *no prohíbe*, ni, consecuentemente, prevé ninguna sanción para la parte que hace una tercera recusación en una misma causa principal, sino que simplemente indica que no debe admitirse tal demanda tercera de recusación. No incurre en ilícito quien presenta dicha demanda, igual que no lo hace aquel que en cualquier proceso plantea una pretensión que el juez, ley en mano, deba declarar improcedente.

Veamos cómo caracteriza el Código Orgánico de la Función Judicial el “Principio de buena fe y lealtad procesal”, en su Art. 26: “En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y

procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis”. ¿Acaso podemos entender, con su apoyo, que violente dicho principio aquella parte que presenta una demanda de la que la ley diga que debe ser rechazada? ¿Es comparable ese proceder a las conductas a las que tal artículo hace referencia, tales como faltar, en el proceso, al respeto de la otra parte, falsear pruebas e incurrir en similares comportamientos abiertamente inmorales? Lo que ese precepto ordena es que las juezas y jueces exijan a las partes dicho comportamiento decente y, si acaso, las sancionen si no lo cumplen (sanción que deberá tener, obviamente, amparo legal expreso si no se quiere fomentar las sanciones contrarias al principio de legalidad), no que interpreten las normas del caso de la manera más perjudicial para el que consideren que no se atiende a ese modo de obrar en el proceso. Lo que no es en modo alguno admisible, en un Estado de Derecho, es que la parte pierda de su derecho, si lo tiene, aquella parte que el juez considere que ha actuado deslealmente o de mala fe. En otros términos, el modo errado o impropio de defender un derecho no puede ser razón para que los jueces priven a esa parte de tal derecho, si es suyo.

Imaginemos que una parte presenta una prueba falsa. La constatación de esa falsedad debe llevar al juez a invalidar todo efecto de esa prueba y, si la normativa lo permite, puede sancionarlo por esa razón; pero en ningún caso ha de ser motivo bastante para que se prescinda de la valoración de otras pruebas válidas o para que, sin más, se declare a esa parte decaída en su pretensión y en el derecho que estaba en juego.

Lo más importante: en b) veíamos que la Sala menciona los principios de probidad y de protección judicial efectiva de los derechos. Demostrado ha quedado anteriormente que dichos principios se refieren a la conducta y actitud de los jueces, no de las partes en los procesos. Ahora, en c), se nos dice que, para comprobar si han sido vulnerados, hay que contrastarlos con el principio de buena fe y de lealtad procesal, este atinente a la conducta de las partes en el proceso. ¿Qué sentido tiene que para ver si los jueces cumplen con los principios que les conciernen contrastemos estos con los principios referidos a las conductas de las partes? Ninguno.

En el trasfondo queda, y aquí solamente de pasada puede mencionarse, una cuestión de enorme enjundia teórica y práctica. Que los derechos que a los ciudadanos sean reconocidos o atribuidos por normas legales indudablemente constitucionales puedan ser exceptuados por chocar con muy vagorosos principios constitucionales o legales es asunto sumamente problemático y discutible. Que esa excepción para los derechos de los ciudadanos se haga sin ponderación de otros derechos concretos de otros ciudadanos, derechos que deben ser mencionados y analizados en su peso y relevancia, resultará inasumible hasta para los más fervientes partidarios de la teoría de los principios y del método de la ponderación. Que los derechos que se exceptúan sean derechos concernientes al principio de legalidad penal y procesal-penal sin duda será inadmisibles para cualquier jurista consciente de los pilares del Estado de Derecho, del sentido, en él, de los derechos fundamentales y de la constitutiva función del principio de legalidad, ya simpaticen tales juristas con el positivismo, el iusnaturalismo, el principialismo o con cualquier otra doctrina. Porque aquí las razones son de principio y de fundamentos generales, son razones morales y políticas, no son razones de mera preferencia teórica.

Sobre d)

Recordemos la tesis de la Sala: a ese respecto, en el caso de la Ab. Mónica Encalada Villamagua, dicha Juez Temporal “entra en la escena procesal” cuando ya han sido recusados anteriormente otros dos jueces temporales, “lo cual está prohibido por el Art. 860 del Código de

Procedimiento Civil, y los actos que la ley prohíbe o declara nulos, no los puede convalidar ninguna jueza o juez (Art. 9 y 10 del Código Civil)”.

Primero, como ya se ha apuntado, el Art. 860 del Código de Procedimiento Civil *no prohíbe* la tercera recusación ni prevé sanciones si se demanda. Sencillamente manda que la rechace el juez que deba resolver tal demanda.

Segundo, sentado que no hay tal prohibición, *tampoco prescribe dicha norma legal una declaración de nulidad*. Una demanda inadmitida no es una demanda nula; es una demanda inadmitida. Los efectos que pueda ligar la ley a la interposición de una demanda no se tornan efectos nulos porque la demanda deba ser inadmitida y se inadmita.

Tercero, a falta de prohibición o de previsión de nulidad originaria, los efectos de la inadmisión de la demanda de recusación sólo podrán ser efectos *ex nunc* y no efectos *ex tunc*.

En consecuencia, dar por válidas las actuaciones en aquel periodo de la juez recusada implica sustraerse al mandato legal claro e inclinarse por la interpretación menos favorable para el derecho de defensa.

A mayor abundamiento: si se está dando por natural y admisible que cualquier mandato expreso y claro de la normativa procesal puede ser excepcionado con base en algún principio generalísimo, decaen las razones para aferrarse tan estrictamente al tenor literal del art. 860 del Código de Procedimiento Civil, el que prescribe que se rechace la demanda de tercera recusación en la misma causa principal. Al fin y al cabo, podrían concurrir buenas razones de principio para hacer una excepción y admitir esa tercera demanda. Pensemos en el supuesto de que los recusados fuesen tres jueces temporales; o, para que resulte más claro, que los tres jueces sucesivamente recusados fueran de la misma familia, o del mismo partido, o primos-hermanos del querellante. ¿Habría entonces que pensar que era la parte recusadora, y no otros, la que iba contra la buena fe y la lealtad procesal y contra la probidad y contra la tutela judicial efectiva? En materia de principios, o jugamos todos o rompemos la baraja.

Sobre e)

En este punto no cabe sino reiterarse en lo ya expuesto. No es exacto decir, como hace la sentencia, que el derecho de recusar se extinga desde la segunda demanda de recusación. El que se extingue es el derecho de ver atendida positivamente la demanda. Que yo, por ejemplo, no tenga derecho a cobrar dos veces en un mes la renta al inquilino que vive en la casa que le arrendé no significa que vulnere ningún impedimento legal si dos veces presento demanda por ese mismo motivo. A lo que no tengo derecho es a que el juez lo condene a él a pagarme dos veces la renta de ese mes.

Lo que se aprecia es que la Sala juega, sin discriminar, con dos sentidos de la expresión “inadmitir la demanda”. Confunde el rechazo de la demanda como tal, su no admisión a trámite, con el rechazo de la pretensión que en la demanda se contiene, una vez tramitada y culminada esa tramitación con la preceptiva resolución. Se puede debatir sobre con cuál sentido usa en Art. 860 del Código de Procedimiento Civil la expresión “Tampoco se admitirá más de dos recusaciones”, pero parece fuera de duda que el Art. 164 habla de un periodo de incompetencia del juez recusado, periodo que empieza cuando la recusación “es solicitada”, sea cuando sea que se interprete que tal lapso de tiempo debe entenderse acabado.

Sobre f)

Es la conclusión de la Sala sobre este alegato de los recurrentes: “Por esta consideración resulta intrascendente para la Sala esta argumentación de la defensa, de que debía ejecutoriarse dicho auto de inadmisión porque simplemente dicho juicio no surtió ningún efecto jurídico por ser contrario al mandato de la ley; por lo que la referida jueza temporal, Ab. Mónica Encalada Villamagua, actuó conforme los lineamientos y principios de la Función Judicial antes señalados”.

Bastará indicar que, si es apropiado lo que hemos indicado sobre los pasos a) a e), esta conclusión ni se sigue ni puede seguirse si se respetan la legalidad y los principios procesales del Estado de Derecho. Y, si así es, se incurrirá en la sentencia en flagrante violación de los derechos fundamentales unidos al principio de legalidad, al de defensa y al del debido proceso. Pues, para llegar a esa conclusión última la Sala ha tenido que:

(i) Agregar una excepción en una norma que concede a las partes procesales un derecho vinculado al derecho fundamental a la defensa.

(ii) Hacer la interpretación más negativa posible de la extensión de aquel derecho procesal, usando como justificación de su restricción principios cuya razón de ser no es ordenar la conducta de las partes, sino el modo de conducirse de los jueces.

(iii) Ignorar contundentemente la normativa que obliga a los jueces a interpretar las normas procesales del modo más favorable a la tutela judicial efectiva de los derechos.

(iv) Convertir en prohibición de demandar lo que en la ley no es más que previsión de una causa de desestimación final de la demanda.

(v) Atribuir a quien ejerce el derecho procesal a recusar que, en tanto que derecho a la acción procesal, la ley le reconoce la calificación de vulnerador de derechos ajenos, sin mencionar cuáles serían esos derechos negativamente afectados.

(vi) Aplicar como sanción contra los recurrentes, por la vulneración de aquella supuesta prohibición, el decaimiento de una obligación, para el juez para el que se demanda la recusación, de abstenerse de actuar en tanto dicha demanda se resuelve.

(vii) Convertir en válidos los actos del juez recusado como consecuencia de la nulidad de la demanda de recusación, cuando la ley no contempla dicha posibilidad de considerar nula la demanda.

(viii) Confundir una causa de inadmisión de la demanda con una causa de rechazo de la pretensión contenida en la demanda.

(ix) Desconocer que la norma legal atribuye el efecto de pérdida de la competencia del juez cuya recusación se insta desde el momento en que la solicitud se presenta y que el efecto de pérdida de competencia de ese juez desde tal instante es automático y no sanable por la ulterior desestimación de la demanda.

3. De nuevo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sobre los argumentos a este respecto en el fundamento sexto de la sentencia.

Vuelve la Sala, en el sexto considerando, sobre las alegaciones de la Compañía Anónima El Universo referidas a la no imputabilidad penal de las personas jurídicas. Reitera la Sala su tesis en los siguientes términos:

“Esta Sala, en el considerando primero de esta sentencia, ya estableció que había que <<apreciar integralmente todo lo dicho en la acusación (querrela) a efectos de enfocar la real lectura o sentido del querellante>> y que, a partir de las reformas al Código de Procedimiento Penal de los años 2009 y 2010, inclusive en los juicios de acción privada, como el que nos ocupa, permiten que el juez de garantías penales sean [sic] quien determine, en la misma sentencia, la inocencia o culpabilidad, y determine los daños y perjuicios causados (hasta en el Art. 52 del Código Penal no reformado), que es una resolución eminentemente civil, por lo que puede abarcar a la persona jurídica; haciendo una especie de proceso mixto”.

Conviene hacer algunas observaciones a propósito de este párrafo que se acaba de copiar.

a) Sobre la interpretación razonable y respetuosa con el principio de legalidad de la normativa vigente en este punto, ya se razonó ampliamente en el apartado primero y no es necesario reiterar de nuevo aquellos argumentos.

b) Resulta en extremo chocante que el canon hermenéutico que preferentemente se emplee para dar sentido a la legalidad vigente sea el de hacer una interpretación integral *de la acusación*, concretamente aquella interpretación que sea más beneficiosa para las tesis del acusador y que las haga compatibles con la legalidad. Esos principios de presunción de legalidad de la acusación o de in dubio pro querellante suponen innovaciones teóricas cuyo encaje con los fundamentos del Derecho Penal y Procesal Penal de un Estado de Derecho es francamente dudoso.

c) Que las reformas del Código de Procedimiento Penal de los años 2009 y 2010 permiten que en el proceso penal se sustancie también la responsabilidad civil por daño, cuando se enjuicien los delitos de quien pueda cometer delito, es una afirmación verdadera de la que no se sigue de ningún modo que dicho Código permita igualmente que en el proceso penal quepa resolver la responsabilidad civil de los sujetos que o bien no son penalmente imputables o bien son declarados inocentes de los delitos imputados.

d) Puesto que el Art. 27, numeral 8, del Código de Procedimiento Penal faculta a los jueces penales para “Determinar, con base a los elementos de convicción, el monto de los daños y perjuicios causados, para garantizar la reparación de los ofendidos”, y dado que el numeral 4 del mismo Artículo 27 señala que los jueces de garantías penales son competentes para “Tramitar y resolver en audiencia el juzgamiento de los delitos de acción privada”, ningún sentido especial tiene el énfasis de la Sala cuando dicen “inclusive en los juicios de acción privada”. Porque es obvio que lo que esta normativa otorga no es competencia para resolver demandas de mero derecho privado, demandas civiles, sino acusaciones públicas o privadas *por delito*, incluyendo lo referente a los daños y perjuicios “*causados*” *por el delito* y debiendo entenderse, con elemental lógica, que cuando se dice “los ofendidos” se está haciendo referencia a los ofendidos *por el delito*, no a los dañados por una conducta no delictiva. La acción para reclamar los daños privados producidos sin delito no puede ser la acción penal, sino la civil ante la jurisdicción pertinente. Que un delito sea perseguible mediante acción privada no convierte el delito en

asunto privado ni hace jurídico-privada la relación entre dañado y dañador ni, por tanto, convierte la acción penal privada en instrumento para que ante el juez de garantías penales pueda reclamarse la indemnización por daño *en ausencia de delito* con simplemente llamar acusación o querrela a lo que sólo puede ser una demanda de derecho privado.

e) Si la persona jurídica no puede delinquir, y en el Derecho ecuatoriano no puede, es erróneo de todo punto afirmar que el juez de garantías penales, después de determinar “la inocencia o culpabilidad”, puede “abarcar” los daños y perjuicios causados por la persona jurídica. Si la condición para poder “abarcar” ese aspecto es que pueda determinarse la culpabilidad o inocencia, y puesto que las personas jurídicas no pueden ser penalmente culpables o inocentes, dicha extensión de la competencia sobre ellas del juez de garantías penales queda excluida por definición. Un sujeto penalmente inimputable no es aquel que en el proceso penal pueda o deba ser declarado inocente, sino aquel que no puede ser sujeto pasivo en un proceso penal: ni sujeto pasivo del juicio sobre si procede la pena o la declaración de inocencia, ni sujeto pasivo del juicio, en sede penal, para la determinación de la indemnización por daños y perjuicios.

La extrema debilidad de la tesis de la Sala queda completamente al desnudo cuando se examina el argumento doctrinal con que trata de respaldarla. Su mera lectura deja ver la inconsecuencia e inoportunidad del argumento para esos fines. Inmediatamente después del fragmento hace un instante recogido, se lee en la sentencia:

“Esta misma premisa sostiene el Dr. Ricardo Vaca Andrade, cuando al referirse en su obra <<Manual de Derecho Procesal>> (...), sobre los juicios de acción privada en la Pág. 317 Vta., dice <<Si la infracción fue de acción privada, la competencia le corresponde al Juez Penal que dictó la sentencia *condenatoria*; siempre que en dicha sentencia no se haya logrado determinar los perjuicios o que su determinación haya sido parcial.- Este caso es curioso porque quien sustancia el juicio civil es el mismo Juez Penal. A él corresponde determinar el monto de los daños y perjuicios... en estos juicios la presentación de la querrela con la expresión de voluntad del ofendido es importante más no indispensable ya que con las reformas al CPP introducidas en marzo del 2009, en la sentencia debe constar como uno de los requisitos (Art. 309 numeral 5) la condena a pagar por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción en la determinación del monto a ser pagado por el sentenciado al ofendido haya o no presentado acusación particular...>>. Por otra parte este mismo autor nos vislumbra sobre lo alegado de que la persona jurídica puede ser sujeto *activo* de la demanda de indemnización pero no sujeto pasivo de un proceso penal: <<En cuanto a la persona jurídica, según el No. 3 del Art. 68 CPP, tendrá que *acusar* por medio de su representante legal... De igual modo, el inciso final el Art. 52 CP dice que la persona jurídica *ofendida* podrá acusar por medio de su representante legal, quién [sic] podrá actuar por sí mismo o mediante procurador judicial. Es claro que las personas jurídicas sí pueden ser *ofendidas por* un delito y, consecuentemente, sí pueden intervenir *acusando* en un proceso penal. Al mismo tiempo, se disipan antiguas dudas acerca de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas por una posible calificación de la acusación particular como temeraria y maliciosa, en cuyo caso las responsabilidades civiles deberán recaer sobre *quien ha actuado como representante legal* y como tal ha suscrito la acusación>> (...) Como se aprecia, la posibilidad de ser sujeto pasivo en un proceso penal no ha sido contraria a nuestro ordenamiento jurídico, ni errada, tal como ya lo hemos señalado anteriormente” (Los subrayados son nuestros).

Difícilísimamente se encontrará en la jurisprudencia de cualquier país un argumento doctrinal peor traído, pues lo que en él se plasma es ¡lo contrario de lo que la Sala pretende

justificar! Aun cuando con la más elemental lectura ya se aprecia así más que sobradamente, repasemos la brutal inconsecuencia. Lo que en esos párrafos que la Sala recoge mantiene el texto doctrinal del Dr. Vaca Andrade es:

a) Que el juez penal puede, tras la reforma legal del 2009, fijar los daños y perjuicios para el ofendido, pero siempre que haya dictado sentencia condenatoria. Tiene que tratarse, pues, de sentencia condenatoria por el delito en cuestión.

b) Que las personas jurídicas pueden ser sujeto activo de la demanda, “pero no sujeto pasivo de un proceso penal”. En estos términos, suyos, lo resume la propia Sala. Por tanto, la persona jurídica puede ser acusador, pero no acusado penal. En lo que el Dr. Vaca Andrede se extiende es en explicar cómo puede la persona jurídica “ofendida” (no ofensora) acusar, y se resalta que las personas jurídicas “pueden ser ofendidas por un delito y, consecuentemente, sí pueden intervenir acusando en un proceso penal”. Pero de que puedan acusar no se infiere que puedan ser acusadas; de que puedan ser sujeto activo de la acusación penal no se sigue, para nada, que puedan ser sujeto activo de la acusación penal. De que, por ejemplo, un profesor esté facultado para examinar a los estudiantes no se infiere que los estudiantes estén facultados para examinar a su profesor.

c) Que una persona jurídica, al actuar como acusación, puede incurrir en un supuesto de acusación temeraria o maliciosa, pero que en ese caso quienes civil y penalmente responden son aquellos representantes legales suyos que han suscrito la acusación, no la persona jurídica como tal. Si la persona jurídica no puede delinquir, tampoco puede responder ella por el delito de acusación temeraria o maliciosa, sino que responderán personalmente los sujetos naturales que han obrado como sus representantes legales. Sólo así la responsabilidad penal se mantiene como responsabilidad de la persona natural y no de la persona jurídica.

d) Así que el “Como se aprecia” es expresión de un insuperable prejuicio o de una extrema incomprensión por parte de la Sala de la doctrina misma que en su apoyo invoca. Nada hay en ese texto, sino muy al contrario, que apoye la inverosímil conclusión de la Sala: “Como se aprecia, la posibilidad de ser sujeto pasivo en un proceso penal no ha sido contraria a nuestro ordenamiento jurídico ni errada”. Ni una palabra se ha dicho en aquel texto de que la persona jurídica pueda ser sujeto pasivo de la acusación penal. ¿Acaso la Sala confunde sujeto pasivo y sujeto activo? ¿No quedan sus argumentos sobre este asunto invalidados de raíz por no tener más sustento que una inferencia patentemente errónea o un inaudito error conceptual y terminológico?

