

## DICTAMEN\*

Por el diario "EL UNIVERSO" se me solicita que emita Dictamen sobre la eventuales responsabilidades penales en las que pudieran haber incurrido -con motivo de la publicación en la edición de dicho diario, correspondiente al 6 de febrero de 2011, del artículo "NO a las mentiras", firmado por DON EMILIO PALACIO URRUTIA- la propia "Compañía Anónima El Universo", el autor del artículo señor PALACIO URRUTIA, así como los señores DON CARLOS NICOLÁS PÉREZ LAPENTTI, presidente y representante legal de La "Compañía Anónima El Universo" y subdirector de Nuevos Medios del diario "El Universo", DON CARLOS EDUARDO

---

\* En el presente Dictamen se utilizan las siguientes abreviaturas:

CASDH: Convención Americana sobre Derechos Humanos „Pacto de San José de Costa Rica"

CE: Constitución Española de 1978.

CEPDHLE: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950.

CPP: Código de Procedimiento Penal

CRE: Constitución de la República del Ecuador

DADDH: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

PIDCP: Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional español

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STS: Sentencia del Tribunal Supremo de España

TC: Tribunal Constitucional español.

TEDH: Tribunal Europeo de Derecho Humanos con sede en Estrasburgo.

TS: Tribunal Supremo de España.

PÉREZ BARRIGA, vicepresidente ejecutivo y representante legal de la "Compañía Anónima El Universo" y director del diario "El Universo", y, finalmente, DON CÉSAR ENRIQUE PÉREZ BARRIGA, vicepresidente general y representante legal de la "Compañía Anónima El Universo" y subdirector del diario "El Universo".

I. ANTECEDENTES

1. Los acontecimientos del 30 de septiembre de 2010

El 30 de septiembre de 2010 tuvo lugar en Quito una protesta de miembros de la Policía Nacional ante la inminente aprobación de una ley que regulaba los salarios del sector público y por la que se eliminaban ciertas bonificaciones a los policías, produciéndose, entre otras manifestaciones de dicha protesta, la toma por un grupo de policías del Cuartel General de Quito. Ante estos acontecimientos, el presidente de la República, Econ. DON RAFAEL VICENTE CORREA DELGADO, se acercó al lugar donde se estaban produciendo las protestas con la intención de poner fin al conflicto, quien, en el curso de un lanzamiento de gases lacrimógenos, resultó lastimado en una pierna de la que había sido operado pocos días antes. Los escoltas del presidente trasladaron a éste, entonces, al próximo Hospital de Policía Nacional, decretando el presidente Correa, a la vista de todos estos acontecimientos, el estado de excepción, siendo anuladas, con ello, las garantías constitucionales y quedando el país, bajo el mando del presidente, en manos de las Fuerzas Armadas de Ecuador.

El presidente Correa permaneció en el hospital cerca de nueve horas, discrepando las opiniones sobre si estuvo secuestrado dentro de aquél, o si, por el contrario, no existió impedimento alguno para que pudiera abandonarlo. Las

opiniones discrepan, igualmente, sobre si la rebelión policial consistió en una simple reclamación salarial violenta o si ha de entenderse como un intento de golpe de Estado contra el orden constitucional de la República de Ecuador.

A fin de trasladar al presidente desde el centro sanitario a su residencia oficial, un fuerte operativo, en el que participaron tanto miembros de las Fuerzas Armadas como un grupo especializado de la propia Policía, invadió a tiros el hospital, produciéndose escenas de pánico entre los pacientes y el personal sanitario que se encontraban en el mismo, a causa del cruce de disparos, que duró unos veinte minutos, entre policías rebeldes, por una parte, y el grupo especializado de la Policía y militares del Ejército ecuatoriano, por otra, siendo trasladado finalmente el presidente Rafael Correa, pasadas las 21.30 horas, del Hospital de Policía Nacional al Palacio de Carondelet. El 1 de octubre de 2010 el Gobierno ecuatoriano dio a conocer que en la refriega que se produjo en el Hospital habían resultado muertas cinco personas (dos policías, un universitario y dos militares) y heridas 193. No se efectuó autopsia alguna de las víctimas fallecidas.

La Fiscalía General del Estado ha abierto diligencias contra los responsables de la revuelta policial; no así contra los militares y los policías especializados que invadieron el hospital, a fin de esclarecer si, eventualmente, habían sido aquéllos los autores de algunas o de todas las muertes y de las lesiones causadas en los enfrentamientos, y si éstas estaban justificadas por la concurrencia de alguna causa de justificación que pudiera haber excluido la antijuridicidad, y, con ello, la punibilidad de las acciones típicas de homicidios y lesiones ejecutadas, en su caso, por miembros de

las Fuerzas Armadas y de la Policía especializada ecuatorianas.

**2. El artículo "NO a las mentiras", escrito por don Emilio Palacio y publicado en el diario "El Universo" el 6 de febrero de 2011**

El 6 de febrero de 2011 don Emilio Palacio, bajo el título "NO a las mentiras", publicó en el diario "El Universo" el siguiente artículo:

**"NO a las mentiras"**

"Esta semana, por segunda ocasión, la Dictadura informó a través de uno de sus voceros que el Dictador está considerando la posibilidad de perdonar a los criminales que se levantaron el 30 de septiembre, por lo que estudia un indulto.

No sé si la propuesta me incluya (según las cadenas dictatoriales, fui uno de los instigadores del golpe), pero de ser así, lo rechazo.

Comprendo que el Dictador (devoto cristiano, hombre de paz) no pierda oportunidad para perdonar a los criminales. Indultó a las mulas del narcotráfico, se compadeció de los asesinos presos en la Penitenciaría del Litoral, les solicitó a los ciudadanos que se dejen robar para que no haya víctimas, cultivó una gran amistad con los invasores de tierras y los convirtió en legisladores, hasta que lo traicionaron. Pero el Ecuador es un Estado laico donde no se permite usar la fe como fundamento jurídico para eximir a los criminales de que paguen sus deudas. Si cometí algún delito, exijo que me lo prueben; de lo contrario, no espero ningún perdón judicial sino las debidas disculpas.

Lo que ocurre en realidad es que el Dictador por fin comprendió (o sus abogados se lo hicieron comprender) que no tiene cómo demostrar el supuesto crimen del 30 de septiembre, ya que todo fue producto de un guión improvisado, en medio del corre-corre, para ocultar la irresponsabilidad del Dictador de irse a meter en un

cuartel sublevado, a abrirse la camisa y gritar que lo maten, como todo un luchador de cachacascán que se esfuerza en su show en una carpa de circo de un pueblo olvidado.

A esta altura, todas las <pruebas> para acusar a los <golpistas> se han deshilvanado.

El Dictador reconoce que la pésima idea de ir al Regimiento Quinto e ingresar a la fuerza fue suya. Pero entonces nadie pudo prepararse para asesinarlo ya que nadie lo esperaba.

El Dictador jura que el exdirector del Hospital de la Policía cerró las puertas para impedir su ingreso. Pero entonces tampoco hubo allí ningún complot porque ni siquiera deseaban verle la cara.