4. Sobre el delito de injuria calumniosa y sobre su prueba. A propósito de los argumentos contenidos en el considerando séptimo de la sentencia.

4.1. Sobre el método aplicado por la Sala.

La Sala resuelve el fondo del caso mediante la aplicación del tradicional método subsuntivo. Da por probado que los hechos objeto del proceso encajan sin dificultad en el supuesto de hecho de la norma penal que tipifica el delito de injurias calumniosas y dentro del tipo agravado de injurias calumniosas contra la autoridad. También estima probado, por tenerlo como evidente, el elemento subjetivo del tipo, el dolo, que en este caso toma la forma de *animus injuriandi*. Subsumibles y subsumidos así los hechos bajo el supuesto típico de la norma, se estima plenamente ajustada a Derecho la imposición de la pena en la norma prevista.

Una parte muy considerable de la doctrina constitucional actual, representada de manera ejemplar y muy influyente por Robert Alexy, explica que la gran mayoría de las normas constitucionales que reconocen y amparan derechos fundamentales (las que R. Alexy denomina normas iusfundamentales) son normas de un tipo particular, son principios. En todo sistema jurídico habría, al menos, dos tipos de normas jurídicas, las reglas y los principios. Las reglas tienen dos características definitorias. Una, que o se aplican o no se aplican, sin términos medios. Cuando un hecho es subsumible bajo el supuesto de una regla, procede aplicar dicha regla; cuando no es subsumible el hecho bajo la regla, no procede la aplicación de ésta. La otra característica de las reglas es que cuando dos de ellas entran en conflicto para un caso, por ser los hechos de ese caso encajables bajo sus supuestos, ese conflicto normativo debe solventarse en clave de validez e invalidez, y una de esas dos normas concurrentes tiene que descartarse por inválida, aplicándose, así, plenamente la otra. Todo esto se debe a que las reglas son mandatos terminantes (hágase o deje de hacerse tal cosa), que o se cumplen o se incumplen, sin más.

Por su parte, los principios son definidos como mandatos de optimización. Un mandato de optimización ordena que algo se haga en la mayor medida posible. La medida de lo posible la determinan en cada caso las circunstancias fácticas y jurídicas concurrentes. Por todo ello, las normas jurídicas que son principios no se aplican en términos de todo o nada, aplicación plena o inaplicación total, sino que admiten aplicaciones ponderadas, parciales: hasta donde sea posible en cada caso. Además, y esta es la segunda diferencia con las reglas, cuando dos principios concurren para un mismo caso proponiendo para él soluciones diversas o antagónicas, no se puede descartar por inválida ninguna de las dos normas, para dejar paso nada más que a la otra y su plena aplicación, sino que se debe ponderar, hay que aplicar el método de la ponderación para establecer cuál de esos principios debe tener preferencia para dicho caso y hasta dónde debe llegar esa preferencia, cuáles deben ser las concretas consecuencias, para ese caso, de la preferencia o mayor peso de un principio sobre el otro. Tal ponderación puede tomar en consideración el diferente peso en abstracto de los principios concurrentes, si es distinto tal peso abstracto de los mismos, pero se hace sobre todo a la luz de las circunstancias del caso. Son más que nada las circunstancias del caso las que van a indicar cuál principio sale ganador de esa ponderación o pesaje.

En los casos de conflicto entre principios se trata, pues, de que la decisión sea proporcionada al respectivo peso de esos principios en esas circunstancias jurídicas y fácticas. A esto se refiere el meta-principio o principio metodológico de proporcionalidad. Quiere decirse que se tiene que evitar que la desproporcionada prioridad que se otorgue a un principio suponga un daño mayor, desproporcionado, para el otro. Ese control de proporcionalidad se hace mediante los tres pasos de la ponderación, del método ponderativo: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El fundamento del control de *idoneidad* se puede enunciar así, referido a derechos fundamentales protegidos por normas iusfundamentales que sean principios: toda limitación de un derecho fundamental únicamente estará constitucionalmente justificada cuando esa limitación de tal derecho fundamental suponga algún beneficio o ganancia para otro derecho fundamental. Si de los hechos o normas que restringen el alcance de un derecho fundamental no se desprende ningún beneficio para otro de tales derechos, el hecho o norma que se enjuicia será inconstitucional.

El fundamento del control de *necesidad* puede ser formulado de la siguiente manera: si hay (en los hechos o la norma que se enjuicia) una limitación de un derecho fundamental de la

que se deriva un beneficio para otro derecho fundamental, pero el mismo grado de beneficio para este segundo se podría igualmente haber conseguido con una medida alternativa (una acción distinta o una norma diferente, según qué sea lo que se enjuicie) que, dañando o limitando menos ese derecho segundo, beneficiara lo mismo aquel derecho primero, la mentada limitación será inconstitucional. En palabras más sencillas, sólo puede ser constitucional la opción más barata en términos de restricción de un derecho fundamental para desarrollar o extender otro.

El control de *proporcionalidad en sentido estricto* tiene el siguiente fundamento: el daño que para un derecho fundamental supone la acción o norma que se enjuicia sólo es constitucionalmente legítimo si está contrapesado con un beneficio igual o superior para otro derecho fundamental. Dicho de otra manera, si la cuenta final sale negativa, porque el beneficio para un derecho es menor que el perjuicio para el otro, procede declarar la inconstitucionalidad de aquella limitación del derecho negativamente afectado.

Importa también subrayar aquí que, según Alexy y la doctrina constitucional actualmente dominante y reflejada en la jurisprudencia internacional, a toda regla infraconstitucional subyace siempre un principio, generalmente un principio con anclaje constitucional, por lo que también se puede y se debe ponderar en aquellos casos en que el conflicto normativo acontece entre una regla y un principio. Entonces, la ponderación será entre, por un lado, el principio subyacente a la regla más el principio de respeto al legislador democrático o de preferencia inicial de la solución legal y, por el otro, en el otro plato de la balanza, el principio constitucional que concurre en sentido contrario, que propone una solución opuesta a la de la regla.

Veamos esto último con algún ejemplo cercano. La norma penal que tipifica el delito de injuria, en cualquiera de sus variantes, y que asocia una sanción penal a ese comportamiento típico es sin duda una regla. Pero la justificación de esa regla está en la protección del principio subyacente, que en este caso sería el principio o derecho fundamental que protege el honor de las personas. En su aplicación, dicha norma puede chocar con un principio que ampara un derecho fundamental de la otra parte, del acusado: la libertad de expresión; o con varios: libertad de expresión, libertad de opinión, libertad de información... Al menos cuando esa “contradicción” entre los principios concurrentes para el caso sea patente, *se debe ponderar* y ver cuál debe tener prioridad en ese caso y hasta qué punto.

Ciertamente esa concepción de las normas iusfundamentales y la correspondiente clasificación de las normas jurídicas han recibido muy diversas críticas por la doctrina hoy minoritaria. Pero en Ecuador ha alcanzado el estatuto de lo que podría llamarse doctrina constitucional oficial o imperativa, pues se halla recogida en una norma del bloque de constitucionalidad tan importante como es la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJ). Dice su Art. 3, en lo que aquí importa:

“Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.
2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.
3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Resultaría artificioso y fuertemente desenfocado entender que el principio de proporcionalidad y las reglas de la ponderación se imponen nada más que para la justicia constitucional, puesto que ello llevaría a un divorcio metodológico inexplicable entre la justicia constitucional y la ordinaria. Además, el citado precepto señala que los métodos y reglas de interpretación a los que alude rigen para “la interpretación constitucional y ordinaria”.

El supuesto que esta norma indica para que hayan de aplicarse el principio de proporcionalidad y la ponderación como pautas decisorias es el de que “existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de resolución de antinomias”. Esas condiciones se cumplen con plenitud en el caso que estamos tratando, pues, aunque ni el Juez de Garantías Penales ni la Sala Segunda de la Corte Provincial de Justicia de Guayas hayan querido verlo así, estamos ante un conflicto entre el derecho al honor del Presidente de la República y los derechos de libertad de expresión, opinión e información de los querellados y, además, bajo circunstancias muy especiales que hacen particularmente intenso y relevante tal contraposición entre esas normas.

Como algún autor ha puesto de relieve, si la consideración de las normas iusfundamentales como reglas o como principios y la aplicación o no del principio de proporcionalidad y el proceder ponderador van a quedar a la entera disposición del juez en este tipo de casos, de manera que elija en cada ocasión la calificación de las normas y el método que más le convengan, en función de lo que más fácil le resulte para la justificación de su fallo, nos veríamos llevados a una desmedida ampliación de la discrecionalidad judicial, fronteriza, cuando menos, con la arbitrariedad. Cuando la LOGJ prescribe el principio de proporcionalidad y su correspondiente método de razonamiento, no podemos suponer que lo hace para dar facilidades al juez que quiera hacer valer su voluntad y sus preferencias, sino por todo lo contrario, con un propósito garantista y de más adecuada y objetiva administración de justicia, tomando en consideración cada uno de los derechos enfrentados y decidiendo con base en la importancia de cada uno, a tenor de las peculiares circunstancias de cada caso.

¿Cómo se tendría que haber hecho aquí esa preceptiva ponderación respetuosa con el principio de proporcionalidad?

En primer lugar, se ha de reconocer que en el caso están en juego el derecho al honor del querellante, por un lado, y determinadas libertades fundamentales de los querellados, por otro. En aras de la mayor sencillez de nuestro análisis, trabajemos nada más que con el derecho a la

libertad de expresión, aun cuando en un análisis completo deberían también ponerse en la balanza los otros derechos fundamentales mencionados, y quizá algún otro principio constitucional. Sea como sea, no podemos dejar de apreciar que el ejercicio de la libertad de expresión viene matizado aquí por algunos elementos peculiares, como son que se trata de la manifestación de tal libertad expresiva por periodistas y en un medio de comunicación, que versa sobre cuestiones muy relevantes para la opinión pública y que se inserta en el debate político e ideológico sin el que no pueden entenderse tampoco efectivas las libertades políticas de los ciudadanos en el marco de una democracia deliberativa propia de un Estado de Derecho¹. Por el otro lado, se impone también no dejar de lado que el honor que está en juego no es el de una persona privada en cuanto tal, sino el de una autoridad pública máxima, como insistentemente se señala en la querrela y se subraya en estas sentencias. Por tal razón se aplicó el tipo agravado de injurias a la autoridad. Mas la autoridad ha de concebirse también expuesta a la crítica y la discrepancia.

Ahora ponderemos.

¹ Refiriéndose a la libertad de expresión y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dicen los tratadistas Daniel Sarmiento, Luis Javier Mieres y Miguel Presno: “La función de este derecho como <<una de las precondiciones del funcionamiento de la democracia>> (asunto *Appleby y otros c. Reino Unido*, de 6 de mayo de 2003) determina una especial amplitud del objeto protegido que abarca <<no sólo la sustancia de las ideas y la información expresadas sino también la forma en la que se transmiten>> (asunto *De Haels y Gijssels c. Bélgica*, de 24 de febrero de 1997, p. 48). Cualquier idea o información así como la forma y los medios empleados para comunicarlas cuentan con la protección *prima facie* del derecho. En particular, desde el asunto *Handyside*, la jurisprudencia es constante en afirmar que el artículo 10 es válido <<no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una “sociedad democrática”. Esto significa especialmente que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al objetivo legítimo que se persigue>> (asunto *Handyside*, cit., p. 49)” (Daniel Sarmiento, Luis Javier Mieres Mieres, Miguel Presno Linera, “Estudio preliminar” a *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cizur Menor -Navarra-, Aranzadi, 2007, pp. 79-80).

“La cualidad del sujeto también puede determinar un mayor grado de protección del derecho. Así sucede, señaladamente, con la prensa, y los medios de comunicación en general, a los que les corresponde ejercer la función de <<perro guardián>> dentro del sistema democrático y permitir que la opinión pública pueda controlar el ejercicio del poder político. Por eso, <<cuando las autoridades nacionales adoptan medidas capaces de disuadir a la prensa de ofrecer información sobre asuntos de legítimo interés público, el Tribunal está llamado a ejercer un cuidadoso escrutinio de la proporcionalidad de tales medidas>> (asunto *The Observer y The Guardian c. Reino Unido*, de 26 de noviembre de 1991, p. 59)” (ibid., p. 81).

“La protección del honor y la reputación de las personas es uno de los límites cuya aplicación ha sido objeto de una abundante jurisprudencia. La calidad del sujeto afectado es un elemento determinante del juicio de proporcionalidad de la medida. Así, <<los límites de la crítica aceptable son más amplios en relación con un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular>> (asunto *Lingens*, cit., p. 42), incluso cuando la crítica afecta a la persona misma, porque <<la invectiva política a menudo incide en la esfera personal>> y representan <<azares de la política y del libre debate de ideas, que son las garantías de una sociedad democrática>> (asunto *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, de 25 de junio de 2000, p. 42)” (ibid., p. 86).

“De la jurisprudencia se deriva un criterio claramente desfavorable hacia las sanciones penales por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión fundado en el efecto desaliento que produce en los potenciales oradores la amenaza de una condena penal. Así, en el asunto *Cumpana y Mazare* se afirma: <<la imposición de una sentencia de prisión por un delito de prensa es compatible con la libertad de expresión de los periodistas sólo en circunstancias excepcionales, especialmente cuando otros derechos fundamentales hayan sido seriamente lesionados como, por ejemplo, en los casos de incitación a la violencia o al odio>> (asunto *Cumpana y Mazare c. Rumania*, de 17 de diciembre de 1994, p. 115)” (ibid., p. 88).

“También los pronunciamientos indemnizatorios de una sentencia civil deben guardar una razonable relación de proporcionalidad con la lesión de honor sufrida (asunto *Tolstoy Milosvlvasky c. Reino Unido* de 13 de julio de 1995, p. 49; asunto *Steel y Morris*, cit., p. 96; asunto *Independent News and media e Independent Newspapers Ireland Limited c. Irlanda*, de 16 de junio de 2005)”. (ibid., p. 88).

a) La “medida” que se juzga son los hechos consistentes en la publicación del artículo titulado “No a las mentiras” y publicado en el diario El Universo por su colaborador Emilio Palacio Urrutia. En dicho artículo se vertían expresiones como las siguientes, que son las que la Sala considera relevantes y repite como base de su juicio (considerando séptimo): “El Dictador debería recordar, por último, y esto es muy importante, que con el indulto, en el futuro, un nuevo presidente, quizás enemigo suyo, podría llevarlo ante una corte panal por haber ordenado fuego a discreción y sin previo aviso contra un hospital lleno de civiles y gente inocente. Los crímenes de lesa humanidad, que no lo olvide, no prescriben”.

Que el referido periodista está de esa forma ejercitando su libertad de expresión en un medio informativo no puede discutirse. Que pueda ser un ejercicio desmedido o desproporcionado de tal derecho es lo que toca examinar con ayuda de la ponderación y sus pasos. Como resalta la jurisprudencia internacional en ocasiones similares, sólo el previo dictamen, mediante ponderación, en el sentido de que es desproporcionado tal ejercicio de la libertad de expresión en un medio de información, puede justificar la ulterior calificación de la conducta como subsumible bajo el tipo penal de injuria, en cualquiera de sus variantes. Porque lo que hace constitucionalmente ilegítima la expresión no es el mero hecho de que pueda afectar negativamente al derecho de otros, en este caso al derecho al honor del querellante, sino el que tal afectación negativa sea de mayor grado que el beneficio que para la libertad de expresión en los medios públicos suponga el permitir dichas expresiones en circunstancias como la presente.

Si así son las cosas, y así hay que verlas por imperio del Art. 3 de la L.O.G.J., dos planteamientos quedan excluidos de antemano. Uno, el de que pudiera afirmarse que, de resultas de la ponderación, la expresión enjuiciada es proporcionada, acorde con el principio de proporcionalidad, y, sin embargo, que, pese a esa su legitimidad constitucional así mostrada, pueda ser constitutiva del delito de injurias. Sería paradójico y jurídicamente absurdo catalogar una expresión como constitucionalmente permisible y, sin embargo, delictiva. Dos, excluido tiene que verse igualmente el que pueda omitirse ese análisis en términos de proporcionalidad y mediante la ponderación, pues ello, además de constituir vulneración del citado Art. 3 L.O.G.J., implicaría negarse de raíz a tener en cuenta el derecho fundamental del querellado, que también está sobre la mesa. O hay conflicto entre derechos fundamentales o no lo hay, pero cuando existe, como en este caso, dejar de lado y en la sombra uno de los derechos, el que sea, y razonar nada más que sobre el daño al otro equivale a una tácita toma de partido, *ab initio*, por este otro, por el titular de este otro. La elección de método no es inocente, y por eso, seguramente, la L.O.G.J., trata de evitar tal elección, en casos como el que nos ocupa.

Así pues, los hechos que son objeto de querrela son ejercicio, proporcionado o no -eso lo discutiremos enseguida-, del derecho fundamental a la *libertad de expresión*² y, en consecuencia,

² En la doctrina internacional se ha aclarado reiteradamente que era propia de los regímenes autoritarios la desconsideración en estos casos del componente de ejercicio legítimo de un derecho, el de expresarse e informar, atendiendo nada más que al honor supuestamente herido, y más cuando se trataba de un concepto de honor de fuerte componente aristocratizante y antiigualitario. Leamos, a título de muestra, las muy interesantes consideraciones de Patricia Laurenzo Copello en su monografía de referencia sobre estas materias:

“Ese intenso protagonismo de las libertades de expresión e información en la estructura de los delitos contra el honor es fruto del proceso de adaptación del Derecho penal a los principios constitucionales operado en nuestro país [se refiere a España y a su transición de la dictadura a la democracia] durante los años ochenta. No puede olvidarse, en efecto, el valor exacerbado, al tiempo que aristocrático, que se concedió al honor durante el largo periodo de gobierno dictatorial, valor que contrastaba con el ostensible desprecio hacia los derechos a expresarse libremente y a difundir la información sin censura previa. Es doble circunstancia dio lugar durante años a una línea jurisprudencial claramente partidaria de conceder preferencia casi absoluta al honor frente al derecho a informar, con la consecuente punición de cuantas conductas afectaban la reputación social de quienes gozaban de ese privilegio” (Patricia Laurenzo Copello, *Los delitos contra el honor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 51).

se cumple aquel requisito de que “la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido”.

No puede llamar a engaño el que la expresión utilizada en el Art. 3 L.O.G.J. sea “la medida”, pues si la interpretáramos como referida nada más que a las “medidas” de carácter normativo adoptadas por los poderes públicos, estaríamos apoyando una inaudita discriminación favorable a los derechos y potestades de dichos poderes y contra los derechos fundamentales de los ciudadanos y los principios adicionales que los protegen. Si cuando el “ofensor” o quien con el ejercicio de sus derechos restringe el alcance de los derechos de los titulares del poder es un ciudadano particular no deben ponerse en la balanza los derechos suyos, para ponderarlos también, y si cuando el “ofensor” o quien limita los derechos de los ciudadanos privados es el titular de un poder público sí se ha de ponderar y atender a la proporcionalidad para que sus derechos, los del “poderoso”, también pesen, tendríamos que la ponderación es nada más que la excusa metodológica, legalmente habilitada, para dar ventaja a los que tienen poder político y mayor valor a sus derechos.

b) El principio de *idoneidad*, aludido cuando el Art. 3 L.O.G.J. manda examinar si “la medida” es “idónea”, se ve satisfecho, en nuestro caso, si al hacer uso de aquellas expresiones don Emilio Palacios Urrutia estaba haciendo uso de su libertad de expresión y, adicionalmente, su libertad para expresar ideas por la vía oportuna para el conocimiento de sus ideas por la opinión pública, por tratarse de cuestiones de interés para la misma. Parece fuera de duda que sí. Explicado de otra manera, lo que se ha de plantear es si el considerar prohibidas expresiones tales por la ley penal y el castigarlas en consecuencia lleva aparejado una restricción (justificada o no, eso se verá en los pasos siguientes de la ponderación) de la libertad de expresión.

No se olvide, además, que en sentencias como esta y casos así lo que se enjuicia a efectos penales e indemnizatorios es la conducta de don Emilio Palacios Urrutia y de los responsables del diario El Universo, pero, al tiempo, *se está sentando doctrina general* sobre el alcance del derecho fundamental a la libertad de expresión en la prensa y los medios de comunicación. Son esos efectos generales de la doctrina que se establezca los que con carácter general importan para la ciudadanía y para el sistema jurídico-político y el tipo de Estado. Por eso está en liza en el proceso la suerte de los acusados, sin duda, pero también la suerte general de los ciudadanos y los medios de comunicación, pues si se condena por injurias a la autoridad al periodista (y a los responsables del periódico) que ha afirmado “el Presidente es un X” o “el Presidente ha hecho Z”, se tiene que entender puesta la prohibición, para todo periodista y cualquier medio periodístico, de decir “el Presidente es un X” o “el Presidente ha hecho Z”.

c) ¿Y el control de *necesidad*? ¿Podría protegerse en la misma medida el derecho al honor, en este caso, con una restricción menor de la libertad de expresión, por ejemplo imponiendo una pena más leve, dentro de los márgenes de la ley, o no penando? Todo depende de qué se entienda por derecho al honor y también de cómo se interprete lo que sea libertad de expresión, en particular libertad de expresión y de opinión periodística sobre los gobernantes. También depende de si se cree que la pena “compensa” el daño al honor o si la única compensación posible de un daño es, para quien lo sufrió, la indemnización por ese daño.

Debemos apreciar que el control de necesidad obliga a ponderar entre alternativas. Si la misma protección o satisfacción para el derecho que se quiere salvaguardar, aquí el derecho al honor del querellante, es posible conseguirla mediante una medida alternativa menos limitadora del otro derecho, sólo esta medida alternativa será constitucionalmente legítima. Por tanto, en un supuesto como el presente, el principio de necesidad fuerza al juez a adoptar contra el querellado

la medida que menos perjudique la libertad de expresión, de entre las que satisfacen o benefician igualmente el derecho al honor.

Una ecuación resulta extraordinariamente peligrosa a estos efectos, la de que a mayor castigo, mayor satisfacción del derecho de la otra parte. Porque, una vez más, hay que considerar que no sólo se resuelve el concreto supuesto, sino que se sienta doctrina general sobre las relaciones entre derechos fundamentales. Y de ahí que la cuestión haya de ponerse en sus términos generales: a partir de qué tipo de sanción o medida indemnizatoria ya no se da más extensión al derecho al honor, sino que simplemente se restringe, más allá de los límites máximos razonables de esa satisfacción, la libertad de expresión, en particular la de los periodistas y periódicos.

¿Son viables hipotéticamente, en casos como este, medidas igual de reparadoras del honor mancillado, si hubiera tal, pero que constituyan menoscabo menor de la libertad de expresión? Si respondemos que sí, pierde su legitimidad constitucional la pena impuesta, sumada a tan alta indemnización monetaria. En lo que la pena tiene de mensaje restaurador del honor maltrecho, ¿no lo tiene igualmente una pena más baja? ¿No sería suficiente para contrapesar los excesos expresivos, si los hubiera habido, obligar meramente al periódico a publicar una aclaración o rectificación, o a dar cabida en sus páginas a la réplica del ofendido? Si a preguntas como estas es razonable contestar que sí, pierde su justificación constitucional el castigo que la sentencia mantiene. ¿Acaso el Juez de Garantías Constitucionales y la Sala Segunda de la Corte Provincial de Justicia de Guayas no aplicaron el principio de proporcionalidad y no ponderaron para no tener que hacérselas? Pues, si se las hicieran, no les bastaría responderlas con un sí o un no, sino que tendrían que *motivar la respuesta*, habrían de argumentar por qué consideran que nada más que la pena máxima y la indemnización más alta satisfacen el honor herido del Presidente de la República.

d) *Proporcionalidad en sentido estricto*. Según el Art. 3 L.O.G.J., se ha de “verificar” “que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional”. Y más: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

El juez también pondera aquí entre alternativas, alternativas para su decisión en el conflicto entre derechos. Pero en este paso lo hace para que no exista desequilibrio entre el tratamiento que otorga a los derechos de una parte y los de la otra. Explica Robert Alexy que en esto no cabe usar patrones numéricos, pero sí clasificar los grados de afectación positiva o negativa de los derechos en juego en leve, medio y grande.

Imagínese que el juez tiene dos alternativas para su decisión en un caso de conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor. Las llamaremos A¹ y A². Si se inclina por A¹, el balance queda así, según la valoración del propio juez, valoración, ahí está la clave, que habrá de argumentar cuanto sea necesario o razonable:

La libertad de expresión sufre una limitación grande y el derecho al honor experimenta un beneficio medio, regular.

Con A² el balance queda de este otro modo: *la libertad de expresión sufre una limitación media y el derecho al honor sale con un beneficio medio.*

¿Alguna de estas dos alternativas, A¹ y A², le estaría vetada al juez, por ser constitucionalmente ilegítima porque viola el principio de proporcionalidad o de adecuado equilibrio entre los derechos en disputa? Sin duda, A¹. Por tanto, si no hay otras alternativas, el juez tiene que decidir conforme a A², por razón de este principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Por supuesto, el sistema tiene una pequeña trampa inicial, si así puede llamarse, o un defecto esencial: que es el propio juez el que asigna esas calificaciones de los grados de afectación de los derechos, es de su valoración de lo que depende, al menos en principio, el calificar como leve, medio o grande el daño para un derecho o la satisfacción para el otro. Pero los defensores de la ponderación de inmediato aducen, ante esa objeción, que la fuerza del método ponderativo radica en las *obligaciones de argumentar* que conlleva: el juez que diga que llamar a un Presidente dictador es un daño grave o muy grave para su honor debe justificar argumentalmente por qué lo valora así; el juez que considere la imposición de la pena y la indemnización más graves al “ofensor” que ejercía su libertad de expresión, con la consiguiente limitación grande de la libertad de expresión (y más en los medios de comunicación y opinión), queda compensada o contrapesada porque el beneficio para el honor del “ofendido” es igualmente grande o grandísimo, también *tendrá que argumentarlo muy razonable y convincentemente*. Y habrá de argumentar de esa manera por qué el honor se lava con la pena más grave o con ella se beneficia.

A veces, no ponderar es la excusa para no (sentirse obligado a) argumentar.

4.2. Sobre lo argumentado y lo callado por la Sala.

4.2.1. Los hechos del caso y los elementos del delito.

En el considerando séptimo, que ahora pasamos a analizar directamente, la Sala cita entrecomillado el párrafo del artículo periodístico en el que se consumarían las injurias a la autoridad: “El Dictador debería recordar, por último, y esto es muy importante, que con el indulto, en el futuro, un nuevo presidente, quizás enemigo suyo, podría llevarlo ante una corte penal por haber ordenado fuego a discreción y sin previo aviso contra un hospital lleno de civiles y gente inocente.- Los crímenes de lesa humanidad, que no lo olvide, no prescriben”.

En el Código Penal, la injuria calumniosa consiste en la falsa imputación de un delito. Según el parco razonamiento de la sentencia, en el escrito del periodista Palacio habría esa imputación, por lo demás falsa, al atribuir al “economista Rafael Vicente Correa Delgado” la comisión de delito de lesa humanidad: “el hecho de que se impute un delito de lesa humanidad a un ciudadano que por elección popular es el primer mandatario de la República, hecho que afecta al honor y buen nombre el ofendido (Art. 66 numeral 128 de la Constitución de la República)”.

El hecho típico constitutivo del delito de injuria calumniosa es “la falsa imputación de un delito” (Art. 489 del Código Penal). Por tanto, dos son las condiciones fácticas que se requieren: que haya tal imputación de delito y que sea falsa. No hay injuria calumniosa si no existe aquella imputación o, si de haberla, no es falsa.

En el Derecho Penal de un Estado de Derecho moderno y constitucional la analogía en perjuicio del reo está vedada por el principio de legalidad penal y la interpretación extensiva de

los tipos penales también debe evitarse en lo posible, por sus borrosas fronteras con la analogía³. Lo procedente es una interpretación estricta del Art. 489 y, muy en particular, de lo que sea “imputación” e “imputar” un delito. Y, en sentido estricto, imputar un delito sólo puede significar manifestar de modo claro que el ofendido cometió el delito en cuestión.

La prueba de ese elemento del tipo solamente puede hallarse en la expresión utilizada por el acusado de injuria calumniosa. Una vez que ese elemento objetivo del tipo penal queda fehacientemente acreditado, será el momento de ver si también concurre en el autor el elemento subjetivo, el dolo o intención, que para este delito se conoce como *animus injuriandi*, el propósito de injuriar: que no sólo objetivamente se está ante la imputación de delito, sino que, además, se hace con ese ánimo o intención, la de presentar al ofendido como autor del delito. Y, ante las dificultades que pueda presentar la prueba, sea del elemento objetivo o sea del subjetivo, y si la misma es dudosa, existe una regla de cierre o de resolución de la duda probatoria, la del *in dubio, pro reo*.

Aclaremos esa indiscutida doctrina con algún ejemplo sencillo. Pongamos que lo que una persona dice o escribe de otro sujeto (S) es esto (A¹):

A¹: “S es el asesino de Z”.

Es claro que el elemento objetivo del delito de injuria está presente en ese caso.

Pero supóngase que lo que aquella persona dice es esto otro:

A²: “S debe tener cuidado, pues algún día un enemigo suyo puede llevarlo ante los tribunales bajo la acusación de haber asesinado a Z”.

En este segundo caso *no se está imputando* a S el asesinato, *sino advirtiendo* de que un enemigo de S puede intentar imputárselo. No se da, pues, aquel elemento objetivo del delito, aun cuando la intención de quien formula A² pueda ser aviesa. Sin el elemento objetivo de la imputación no hay delito de injuria calumniosa y ya *no cuenta* el elemento subjetivo. El *animus injuriandi* por sí solo no basta. Podría decirse que no injuria quien quiere injuriar, sino quien efectivamente injuria y además lo hace porque quiere.

Idénticamente, alguien amenaza a otro si le dice “Tenga cuidado porque le voy a dar muchos puñetazos”, pero no es amenaza suya si lo que le dice es “Tenga cuidado porque algún enemigo suyo le puede dar muchos puñetazos”. Esto podría ser hasta lo contrario de la amenaza, una advertencia para que el interpelado procure evitar la agresión de la que se le advierte.

³ Un tratadista de la autoridad y reconocimiento de Claus Roxin explica que “La vinculación de la interpretación al límite del tenor literal no es en absoluto arbitraria, sino que se deriva de los fundamentos jurídicopolíticos y jurídicopenales del principio de legalidad (...). En efecto: el legislador sólo puede expresar con palabras sus prescripciones; y lo que no se desprenda de sus palabras, no está prescrito, no <<rige>>. Por eso, una aplicación del Derecho penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática. Además el ciudadano sólo podrá incluir en sus reflexiones una interpretación de la ley que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que puede ajustar su conducta a la misma. Por ello, únicamente una interpretación dentro del marco del sentido literal posible puede asegurar el efecto preventivo de la ley” (Claus Roxin, *Derecho penal. Parte General*, tomo I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Madrid, Civitas, 1997 -traducción de la 2ª edición alemana por D-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. de Vicente Remesal-, pp. 149-150).

En aquel párrafo del escrito de Emilio Palacio Urrutia vemos que se dice que dice exactamente esto que volvemos a transcribir: “El Dictador debería recordar, por último, y esto es muy importante, que con el indulto, en el futuro, un nuevo presidente, quizás enemigo suyo, podría llevarlo ante una corte penal por haber ordenado fuego a discreción y sin previo aviso contra un hospital lleno de civiles y gente inocente.- Los crímenes de lesa humanidad, que no lo olvide, no prescriben”.

¿Se parecen más esas manifestaciones a las afirmaciones A¹ o A² de nuestro anterior ejemplo? ¿Hay ineludiblemente que entender que se está imputando al Presidente un delito de lesa humanidad consistente en ordenar disparar contra civiles inocentes, o es también razonable, y hasta más fiel a los términos y la expresión, interpretar que se está haciendo una advertencia de posible imputación delictiva por *otra persona*, hipotético Presidente en el futuro que, con las peores intenciones, pudiera prevalerse de su condición de nuevo Presidente para acusar de ese delito al actual?

Si en verdad caben dudas, y caben más que dudas, de si *objetivamente* estamos ante una imputación de un delito o ante la advertencia de una posible imputación futura de un delito *por otra persona*, significa que no está nada claro que se cumplan los requisitos objetivos del delito de injurias calumniosas, y lo correcto y adecuado es, en el peor de los casos (si hay dudas y no la certeza plena de que no se dan esas condiciones objetivas, de que no hay verdadera y propia imputación de tal delito en ese párrafo), es aplicar el principio de *in dubio pro reo* y, en consecuencia, absolver.

Con todo, y para mayor claridad, desglosemos en sus elementos y en su contexto el párrafo en cuestión.

a) Ciertamente, el Presidente de la República es tildado de dictador. Pero no es esa calificación la que la Sala toma como base para su condena por injurias calumniosas contra la autoridad. No puede ser de otro modo, pues ese tipo de calificaciones no son en absoluto inusuales en el debate político de cualquier país democrático y, si fueran penalmente sancionables, serían muchos los periodistas, políticos y ciudadanos comunes que deberían ser penados.

b) No se puede leer ese párrafo descontextualizado y separado del resto del contenido del artículo. En él se critica el supuesto propósito presidencial de indultar a los que contra el orden constitucional se levantaron el 30 de septiembre. Se critica también la política de indultos que el Presidente viene desarrollando y también se objeta que el indulto presupone la culpabilidad del indultado, obviándose así las pruebas y los procesos en los que esa culpabilidad debe quedar probada en todo caso. Es más, en el caso de los “golpistas” se dice precisamente que es la lamentable ausencia de pruebas lo que hace más injustificado el indulto. Igualmente se extiende el artículo sobre el comportamiento imprudente del Presidente en aquella ocasión. Y se propone la amnistía como alternativa al indulto, pues la amnistía no supone perdón del delito, sino “olvido jurídico”.

c) Se hace ver que es precisamente tal indulto el que podría dar pie a un futuro Presidente, “enemigo” y tal vez con mala fe, a imputar al Presidente actual un crimen de lesa humanidad, atribuyéndole participación responsable en los desgraciados hechos que se mencionan. Y la advertencia de que los crímenes de lesa humanidad no prescriben no es sino recordatorio de una verdad evidente en Derecho actual.

d) Queda implícito, pero con claridad bastante, que una amnistía general por los hechos del 30 de septiembre, a diferencia de un indulto, exoneraría al Presidente de tal *riesgo* de imputación malintencionada por un “enemigo” con poder suficiente, quizá, para influir en la Administración de Justicia y conseguir una pena en ausencia de garantías para el acusado.

Basta que esta lectura anterior del artículo sea mínimamente razonable a los ojos de un observador imparcial para que deba tomarse en cuenta a efectos de valoración de la prueba del elemento *objetivo* del tipo o para aplicación del principio de *in dubio pro reo*. Que el periodista Palacio Urrutia tuviera mejores o peores intenciones, que simpatice con el gobierno o se oponga a él, incluso que tenga o no tenga *animus injuriandi*, es cuestión secundaria, en el sentido de que *el elemento subjetivo del tipo penal sólo puede considerarse una vez valorada la prueba objetiva, no como elemento que determine la valoración de la prueba objetiva*. Los hechos son los hechos y las intenciones son las intenciones; y las intenciones no cambian los hechos en lo que son, el elemento subjetivo del tipo no es parte del elemento objetivo, en suma.

4.2.2. *Los hechos objetivos y la valoración de su prueba.*

Cabe una interpretación distinta de los hechos objetivos, lo que quiere decir del *escrito* y su sentido. Pero si cabe y va a ser determinante del fallo condenatorio, hay que hacerla, y hay que hacerla expresamente y argumentarla. Con lo que está en juego, la condena penal del autor por injurias contra la autoridad, no puede bastar un “a nosotros nos parece que” o un “en conciencia consideramos suficientemente probado que”.

No hay en la sentencia tales argumentos propiamente dicho, sino nada más que fórmulas de ese tipo. Como esta:

“Para todos quienes vivimos en este país, incluidos nosotros los jueces, no nos es ajeno lo acontecido el 30 de septiembre de 2010, por ello *resulta forzado creer* que en dicho artículo existió solo una crítica y opinión sobre la información conocida y sobre hechos de interés público...” (el subrayado no está en el original).

¿Qué significa “resulta forzado creer”? ¿Quiere decirse que quien es ciudadano o juez y vivió tales hechos lamentables no puede creer más que una interpretación u opinión sobre tales hechos? ¿Acaso los acusados no son también ciudadanos que vivieron como tales la misma experiencia? Y, sobre todo, entre la perspectiva del ciudadano que opina sobre unos hechos y los siente o los interpreta, desde su emotividad y sus personales sensaciones, y el juez penal hay y debe haber una actitud radicalmente distinta: cuando están en liza penas de cárcel e indemnizaciones millonarias, el razonamiento del juez tiene que ser infinitamente más complejo que el del mero ciudadano. El ciudadano no aplica garantías en sus sensaciones y emociones; el juez, y más el juez penal, sí debe aplicarlas. Con sus opiniones y sensaciones el ciudadano no condena a nadie a penas de cárcel; el juez con las suyas, sí. Por eso las del juez deben ser más que opiniones y sensaciones, tiene que valorar pruebas con imparcialidad, aplicar las máximas garantías y solucionar las dudas razonables, al final, absolviendo.