Las balas que asesinaron a los policías desaparecieron, pero no en las oficinas de Fidel Araujo sino en un recinto resguardado por fuerzas leales a la Dictadura.

Para mostrar que el 30 de septiembre no usaba un chaleco blindado, Araujo se colocó uno delante de sus jueces y luego se puso la misma camiseta que llevaba ese día. Sus acusadores tuvieron que sonrojarse ante la palpable demostración de que los chalecos blindados simplemente no se pueden ocultar.

Podría seguir pero el espacio no me lo permite. Sin embargo, ya que el Dictador entendió que debe retroceder con su cuento de fantasmas, le ofrezco una salida: no es el indulto lo que debe tramitar sino la amnistía en la Asamblea Nacional.

La amnistía no es perdón, es olvido jurídico. Implicaría, si se la resuelve, que la sociedad llegó a la conclusión de que el 30 de septiembre se cometieron demasiadas estupideces, de parte y parte, y que sería injusto condenar a unos y premiar a otros.

¿Por qué el Dictador sí pudo proponer la amnistía para los <pelucones> Gustavo Noboa y Alberto Dahik, pero en cambio quiere indultar a los <cholos> policías?

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, no se olvide, no prescriben”.

### **3. Las sentencias condenatorias**

*a) La sentencia de primera instancia del Juzgado Decimoquinto de Garantías Penales del Guayas de 20 de julio de 2011*

Con fecha 20 de julio de 2011, el referido Juzgado dictó sentencia con el siguiente contenido en su parte dispositiva:

“Por todo lo expuesto, el suscrito Juez Temporal de Garantías Penales de Guayas, Ab. Juan Paredes Fernández, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO Y POR LA AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, de conformidad con el Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal, considerando que se ha comprobado la existencia de delito y de que los acusados o querrellados son responsables del mismo, declaro la responsabilidad de los querrellados: A) EMILIO PALACIO URRUTIA, cuyas generales de ley constan en autos, en grado de autor del delito 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, condenándolo a la pena de tres años de prisión y multa de doce dólares de los Estados Unidos de Norteamérica; b) CARLOS NICOLÁS PÉREZ LAPENTTI, cuyas generales de ley constan en autos, en el grado de autor coadyuvante del delito 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, condenándolo a la pena de tres años de prisión y multa de doce dólares de los Estados Unidos de Norteamérica; c) CARLOS EDUARDO PÉREZ BARRIGA, cuyas generales de ley constan en autos, en el grado de autor coadyuvante del delito 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, condenándolo a la pena de tres años de prisión y multa de doce dólares de los Estados Unidos de Norteamérica; d) CÉSAR ENRIQUE PÉREZ BARRIGA, cuyas generales de ley

constan en autos, en el grado de autor coadyuvante del delito 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, condenándolo a la pena de tres años de prisión y multa de doce dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. Se condena a los querellados al pago de daños y perjuicios causados al querellante, los mismos que, por haberse podido determinar durante el juicio, se establecen en: a) 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; y, b) 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 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 lo establece la ley".

*b) La sentencia de segunda instancia, de 23 de septiembre de 2011, dictada por la Sala Segunda de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas*

Con fecha 23 de septiembre de 2011 la mencionada Corte, resolviendo los recursos de nulidad y de apelación interpuestos por los querellados, dictó sentencia (con el voto salvado del Dr. Guillermo Freire León) en cuya parte dispositiva se contiene el siguiente fallo:

"Por todo lo expuesto, esta Segunda Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, desechando los recursos de apelación de las partes, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA

REPÚBLICA, confirma en todas su partes la sentencia dictada por el Juez de primera instancia".

## II. LAS LIBERTADES DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN Y EL DERECHO AL HONOR EN LAS CONSTITUCIONES NACIONALES Y EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Todas las Constituciones nacionales democráticas, así como los Convenios multilaterales de derechos humanos, reconocen tanto las libertades de información y de expresión así como el derecho al honor.

Y así:

1. La Constitución de la República del Ecuador dispone lo siguiente:

"Art. 18.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tiene derecho a:

1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior".

"Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

.....  
6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones.  
.....

18. El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona".

"Art. 384.- 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 en él. El

Estado formulará la política pública de comunicación, con respeto irrestricto de la libertad de expresión y de los derechos de comunicación consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. La ley definirá su organización, funcionamiento y las formas de participación ciudadana”.

2. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos se prescribe lo siguiente:

“Art. 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

“Art. 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

3. Por su parte, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) se encuentran los siguientes preceptos:

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

1. Toda persona tiene el derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.

“Art. 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

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

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

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

4. En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre los mencionados derechos se reconocen en los arts. IV y V:

"Artículo IV. Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio".

"Artículo V. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar".

5. También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra ambos derechos:

"Art. 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra estas injerencias o esos ataques".

Art. 19.

.....  
2. Toda persona tiene derecho a la libertad 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.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a

ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

6. Las mismas garantías se recogen en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales:

"Art. 10. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

7. Finalmente, la Constitución Española establece:

"Art. 18. 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

....."

"Art. 20. 1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística y científica.

.....  
d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

.....  
4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia".

#### IV. EXAMEN DE LA CONDUCTA DE DON EMILIO PALACIO URRUTIA

##### 1. Introducción

El señor Palacio ha sido condenado a una pena de tres años de prisión y multa de doce dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, debiendo abonar, además, en concepto de indemnización por daños y perjuicios al presidente Correa, la cantidad de 30 millones de dólares USA, por estimar ambos tribunales sentenciadores que ha incurrido en un delito de injuria del art. 489, en relación con los arts. 491 y 493 del Código Penal.

Esta condena la fundamenta el Juez con la obvia afirmación de que en el artículo "NO más mentiras" se contienen expresiones que atentan contra la reputación del presidente Correa, ya que, según la sentencia de primera instancia, "la libertad de expresión tiene un límite. Para aquellas personas que no lo tengan claro, hacer comentarios, opiniones, etc., que traspasen ese límite se llama injuria en las leyes

ecuatorianas y es un delito que como tal se juzga por la vía penal" (pág. 150). Por otra parte, y para justificar la cuantía de la astronómica y disparatada indemnización a favor del querellante de nada menos que 30 millones de dólares USA, la sentencia del Juzgado del Guayas, lo argumenta por concurrir en aquél la condición de destacado político y actualmente presidente de la República: "[H]a 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 del 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 hechos del 30 de septiembre de 2010, que han merecido rechazo local y mundialmente, si 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 en su actividades, tanto públicas como privadas, ya que frente a sus alumnos, posibles lectores, etc., sí ocasiona un menoscabo y menosprecio de su persona el artículo "NO a las mentiras", por lo cual la pretensión de los daños y perjuicios demandados en la querella, en ningún momento tienen la intención de enriquecimiento, sino de una justa valoración del daño emergente y lucro cesante ocasionados en su honor y buena fama" (págs. 152/153).