4.2.3. *El animus injuriandi y su prueba.*

Ya hemos destacado que el mayor énfasis lo pone la sentencia en el dolo, pese a la fragilidad de la prueba sobre los elementos objetivos del tipo, cuya consideración debe anteceder y condicionar esta búsqueda del *animus injuriandi*. En lo que se refiere al autor del artículo, tal *animus injuriandi* es en él evidente, para la Sala, porque:

a) Escribió el párrafo antes citado y “la Sala considera” que en tal expresión “existe el denominado *animus injuriandi* por parte del autor principal y los coadyuvantes”. ¿Por qué lo considera así la Sala? Su respuesta: “Porque para todos quienes vivimos en este país, incluidos nosotros los jueces, no nos es ajeno lo acontecido el 30 de septiembre de 2010, por ello resulta forzado creer que en dicho artículo existió sólo una crítica y opinión...”. O sea: existe el dolo del delito de injuria calumniosa porque la Sala lo considera así, y lo considera así porque les parece “forzado” creer lo contrario, y es “forzado” creer lo contrario porque cualquier ciudadano ecuatoriano lo pensará del mismo modo. ¿Habrá tal unanimidad en la sociedad ecuatoriana?

b) Los artículos aportados por el querellante como pruebas “alcanzan el valor de prueba plena, y su lectura influye efectivamente en <<íntima convicción>> de los suscritos juzgadores en el sentido de que existe dolo de parte de los reos, llegando a establecerse que el fin o intención de los querellados, efectivamente ha resultado atacada la honra y reputación del economista Rafael Vicente Correa Delgado”.

Que la convicción sea “íntima” no podrá discutirse, pero ¿le basta a un juez afirmar, respecto de una prueba esencial en un proceso penal, cuál es su “convicción íntima”, para que ya se pueda pensar que la prueba ha sido adecuadamente valorada y, además, mínimamente argumentado el fundamento de esa valoración? A estas alturas, la doctrina y la jurisprudencia internacionales ya saben de sobra que libre valoración de la prueba no significa libérrima disponibilidad para que el juez trate la prueba como quiera o se conforme con decir que es su conciencia la que le dicta tal resultado valorativo. La libre valoración de la prueba no exonera de la obligación de motivar, de argumentar los porqués de que una prueba se valore de un modo u otro, y más en un caso tan discutido y discutible como el presente y estando en juego tan graves penas. Libre valoración de la prueba es lo opuesto a prueba tasada, no lo opuesto a prueba argumentada. La libre valoración de la prueba no habilita para la valoración arbitraria de las pruebas, y la única manera de desterrar la arbitrariedad es, también en este aspecto, la argumentación esmerada, coherente y convincente.

4.2.4. *Todos con el mismo animus.*

El dolo, según la Sala, fue tan claro y rotundo en el autor del artículo y en los responsables de la Compañía Anónima El Universo. ¿Y del *animus injuriandi* de éstos cuáles son las pruebas? Estas, según lo que leemos en la sentencia:

a) Aquello, ya citado de que “resulta forzado creer” que no haya ese dolo, tanto “por parte del autor principal” como de “los coadyuvantes”. Sólo faltó presuponerse también a los lectores, o a quienes hubieran leído el artículo más de una vez o en días sucesivos. Porque es “forzado” pensar que no lo leerá más de una vez aquel al que disguste o lo considere equivocado.

b) “En la querrela que motiva este juicio, se alega que la intención -dolo- del reo se aprecia la serie de artículos injuriosos -refiriéndose en términos agrestes contra el ofendido- que han venido publicando en Diario El Universo con la coadyuva de los representantes del medio de comunicación, quienes no han ejercido su derecho de veto...”.

Es sorprendente comprobar una y otra vez de qué autoridad se reviste a la querrela en esta sentencia. Tal pareciera que el querellante es fuente del Derecho y guía de la verdad fáctica también. Pero eso viene a ser lo de menos, a la vista de otros razonamientos como el que aquí vemos. Pues los artículos que el querellante aporta para ayudar a la prueba de que hay injuria en

el artículo que se enjuicia ¡son calificados por la misma Sala como injuriosos!, aunque en este caso sin juicio, sin proceso penal. Y si la misma Sala que juzga si hay injuria en el artículo “No a las mentiras” ya acoge, sin encomendarse a más límites ni prudencia, que los otros artículos ya eran injuriosos, cómo no va a serlo y cómo no va a parecérselo también este de ahora. Eso, podría decirse, no es valorar pruebas, eso es probar mediante prejuicios y pre-juicios.

¿Serían ya injuriosos aquellos otros artículos sobre los que no hay proceso por injurias debido a que se refieren “en términos agrestes contra el ofendido”? ¿Qué norma jurídica prohíbe los “términos agrestes” al hablar de un Presidente o criticarlo? ¿Es agreste quizá todo lo que no sea cortés, amable y elogioso? ¿En qué parte de la Constitución ecuatoriana se dispondrá que el Presidente de la República tiene derecho a la amabilidad y a la ausencia de “términos agrestes” en las referencias que a él se hagan? ¿Acaso el Código Penal define la injuria como la utilización de “términos agrestes” al hablar de alguien?

c) El dato decisivo para que se estime probado que los responsables de la Compañía son también autores, como coadyuvantes, del delito de injuria calumniosa es que no vetaron la publicación del escrito del Emilio Palacio Urrutia, habiendo podido hacerlo. El acto con el que habrían coadyuvado o cooperado de modo esencial en la comisión del delito es una omisión: la omisión del veto. Y también se está presuponiendo, sin más, el dolo: querían que, mediante el escrito “No a las mentiras” se injuriase calumniosamente a la autoridad. Pues sin dolo no hay coadyuva; no se es coadyuvante por imprudencia, pues el Art. 42 del Código Penal exige que la coadyuva a la ejecución del delito tenga lugar mediante un “acto” realizado deliberada e intencionalmente, un acto doloso para la comisión del delito.

¿Y por qué hay dolo en el acto de no vetar, según la Sala? Porque en alguna otra ocasión si se vetó, concretamente cuando no se publicó entera en el periódico una carta de la que se eliminaron expresiones injuriosas contra dicho medio. “Esto constituye prueba plena para la sala”. El razonamiento, pues, queda así: si una vez se vetó la publicación de un texto injurioso, es porque se quiso evitar la injuria; si otra vez no se vetó un texto injurioso, es porque se quiso cometer injuria. Casi no hace falta señalar que ese peculiarísimo razonamiento a contrario sensu contiene una falacia, la llamada falacia de negación del antecedente. Puede haber otras razones para publicar el texto supuestamente injurioso, mismamente porque no se pensara que lo era o por la imprudencia de no haberlo leído con detenimiento; y si hay imprudencia, no hay dolo y no hay coadyuva ni cabe la pena como autores para los responsables del periódico.

4.2.5. *Sutiles manipulaciones del sistema penal.*

Termina así el razonamiento de la Sala en este punto de la responsabilidad penal de los imputados y de su prueba:

“La prueba plena constante en autos no ha sido desvanecida conforme a derecho por la parte de la querellada y la simple enunciación o alegación de que el artículo <<NO a las mentiras>> no contiene injurias, no les alcanza para desvirtuar el hecho de que se impute un delito de lesa humanidad a un ciudadano que por elección popular es el primer mandatario de la República, hecho que afecta al honor y el buen nombre del ofendido (Art. 66 numeral 128 de la Constitución de la República)”.

Vayamos de lo accesorio a lo principal. Ser por elección popular primer mandatario de la República no añade nada a la condición de autoridad que forma parte del tipo agravado de injurias calumniosas *a la autoridad*. No es que por definición un mandatario por elección

popular no pueda cometer delitos o tenga patente de corso o sea santo. Sin el más mínimo ánimo de establecer comparaciones y analogías, podría decirse que también Hitler fue primer mandatario por elección popular y que cómo se le van a imputar delitos. Que razonamientos de este calibre los haga el abogado del querellante sí es comprensible, dentro de la retórica forense que busca persuadir más que convencer; que los haga la Sala ya es harina de otro costal.

La que la sentencia llama “La prueba constante en autos” ya sabemos cuál es, ha quedado descrita en los puntos anteriores. Pues bien, a esa prueba, que consiste básicamente en las alegaciones, documentos e interpretaciones del querellante, la llama la Sala “prueba plena”. A partir de ahí, la suerte está echada. Una prueba plena, tan segura y verdadera como al parecer era la que aquí había y había demostrado el querellante, no se puede “desvirtuar” por el acusado, pues, por definición, la prueba plena y verdadera es “indesvirtuable”. Por consiguiente, “la simple enunciación o alegación -por parte de los acusados- de que el artículo <<NO a las mentiras>> no contiene injurias no les alcanza” para “desvirtuar” lo que la acusación ha dejado probado *ad aeternum* mediante, a fin de cuentas, “la simple enunciación o alegación” de que dicho artículo sí contiene injurias. Entre los que simplemente alegan sobre un mismo escrito, todavía hay clases, no lo olvidemos. No vamos a valorar igual pruebas idénticas cuando las afirman personas que hemos de valorar distintamente; porque una es Presidente de la República por elección popular, y la otra, no.

El sistema penal de un Estado de Derecho demanda que a nadie se condene mientras no se demuestre su culpabilidad. Ese es el juego de la presunción de inocencia, y donde la presunción de inocencia no impera, la agresión a los derechos fundamentales de los ciudadanos es gravísima y evidente. La acusación propone sus pruebas y la defensa las suyas. Lo primero que ha de estar garantizado, para que esa presunción de inocencia no parezca presunción de culpabilidad, es que las pruebas propuestas por las partes se acepten o rechacen con idéntico rasero, con igual criterio. En segundo lugar, se impone que esas pruebas se valoren conforme a la misma pauta. Porque si de antemano se arranca, entre dos pruebas de muy similar cariz (por ejemplo, dos dictámenes sobre el significado o los posibles sentidos de un texto escrito), de que la de la acusación es plena y verdadera y contundente y que la de la otra parte, la defensa, jamás va a poder desvirtuar tal plenitud y contundencia, hemos invertido subrepticia y mezquinamente la presunción de inocencia. Es como si a un ciudadano se le dijera: a usted le presumimos la inocencia, claro que sí, pero, en cuanto se le acuse, las pruebas contra usted van a ser tan obvias que jamás podrá usted probar que no es culpable. A los efectos: a ese ciudadano se le presume la culpabilidad, aunque sea una presunción que quiere quedar disimulada.

4.2.6. *Dudosos argumentos doctrinales.*

Tres textos doctrinales trae en su apoyo aquí la Sala. Para encontrar uno que permita considerar que hay imputación en cualquier caso en que se mencione un delito en relación con alguien, sea como broma, ironía, sarcasmo, advertencia, caricatura o simplemente por juego, se ha buscado con auténtico esmero en la bibliografía penalista y se ha ido a dar al fin con un texto peruano de 1930, del conocido autor Francisco Pérez Borja. Según dicho texto, y por poner sólo un ejemplo, hasta las fórmulas condicionales son imputación de delito a estos efectos. Por ejemplo, si yo escribo: “Si el Rey de España hubiera malversado fondos del Estado español, habría que juzgarlo”, ya habría cometido yo delito. Si yo le advierto: “Majestad, tenga cuidado, no vaya a ser que algún enemigo suyo le vaya a imputar un delito de malversación de fondos”, estaría yo cometiendo el delito de injuria calumniosa por haberle imputado al Rey un delito de malversación de fondos. La verdad es que no parece que estos planteamientos casen bien con la semántica, la lógica y hasta el sentido común.

Esa cita del eximio penalista peruano de comienzos del pasado siglo da pie a una curiosa contorsión en el razonamiento de la sentencia y a una nueva declaración de independencia frente a la lógica: “Del comentario del tratadista, pueden distinguirse algunas circunstancias y elementos propios de la conducta antijurídica acusada: una imputación falsa en el artículo <<NO a las mentiras>>, hasta podría decirse que la simple duda que se alega -de si era una recomendación o no-, se considera una imputación, además que es evidente que se dirige al ofendido, aunque no se le nombra”. En otras palabras:

a) Que hay imputación de delito porque sí hay imputación de delito, porque la Sala estima que sí hay imputación de delito porque tiene razón el querellante.

b) Que aunque no haya imputación de delito, sí es imputación de delito en cualquier caso. Pues, si lo que se hace no es imputarle el delito al Presidente, sino advertirle de que alguien, un enemigo, se lo podría imputar un día, quién sabe si incluso de mala fe y sin fundamento, estamos igualmente ante la imputación punible: advertir a alguien de que su enemigo le puede imputar un delito es lo mismo que imputárselo ya el mismo que lo advierte. Esa es la lógica de la Sala, basada, al parecer, en la lógica magistral de aquel famoso tratadista peruano de 1930.

Las otras tres citas doctrinales, correspondientes a los acreditados penalistas Rodríguez Mourullo y otros y a Jiménez de Azua (sic), ponen el subrayado en el dolo que este tipo de delito requiere, y lo hacen en tales términos (el dolo debe ser “claro, manifiesto y probado”) que más bien deberían servir de apoyo a la crítica de la sentencia que al fundamento de la misma, ya que es tan absolutamente endeble la prueba del dolo que la Sala expone: más que nada, que el dolo queda probado porque el querellante lo probó al decir que había dolo.

5. Daños y perjuicios.

La sentencia de la Sala, en un breve fragmento final del considerando séptimo, hace referencia a la corrección de la indemnización por daños y perjuicios ordenada en la sentencia del Juez de Garantías Penales. Nos encontramos en esto ante una clara muestra de lo que en la doctrina y la jurisprudencia internacionales se denomina incongruencia omisiva.

Hay incongruencia omisiva porque en los recursos de apelación de los querellados se habían dado diversos argumentos de fondo y de forma sobre dicha indemnización y esos argumentos no reciben respuesta expresa, no son tomados en cuenta, sea para atenderlos, sea para rebatirlos.

La paupérrima argumentación de la sentencia de apelación en este punto tiene dos elementos. Primeramente, se citan unos párrafos de un libro publicado en Bogotá en 2004 por un doctrinante, Jorge Peirano Facio. Expone este autor, en esas líneas que la sentencia recoge, que en la idea de daño se contienen dos elementos, el perjuicio y el atentado o lesión de un derecho, y que cabe la acción de responsabilidad por daño cuando esos elementos se dan, con independencia de cuál sea el monto concreto del daño acaecido. Se sobreentiende que se está hablando, pues, de las condiciones para que quepa ejercer dicha acción, sin perjuicio de que en el correspondiente proceso haya que probar el daño y su entidad, a efectos de fijar el monto debido de la reparación.

Sin embargo, a partir de tan elementales consideraciones, la Sala “colige” bastante más:

“De lo anterior se colige que el monto de la indemnización no solo se ciñe al daño emergente y lucro cesante como tradicionalmente se ha conceptualizado, hoy en día, doctrinalmente se mira más allá hacia el daño futuro que traerá el acto ilícito. Sin embargo, la Sala considera que lo originalmente solicitado, ochenta millones de dólares, resultó desmesurado, siendo procedente la confirmación de la determinación efectuada por el Juez de primer nivel”. Esto es, cuarenta millones de dólares.

¿Realmente “se colige” tal conclusión?

a) Se puede aceptar sin objeción que la indemnización por daño procede cuando (i) hay daño, del grado que sea, y (ii) que cuando ha quedado acreditado que un atentado contra el honor implica un daño, dicho daño debe ser reparado. Pero de esto nada se sigue sobre el monto concreto de ese daño y de la consiguiente reparación. ¿Por qué precisamente cuarenta millones de dólares? ¿Qué pauta se ha aplicado para ese cálculo? Podrá haber una pauta y de ella resultará esa cantidad u otra bien distinta, pero el más elemental requisito de racionalidad argumentativa y de exclusión de la arbitrariedad requiere, primero, que se explique cuál es esa pauta que se aplica y de dónde se extrae y, segundo, que se explique que esa aplicación conduce, con un cálculo certero o razonable, a ese monto de la indemnización.

No se puede olvidar tampoco, y esto es esencial, que la indemnización por daño no tiene una función sancionadora, sino reparadora, a fin de que la persona dañada sea compensada de modo tal que pueda entenderse restituida en la posición que tendría si el daño no hubiera tenido lugar. Esto presupone, con absoluta necesidad, que el cálculo de la indemnización esté en función del cálculo del daño, ya que si el valor de la reparación es superior al del daño, ya no es reparación, sino castigo, al menos en la diferencia entre lo que vale el daño y lo que vale la reparación; para el beneficiario sería enriquecimiento: habría cambiado el perjuicio por beneficio. Y, si no se explicitan las bases sobre las que se evalúa el daño, la determinación de la indemnización resultará completamente arbitraria. No vale, por tanto, lo de que “la Sala considera”, sino lo que la sala considere fundadamente y argumentadamente. El “a mí me parece” no es argumento, y menos cuando es descomunal la cantidad de dinero en juego. Lo mismo habría que decir si a la Sala le hubieran “parecido” que la indemnización debía ser de un dólar o de ochenta millones: simple arbitrariedad.

b) Se puede igualmente asumir que para el cálculo del daño, y de la indemnización a él proporcional, se deben considerar tanto el daño emergente como el lucro cesante. Pero cuando se trata de indemnizar por daño al honor, resulta todavía más difícil apreciar cuál es el lucro cesante. Cabe, con todo, en el caso en que la persona ofendida desempeña alguna profesión en la que su ganancia o beneficio económico depende de su imagen, pero ¿en qué y en cuánto deja de lucrarse un Presidente de la República cuando su honor y su imagen son menoscabadas? ¿Cómo se puede cuantificar, con una mínima razonabilidad, tal menoscabo? Con todo, no parece ser esta una cuestión que preocupe a la Sala, pues no se detiene, en modo alguno, en distinguir qué parte de aquella indemnización que “considera” adecuada, cuarenta millones de dólares, corresponde a daño que ya se ha producido y cuánto al daño emergente, es decir, a la ganancia futura que se pierde. Se “considera” a tanto alzado y a ojo de buen cubero, sencillamente. Con lo que deja de verse el porqué de que la sentencia subraye que el daño cubre esos dos aspectos.

c) La indemnización por daño sólo puede ser por el daño padecido por el ofendido. ¿Y quién es, en su caso, el ofendido en este proceso? ¿La sociedad ecuatoriana? ¿O, acaso, una

entidad más abstracta aún, como la paz social? Solamente puede contar y tomarse en consideración como dañado el querellante, el economista Rafael Vicente Correa Delgado, a la sazón Presidente de la República. Los perjuicios que aquellas otras entidades o aquellos otros sujetos colectivos puedan experimentar como consecuencia de un delito de injurias calumniosas a la autoridad ya han sido considerados cuando se tipificó el tipo agravado de injurias calumniosas *a la autoridad*, y no son indemnizables. No lo son bajo ningún concepto, pero, si lo fueran, debería ser la sociedad la indemnizada, no el querellante. Porque, entre otras cosas, el querellante acusa y demanda a título personal, no a título de representante legal de la sociedad o de administrador de ella.

¿Qué significa entonces aquella afirmación de la sentencia de que “la indemnización *no solo* se ciñe al daño emergente y lucro cesante como tradicionalmente se ha conceptualizado, hoy en día doctrinalmente se mira más allá de lo evidente, hacia el daño futuro o secuelas que traerá el acto ilícito”. ¿Qué doctrina es esa que hoy “conceptualiza” de tan novedosa manera? La que inmediatamente antes se ha citado en la sentencia no, desde luego. ¿Qué adicionales fuentes doctrinales maneja la Sala sin compartirlas? ¿A qué daños futuros o secuelas se está haciendo referencia sin explicitarlos? Y, muy especialmente, ¿daños o secuelas para quién o quiénes?

d) La respuesta está en el considerando siguiente, el octavo:

“El abuso de un derecho, en muchas ocasiones, trae consigo consecuencias inimaginables, para la convivencia pacífica en una sociedad civilizada, puede inclusive generar histeria colectiva cuyo resultado puede ser nefasto. Los hechos del 30 de septiembre del 2010, son un ejemplo de cómo la desinformación puede afectar el comportamiento de un ente colectivo, en dicho caso específico de la fuerza pública (fuerza policial), cuyas consecuencias afectaron a todo el país”. ¿Era esto lo que se miraba al mirar “más allá” para fijar el monto de la indemnización? Analicemos.

(i) Esos daños son, en primer lugar, puramente hipotéticos, como delatan las propias expresiones que acabamos de ver. Si son “inimaginables”, ¿cómo podemos “imaginar” su alcance concreto para el caso? Se dice que el abuso de un derecho “*puede* inclusive generar histeria colectiva cuyo resultado *puede* ser nefasto”. Al margen de que no se deja en muy buen lugar a una sociedad a la que se retrata como propensa a la “histeria colectiva”, ¿cómo se calculan y se reparan, a día de hoy, los daños que “pueden”, tal vez (o tal vez no) acontecer mañana o algún día?

También el ejercicio legítimo de un derecho, como el de información mismamente, puede dar lugar a disturbios sociales o a “histeria colectiva”, si existe semejante propensión a comportamiento grupal histérico. ¿Hemos de concluir, pues, que también tal ejercicio legítimo de un derecho debe restringirse o censurarse para evitar esos “posibles” efectos? ¿También en ese caso debería condenarse al informador o al medio a indemnizar a la sociedad? ¿O son los efectos futuros y todavía meramente hipotéticos los que justificarían, incluso, la calificación de la información como delictiva? ¿Estamos realmente ante una nueva “conceptualización” no solo del derecho de daños, sino también del Derecho Penal? ¿Pesaron esas apreciaciones sobre consecuencias futuras hipotéticas para que la Sala dictaminara que había habido en el caso delito de injurias calumniosas?

(ii) En segundo lugar, esos daños hipotéticos perjudicarían a la sociedad en su conjunto, no al “ofendido” y demandante a título personal. Luego, como ya se ha indicado, la

indemnización, si procediera (y no procede), tendría que ser, al menos en parte, para la sociedad y como compensación por la “histeria” que colectivamente pudiera padecer.

(iii) ¿Fueron Emilio Palacio Urrutia o la Compañía Anónima El Universo responsables de los acontecimientos de 30 de septiembre de 2010? Esa responsabilidad sólo se les podría imputar con algún efecto jurídico si por esa causa hubiera habido contra ellos algún tipo de condena, en el consiguiente proceso y con las garantías del proceso debido. Pero no hay tal condena. Podrá un ciudadano o un ciudadano juez opinar que aquellos sucesos se debieron a “histeria colectiva” y a “desinformación”, pero lo que no puede ser de recibo es que en una sentencia se haga, de pasada y sin venir al caso, una especie de imputación retroactiva de aquella responsabilidad como base para la concreta imputación de responsabilidad penal y civil en el caso que ahora se falla y que versa sobre hechos bien concretos y acotados, los hechos de *este* caso. ¿O es que, a modo de prejuicio que se insinúa pero no se argumenta como juicio, parte la Sala de creer que los verdaderos culpables de aquellos sucesos del 20 de septiembre son los medios de comunicación, o algunos de ellos, o son estos periodistas y directivos ahora procesados y condenados? ¿Es así como la Sala entiende que está “contribuyendo a la paz social, que es la misión de la justicia”? ¿Hemos pasado del viejo “*fiat iustitia, et pereat mundus*” a un revolucionario “*fiat pax, et pereat ius*”?

6. No se debe censurar, pero se castiga por no haber censurado.

En el considerando octavo se lee:

“Los querellantes han expresado a lo largo del proceso y en la audiencia oral, pública y contradictoria, que los editorialistas que escriben en diario El Universo, tienen independencia al momento de emitir sus opiniones y criterios en sus artículos, que respetan la cláusula de conciencia constitucional (Art. 20 Constitución). Como ya se analizó en líneas anteriores, esta aseveración de la defensa no ha sido comprobada conforme a derecho ya que en los estatutos no consta esta <<cláusula de conciencia>> dentro de la política de opinión y editorial; tampoco se ha logrado desvirtuar la participación y cooperación de los señores Pérez, Directores y Representantes Legales del medio de comunicación social Diario El Universo, en la publicación del artículo <<NO a las mentiras>>, resultando trascendental que se haya presentado como prueba documental, por ambas partes, los Estatutos de la Compañía Anónima El Universo; en contrario sensu, la política editorial y de opinión resulta contraria a los principios constitucionales de libertad de pensamiento y opinión, de difusión de información veraz, verificada, sin censura previa (numeral 1 del art. 18 de la Constitución de la República), asunto que se colige con la censura ejercida a una carta rectificatoria de un lector del medio referido (fs. 1471), lo cual es contrario a lo que establece el numeral 7 del Art. 66 de la Constitución de la República: <<Art. 66: Se reconoce y garantiza a las personas... 7. El derecho de toda persona agraviada por informaciones sin pruebas o inexactas, emitidas por medios de comunicación social, a la correspondiente rectificación, réplica o respuesta, en forma inmediata, obligatoria y gratuita, en el mismo espacio y horario>>”.

Intentemos aclarar el alambicado razonamiento, cuya difícil interpretación se agrava con el peculiar modo de colocar los signos de puntuación. El razonamiento sigue el siguiente curso “lógico”:

(i) No se ha podido probar que la dirección del diario El Universo se rija por una cláusula de conciencia en virtud de la cual los “editorialistas” emiten en el periódico sus opiniones con total independencia y sin ningún tipo de control o censura.

(ii) Tampoco se ha podido probar que no conocieran el artículo del señor Palacio Urrutia y no participaran con plena deliberación en su publicación.

(iii) No ha quedado probado que en los estatutos del diario o la Compañía figure esa cláusula de conciencia que asegure que sus “editorialistas” pueden publicar libremente y sin control ni censura sus opiniones e informaciones.

(iv) El Art. 18, numeral 1, de la Constitución impone, según el entender de la Sala, que los informadores o periodistas deben poder publicar sus escritos sin que los medios les puedan aplicar control o censura previa.

(v) “En contrario sensu”, si la Dirección del diario El Universo aplica dicho control o censura previa, estará vulnerando el referido precepto constitucional prohibitivo de la censura, el numeral 1 del Art. 18 de la Constitución.

(vi) La Dirección de El Universo sí incurre en la práctica de la censura previa, como habría quedado probado respecto de la carta rectificatoria de un lector del medio referido, lo cual es también contrario al derecho de rectificación que reconoce y garantiza el Art. 66 de la Constitución de la República.

Ese es, adecuadamente reconstruido, el iter del razonamiento de la Sala. ¿Para llegar a qué conclusión? A la de que *la Dirección del periódico es responsable por no haber incurrido*, en el caso del escrito “NO a las mentiras” del periodista Emilio Palacio Urrutia, *en la práctica inconstitucional de la censura previa*. En otras palabras, *son penal y civilmente responsables porque no han incurrido en una práctica prohibida por la Constitución en su Art. 18*. Para librarse de esas responsabilidades deberían haber reincidido en dicha conducta inconstitucional como censores. Además, si ya una vez habían caído en ella, por qué no reincidir cuando de nuevo podían. En el caso del lector procedieron indebidamente *porque* de su carta “*censuraron*” el contenido injurioso. En el caso del escrito “NO a las mentiras” actuaron indebidamente *porque no censuraron* el supuesto contenido injurioso. En el caso de la carta de rectificación, el Art. 66 de la Constitución impide, al parecer, la censura de las posibles injurias. En el del Art. 18 numeral 1 de la Constitución, también queda vedada la censura, incluso de las injurias, pero la Dirección de El Universo es penalmente responsable *por no haber ejercido esa censura constitucionalmente vedada*.

La gran pregunta, que lamentablemente la sentencia no resuelve, es esta: ¿cómo puede ser delito o ilícito indemnizable un comportamiento obligado por la Constitución, el consistente en no censurar un escrito? ¿Cómo se puede argumentar en una sentencia que los acusados tendrían que haber actuado de manera constitucionalmente ilegítima para no haber cometido delito y no haber incurrido en responsabilidad por daño? Y más: ¿qué importa que aquella “cláusula de conciencia” figure o no en los estatutos, si entendemos que ya está reconocida en la Constitución? ¿Acaso el silencio sobre ese extremo en los estatutos convierte en inaplicable la cláusula constitucional? ¿Sólo rige el mandato constitucional en defecto de desarrollo estatutario opuesto? Esa sería, ciertamente, una muy particular y revolucionaria “conceptualización” de los preceptos constitucionales sobre derechos fundamentales.

II. Análisis de la Sentencia del Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas, de fecha 20 de julio de 2011.

1. Sobre la inimputabilidad imputable de las personas jurídicas.

1.1. Quien puede acusar puede ser acusado. O de la confusión sobre las partes.

Dice el Juez de primer nivel en el considerando primero de su sentencia:

“En cuanto a la alegación de que los órganos jurisdiccionales penales son competentes solo para juzgar personas naturales, aquello no es correcto por cuanto la ley penal permite, en el inciso final del Art. 52 del Código de Procedimiento Penal, que <<La persona jurídica ofendida podrá acusar por medio de su representante legal, quien podrá actuar por sí mismo o mediante procurador judicial>> (...), y el numeral 3 del Art. 68 del Código ibidem, nos aclara que <<Se considera ofendido: 3. A las personas jurídicas, en aquellos delitos que afecten a sus intereses...>>, entonces las personas jurídicas pueden ser parte de un juzgamiento penal con lo que se desvirtúa aquella alegación. Ahora bien, del estudio de la querrela del economista Rafael Vicente Correa Delgado, se establece que acusa a la persona jurídica Compañía Anónima El Universo, a efectos indemnizatorios, por haber sido instrumentalizada en el cometimiento de la infracción para lo cual solicita sea declarada responsable, asunto que no es contrario a derecho porque en el Art. 42 del mismo Código, se advierte que sí es posible cuando: <<Se reputan autores los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción...>>”.

Toda una exposición de confusiones y una declaración de intenciones, pues:

(i) Por lo que se ve, del hecho de que una persona jurídica pueda, según la ley, ser acusadora se infiere, con peculiarísima lógica, que la misma ley permite que pueda ser penalmente acusada, aunque tal cosa en la ley no se diga ni se insinúe siquiera. Según esa llamativa “lógica”, quien en un proceso tiene legitimación activa ha de tenerla también pasiva. Quien puede imputar, puede ser imputado. Así que, por la misma vía de razonamiento, forzoso será concluir también que, por ejemplo:

- Puesto que en nombre de un menor (por ejemplo de diez años) se puede, a través de sus representantes legales, ejercer acusación penal, también podrá el menor, como tal, ser penalmente acusado.

- Puesto que se puede acusar penalmente con meros propósitos indemnizatorios, también cabrá demandar civilmente con meros propósitos penales; es decir, que también habría de ser posible ejercer la acción civil por daños, ante el juez civil, a fin de que se imponga al “ofensor” nada más que una pena, incluso sin indemnización. Si cabe en lo penal indemnización sin pena, ¿porqué no ha de admitirse en lo civil pena sin indemnización?

(ii) Si una persona jurídica, no penalmente imputable, puede ser reputada penalmente de autor, los penalmente inimputables pueden ser tratados como autores penales, con lo que la

inimputabilidad pierde todo su sentido, ya que el inimputable puede ser imputado. Poderosísima innovación del sistema penal y revolucionaria alteración de las categorías penales.

(iii) ¿Quién “instrumentaliza” a quién? En el párrafo transcrito se razona que la Compañía Anónima el Universo ha sido “instrumentalizada en el cometimiento de la infracción”. Hay que entender que la persona jurídica ha sido “instrumentalizada”, por las personas naturales, para la comisión del delito y que por eso se torna autora también del delito. Así que si un inimputable ha sido “instrumentalizado” para cometer un delito, ese inimputable es penalmente autor del delito y se puede declarar su responsabilidad penal. Valdrá, pues, lo mismo para un menor: si los autores intelectuales del delito, quienes tenían el dominio del hecho, lo cometieron “instrumentalizando” al menor, será procedente acusar penalmente al menor y declararlo, como tal, responsable.

(iii) ¿Pero el autor principal es la propia persona jurídica o son las personas naturales? Dependerá de quién “instrumentalice a quién”. Puesto que la compañía es imputada en esta sentencia y dado que se subraya en el párrafo transcrito la palabra “orden”, pareciera que el autor principal es la Compañía y los coadyuvantes son quienes cumplieron con su delictiva orden corporativa.

(iv) Sobre el Art. 42 y su cita: si, a tenor de dicho artículo, son autores “los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas imputables o inimputables”, ¿cuál es la situación si el autor se ha valido, para la comisión del delito, de una persona inimputable? Pues que el autor sigue siendo autor, pero la persona inimputable sigue siendo inimputable y no podrá ser encausado penalmente como autor, bajo ninguna de las figuras de autoría. Es el caso de las personas jurídicas.

1.2. También se confunden las culpabilidades.

Inmediatamente después del párrafo que acabamos de repasar, sigue este otro:

“Al respecto, sobre lo que significa IMPUTABLE, el <<Diccionario Básico de Derecho>> del Dr. Manuel Sánchez Zuraty (...) manifiesta: <<Capaz penalmente. // Persona a quien se le atribuye el cometimiento de un delito por la acción u omisión voluntarias que lo han provocado>>, de donde que, lo contrario sería NO IMPUTABLE, NO CAPAZ PENALMENTE o INCAPAZ; entonces, siendo que nuestro Código Civil, en el art. 1463, inciso tercero, establece que: <<Son también incapaces... las personas jurídicas>>, se colige que, según palabras del querellante, al haberse instrumentalizado el medio o la Compañía Anónima el Universo, equivale a la frase del Art. 42 del Código Penal ...<<...valiéndose de otras personas... no imputables>>, debiendo entenderse legalmente que fue la persona jurídica el medio del que se valieron las personas naturales acusadas para efectuar o cometer el ilícito acusado, y por cuanto la persona jurídica <<instrumentalizada>> es <<capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles>> (Art. 564 Código Civil), es viable que el economista Rafael Vicente Correa Delgado, la haya querellado y pretenda que ésta responda por los daños y perjuicios, los cuales se determinarían siempre y cuando se establezca la culpabilidad de los acusados, además que el inciso segundo del Art. 67 del Código Penal, indica que <<... el damnificado puede reclamar ante el fuero penal la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el delito, mediante la correspondiente acusación particular que con tal objeto se intente...>>”.

Tremendo párrafo, apoteosis de la oscuridad. Así que desglosemos.

(i) Puesto que según el Art. 1463 del Código Civil las personas jurídicas son “incapaces”, y puesto que la persona jurídica habría sido aquí “instrumentalizada” para la comisión del delito, estamos ante uno de los supuestos contemplados por el Art. 42 del Código Penal: la comisión de un delito por personas naturales que se valen para ello de personas no imputables.

(ii) Pero las personas jurídicas que, según el Art. 1463 del Código Civil, son incapaces, son capaces a tenor del Art. 564 del mismo Código, capaces para “ejercer derechos y contraer obligaciones civiles”. Por supuesto, la sentencia no se detiene a hacer una interpretación sistemática de esos preceptos, a fin de evitar la aparente contradicción.

(iii) Puesto que las personas jurídicas son incapaces pero capaces, serán también inimputables pero imputables, lo que hace “viable” que el querellante pueda querellarse contra la persona jurídica, aunque a ella la acuse sin acusarla y nada más que para demandar reparación civil.

(iv) No obstante, se requiere que “se establezca la culpabilidad de los acusados”. ¿De qué acusados? ¿Sólo de los acusados que sean personas naturales o también de la persona jurídica acusada? Puesto que el citado Art. 67 del Código Penal dice que podrán reclamarse ante el fuero penal los daños y perjuicios ocasionados “por el delito”, tendríamos que pensar que se trata de que es viable reclamar los daños y perjuicios ocasionados por la comisión del delito por quienes pudieron cometerlo, las personas naturales. Mas, si así pueden y deben ser las cosas, no podrá condenarse por delito a la persona jurídica y, en consecuencia, no podrá ser condenada a indemnizar por los daños ocasionados por *su delito*, ya que no hay delito suyo. Lo que sabemos que no significa que no quepa reclamar de la persona jurídica indemnización por daños, ante el fuero competente, sino que no es el fuero penal el competente para esa reclamación. *Que la persona jurídica pueda ser “culpable” del daño no hace que pueda ser “culpable” del delito*, pues como en el párrafo transcrito expresamente se recoge, la culpabilidad que en el proceso penal hay que establecer como condición previa es la culpabilidad “de los acusados”. Y penalmente acusado sólo puede ser el imputable, el que puede ser sujeto pasivo de la acusación penal. Las personas jurídicas carecen de *esa* capacidad, aunque tengan otras.

2. Sobre el valor y la aplicabilidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el considerando primero de la sentencia, el Juez de Garantías Penales hace las siguientes apreciaciones:

(i) “El criterio del suscrito juzgador es que la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (Convención), forma parte del ordenamiento jurídico interno ecuatoriano y la Constitución de la República está jerárquicamente por encima de aquel convenio internacional según expresa en el Art. 425 de la Carta Magna del Estado Ecuatoriano”.

(ii) “Sólo se invierte esta jerarquía en caso de sean [sic] <<tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución>> (inciso final del Art. 424 ibidem)”.

Recordemos el tenor literal del Art. 424 de la Constitución:

“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.

Resultará, por tanto, que:

1. Como regla general, la Constitución es norma suprema del ordenamiento jurídico y prevalece incluso sobre los tratados internacionales ratificados por el Estado.