Finalmente, la sentencia del Juzgado hace referencia (págs. 153/154) casi exclusiva a los preceptos de los textos internacionales (DADDH, PIDCP) y de la Constitución de Ecuador que protegen "el derecho al honor", concluyendo el juez, inmediatamente antes de imponer las penas a los querellados, con las siguientes palabras (pág. 154): "Por su parte, como ya se ha manifestado, estos instrumentos vinculan a nuestro país por el artículo 66.18 de la Constitución de la República que dispone: < Se reconoce y garantiza a las personas: "El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona">".- En el debate jurídico actual se ha dicho que la injuria debe ser despenalizada tratándose de funcionarios públicos y que debe prevalecer el derecho a la libertad de expresión y que el abuso de esa libertad, debe responderse tal y como indican los convenios internacionales, esto es, con la responsabilidad ulterior; todos podemos decir lo que queramos y no puede existir limitación a esa libertad, pero de igual forma una vez dicho lo que queramos decir debemos responder ante la ley si se adecúa esa conducta a lo establecido en el Código Penal, y la injuria es penalizada en nuestro marco legal, todo lo demás es parte del debate que debe ser positivado en una reforma legal" (negritas y subrayados en el texto original).

Las razones a las que acude, por su parte, la Corte Provincial, para justificar la condena del señor Palacio Urrutia, consisten, igualmente, y exclusivamente, en constatar que en el artículo del periodista se ha injuriado al presidente Correa: "En el presente caso", se lee en la página 11 de la resolución, "el derecho al honor y al buen nombre es una garantía que debe ser respetada, y basta que se injurie u ofenda a una persona para que esta se active; en nuestro país se encuentra tipificada la forma a procederse. El derecho a la

libertad de expresión se encuentra a salvo; la responsabilidad ulterior es la que se aplica en caso de vulneración del derecho al honor y los jueces estamos en obligación irrestricta de garantizar aquellos derechos conculcados cuyo titular u ofendido reclame, amén de la tutela judicial efectiva", haciéndose mención también, en la referida sentencia de la Corte Provincial, para valorar económicamente el daño causado, a que el querellado es un "ciudadano que por elección popular es el primer mandatario de la República, hecho que afecta el honor y buen nombre del ofendido" (pág. 10).

**2. La solución del conflicto entre los derechos a las libertades de expresión y de información, por una parte, y el derecho al honor, por otra, en la jurisprudencia de los Tribunales de Derechos Humanos**

a) Las dos sentencias condenatorias parten de un desconocimiento absoluto de cómo hay que interpretar los límites de las libertades de información y de expresión, y *absolutizan* el derecho al honor, en el sentido de que, si existe un ataque a la reputación ajena, ello basta y sobra para afirmar la existencia de un ilícito penal, sin que se necesite hacer *ponderación alguna* con aquellas libertades para determinar, en el caso concreto, cuál de los dos derechos (el derecho a la libertad de expresión e información o el derecho al honor) *debe prevalecer sobre el otro*.

Si ello fuera tal como mantienen ambos tribunales, entonces los medios de comunicación deberían renunciar a cualquier crítica a los personajes públicos (parece que sólo se les permitiría adularles), ignorándose así que en una sociedad democrática, la *más importante función* que tienen que

cumplir los medios de comunicación es precisamente la de informar sobre hechos noticiables, criticar -incluso de la manera más acerba- a las personalidades públicas por los actos realizados en el ejercicio de sus cargos, y contribuir, así, a la formación de la opinión pública.

A continuación, voy a referir los criterios que hay que aplicar para determinar cuándo prevalece y cuándo no el derecho a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor, de la mano de diversas sentencias del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, advirtiéndome que, en todas ellas, se trata de informaciones aparecidas en los medios de comunicación que, *formalmente, cumplían los tipos penales de las injurias o de las calumnias*, teniendo que decidirse en esas sentencias sobre: unas veces, el recurso de una persona (generalmente, un periodista) condenado por alguno de esos delitos, que alegaba que con su información, si bien había atacado el honor de otra u otras personas, su conducta, no obstante, se hallaba justificada porque estaba cubierta por el ejercicio legítimo del derecho a transmitir información sobre hechos relevantes; y otras veces, el recurso de la persona ofendida que solicitaba que se condenara al informador por injurias o calumnias, porque con el texto que había escrito había excedido de los límites jurídicamente tolerables de la libertad de expresión, debiendo prevalecer, por ello, su derecho al honor vulnerado.

Empiezo reproduciendo algunos pasajes de la sentencia del Tribunal Constitucional español 29/2009, de 26 de enero, porque en ella, con múltiples referencias a sentencias anteriores del mismo Tribunal, se ofrece un buen resumen de

algunos de los criterios a los que hay que acudir para resolver el conflicto entre ambos derechos:

“En el ámbito de las libertades de la comunicación, «si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria y calumnia y falta de respeto a las instituciones y autoridades, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la forma de afrontar este enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades» (SSTC 42/1995, de 18 de marzo; 107/1988, de 8 de junio; 2/2001, de 15 de enero; 266/2005, de 24 de octubre; 108/2008, de 22 de septiembre). «Y ello entraña la necesidad de que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que el Juez penal debe examinar, en aquellos casos en los que se haya alegado el ejercicio legítimo de las libertades del art. 20.1 a) y d) CE, como cuestión previa a la aplicación del pertinente tipo penal a los hechos declarados probados, si éstos no han de encuadrarse, en rigor, dentro de ese alegado ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en el citado precepto constitucional, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar puesto que las libertades del art. 20.1 a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta» (SSTC 104/1986, de 13 de agosto; 42/1995, de 18 de marzo; 19/1996, de 12 de febrero; 232/1998, de 30 de diciembre; 127/2004, de 19 de julio; 39/2005, de 28 de febrero; 266/2005, de 24 de octubre; 278/2005, de 7 de noviembre de 2005). En definitiva, pues, «es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito» (SSTC 2/2001, de 15 de enero; 185/2003, de 27 de octubre).

Por lo que hace a la relevancia [de la noticia, como uno de los requisitos para que la libertad de información prevalezca sobre el derecho al honor], puesto que la protección a la libertad de información «se justifica en atención a la relevancia social de aquello que se comunica y recibe para poder contribuir así a la formación de la opinión pública» (por todas, STC 219/1992, de 3 de

diciembre), venimos defendiendo que la Constitución sólo protege la transmisión de hechos «noticiables», en el sentido de que se hace necesario verificar, con carácter previo, el interés social de la información, ya sea por el carácter público de la persona a la que se refiere o por el hecho en sí en que esa persona se haya visto involucrada. Sólo tras haber constatado la concurrencia de estas circunstancias resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático (STC 171/1990, de 12 de noviembre).

Este Tribunal es constante en su prevención de que, en cualquier caso, se sitúan fuera del ámbito de protección de la libertad de información las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan al hilo de la información transmitida, y que por tanto resulten innecesarias en ella, dado que el art. 20.1 CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 134/1999, de 15 de julio; 6/2000, de 17 de enero; 11/2000, de 17 de enero; 110/2000, de 5 de mayo; 297/2000, de 11 de diciembre; 49/2001, de 26 de febrero; y 148/2001, de 15 de octubre). No cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, e innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone inferir una lesión injustificada a la dignidad de las personas (art. 10 CE) o al prestigio de las instituciones. Pues, ciertamente, *una cosa es efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta con ocasión de la narración de la misma, y otra cosa muy distinta emitir expresiones, afirmaciones o calificativos claramente vejatorios desvinculados de esa información y que resultan proferidos, gratuitamente, sin justificación alguna, en cuyo caso cabe que nos hallemos ante una mera descalificación o incluso un insulto proferidos sin la menor relación con el propósito de contribuir a formar una opinión pública libre* (por todas, STC 204/2001, de 15 de octubre).

Finalmente, también según se ha afirmado en la doctrina de este Tribunal (STC 165/1987, de 27 de octubre), la protección constitucional de los derechos de que se trata «*alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción*». Los cauces por los que se difunde la

*información aparecen así como relevantes para determinar su protección constitucional (STC 105/1990, de 6 de junio)". (Todas las cursivas en la cita de esta sentencia del TC han sido añadidas).*

De los criterios expuestos podemos destacar ya, como algunos de los que deben concurrir para que el derecho a la libertad de expresión y de información prevalezca sobre el derecho al honor: en primer lugar, que la vulneración del honor ajeno no se haga al margen -como sucede, por ejemplo, en la descalificación deshonrosa que un particular hace de otro en el curso de una discusión privada-, sino precisamente en el ejercicio de dichas libertades; en segundo lugar, que la información verse sobre asuntos de relevancia pública, pues, en esa circunstancia "resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático"; en tercer lugar, es legítimo "efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta con ocasión de la narración de la misma", no estando cubierta en ningún caso por la libertad de expresión -y prevaleciendo entonces, por ello, el derecho al honor- cuando se emiten "expresiones, afirmaciones o calificativos claramente vejatorios desvinculados de esa información y que resultan proferidos, gratuitamente, sin justificación alguna, en cuyo caso cabe que nos hallemos ante una mera descalificación o incluso un insulto proferidos sin la menor relación con el propósito de contribuir a formar una opinión pública libre"; y, en cuarto lugar, el conflicto entre el honor y la libertad de expresión "alcanza un máximo nivel [a favor de la libertad de expresión] cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de

*formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción». Los cauces por los que se difunde la información aparecen así como relevantes para determinar su protección constitucional".*

b) Pero no se agotan aquí los requisitos que deben concurrir para que el derecho a la libertad de expresión y de información desplace al derecho al honor, ya que los Tribunales de Derechos Humanos han ido destacando otros factores que deben ser tenidos en cuenta para que la balanza se incline a favor de aquel derecho.

A este respecto, hay que señalar:

aa) Que "si bien es penalmente legítimo que las instituciones del Estado [en este supuesto la STEDH se refiere al Rey de España] estén amparadas por las autoridades competentes en su condición de garantes del orden público institucional, la posición dominante que tales instituciones ocupan requiere que las autoridades sean moderadas en el uso de la vía penal" (STEDH de 15 de marzo de 2011, caso Otegi contra España; cursivas añadidas). (V. también, en el mismo sentido, y con las mismas palabras, SSTEDH de 23 de abril de 1992, caso Castells contra España, y de 8 de julio de 1999, caso Sürek contra Turquía).

bb) Que, si se estima que el derecho al honor debe prevalecer sobre los derechos a las libertades de información

y expresión, *la sanción a imponer -en el supuesto objeto del presente Dictamen: la pena de tres años de prisión impuesta al señor Palacio y la desorbitada indemnización millonaria fijada por el tribunal- debe tener un carácter leve, pues, en otro caso, "tal sanción produce inevitablemente un efecto disuasorio [para el ejercicio de las libertades de información y de expresión]"* (STEDH de 15 de marzo de 2011, caso Otegi contra España; cursivas añadidas). En este sentido, y en la misma STEDH de 15 de marzo de 2011, el Tribunal declara incompatible con los derechos a la libertad de información y expresión, y aunque se haya lesionado la reputación ajena, la imposición de una pena privativa de libertad, a no ser que en el texto en cuestión se hayan, además, lesionado gravemente otros derechos fundamentales: "El Tribunal ha considerado ya que si bien la fijación de penas compete, en principio, a los tribunales internos, la imposición de una pena de prisión por una infracción cometida en el ámbito del discurso político sólo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del Convenio [CEPDHLF] *en circunstancias excepcionales, especialmente cuando se han lesionado gravemente otros derechos fundamentales, como en el supuesto, por ejemplo, de que se difunda un discurso de odio o de incitación a la violencia* (sentencias Bingöl contra Turquía, de 22 de de junio de 2010, y de Cumpănă y Mazăre contra Rumania de noviembre de 2004)". (Cursivas añadidas).

cc) Que la protección al honor de un dirigente se difumina, hasta prácticamente desaparecer, cuando el político, a su vez, ha atacado la reputación de quienes posteriormente le critican. Y así, en la STEDH de 8 de julio de 1986 (caso Lingens contra Austria) el Tribunal estima que uno de los motivos por los que se había vulnerado la libertad de

expresión del periodista Lingens era porque, previamente, el político ofendido (el entonces primer ministro austriaco Bruno Kreisky) había dirigido epítetos deshonrosos, entre los que se encontraban los de "mafia política" y "métodos mafiosos". La referida sentencia establece "que un político, acostumbrado a atacar a sus adversarios, tiene que esperar ser objeto de críticas más duras que cualquier otra persona".

dd) Que difícilmente puede prevalecer el derecho al honor sobre el de la libertad de información y de expresión cuando al condenado por injurias o calumnias no se le ha dado la oportunidad de acreditar la veracidad de los hechos deshonrosos que denuncia. Y así, la STEDH de 23 de abril de 1992 (caso Castells contra España), estimó que se había vulnerado el derecho de Castells a la libertad de expresión, en un caso en que este último denunció que las acciones de organizaciones paramilitares de ultraderecha españolas (Triple A, Batallón Vasco-Español, Guerrilleros de Cristo Rey, entre otras), que atentaban contra la vida y la integridad física de miembros de la banda asesina y terrorista ETA, estaban respaldadas por el Gobierno, escribiendo lo siguiente en el semanario "Punto y Hora": "Sinceramente, no creo en la existencia de las asociaciones fascistas, cuyas siglas he señalado antes, fuera y al margen del aparato del Estado. O sea, que no creo en su existencia real. Pese a la proliferación de siglas, son siempre los mismos.- Detrás de estas acciones sólo puede estar el Gobierno, el Partido del Gobierno y sus efectivos. Sabemos que van a utilizar, cada vez más como instrumento político la caza expeditiva y la eliminación física del disidente vasco. ¡Allá ellos con su falta de visión política! Pero para el próximo que caiga entre nosotros, hay que señalar a los responsables, desde ahora y con la máxima publicidad" (cursivas añadidas).