2. A esa prevalencia de la Constitución sobre los tratados internacionales se pone una excepción, de modo que prevalecerá lo dispuesto en los tratados cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que se sean tratados internacionales de derechos humanos.
- b) Que hayan sido ratificados por el Estado.
- c) Que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución.

Si esas tres condiciones se cumplieran en el caso de autos, sería falsa la afirmación de la sentencia en (i), en el sentido de que “la Constitución de la República está jerárquicamente por encima de aquel convenio internacional según expresa en el Art. 425 de la Carta Magna del Estado Ecuatoriano”. No puede haber una contradicción entre los Arts. 424 y 425 de la Constitución, de modo que el segundo establezca una superioridad sin excepción de la Constitución sobre los tratados de derechos humanos. Pues, de ser así, perdería todo su sentido la alusión a las normas convencionales “que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución”. Si aparece un conflicto entre la norma constitucional más restrictiva de un derecho y la norma de un tratado internacional que lo reconoce más favorablemente, y si ese conflicto se resuelve a favor de la norma constitucional restrictiva, esta ganará siempre y resultará en el caso completamente inaplicable la norma del tratado. Según tal punto de vista, habría que concluir que un Estado puede válidamente ratificar tratados referidos a derechos humanos que en su Constitución no reconoce o restringe o niega, sin quedar, por tanto, obligado por ellos en su versión más favorable, la convencional. Amén de que se vulneran, con tal planteamiento, las más elementales normas del Derecho Internacional de los Tratados.

Ahora veamos si aquellas tres condiciones se cumplen en lo que en este caso importa.

Que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es un tratado internacional de derechos humanos no podrá negarse. Se cumple la primera. Para que se cumpla la segunda, basta el dato objetivo de que el Estado Ecuatoriano lo haya ratificado. Así que nos queda nada más que la tercera.

Es evidente que en la sentencia se quiere aplicar la Convención, pues se dice que:

“La Convención Americana referida sí establece el derecho a la <<Protección de la Honra y de la dignidad>> de las personas (Art. 11 Convención) y a las <<responsabilidades ulteriores>> (numeral 2 del Art. 13 Convención)”.

Mas esta afirmación a favor del derecho del querellante se hace en la respuesta a los querellados, quienes alegaban en su favor *otros* derechos presentes en aquella Convención. ¿Por qué, de los derechos en la Convención reconocidos, al Juez le importan o le interesan nada más que los que dan sustento al querellante? ¿O es que la convención sólo prevalece sobre el derecho interno ecuatoriano en lo que dé razón al querellante?

Aunque el Juez no quiera, procede examinar si en la Convención Americana las libertades de expresión y de opinión se reconocen con más amplitud que en la Constitución de la República de Ecuador, pues, de ser así, se cumpliría la tercera y decisiva condición para que los correspondientes preceptos de la Convención hayan de aplicarse al caso por encima, incluso, de las normas de la Constitución.

Dentro del capítulo “Derechos de libertad”, el Art 66 de la Constitución dice:

“Se reconoce y garantiza a las personas: (...) 6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones”

Por su parte, el art. 384 dispone que:

“El sistema de comunicación social asegurará el ejercicio de los derechos de la comunicación, la información y la libertad de expresión, y fortalecerá la participación ciudadana.

El sistema se conformará por las instituciones y actores de carácter público, las políticas y la normativa; y los actores privados, ciudadanos y comunitarios que se integren voluntariamente a él. El Estado formulará la política pública de comunicación, con respeto irrestricto de la libertad de expresión y de los derechos de la comunicación consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. La ley definirá su organización, funcionamiento y las formas de participación ciudadana”.

El Art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, bajo el rótulo “Libertad de Pensamiento y de Expresión” establece:

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

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
(...)”.

Si la protección de las libertades de expresión, opinión e información es más intensa en la Convención Americana, debe aplicarse ésta preferentemente, por las razones antedichas. Si la protección es idéntica en la Convención y en la Constitución, es indiferente cuál se aplique, pues

conducirán al mismo resultado. Si la protección fuera menor en la Convención, deberá aplicarse preferentemente la Constitución. Pero, sea como sea, se impone:

a) Tomar en cuenta estos derechos y normas alegados por los querellados, y no solamente el encaje en la Constitución y en la Convención de los derechos que el querellante invoca.

b) Interpretar las correspondientes normas *sustantivas* de la Constitución y la Convención para establecer en cuáles de ellas se contiene el tratamiento más favorable de esos derechos y, por tanto, cuáles deben aplicarse prioritariamente; y argumentar razonablemente esa interpretación, por supuesto.

Ninguna de esas dos condiciones se cumple en esta sentencia del Juez de Garantías Penales, sino que nada más que se juega con el derecho al honor del querellante y con contradictorias disquisiciones sobre la prevalencia de las normas constitucionales o las de la Convención.

(iii) Sigue la sentencia:

“... además de que la llamada <<jurisprudencia interamericana>> no es vinculante para un Estado parte que no sea objeto de una demanda contenciosa, y el llamado <<control de convencionalidad>> no es norma obligatoria para los jueces de los Estados Partes de la Convención, dado que **aún no existe el denominado derecho único** para los países miembros de la OEA y de la Convención, dado la diversidad ideológica y cultural de cada uno de sus miembros”.

Veamos:

- ¿Qué significa “vinculante para un Estado”? Posiblemente se está confundiendo el carácter vinculante para el Estado de las normas de los tratados que ha ratificado con el tipo de procesos y los efectos con los que esas normas pueden ser alegadas.

- Si los jueces del país no tienen obligación de aplicar el control de convencionalidad, queda en papel mojado aquella proclamación constitucional de la superioridad de los tratados que contengan estipulaciones más favorables para el derecho humano en cuestión. Esto equivale a decir que el mandato constitucional sólo se respetará cuando los jueces deseen respetarlo; por extensión, la superioridad de la Convención que otorga al derecho trato más favorables la considerarán los jueces solamente cuando les interese. Las normas de la Convención, así, dejan de ser imperativas y se convierten en disponibles.

- Si las normas de los tratados internacionales sólo obligan a los jueces cuando exista un “derecho único”, ninguna norma internacional de carácter convencional será obligatoria para los jueces, pues hay derecho internacional, como distinto de los derechos nacionales, mientras no exista un “derecho único”. Cuando exista “derecho único” habrá un solo derecho y no varios sistemas normativos conviviendo e interactuando dentro de un suprasistema complejo de fuentes internas y externas.

- Si la “diversidad ideológica y cultural” de los Estados que hacen parte de una Convención internacional de derechos humanos es excusa para la desatención a las normas de la Convención, sólo tendrán sentido y operatividad tales convenciones cuando las suscriben

Estados cultural e ideológicamente homogéneos. Lo demás será perder el tiempo y pactar sin compromiso de cumplir.

3. El delito, las pruebas y su valoración.

3.1. Qué pruebas valen, cuáles se consideran y bajo qué condiciones.

En el considerando tercero se enumeran las pruebas documentales aportadas por el querellante y los querellados. No se alude en la sentencia a otro tipo de pruebas como base del juicio condenatorio recaído, ni en lo concerniente a las pruebas del delito de injurias calumniosas ni en lo relacionado con los daños indemnizables. Por tanto, cualquier lector imparcial de la sentencia debe concluir, irremisiblemente, que no se practicaron en el proceso las pruebas periciales o de testigos que menciona como posibles el Art. 372 de la Ley de Procedimiento Penal, pues si las hubiera habido, pecaría la sentencia de incongruencia omisiva por no mencionarlas ni, sobre todo, por no establecer su valor.

Previamente, en el considerando segundo, se hace una interpretación estricta del Art. 372 de la Ley de Procedimiento Penal, interpretación a tenor de la cual el plazo de seis días de que las partes disponen para la presentación de pruebas documentales no es susceptible de interrupción o suspensión. En el considerando tercero se insiste, en que en dicho plazo de seis días las partes sólo pueden presentar *sus* pruebas documentales, lo que el Juzgador entiende como nada más que aquella “prueba documental obtenida directamente” por las partes mismas.

Algunos querellados solicitaron, dentro del plazo de los seis días, que el Juez oficiara “exhortos a entidades u organismos públicos, privados, nacionales o internacionales”, pero se insiste en la sentencia en que aquel plazo improrrogable de seis días vale solamente para que cada parte presente las pruebas documentales que en ese tiempo tenga en su poder o por su cuenta consiga. Resulta claro, por tanto, que si el querellante, economista Rafael Vicente Correa Delgado, hubiera solicitado del Juez que oficiara exhorto para algún organismo nacional o internacional a fin de conseguir alguna prueba documental esencial que no constara en su poder o que no pudiera tener él en dicho plazo, el Juez habría aplicado idéntica interpretación restrictiva y habría rechazado la pretensión.

La justificación de la referida interpretación estaría en que “La voluntad del legislador fue hacer el procedimiento sumarísimo donde el querellante y los querellados puedan por sí mismos incorporar al juicio su prueba documental obtenida directamente, no cabe otra posibilidad; por ello la alegación de que se dejó en indefensión por no aceptar solicitudes de oficio, simplemente carece de sustento legal”.

No da la impresión de que se atiendan mucho las llamadas que en la normativa constitucional o del bloque de constitucionalidad se hacen para que las normas, y en particular las procesales, no se interpreten con exceso de rigorismo formal y para que se les dé el sentido más favorable para los derechos fundamentales en general y para el derecho a la defensa en particular. Por otro lado, si la voluntad del legislador en verdad era esa, aunque no acredita el Juez mediante argumento o indicio ninguno por qué sabe que era esa y tan contundente, y si concluyéramos que una voluntad así de estricta y limitativa de la prueba documental posible es contraria al derecho a la defensa o a la igualdad de armas de querellante y querellado en ese tipo de procesos de acusación privada, estaríamos dando por bueno que la voluntad del legislador importa más que las garantías procesales y el derecho fundamental a la defensa.

Baste reflexionar sobre *la desigual situación de la que parten, en un delito de acusación privada, el querellante y el querellado*. El primero dispone de cuanto tiempo quiera y necesite, antes de interponer la querrela, para procurarse por sí cuantos documentos desee o precise a fin de dar respaldo documental a su pretensión punitiva. En cambio, el querellado puede ser tomado por sorpresa y él no dispondrá para ese fin de más días que seis, y más si el juez se “lava las manos” y dice que por imperativo legal ese es su problema, el del querellado. ¿Y qué hay, a mayor abundamiento, si un documento esencial para la defensa tuviera que ser aportado por alguna institución pública o privada, nacional o internacional, que se negara a brindárselo, o a proporcionarlo dentro de esos seis días, por ejemplo porque estuviera controlada por el querellante o simpatizara con su causa? Si eso no es desequilibrio procesal entre las partes, que venga Dios y lo vea; o cualquier humano imparcial.

El querellado, a la sazón Presidente de la República, no debió de tener ninguna dificultad para presentar en tiempo y forma cuantos documentos obrantes en archivos y registros oficiales consideró convenientes. Fueron muchos y, entre ellos, los hay variopintos y curiosos, por lo general atinentes al rechazo del “intento de golpe de Estado” y de los sucesos del 20 de septiembre de 2010 por parte de algunos Estados o presidentes de los mismos o de sus gobiernos (Venezuela, Bolivia, Nicaragua, España, Portugal, Argentina, Brasil, Cabo Verde...), de variadas organizaciones internacionales, de asociaciones o fundaciones, como la “Organización Marcha Mundial de Mujeres -Perú”, del Partido Comunista de Argentina, de la “Fundación Educación para la Democracia y la Paz”, de diversos entes públicos de variadas naciones, como el Ayuntamiento de Zaragoza (España) o la Gobernación de Santiago del Estero (Argentina) o la Universidad de Luján, etc., etc.

Repetimos, en todos esos numerosísimos testimonios se rechaza y repudia aquel “intento de golpe de Estado” y se hacen votos por el mantenimiento de la democracia y el orden constitucional en la República de Ecuador. Desde aquí, modestamente nos sumamos a esa noble causa. Ahora bien, ¿qué relación guardan esas “pruebas” con este pleito penal? ¿Acaso en el banquillo de acusados se encontraban los “golpistas”? ¿Acaso este proceso era para defender el honor de la República y su Constitución? ¿Quizá el honor del Presidente, dizque afectado por un artículo periodístico, se identifica con el honor de la República? ¿Acaso la crítica al Presidente, si la hay, presupone simpatía con el “golpe” intentado y con sus impulsores o con quienes lo intentaron, si tal hubo? ¿No se dedica la mayor parte del artículo “NO a las mentiras”, único objeto del pleito penal, a lamentar la desaparición o mal manejo de las pruebas contra los culpables de aquel “intento de golpe” y a criticar los propósitos presidenciales de indultar a los responsables?

Pero viene a dar igual, pues, en la sentencia, con las pruebas de parte y parte no se hace más que su enumeración. Ni se discierne cuáles son pertinentes o dignas de ser tomadas en cuenta, por versar sobre lo que en verdad se dirime en el proceso, ni se señala cuál es el valor probatorio de las de uno u otro tipo. Se trata de mostrar que prueba documental sí hubo y que ese trámite formal quedó solventado en tiempo y forma. Pero la convicción del Juez es autónoma, va por su cuenta; o lo parece.

Entre las pruebas documentales de la acusación las hay que son llamativas por otras razones. Por ejemplo, estas: “...certificado del Registro de la Propiedad del cantón de Guayaquil, que indica que la Compañía Anónima El Universo registra seis bienes inmuebles en Guayaquil y Pérez Barriga, César Enrique, dos”, “certificado del Registro Mercantil del cantón Guayaquil sobre gravámenes, prenda industrial, agrícola, reserva de dominio, arrendamiento mercantil y

demás gravámenes con el banco Nacional de Fomento de las personas naturales querelladas”, “certificado de la entonces denominada Comisión de Tránsito de Guayas sobre los vehículos que poseen los querellados”.

¿Será que el delito se cometió con un vehículo? ¿O será que importa, para el caso que se dirime, que los “ofensores” sean más o menos pudientes económicamente? ¿En qué lugar del ordenamiento jurídico ecuatoriano se establece para los delitos una agravante de riqueza? ¿Dónde se dice que la indemnización no ha de medirse por el importe del perjuicio para el dañado, sino por la capacidad de pago del dañador? ¿Habrían podido los querellados presentar, y que se admitiera, una prueba documental sobre el patrimonio del querellado o sobre los vehículos que pueda poseer?

3.2. El razonamiento condenatorio.

En palabras del Juez de Garantías Penales, “Al leer el artículo en mención desde su inicio, se va preparando e induciendo al lector contra <<El Dictador>> con *una serie de injurias menores* que buscan poner en la mente del lector un marcado desafecto contra el economista Rafael Vicente Correa Delgado, que llega a su cenit con el respectivo final que lo acusa de ser autor de delitos de lesa humanidad” (el subrayado no está en el original). Damos por incuestionable que, a pesar de la intrincada sintaxis, el que llega a su cenit es el artículo y no el economista Rafael Vicente Correa Delgado.

Afirma el Juez de Garantías Penales que antes del párrafo final que se toma por injurioso ya hay otras injurias, si bien “injurias menores”. ¿Cuáles son concretamente? No se aclara este punto.

Toda crítica que en un medio público se haga de un responsable político suele expresar o buscar transmitir al lector un desafecto, incluso marcado, contra aquel al que por su actuación como político se critica. No es muy común en los medios la crítica política afectuosa o que pretenda aumentar el afecto de los lectores hacia el destinatario de los reproches. Si está legal o constitucionalmente vedado incitar al desafecto hacia los políticos, sean del gobierno o de la oposición, no habrá más remedio que considerar ilegal la crítica política. En las dictaduras ocurre, pero bajo las Constituciones democráticas de Estado de Derecho no puede ser así. Están en juego los derechos fundamentales que son la base de la democracia.

No es la producción de desafecto lo que define la injuria, ni su búsqueda lo que constituye el *animus injuriandi*. La injuria *calumniosa*, además, es la clara y dolosa imputación de un delito. A veces, la imputación de un delito produce en el público un aumento del afecto hacia el agraviado, pero no es asunto, este de los afectos, que deba ocuparnos.

El elemento clave para que haya delito de injuria calumniosa es aquel de la manifiesta imputación de un delito. En esta sentencia ese extremo lo tiene muy claro el Juez: al llegar al cenit del artículo, al economista Rafael Vicente Correa Delgado, a la sazón Presidente de la Republica, “se lo acusa de ser autor de delitos de lesa majestad”. Dado el plural de “delitos” parece que se lo acusa de cometer varios.

Al reseñar la sentencia de apelación ya nos detuvimos en un aspecto fundamental, al que aquí, por tanto, sucintamente aludiremos de nuevo. Para que haya acusación debe estar clara la acusación en el texto de marras. Porque si no se ve bien si se acusa o si, por ejemplo, se advierte de que alguien pudiera un día acusar, habrá que interpretar muy convincentemente las palabras y

expresiones para no condenar al inocente, para no dar por acusación de delito lo que para un lector imparcial pueda no serlo; o no serlo claramente, con lo que la duda tendrá que resolverse a favor del reo. Ahí estamos en el componente objetivo o fáctico del delito, componente que nada más que integran las palabras o expresiones, con sus sentidos posibles. La atención a las intenciones viene *después*, cuando se tenga que probar el dolo. Si yo digo que un vecino mío atiende mal a sus hijos, puedo querer insinuar que dolosamente los lesiona a menudo, pero objetivamente no le he imputado tal delito de lesiones. Tampoco si le digo al que los trata bien que un día algún vecino malévolo lo puede acusar de lesionarlos. A lo mejor le estoy indicando, con ánimo positivo, que se ponga a salvo de las maniobras tortuosas que mañana puedan perjudicarlo.

Desde luego, el Juez no hila tan fino, aquí donde la finura es ineludible en quien dicta penas. Otra muestra: “Basta que exista <<animus injuriandi>> para que exista injuria”. No es así, ya lo sabemos. Hace falta también que la expresión sea objetivamente injuriosa. No es que el *animus*, el dolo, haga la injuria, sino al revés: *la falta de tal animus descarta la injuria*. Una expresión objetivamente injuriosa no constituye delito si no hubo “ánimo de injuriar”; *pero el “ánimo de injuriar” por sí solo, sin expresión objetivamente injuriosa, no es delictivo*; no puede serlo. No es delito el mero querer dañar el honor de otro o querer imputarle un delito; delito es en verdad, objetivamente, dañar el honor y hacer la imputación queriendo.

Todo el razonamiento condenatorio de la sentencia padece ese defecto de tomar la parte por el todo. Se da por demostrado lo que hay que fundamentar cuidadosamente como probado, que sin vuelta de hoja las expresiones son acusación y no pueden ser más que acusación, imputación clara de un delito, y se pone el acento sobre la supuesta evidencia del dolo, dolo derivado de que no son muy “afectuosos” con el economista Presidente algunos artículos que suele publicar el Diario El Universo, ni le profesa simpatía al economista Presidente el articulista Emilio Palacio. Para colmo, ya fue este condenado una vez por injuriar a otra persona, de lo cual *se traslada tranquilamente el dolo de aquel caso como dolo de este de ahora*. Se olvida que la reincidencia agrava la pena del delito nuevo, pero no facilita o aligera la prueba de este. *En Derecho Penal no hay sitio para más presunción que la presunción de inocencia*; al menos en un Estado de Derecho que haga honor a los derechos fundamentales que son su enseña.