Condenado Castells por un delito de injurias al Gobierno, el TEDH tiene muy en cuenta, para decretar que se había vulnerado el derecho de Castells a la libertad de expresión (art. 10 CEPDHLF), y que éste debía prevalecer sobre el derecho al honor del Gobierno, la circunstancia de que:

"En el caso de autos, el señor Castells ofreció en varias ocasiones, ante el Tribunal Supremo y después ante el Tribunal Constitucional, establecer la exactitud y la notoriedad de los hechos relatados por él; en su opinión, privaban a sus afirmaciones de cualquier carácter injurioso (apartados 11 y 16 supra).

.....

El demandante no pudo, por tanto, invocar en su descargo, en el marco de las diligencias entabladas contra él en virtud del artículo 161 del Código Penal, las excepciones de veracidad y de buena fe. Según el Gobierno, las alegaciones del señor Castells no se prestaban a una demostración de su exactitud a causa de su imprecisión; además, constituían juicios de valor, a los que no es aplicable la excepción de verdad.

Esta tesis no convence. El artículo publicado en "Punto y Hora de Euskalherria" (apartado 7 supra) debe ser considerado en su conjunto. El interesado comenzaba haciendo una larga lista de asesinatos y atentados perpetrados en el País Vasco, después subrayaba que habían quedado impunes; acusaba, después, a diversas organizaciones de extremistas, designadas por su nombre, y para acabar atribuía al gobierno la responsabilidad de la situación. Ahora bien, un intento de prueba era muy concebible para muchas de estas afirmaciones, al igual que el señor Castells podía, razonablemente, intentar probar su buena fe.

Nadie sabe a que resultado habría llegado el Tribunal Supremo si hubiese admitido los medios de prueba presentados por el demandante, pero este Tribunal atribuye un peso decisivo a la circunstancia de que las declaró inadmisibles para el delito en cuestión (apartado 12 supra). Estima no necesaria, en una sociedad democrática, tal injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión del interesado.

.....

En resumen, hubo violación del artículo 10 [CEPDHLF]”.

En el mismo sentido se ha pronunciado la STEDH de 25 de junio de 2002 (caso Colombani contra Francia) cuando establece: “*Esta imposibilidad de probar la verdad constituye una medida excesiva para proteger los derechos y reputación de una persona, aunque se trate de un Jefe de Estado [en este caso, era el Rey de Marruecos Hassan II, cuya reputación se había visto vulnerada por un artículo publicado en el diario francés <Le Monde>, por el periodista Jean- Marie Colombani] o de un gobierno*”.

ee) Finalmente, y antes de pasar a examinar la conducta del señor Palacio a la luz de los principios expuestos, quiero hacer una última referencia jurisprudencial a lo que significa la libertad de expresión -frente al derecho al honor- en una sociedad democrática.

Y así, por ejemplo, en la STEDH de 27 de mayo de 2004 (caso Vides Aizsardzības Klubs contra Letonia) se puede leer lo siguiente -en el mismo sentido, y prácticamente con las mismas palabras, cfr., entre otras muchas, y además de las citadas en la propia sentencia, las SSTEDH posteriores de 4 de junio de 2009 (caso Standard Verlag GMBH contra Austria), de 1 de junio de 2010 (caso Gutiérrez Suárez contra España) y de 15 de marzo de 2011 (caso Otegi Mondragón contra España)-.

STEDH de 27 de mayo de 2004: “El Tribunal recuerda los principios que se desprenden de su jurisprudencia relativa al artículo 10 [CEPDHLF]:

La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada individuo (ver Sentencia Lingens contra Austria de 8 julio 1986). Con la salvedad del párrafo segundo del artículo 10, no sólo comprende las

«informaciones» o «ideas» acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que chocan, ofenden o inquietan; así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una «sociedad democrática» (Sentencias Handyside contra Reino Unido de 7 diciembre 1976 y Jersild contra Dinamarca de 23 septiembre 1994). Como precisa el artículo 10, el ejercicio de la libertad de expresión está sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones y sanciones que deben no obstante interpretarse estrictamente, debiendo establecerse su necesidad de forma convincente (ver, entre otras, Sentencias Observer y Guardian contra Reino Unido de 26 noviembre 1991; Jersild contra Dinamarca; Janowski contra Polonia; Nielsen y Johnsen contra Noruega).

Estos principios tienen una importancia particular para la prensa que juega un papel importante en una sociedad democrática. Aunque no debe traspasar ciertos límites, en relación concretamente a la protección de la reputación y de los derechos ajenos, le corresponde, sin embargo, comunicar, dentro del respeto de sus deberes y responsabilidades, informaciones e ideas sobre las cuestiones políticas así como sobre otros asuntos de interés general (ver, entre otras, Sentencias De Haes y Gijssels contra Bélgica de 24 febrero 1997; Thoma contra Luxemburgo y Colombani y otros contra Francia). A su función consistente en difundirlas, se añade el derecho, del público, a recibirlas. Si no fuese así, la prensa no podría desempeñar su papel indispensable de «perro guardián» [«public watchdog»] (ver Sentencias Thorgeir Thorgeirson contra Islandia de 25 junio 1992; Goodwin contra Reino Unido de 27 marzo y Bladet Tromso y Stensaas contra Noruega). Además de la sustancia de las ideas e informaciones expresadas, el artículo 10 protege su modo de difusión (Sentencia Oberschlick contra Austria [núm. 1] de 23 mayo 1991).

En cuanto a los límites de la crítica admisible, éstos son mayores respecto a un político, que actúa en su condición de personaje público, que respecto a un simple particular. Un político se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos por parte de los periodistas, de organizaciones no gubernamentales tales como la demandante, así como del conjunto de los ciudadanos, y debe mostrar una mayor tolerancia al respecto. Sin duda tiene derecho a proteger su reputación, incluso fuera del ámbito de su vida privada, pero los imperativos de dicha protección deben

sopesarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas, requiriendo las excepciones a la libertad de expresión una interpretación estricta (ver, en particular, Sentencias Oberschlick contra Austria, y Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs y Gubi contra Austria de 19 diciembre 1994)".

### **3. El artículo de don Emilio Palacio a la luz de los principios interpretativos que se acaban de exponer**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, viene ejerciendo su jurisdicción desde 1954, habiendo experimentado su organización una importante reforma en 1998, estando sometido a él, por lo que se refiere a la interpretación, al alcance y a los límites de los derechos humanos, de manera vinculante, 47 Estados, figurando muchos de ellos -así, entre otros, Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Italia, Noruega, Reino Unido, Suecia, Suiza, etc.- entre las sociedades democráticas más avanzadas del mundo, por lo que, frente a cualquier otra opinión discrepante o sesgada, debe primar la interpretación de un Tribunal cuya indiscutible auctoritas no puede ser sometida a discusión alguna, mucho más teniendo en cuenta que, tanto los textos internacionales de Derechos Humanos -entre ellos, el Convenio Europeo-, como las Constituciones nacionales democráticas, consagran con una redacción prácticamente idéntica los derechos fundamentales a las libertades de expresión y de información, y al honor, lo que no podría ser de otra manera, ya que tales textos y Constituciones tienen, como origen común, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Aplicando esos principios interpretativos al escrito del señor Palacio, hay que concluir que su artículo "NO a las mentiras" está cubierto por su derecho a la libertad de expresión, ya que en el referido texto, y como paso a exponer a continuación, concurren todos y cada uno de los requisitos exigidos para que se pueda afirmar su ejercicio legítimo de tal derecho.