Ya podemos entender lo que en los nuevos párrafos de la sentencia hay que entender:

“La injuria es un delito doloso y las diferentes formas del dolo son aptas para configurar este delito, el dolo consiste en que el agente tenga conciencia de que su conducta (palabra, acto, gesto) es idónea para ofender, no obstante lo cual igual actúa. Para que exista injuria es necesaria la existencia del <<*animus injuriandi*>>, es decir, la intención o ánimo de injuriar, de ofender, de deshonrar o desacreditar a la víctima. Basta que exista <<*animus injuriandi*>> para que exista injuria. En tal razonamiento es indudable que este <<*animus injuriandi*>> se presenta al haber Emilio Palacio Urrutia escrito en un medio de comunicación social que es leído a nivel nacional y mundial, sabiendo que dichas expresiones causarían un daño irreparable a la fama y buen nombre del querellante por tratarse de expresiones que acusan del cometimiento de un delito grave, quizás el peor que existe en el mundo, de lesa humanidad”.

Por partes:

- En este pleito no se dirime un supuesto de injuria no calumniosa, sino de injuria calumniosa, y esta “consiste en la falsa imputación de un delito” (Art. 489 del Código Penal). Su dolo, por tanto, no puede ser meramente el de “ofender, de deshonrar o desacreditar a la

víctima”: es el de querer imputar un delito a sabiendas de que tal imputación es falsa. Tiene que haber imputación del delito, tiene que ser falsa y tiene que quererse hacer esa falsa imputación del delito. Por tanto, que Emilio Palacio o el resto de los acusados quisieran desacreditar a la víctima no es por sí dolo bastante. Si lo fuera, lo cometería, por ejemplo, un periodista español que escribiera que el Presidente del Gobierno de España ha hecho una pésima gestión de la crisis económica debido a su nula preparación intelectual. Desacredita, pero no delinque.

Tampoco ese mero propósito de desacreditar o deshonorar basta para que haya injuria no calumniosa en Derecho ecuatoriano, pues sólo conforman el tipo de tal delito las imputaciones (que no son de delito) que tienen algunas de estas características (Art. 490 del Código Penal): se imputa un vicio o falta de moralidad, se imputa algo tenido en el concepto público por afrentoso, se atenta gravemente contra el estado, el honor o la dignidad del ofendido, se propinan patadas, puntapiés u otros ultrajes de obra o se atribuyen hechos, apodos o defectos físicos o morales que no comprometen la honra del injuriado.

Aludamos solo de pasada a otro aspecto determinante, el de que las barreras de prohibición en este delito se tienen que retrasar, y en la jurisprudencia internacional se retrasan, cuando se trata de aseveraciones críticas sobre políticos y responsables públicos en general, pues, de no ser así, sería punible toda crítica política que se tuviera por dañina para la fama y la imagen de los políticos. Se terminarían las libertades políticas que dan sentido a la democracia.

- Una vez más: las expresiones acusan de la comisión de un delito si afirman que el “ofendido” ha cometido ese delito. Si no, no. La sentencia, en este párrafo, vuelve a decir que las expresiones de Emilio Palacio “acusar” de un delito de lesa humanidad, “quizás el peor que exista en el mundo”.

- Se dice que “el dolo consiste en que el agente tenga conciencia de que su conducta (palabra, acto, gesto) es idónea para ofender, no obstante lo cual actúa”. ¿Y si no tiene tal conciencia? ¿Y si, por ejemplo, escribe con mayor o menor habilidad expresiva, pero con la conciencia de que está haciendo una advertencia de posible imputación malintencionada por otro, y no de estar imputando él mismo? Esto lleva a la necesidad de probar la intención, el dolo. Pero no el dolo “de ofender” meramente, sino el dolo de ofender imputando un delito.

Puestos a probar esa intención, nada aporta sobre el “*indudable*” dolo de Emilio Palacio Urrutia el hecho de que el periódico en el que escribe sea “leído a nivel nacional y mundial”. Eso indica que será un buen periódico, no que él sea un delincuente.

El juez persevera seguidamente en su tesis inicial, que es la de la acusación. Pero parece que, al fin, se va a interpretar el texto que constituye el elemento objetivo del tipo penal, sobre el que hay que argumentar. Recordemos por enésima vez la expresión litigiosa (los subrayados son nuestros): “El Dictador debería recordar (...) que con el indulto, en el futuro, un nuevo presidente, quizás enemigo suyo, *podría* llevarlo ante una corte penal por *haber ordenado* fuego a discreción y sin previo aviso contra un hospital lleno de civiles y gente inocente”. A lo que se añade, para acabar: “Los crímenes de lesa humanidad, que no lo olvide, no prescriben”.

Pongamos que yo le digo a un conocido mío lo siguiente: “Recuerde usted que un día, si su esposa se enoja con usted y empieza a odiarlo, *podría* acusarlo formalmente por *haberla golpeado*”. ¿Estaría en sus cabales mi interlocutor si entendiera que lo estoy acusando yo de que ha golpeado a su esposa? De ninguna manera. Que la esposa pueda un día, en el futuro, acusarlo de que la golpeó en el pasado, no presupone que yo afirme que en verdad la golpeó. Yo sólo

afirmé lo que afirmé: que puede ser acusado, no que esa acusación se base rectamente en la realidad de tales golpes. Eso no es imputar a mi conocido un delito, sino una *advertencia* de que alguien, con razón o sin ella, con verdad o falsedad, (sobre eso no he *dicho* nada) lo puede acusar. No le imputo a él la perpetración de un delito, sino que lo aviso del riesgo de una imputación, veraz o no veraz. No hay otra manera de jugar con los tiempos verbales para construir esa advertencia, que hasta puede ser muy bien intencionada, pues al describir la hipotética acusación *de la esposa* sólo puedo decir “por haberla golpeado”.

Agréguese que la cualidad de advertencia que mi frase tiene se destaca todavía más si antecede esta fórmula: “*Debería usted divorciarse ahora que está a tiempo para no complicarse más la vida*, pues un día, si su esposa se enoja con usted y empieza a odiarlo, podría acusarlo formalmente por haberla golpeado”. Resalto así que no pongo yo ninguna base cierta para aquella hipotética acusación futura y que le indico que puede ser consecuencia del creciente enojo con él de su esposa.

La frase de Emilio Palacio Urrutia repetidamente transcrita tiene objetivamente esta última estructura y sentido: el Dictador debería ser consciente de que con el indulto no queda a salvo de la acusación que en el futuro pueda hacerle un nuevo presidente *enemigo* suyo, la de haber cometido un delito de lesa humanidad consistente en haber ordenado disparar contra inocentes. Con la amnistía, se libra del riesgo de esas maniobras de sus potenciales enemigos. Se libra con una amnistía tramitada en la Asamblea Nacional.

El señor Juez no se para en tales sutilezas del lenguaje y la expresión:

“... no se trata de un juicio de valor como alega el querellado, porque si bien la palabra <<podría>> sugiere un evento que puede o no darse, empero acto seguido hace la afirmación de que <<por haber ordenado fuego a discreción y sin previo aviso contra un hospital lleno de civiles y gente inocente>>; es decir, esta afirmación que <<podría>> o no efectuarse, de ninguna manera altera el significado nuclear del verbo rector de la injuria porque sea que el <<nuevo presidente>> quiera o no llevarlo a la Corte Penal, la afirmación –haber ordenado fuego a discreción- no cambia el vejamen del que está siendo víctima el querellante”.

O sea, este mismo Juez de Garantías Penales a mí me condenaría como autor de calumnias injuriosas por aquella frase que dirigí a mi conocido, si es que se la dije en público.

Lo del “verbo rector” no se entiende. Si yo digo “podría el Juez ser criticado por haberse equivocado al aplicar la ley” o “algunos podrían decir que se equivocó al aplicar la ley”, estoy, al parecer, afirmando taxativamente que se equivocó al aplicar la ley. Porque esa opinión que yo digo que alguno podría tener se me imputa a mí por decir que puede ser la opinión de otros, pues el “verbo rector” no sería “podría” o “podrían”, sino “haberse equivocado o se equivocó”. Se acaba de ver todavía mejor si aquel conocido mío del ejemplo anterior me responde: “Sí, podría mi mujer, si mañana se enoja, llevarme ante el juez penal por haberla golpeado”. Nuestro Juez de Garantías Penales lo entendería como autoinculpación de ese hombre por “haber golpeado” a su cónyuge. Prueba suficiente y condena al canto.

Tampoco cambia nada que en su última línea el artículo de Emilio Palacio diga “Los crímenes de lesa humanidad, que no lo olvide, no prescriben”. Si ser acusado de ordenar disparar contra inocentes es ser acusado de un crimen de lesa humanidad y si los crímenes de lesa humanidad no prescriben, tampoco por esta vía se imputa ese crimen, sino que se advierte del auténtico alcance del riesgo del que se avisa. Si yo le digo a aquel interlocutor “Su mujer, si

mañana se enfada y lo odia a usted, podría acusarlo de haberla violado y, el delito de violación, no lo olvide, no prescribe hasta los X años” o “y el delito de violación, no lo olvide conlleva una pena de cárcel de X años”, no lo estoy acusando de uno de los delitos más horribles “del mundo”, como diría nuestro Juez, sino que estoy poniendo en su auténtico valor mi advertencia.

“El delito de injuria supone en la persona que lo ejecuta, el conocimiento de que sus expresiones o acciones, en las circunstancias que fue proferida [sic] por un medio de comunicación social, tenía un sentido agravante para otra persona, de modo que es preciso atender tanto al significado gramatical de las palabras, como al ánimo o intención de quien las escribe y de quienes coadyuvan a la ejecución del delito al momento de publicarse en el diario”.

Del sentido gramatical “de las palabras” ya hemos hablado bastante, aunque para el autor de la sentencia tienen el que tienen, que es el que él les quiere dar o el único que es capaz de ver. Sobre el ánimo ya conocemos que no puede presumirse, sino que hay que probarlo. Y tampoco nos debe despistar el ya habitual juego con los conceptos: en la injuria calumniosa lo que importa no es la conciencia de estar agravando, sino la de estar imputando un delito.

Lo novedoso ahora es que aparecen al fin los coadyuvantes. Pero antes de ir con los problemas de autoría, hay que comentar dos últimos detalles del razonamiento con el que el Juez de Garantías Penales garantiza la condena.

Insiste, con cita de supuesto precedente cuyos datos no aporta, en que la injuria tiene un elemento subjetivo consistente en “el designio, la intención, el ánimo de deshonrar o desacreditar a la persona. *Ausente este ánimo de injuriar, no hay delito*”. Mas habría que añadir y matizar: presente ese ánimo, no hay delito necesariamente. No injuria quien quiere, sino quien, además de querer, emplea expresiones objetivamente injuriosas. En el caso de la injuria calumniosa, quien utiliza expresiones que, en sí, son, sin alternativa ni otra interpretación razonablemente posible, imputación de un delito. Lo que sucede es que en este considerando quinto hemos ido viendo una esmerada y retóricamente muy efectiva desviación del enfoque: *las posibles dudas sobre el elemento objetivo del tipo delictivo se intentan compensar con el énfasis en la presencia del elemento subjetivo*⁴, y la dificultad de prueba de este elemento subjetivo, como intención clara de imputar un delito, se quiere obviar⁵ haciendo pasar por dolo de este delito la escasa simpatía que los acusados le profesan al querellante y las muchas objeciones que le vienen poniendo a su modo de dirigir el país.

¿Por qué ha quedado probado el delito? Al fin se nos enseña la prueba decisiva, al final del considerando quinto: porque el artículo “fue leído por el suscrito juez”. ¿Y qué es lo que “ha quedado probado”? Pues “ha quedado probado que las expresiones constantes en el artículo

⁴ Hace tiempo que en la dogmática penal se ha explicado que tal modo de entender estos delitos se corresponde con un esquema preconstitucional y antigarantista: “La dogmática del delito de injuria se orientó excesivamente, en su punto de partida, al tipo subjetivo del delito a través del *animus injuriandi* (...). Esto ha tenido como consecuencia que los problemas de justificación del delito de injuria, es decir, el problema del conflicto entre una norma que prohíbe lesionar el honor y una autorización que permite la realización de acciones que puedan lesionarlo, también se convirtieron, primordialmente, en cuestiones de tipo subjetivo, concretamente, en la determinación del *animus defendendi* o *animus criticandi*. De esta manera, la distinción entre realización del tipo objetivo y justificación, por un lado, y entre tipo objetivo y subjetivo, por otro, quedaron sumamente relativizadas” (Enrique Bacigalupo, *Delitos contra el honor*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 38-39).

⁵ El autor citado en la nota inmediatamente anterior, Enrique Bacigalupo, insigne penalista y Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Supremo español, concluye a este respecto: “Por otra parte, la práctica reducción del delito a la dirección de su elemento subjetivo favorece un alto grado de manipulabilidad de la prueba en el proceso. Por tanto, no sólo produce inseguridad para la víctima del hecho, sino también para el supuesto autor” (ibid., p. 41).

<<No a las mentiras>> (...) es [sic] de autoría del acusado Emilio Palacio Urrutia y de Carlos Eduardo Pérez Barriga, César Enrique Pérez Barriga y Carlos Nicolás Pérez Lapentti, como autores coadyuvantes, además de que en el proceso se ha demostrado que estos últimos han utilizado a la Compañía Anónima El Universo por la materialización del delito, y como forman la <<voluntad de la corporación>> bien se puede decir que responden por ella por ser sus representantes legales”. A este aspecto de la “autoría” de la Dirección y de la Compañía misma iremos enseguida, al examinar el considerando sexto. Pero antes ha de destacarse la primera parte del anterior párrafo: la contundente afirmación de que ha quedado probado que el artículo “No a las mentiras” lo escribió Emilio Palacio. ¿Alguien lo había negado? Eso que ha quedado “probado” no puede ocultar la escasa prueba que se alega en pro de lo que en verdad sí se discute: que las expresiones de ese artículo contengan objetivamente una imputación de delito al Presidente economista Correa Delgado y que esté presente el dolo en el autor. Pero a lo mejor el dolo del autor se termina de aclarar en el fundamento siguiente, cuando se nos va a enseñar que los autores y coadyuvantes fueron cuatro personas naturales y una sociedad anónima.

Suena tronante la voz del Juez: “La libertad de expresión tiene un límite. Para aquellas personas que no lo tengan claro [sic], hacer comentarios, opiniones, etc., que traspasen este límite se llama injuria en las leyes ecuatorianas y es un delito que como tal se juzga por la vía penal”. A lo que nosotros debemos añadir, para aquellos jueces que no lo tengan claro:

a) El derecho al honor también tiene un límite, derivado de sus posibles colisiones con otros derechos, como las libertades de expresión, información, opinión, etc.

b) El límite o frontera entre los derechos fundamentales se supone que no debe ponerlo el Juez por ciencia infusa o cálculo privado, sino mediante la correcta y bien argumentada ponderación de *todos* los derechos en juego y que recíprocamente se limitan. Cuando son varios los derechos concurrentes, por parte y parte, y sólo se insiste en la necesidad de proteger los de una parte, se puede arribar a la sospecha, en este caso totalmente infundada, de que el juez es un juez de parte.

c) El principio de legalidad penal y las garantías penales también son un límite que los jueces deben tener claro. Porque, entre otras cosas, no hay agravio mayor para un ciudadano que el que un juez pueda condenarlo por un delito que no cometió, o que no podía cometer, o que no sabía que cometía.

4. Cuatro autores y medio.

Así se inicia el sexto considerando:

“La figura del autor coadyuvante y la utilización de personas jurídicas (o no imputables) para ejecutar el delito, está recogida en nuestra legislación en el Art. 42 del Código Penal que habla sobre quienes se consideran autores del delito; y, en esta clase de juicios por delitos contra el honor es donde se puede apreciar su alcance y entender su real dimensión cuando se trata de los llamados delitos de imprenta ya que interviene no solo aquel que escribe el artículo contentivo de injurias, sino que el dueño o directivo del medio se convierte en coadyuvante o cooperador necesario de aquel porque sin su ayuda no hubiese podido verificar la publicación del artículo injurioso, más aún que en los Estatutos Sociales de la Compañía Anónima El Universo, que obran en autos, se establecen [sic] que los directivos y representantes legales de la Compañía

Anónima El Universo, tienen la capacidad de vetar cualquier artículo que sea injurioso, mas ellos no lo hicieron porque esa es la política noticiosa y editorial del medio”.

No me compete a mí la consideración técnica de los mecanismos de la autoría, pero sí resultarán pertinentes algunos matices sobre los argumentos de este párrafo de la sentencia.

(i) El Art. 42 del Código Penal ecuatoriano distingue tres tipos de comportamientos que dan lugar a que quienes los realizan sean “reputados” como autores y penados como tales:

a. Los que perpetran la infracción, ya sea de modo directo e inmediato, ya instigando a otro con plena eficacia, ya impidiendo que otro evite la perpetración, ya “valiéndose”, para la perpetración, “de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo”. Estos son los comúnmente llamados autores principales o directos.

b. Los coadyuvantes, que son “los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción”.

c. “Y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otros a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin”.

De la lectura de tal artículo y de la cabal comprensión de dicha catalogación de “autores”, resulta que:

1. De los únicos que se puede mantener que cometen el delito “valiéndose de otras personas, imputables o inimputables”, es de los autores directos, en modo alguno de los coadyuvantes.

2. Ese autor directo puede “valerse” de una persona imputable o inimputable. Pero no parece que se pueda entender fácilmente que esa persona de la que el autor principal se vale sea una persona jurídica, aun cuando las personas jurídicas sean penalmente inimputables. Lo lógico y natural es entender que ese “instrumento” que el autor principal utiliza es una persona natural. Tal sería el caso, por ejemplo, si ese autor principal obliga a un niño a apuñalar a la víctima.

3. No vale, a efectos del “valiéndose”, cualquier relación entre el autor principal y la “persona” que es su instrumento para la perpetración de la infracción, sino que dicha instrumentalización ha de estar marcada por una relación basada en “precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo”.

4. Los coadyuvantes tienen que haber participado en la ejecución del delito “de un modo principal”, es decir, “practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción”. Sin deliberación, sin dolo del coadyuvante, no hay autoría por coadyuva. Si el aporte del coadyuvante no es condición sin la que no habría podido perpetrarse la infracción, no hay coadyuva, aunque pueda haber la complicidad a la que alude en art. 43 del Código Penal (“Son cómplices los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del acto punible, por medio de actos anteriores, o simultáneos”).

De todo esto resulta:

- Que si los directivos del Diario El Universo son los que se valen de tal persona jurídica para la comisión del supuesto delito, no pueden ser coadyuvantes. Y para ser autores directos tendrían que ser los autores o coautores del escrito “No a las mentiras”. Queda excluido, así, que puedan ser condenados como autores.

- Si la “persona” que sirve de instrumento para perpetrar el delito ha de ser una persona natural, no una jurídica, también queda excluida la autoría por valerse de una persona jurídica.

- Si no se prueba que en ese “valerse” de la persona imputable o inimputable medió precio, dádiva, orden o cualquier otro medio *fraudulento* y *directo*, tampoco cabe condena por autoría.

- Si en el “coadyuvante” no se prueba el dolo, o si su acción no fue condición sine qua non para la perpetración del delito, no puede haber responsabilidad por coadyuva.

(ii) Que en “los llamados delitos de imprenta” sea necesaria la “imprenta” no convierte sin más a los dueño de la “imprenta”, o del diario, en coadyuvantes o cooperadores necesarios, pues se ha de probar que su “cooperación” fue dolosa: en el caso de la injuria calumniosa, que eran sabedores de que objetivamente se estaba imputando a la víctima un delito y que querían cooperar a tal imputación del delito, sabedores con plena conciencia de que tal se hacía.

(iii) Si el coadyuvante tiene que cooperar a la ejecución de un modo principal y “practicando algún *acto* sin el que no habría podido perpetrarse la infracción” (Art. 42 del Código Penal), queda descartada para los coadyuvantes la comisión por omisión⁶; en este caso, la comisión por no haber vetado o impedido de cualquier forma la publicación del artículo. O se prueba que ellos lo encargaron o promovieron *activamente* de cualquier manera, o su mero no hacer no puede calificarse como coadyuva. Que tengan la capacidad de vetar y *no hayan vetado*, puede, si acaso, hacerlos responsables a otros efectos o bajo otras figuras, pero no como coadyuvantes.

(iv) ¿Qué quiere decir el Juez cuando proclama que no vetaron el artículo “porque esa es la política noticiosa y editorial del medio”? Si se pretende dar a entender que no vetaron porque esa es su política, la de no vetar ningún artículo, está el Juez por sí mismo descartando que puedan ser responsables como coadyuvantes en este caso en que tampoco vetaron. Si lo que el Juez está afirmando es que “la política noticiosa y editorial del medio” es la práctica de la injuria, que ese periódico practica una especie de delito continuado de injurias, estaríamos ante una afirmación injuriosa (injuria calumniosa) en boca del Juez.

Acto seguido, la sentencia recoge que lo anterior se suma “al hecho de que en autos consta que Emilio Palacios Urrutia, en la causa No. 1968-2009 en el Juzgado Segundo de Garantías Penales de Guayas, ya obtuvo una condena por igual delito, lo que denota que es reiterada su conducta en esta clase de temas y aún así los representantes y directores de la Compañía El Universo, siguieron contando con sus servicios y hasta es nombrado Director de Opinión del Diario El Universo tal como lo han afirmado en sus escritos”.

⁶ En la doctrina penal internacional es unánime la insistencia en la imposibilidad de la modalidad omisiva en la comisión de este tipo de delitos. Véase, por ejemplo, en referencia al delito de calumnia (el equivalente de la injuria calumniosa en Ecuador) en el Derecho español, C. Carmona Salgado, “De la calumnia”, en: Manuel Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, Lex Nova, 2ª ed., 2010, p. 825.

A lo que no se puede por menos que observar que no nos consta que en ningún ordenamiento jurídico, y tampoco en el ecuatoriano, se obligue a la dirección de un diario a despedir al periodista que ha sido condenado una vez por injurias, ni que el mantenerlo en plantilla sea base para que en adelante se considere a los directivos autores, como coadyuvantes, en las nuevas condenas de dicho periodista.

De nuevo la sentencia:

“Al instrumentalizar o utilizar la Compañía Anónima El Universo (persona no imputable) en el cometimiento del delito, este debe responder (la motivación sobre la persona jurídica ya se analizó en el considerando primero) conjuntamente con los demás acusados (...) la instrumentalización del diario hace factible que sea declarado responsable según el Art. 569 del Código Civil, porque sí tiene voluntad, la misma que se evidencia en las decisiones que toma la mayoría de los miembros de la corporación quienes han permitido que se publique el artículo injurioso y tantos otros que obran en el juicio; por eso, la ley manifiesta que está obligado a indemnizar quien hizo el daño (inciso primero del Art. 2216 Código Civil), en este caso, todos los querellados, personas naturales y jurídicas, han participado de un modo principal en el ilícito acusador y víctima del delito. El Art. 2217 del mismo cuerpo de ley, indica que si un delito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito”.

¿Cuántos autores tiene el delito por el que aquí se condena? Cuatro y medio. A saber: Emilio Palacio Urrutia, las tres personas naturales que integran el Directorio de la Compañía y la Compañía misma, persona jurídica. Pero como esta, por lo visto, es a la vez imputable e inimputable, autora del delito pero a la que no puede imponerse pena, queda justificado el referido cálculo sobre el número de autores. Hay un autor, o medio autor, que vive sin vivir en sí, pues incurre en delito sin poder cometerlo y paga como autor de delito aunque no pague con pena, que es con lo que los delitos como tales se pagan.

Desgranemos más despacio el muy sustancioso párrafo antecitado.

(i) En él se reconoce que la Compañía Anónima El Universo es “persona no imputable” que ha sido “instrumentalizada” para “el cometimiento del delito”.

(ii) De inmediato infiere el Juez de lo anterior que la Compañía Anónima El Universo “debe responder conjuntamente con los demás acusados”. Es por responsabilidad penal por lo que ha de responder, pues en este mismo párrafo se dice luego que todos los “*querellados*”, tanto las personas naturales como la persona jurídica, “han participado de un modo principal en el ilícito *acusado*” y que si tanto las personas naturales como la persona jurídica han de ser solidariamente responsables de los perjuicios procedentes “del mismo *delito*” es porque ese “*delito*” ha sido cometido por todas esas personas.

En resumidas cuentas, que la persona jurídica Compañía Anónima El Universo tiene responsabilidad penal y es calificada como autora también del delito de injuria calumniosa, si bien no se le aplica propiamente una pena, sino que lo único que así se pretende es forzar la competencia del Juez de Garantías Penales para imponerle una indemnización por daños para la víctima, el economista Correa Delgado; una sanción que viene a ser, a los efectos, una pena, pues estima el Juez que merece la pena.

(iii) *Una misma voluntad delictiva cuenta dos veces*: como voluntad de los directivos de la Compañía Anónima El Universo y como voluntad de la propia Compañía como tal. *Un solo dolo* (si lo hubiera) y *dos titulares del mismo*. Si yo quiero por mí y quiero por otro, los dos queremos autónomamente y los dos respondemos por el querer mío como querer de cada uno. Pues acabamos de leer en la sentencia que, con base en el Código Civil, “el diario” (ahora es el diario, ya no es siquiera la Compañía; quizá las dos voluntades se han convertido en tres a la postre) “sí tiene voluntad, la misma que se evidencia en las decisiones que toma la mayoría de los miembros de la corporación”. Quizá nos encontramos ante otra gran novedad de la ciencia penalista: el dolo por ósmosis o dolo traslaticio.

(iv) A pesar de que la Compañía se considera autora del delito y responsable *del delito* por tener su propia voluntad, porque su voluntad es la misma que la de sus directivos pero es suya al tiempo, la responsabilidad de los directivos es por “instrumentalizar” la Compañía para la comisión del delito. De lo que se deduce que el instrumento es autónomo, decide por sí, pero sigue siendo instrumento de otro. Una contradicción en los términos; o que hay personas jurídicas con personalidad jurídica bipolar.

Pero hasta lo inexplicable se puede explicar: para hacer penalmente responsables, en grado de autoría, a los miembros del Directorio de la Compañía, esta cuenta solamente como instrumento: responden porque la “instrumentalizan”. Mas para que pueda la Compañía ser penalmente responsable, sin pena, pero con indemnización por ser penalmente responsable, la Compañía no es instrumento de los otros, sino que tiene su propia voluntad y perpetró ella también el delito, porque ella así lo quiso. Realismo (jurídico) mágico. Ya puestos, con idéntica lógica prodigiosa se podría haber afirmado que la Compañía “instrumentalizó” a sus directivos para la comisión de las injurias calumniosas; o hasta al mismo redactor del artículo.

(v) La confusión entre voluntad civil y voluntad penal, o sea, dolo o voluntad de cometer delito, no sería creíble si no estuviera patente. El art. 569 del Código Civil dice esto:

“La mayoría de los miembros de una corporación, que tengan, según sus estatutos, voto deliberativo, será considerada como una sala, o reunión legal de la corporación entera.

La voluntad de la mayoría de la sala es la voluntad de la corporación.

Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las modificaciones que los estatutos de la corporación prescribieren a este respecto”.

¿Significará acaso que las decisiones dolosas de las corporaciones se toman por mayoría y según una estricta regulación procedimental? Da un poquito de reparo recordar que de lo que este precepto civil habla es de cómo pueden las personas jurídicas obligarse *civilmente*, no de cómo puedan válidamente constituirse para delinquir.

(vi) El Art. 2216 del Código Civil dispone que “Están obligados a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos”, pero el 2217 establece que “Si un *delito* o cuasidelito ha sido *cometido* por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los Arts. 2223 y 2228”. Con esto no queda excluida la responsabilidad civil de las personas jurídicas por daño. Pero la responsabilidad por daño *derivado del delito* únicamente se imputará a esa persona cuando haya *cometido delito*. Y para poder cometer delito hay que ser penalmente imputable.

Si tenemos que sí se puede reclamar de la persona jurídica por vía civil la responsabilidad por daños y perjuicios, ¿por qué este empeño de la sentencia en hacer de la persona jurídica,

inimputable, un sujeto penalmente responsable? Para atribuirse la competencia para ordenar la indemnización. Las razones últimas y personales de este empeño del Juez las desconocemos, como es lógico.

(vii) Que la Compañía o sus directivos hayan permitido que se publiquen, además del “artículo injurioso”, “tantos otros que obran en el juicio”, ¿quiere decir que, en opinión del Juez, esos otros artículos también son injuriosos? ¿Lamenta tal vez no poder condenar por otras tantas injurias más? Pero, si no hay condena previa para esos otros artículos, ¿qué base jurídica tiene el Juez para llamarlos injuriosos? ¿Será esto una injuria por imputación de injurias?

5. Los dañados por los daños.

“...y en este proceso, con la prueba documental que se ha aportado, se ha determinado que el querellante, Econ. Rafael Vicente Correa Delgado, es un profesional que tiene una familia, se le ha distinguido con múltiples títulos académicos, merced de sus estudios dentro y fuera del país, que ha sido Ministro de Finanzas y actualmente es el Presidente Constitucional de la República, quien ha tenido a su cargo el Presupuesto General del Estado, que desde el año 2007 al presente 2011 asciende a más de USD \$80 000 000,000.00 (OCHENTA MIL MILLONES 00/100 DE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA); administración que le ha sido confiada por el pueblo soberano de Ecuador dada su intachable conducta, hoja de vida y actividades en el concierto público y privado, a más de ser profesor, conferencista destacado en foros mundiales, etc. A una persona de la característica del querellante ser injuriado en la forma que consta en el artículo <<NO a las mentiras>>, referido que ha tenido difusión nacional y mundial, que lo calumnia respecto a los hechos del 30 de Septiembre de 2010, que han merecido rechazo local y mundialmente, sí le produce graves daños y perjuicios, tanto daño emergente, porque menoscaba la confianza que las personas tienen en él, y un lucro cesante, que guarda relación a la proyección futura que un estadista tiene de sus actividades, tanto públicas como privadas, ya que frente a sus alumnos, posibles electores, etc. sí ocasiona un menoscabo y menosprecio de su persona el artículo <<NO a las mentiras>>; por lo cual la pretensión de daños y perjuicios demandados en la querrela, en ningún momento tienen (sic) la intención de enriquecimiento, sino de una justa valoración del daño emergente y lucro cesante ocasionados en su honor y buena fama”.

Es una declaración de amor más que un cálculo de daños. Esperemos que sea correspondido.

Analicemos:

(i) La gravedad de los daños que una supuesta injuria provoca depende, al parecer, de:

- Que el agraviado tenga familia. A los solteros se les daña menos.
- Que se posean títulos académicos. El honor de los que carecen de estudios no vale tanto.
- Haber tenido y tener cargos públicos. La exposición mayor a la crítica no va en el cargo: se pagan más caras las críticas a los políticos.
- Que se administre el Presupuesto del Estado. Cuanto más alto el Presupuesto, más caro el honor del que lo tiene a su cargo, se supone.

- Tener hoja de vida intachable. Los que la tienen menor o con tachaduras poseen un honor más barato.

- Ser profesor y conferencista destacado. La docencia y las conferencias son timbre de honor.

- Haber sido elegido por el pueblo soberano. Los votos son traducibles a dólares de honor.

Esos y solamente esos son los factores que determinan, según la sentencia, el daño y su magnitud.

(ii) Lo que, según la sentencia, se ha de indemnizar al economista Rafael Vicente Correa Delgado es el daño emergente y el lucro cesante. Daño emergente y lucro cesante son magnitudes económicas que tienen que poder ser calculadas, aunque sea por aproximación. No existe aquí tal cálculo, ya que lo menoscabado es la buena fama ante alumnos y electores. Por tanto, habría que decir que el daño es *daño moral* y nada más que moral, pero no se dice. Se dice daño emergente y lucro cesante. Seguramente porque, según jurisprudencia unánime en todo el mundo, el daño moral de los políticos debe calcularse a la baja, descontando que su exposición a la crítica pública es condición asumida con sus cargos.

(iii) Si en la demanda de tan alta indemnización no hay intención de enriquecimiento, no será enriquecimiento, sino compensación del daño, cualquier cantidad que como indemnización se determine.

Total: *cuarenta millones de dólares USA.*

6. Sí rige lo que no regía.

Como vimos en el apartado 1 al repasar el considerando primero de la sentencia, los querellados habían alegado los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos referentes al derecho fundamental a la libertad de expresión, junto a los de libertad de opinión e información. Para ellos hizo ver el Juez que la Constitución ecuatoriana está por encima de dicha Convención y que “la <<jurisprudencia interamericana>> no es vinculante para un Estado Parte que no sea objeto de una demanda contenciosa y el llamado <<control de convencionalidad>> no es norma obligada para los jueces de los Estados Partes de la Convención, dado que aún no existe el denominado derecho único para los jueces de los países miembros de la OEA y de la Convención, dado [sic] la diversidad ideológica y cultural de cada uno de sus miembros”.

Pero en el considerando séptimo comprobamos que aquellas normas de la Convención Americana sí son de aplicación cuando dan la razón al querellante y amparan su derecho. Es lo que cabría denominar principio de norma internacional como ley del embudo.

Cita el Juez a su favor los artículos 5 de la Declaración de Derechos Humanos y Deberes del Hombre, el 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el 11, numerales 1, 2 y 3, de la “Comisión [sic] Americana sobre derechos Humanos [sic], todos alusivos al derecho al honor, y concluye: “estos instrumentos vinculan a nuestro país por el artículo 66.18 dela Constitución de la República”.

Que en todos aquellos instrumentos internacionales también se reconozcan los derechos a la libertad de expresión, opinión e información es algo que se calla: por esa parte, dichos instrumentos no vinculan, aunque también tales derechos estén reconocidos en la propia Constitución de la República de Ecuador. Buena muestra esta de razonamiento parcial del Juez: parcial porque sólo razona sobre una parte de los derechos, queremos decir.

7. Penas y quebrantos.

Los argumentos que hemos ido analizando desembocan en el *fallo* al que sirven, fallo cuyo contenido conviene reproducir.

- Para el acusado Emilio Palacio Urrutia: tres años de prisión y multa de doce dólares como autor del delito de injurias calumniosas “tipificado en el Art. 489 del Código Penal en circunstancias del artículo 491 y sancionado en el inciso primero del Art. 493 del mismo cuerpo de ley”. Es la pena más alta de las posibles para ese delito.

- Para el acusado Carlos Nicolás Pérez Lapentti, la misma pena y por los mismos conceptos, sólo que en cuanto “autor coadyuvante”. Es la pena más alta de las posibles para ese delito.

- Para el acusado Carlos Eduardo Pérez Barriga, idéntica pena y con la misma base, también como “autor coadyuvante”. Es la pena más alta de las posibles.

- Para el acusado César Enrique Pérez Barriga, el mismo tratamiento, también en cuanto “autor coadyuvante”. Es la pena más alta de las posibles.

- Para la acusada Compañía Anónima El Universo no se impone pena, aun cuando ha sido en la sentencia declarada responsable del delito, como antes se ha expuesto.

En cuanto a los daños y perjuicios, “Se condena a los querellados al pago de daños y perjuicios causados al querellante, los mismos que, *por haberse podido determinar durante el Juicio* (sic. Las cursivas no están en el original) se establecen en”:

- “Para las personas naturales querelladas, se determina que deben pagar al querellante la suma de USD\$30'000.000.00 (TREINTA MILLONES DE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA), de manera solidaria”.

- “A la Compañía Anónima El Universo, se le determina el pago, a efectos indemnizatorios del querellante, la suma de USD \$ 10'000.000,00 (DIEZ MILLONES DE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA)”.

“Con costas procesales a cargo del autor material, de los autores coadyuvantes y Compañía Anónima El Universo, dentro de éstas, se consideran los honorarios profesionales de los abogados del querellante que son del 5% del valor mandado a pagar al autor material, autores coadyuvantes y Compañía Anónima El Universo, de los cuales se descontará el 5% para el Colegio de Abogados del Guayas, conforme a los establecido por la ley”.

Terminemos, nosotros sí, haciendo unos cálculos.

A tenor del Art. 144 de la Constitución de la República de Ecuador, el mandato del Presidente de la República es de cuatro años y puede ser reelecto por una sola vez.

Si dividimos cuarenta millones de dólares USA entre cuatro años de mandato de un Presidente, salen diez millones de dólares USA por año. Si dividimos esta cantidad por doce meses, resulta una correspondencia de 833.333 dólares USA por mes.

Desconozco cuál será la remuneración que al Presidente constitucional de Ecuador le corresponde, pero queda fuera de toda duda que la cantidad que el economista Rafael Vicente Correa Delgado recibe como indemnización por los daños que como individuo y autoridad ha soportado por causa de aquel artículo "No a las mentiras" multiplicará por diez o quince la remuneración que como Presidente de la República le corresponde. De lo cual se desprende que en la República de Ecuador el honor de un Presidente vale más que la Presidencia misma.

A pesar de todo, recuérdese que no se había querellado el Presidente a título de tal, sino el economista Rafael Vicente Correa Delgado. Será que en la República de Ecuador también un ciudadano común tiene más valor que la mismísima Presidencia de la República.



Dr. Juan D. Estrella