Y ello es así porque:

a) Que los acontecimientos que tuvieron lugar en Ecuador el 30 de septiembre de 2010 son un "hecho noticiable" -tal vez los de mayor trascendencia sucedidos en esa República en los últimos años- está fuera de cualquier discusión posible, por lo que pueden y deben ser objeto de discusión pública, y ello independientemente de si constituyeron una rebelión policial violenta o un intento de golpe de Estado.

b) La jurisprudencia ha resaltado reiteradamente que, cuando se trata de una personalidad pública, sólo están protegidas por la libertad de expresión las críticas -por muy acerbas que sean- referidas al ejercicio de su cargo, sin que en ningún caso estén cubiertas por esa libertad las informaciones o juicios de valor sobre su vida privada o familiar. Y así, y con razón, la STEDH de 24 de junio de 2004 (caso Carolina de Mónaco y Ernst August con Hannover contra Alemania) estimó que los tribunales alemanes habían vulnerado el art. 8 CEPDHL ("Toda persona tiene derecho al respeto de su vida probada y familiar y de su domicilio y de su correspondencia"), al no otorgar el amparo a los príncipes de Mónaco ante la invasión que de su ámbito personal y familiar - que no de sus actividades políticas y públicas- habían llevado

a cabo las revistas germanas "Freizeit Revue" y "Bunte", sin que, ante los ataques sufridos, pudiera prevalecer el derecho a la libertad de información y expresión de los periodistas. En el mismo sentido, y con los mismos convincentes argumentos, la STEDH de 4 de junio de 2009 (caso Standard Verlag GMBH contra Austria), resolvió que no podía estar justificado por la libertad de expresión -y que, frente a ella, debía prevalecer el derecho al honor- un artículo publicado en el diario austriaco "Der Standard", de 14 de mayo de 2004, bajo el título "Ein bürgerliches Gerücht" ("Un rumor burgués"), en el que se decía del entonces presidente de la República, Thomas Klestil, que era un "marido consentidor" y que su esposa, Margot Klestil-Löffler, tenía relaciones adúlteras con dos amantes distintos. De la misma manera, e igualmente con razón, la STS de 26 de abril de 1991, mantiene la sentencia de instancia, que había condenado por injuria porque, aunque el ofendido era el Jefe del Estado español, el ataque a su honor no tenía nada que ver con el ejercicio público de su cargo: „En el presente caso“, se puede leer en la mencionada STS, "el procesado ha sobrepasado la barrera que salvaguarda el núcleo intangible de la dignidad de la persona. Sus expresiones referidas a la sangre de la persona de SM el Rey y a la preferencia de transmitir el sida a los propios hijos, importan no sólo una manifestación de menosprecio sino, además, un deseo de destrucción de la persona, que es revelador en el caso concreto de la superación del límite de lo tolerable como necesario en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión".

Como en el supuesto del artículo "NO a las mentiras", el señor Palacio no se refiere para nada a la vida privada o familiar, sino exclusivamente a la actividad pública del presidente Correa, de ahí que -también desde esta perspectiva

de distinción entre las actividades privadas y oficiales de un personaje público- no exista obstáculo alguno para que su texto esté protegido por su derecho a la libertad de expresión.

c) Como se establece en la ya citada STEDH de 8 de julio de 1986 (caso Lingens contra Austria), uno de los argumentos a los que acude el Tribunal para establecer que se había vulnerado el derecho a la libertad de expresión del periodista, consiste en destacar "que un político acostumbrado a atacar a sus adversarios, tiene que esperar ser objeto de críticas más duras que cualquier otra persona". Que es precisamente lo que ha sucedido en el caso objeto del presente Dictamen, ya que el presidente don Rafael Correa, como ha tenido ocasión de comprobar por sí mismo quien suscribe este informe, ha dedicado a la prensa y a los periodistas, entre otros, los siguientes epítetos: "majadera", "puercos", "porquería", "mentirosos", "basura", "sinvergüenzas", "prensa corrupta" y "dan asco".

d) Las expresiones del señor Palacio no se han producido al margen -por ejemplo, en una conversación privada entre dos personas o en una tertulia-, sino precisamente en el medio de comunicación que es la prensa, y, con ello, y precisamente también, dentro del marco del derecho a la libertad de expresión, siendo de destacar que, como ha señalado la jurisprudencia de Derechos Humanos, dicha libertad "alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción. Los cauces por los que se difunde la información aparecen así como relevantes para determinar su protección constitucional" (SSTC 105/1990,

de 6 de junio y 29/2009, de 26 de enero), y que "a su función consistente en difundirlas, se añade el derecho del público, a recibirlas. Si no fuese así, la prensa no podría desempeñar su papel indispensable de «perro guardián» (STEDH de 27 de mayo de 2004 (caso Vides Aizsardzibas Klubs contra Letonia).

e) En el escrito de querrela presentado por el presidente Rafael Correa -a pesar de que el TEDH ha manifestado reiteradamente "que la posición dominante que tales instituciones ocupan requiere que las autoridades sean moderadas en el uso de la vía penal" (SSTEDH de 15 de marzo de 2011, caso Otegi contra España; de 23 de abril de 1992, caso Castells contra España; y de 8 de julio de 1999, caso Sürek contra Turquía)-, para fundamentar por qué el artículo del señor Palacio constituye una injuria contra aquél, se puede leer (pág. 12): "Haciendo un escrutinio cercano del texto injurioso referido se puede notar, Señor Juez, que se me trata y se refieren a mi persona de forma vejatoria y ofensiva, por más de 11 veces se me señala como un *Dictador* y se hace referencia a mi Constitucional Gobierno, como si se tratase de una dictadura, lo cual no sólo me ofende a mi sino que mancilla la soberana voluntad del pueblo ecuatoriano que me ha designado como su Presidente con un margen absoluto e históricamente superior al de cualquier otro presidente del Ecuador" (cursiva añadida), reiterándose a lo largo de la querrela el carácter injurioso per se de la expresión "Dictador", argumentando (págs. 66/67), para apoyar el presidente Correa su tesis, con la doctrina del Tribunal Constitucional español, según el cual "el campo de acción [de la libertad de expresión] viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación

con las ideas y opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas".

Tanto la sentencia del Juzgado del Guayas (cfr. págs. 137 y 149), como la de la Corte Provincial del Guayas (pág. 8) otorgan relevancia injuriosa a las expresiones "Dictador" y "dictadura". Pero sin razón.

Nadie puede poner en duda que el presidente Correa ha sido elegido democráticamente en unas elecciones por sufragio universal. Pero tan democráticos como él lo son los señores Tony Blair, Obama, Felipe González, Sarkozy o Angela Merkel, y ninguno de ellos se ha librado de que, en alguna ocasión, cuando se les ha imputado un real o supuesto recorte de libertades públicas, hayan sido calificados de dictadores o hayan aparecido en alguna viñeta figurando sobre sus labios un bigote à la Hitler. Es más, y por lo que se refiere a España, la STC 209/1990, de 15 de febrero, ha rechazado que pueda ser condenado por un delito de injurias al Jefe del Estado un periodista, quien, en un artículo publicado el 18 de junio de 1982, además de imputar al rey Juan Carlos que "presidió un mitin fascista" en el que se "justifi[caban] los fusilamientos de opositores de 1975, atacando la democracia europea", y que tiene un "pasado fascista", le dedicó el siguiente artículo en un medio de comunicación:

"Spain is not different?, del uso por los políticos (en especial los dictadores: Mussolini, Hitler, Franco, Videla, ...) del fútbol espectáculo y de los grandes acontecimientos deportivos casi no hace falta hablar, de tan sabido. Este Mundial [el celebrado en España en 1982] va a servir para hacer aún más propaganda del Rey Español representándolo como la democracia en persona. Por supuesto ocultará que la monarquía fue restaurada por Franco. Se ocultará también la foto de Juan Carlos presidiendo el

mitin fascista en la Plaza de Oriente, justificando los fusilamientos de opositores en 1975, atacando la democracia europea. Dicen que la memoria no es política. Por lo visto tampoco es político de que haya quien esté en la cárcel (Amuriza, Idígoras y Gorostidi) por disentir del Rey. A lo mejor no decir "amén" a todo lo que digan y hagan el Borbón y su Corte es antidemocrático. A lo mejor resulta que el "Eusko Gudariak" es un himno fascista. En cualquier caso los presos políticos, el pasado fascista del Rey, las bases y composición de esta monarquía, el ruido de sables, y lo que haga falta se esconderán bajo la alfombra. España es una unidad ... ¡perdón!, es una democracia ejemplar, donde el pueblo está unido en torno a un Rey demócrata de toda la vida".

El Tribunal Constitucional español fundamenta la prevalencia del derecho a la libertad de expresión sobre el del honor en el referido artículo de la siguiente manera (negritas en el texto original):

"En él [en el artículo en cuestión] se hacía una crítica adversa de la organización, medios y fines del Campeonato del Mundo de Fútbol próximo a celebrarse en España. La crítica, expresada ciertamente con dureza, exponía desde diferentes ángulos -histórico, político, social, deportivo y económico- el criterio del autor sobre este tipo de acontecimientos que, mezclando el mundo de los grandes negocios con las masivas aficiones deportivas y poniendo de relieve el multimillonario número de espectadores que, merced a los medios de comunicación social, se consigue, brindan una oportunidad muy importante y sirven de caja de resonancia mundial para que, a través de estos acontecimientos, se lleve a cabo una desorbitada propaganda política del país en que se celebran y de sus dirigentes y, a la vez, sirve de pingües negocios a los organizadores y a las multinacionales que con ese fin los patrocinan.

Las libertades que entiende el recurrente vulneradas hay, pues, que examinarlas en el contexto de la crítica generalizada que se hace en todo el artículo sobre un acontecimiento de interés general y de notoria actualidad en la fecha de su publicación y no sólo de la parte del

mismo en la que, pasando de lo general a lo concreto, se proyecta la crítica al sistema democrático vigente en España y a la forma y antecedentes que precedieron a la transición.

Con lo expuesto en los fundamentos anteriores queremos destacar la máxima amplitud con que la libertad ideológica está reconocida en el art. 16.1 de la Constitución, por ser fundamento, juntamente con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, según se proclama en el art. 10.1, de otras libertades y derechos fundamentales y, entre ellos, los consagrados en el art. 20, apartados a) y d) de la Norma fundamental que su íntima conexión con la libertad ideológica, invoca también el recurrente como vulnerados por la Sentencia recurrida.

Pues bien, respecto de estos otros derechos se ha pronunciado reiteradamente este Tribunal, estableciendo una doctrina que, referida a supuestos que guardan cierta similitud con el caso ahora enjuiciado -límites penales al ejercicio de los derechos del art. 20-, podemos resumir en la siguiente forma:

a) Desde las SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 12/1982, de 31 de marzo, hasta las SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 159/1986, de 16 de diciembre, viene sosteniendo este Tribunal que «las libertades del art. 20 (STC 104/1986) no son sólo derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático» (STC 12/1982) o, como se dijo ya en la STC 6/1981: «El art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política». En el mismo sentido se pronuncia la STC 159/1986, al afirmar que «para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas». Y, recordando esta Sentencia la doctrina

expuesta en las que hemos citado anteriormente, insiste en que los derechos reconocidos por el art. 20, no sólo protegen un interés individual sino que son garantía de la opinión pública libremente formada, «indisolublemente ligada con el pluralismo político».

b) La posición preferente que, por la doctrina expuesta y en razón de su dimensión institucional, ha de reconocerse a los derechos consagrados en el art. 20 de la Constitución, y -añadimos-, al menos por la misma razón a la libertad ideológica que garantiza el art. 16.1, implica de una parte -como dicen las SSTC 159/1986 y 51/1989, «una mayor responsabilidad moral y jurídica en quien realiza la infracción, pero de otra exige una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio». Por ello -añaden estas Sentencias-, cuando la libertad de expresión entre en conflicto con otros derechos fundamentales e incluso con otros intereses de significativa importancia social y política respaldados, como ocurre en este caso, por la legislación penal, las restricciones que de dicho conflicto pueden derivarse deben ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental no resulte desnaturalizado.

c) Con base en la doctrina expuesta, las SSTC 107/1988, de 8 de junio, y 51/1989, de 22 de febrero, declaran que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de comunicar y recibir información ha modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la acción que incide en este derecho haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades. Y esta insuficiencia dimana de que, como ya hemos visto, los derechos fundamentales que consagra el art. 20 de la Constitución, y también por la misma razón las libertades que garantiza el art. 16.1, exceden del ámbito personal por su dimensión institucional y porque significan el reconocimiento y la garantía de la opinión pública libre y, por tanto, del pluralismo político propugnado por el art. 1.1 de la Constitución como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.

d) Finalmente, hemos de recordar que, si bien es cierto que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos -como recuerda la STC 159/1986, de 16 de diciembre-, «tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades». Toda vez que, como dice esta Sentencia, «tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único

ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción». Hay, pues, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión «de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción -añade esta Sentencia-, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos».

La función de este Tribunal en el recurso de amparo constitucional, es la de revisar respetando los hechos que los órganos judiciales estiman probados y que no ofrecen duda en este caso por tratarse de un texto escrito unido a las actuaciones, si la ponderación entre los derechos fundamentales en juego se ha realizado en forma que la Constitución tolera; o si, por el contrario, se ha producido un desequilibrio entre los mismos del que resulta que la protección de uno -el derecho al honor- ha lesionado de forma evidente y desproporcionada las garantías que a la libertad ideológica y de expresión consagra la Constitución en los arts. 16.1 y 20.1.

En estas circunstancias y por reprobables que sean los términos con que el autor expresa sus propias opiniones no alcanzan los límites de una conducta merecedora de sanción penal, puesto que han sido emitidas en el ejercicio de los derechos fundamentales invocados por el recurrente. Pero no pueden serlo a partir de la Constitución, porque la libertad ideológica que consagra el art. 16.1 y el correlativo derecho a expresarla que garantiza el art. 20.1 a), no son compatibles, como se deduce de la doctrina de este Tribunal que ha quedado recogida en los anteriores fundamentos, con sancionar penalmente el ejercicio de dichas libertades. La libertad ideológica indisolublemente unida al pluralismo político que, como valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico propugna la Constitución, exige la máxima amplitud en el ejercicio de aquella y, naturalmente, no sólo en lo coincidente con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico, sino también en lo que resulte

contrapuesto a los valores y bienes que en ellos se consagran, excluida siempre la violencia para imponer los propios criterios, pero permitiendo la libre exposición de los mismos en los términos que impone una democracia avanzada. De ahí la indispensable interpretación restrictiva de las limitaciones a la libertad ideológica y del derecho a expresarla, sin el cual carecería aquélla de toda efectividad.

En conclusión, la condena penal impuesta al recurrente por la Sentencia del Tribunal Supremo revocatoria de la dictada en la instancia, no ha ponderado suficientemente las garantías que a la libertad ideológica y de expresión otorga la Constitución y, en consecuencia, ha de restablecerse al recurrente en la integridad de sus derechos".

Por lo demás, y en el mismo sentido, la STEDH de 15 de marzo de 2011 (caso Otegi contra España), estimo incurso dentro del derecho a la libertad de expresión la siguiente descalificación dirigida al rey Juan Carlos: «¿Cómo es posible que se fotografíe hoy en día en Bilbao [el presidente de la Comunidad Autónoma del País Vasco] con el Rey español, cuando el Rey español es el jefe máximo del ejército español, es decir, *el responsable de torturadores y que ampara la tortura e impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?*» (cursivas añadidas), con lo que el demandante, Otegi, se refería a que, en la lucha contra la banda terrorista ETA, algunos miembros de las fuerzas policiales habían sido condenados por torturas, y en que, en otros casos, los condenados por tales hechos habían sido indultados por Juan Carlos. El TEDH argumenta que con la condena de Otegi por injurias se había violado el art. 10 CEPDHLF, ya que:

"La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada individuo. Sin perjuicio del apartado

2 del artículo 10, es válida no solamente para las «informaciones» o «ideas» aceptadas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para las que hieren, ofenden o inquietan: así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existiría «sociedad democrática». Tal como la consagra el artículo 10, está sujeta a excepciones que, sin embargo, requieren una interpretación estricta, y la necesidad de restringirla debe acreditarse de forma convincente”.

Además, continúa el TEDH:

“Las frases pronunciadas por el demandante aludían a una cuestión de interés en el País Vasco, el recibimiento que el jefe del Ejecutivo vasco había reservado al Rey de España en su visita oficial al País Vasco, el 26 de febrero de 2003, en el contexto del cierre del diario en lengua vasca Egunkaria y la detención de sus responsables unos días antes, así como de la denuncia por malos tratos hecha pública por estos últimos. Las declaraciones del demandante se inscribían así en el ámbito de un debate sobre cuestiones de interés general. En consecuencia, el margen de apreciación de que disponían las autoridades para juzgar la «necesidad» de la sanción pronunciada contra el demandante estaba particularmente restringido”

Finalmente la STEDH concluye, para estimar que con la condena de Otegi se ha vulnerado el art. 10 del Convenio, de la siguiente manera:

“El Tribunal estima que el hecho de que el Rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político, de árbitro y de símbolo de la unidad del Estado español, no lo pone al abrigo de todas las críticas en el ejercicio de sus funciones oficiales o, como en el presente caso, en su condición de representante del Estado, al cual simboliza, de las procedentes de aquellos que se oponen legítimamente a las estructuras constitucionales de dicho Estado, incluido su régimen monárquico. A este respecto, señala que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el cual absolvió al demandante en primera instancia, recordó que la crítica de una institución constitucional no está excluida del derecho a la libertad de expresión. El Tribunal ha de destacar que es

precisamente cuando se presentan ideas que hieren, ofenden y se oponen al orden establecido, cuando más preciosa es la libertad de expresión. Asimismo, estima que el hecho de que la persona del Rey no esté «sujeta a responsabilidad» en virtud de la Constitución española, concretamente en el ámbito penal, no impide de por sí el libre debate sobre su eventual responsabilidad institucional, incluso simbólica, en la jefatura del Estado, dentro de los límites del respeto de su reputación como persona.

A este respecto, el Tribunal considera que, en el presente caso, las declaraciones en litigio no cuestionaban la vida privada del monarca o su honorabilidad personal, y que no contenían un ataque personal gratuito contra su persona. Las expresiones empleadas por el demandante se referían únicamente a la responsabilidad institucional del Rey como jefe y símbolo del aparato del Estado y de las fuerzas que, según las declaraciones del demandante, habían torturado a los responsables del periódico Egunkaria".

A la vista de todo lo que acabamos de exponer, hay que manifestar que, cuando en el escrito de querrela (págs. 66/67), para justificar por qué "Dictador" es una expresión que hay que considerar injuriosa per se, y se intenta argumentar todo ello con la doctrina del Tribunal Constitucional español "sobre expresiones indudablemente injuriosas en relación con las ideas y opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas", el Tribunal español entiende algo muy distinto de lo que interpreta el querellante: la jurisprudencia española ha seguido, desde siempre y con razón, la vieja máxima de Farinacio de que "quando verba sunt per se iniuriosa, animus presumitur", por lo que la aplica en supuestos como el de quien afirma de unos agentes de la Policía Municipal que son unos "hijos de puta" (STS de 14 de diciembre de 1985), el de quien llama al Jefe del Estado "un mierda y un hijo de puta" (STS de 16 de junio de 1987), o califica a otra persona de

"hijo de puta y cornudo" (STS 8 de abril de 1989). Por dar sólo dos ejemplos más: El TC ha estimado insultos constitutivos, sin más, de delitos contra el honor: las expresiones: "embustero", "mentiroso", "zafio", "histérico", "tonto" "descarado", "perjuro", "soberbio" "cobarde", "desvergonzado", "hortera", "cantamañanas" y "choricero soriano" dirigidas al presidente de un club de fútbol (STC 204/2001, de 15 de octubre), y las descalificación de otra persona como "cacique" y "lameculos" (STC 39/2005, de 28 de febrero). Que -en contra de lo que entiende el querellante, al interpretar la doctrina del Tribunal Constitucional español- la expresión "Dictador" no tiene nada en común con los epítetos injuriosos per se que acabo de referir, debería, por su evidencia, estar fuera de discusión

Para concluir este apartado en el que se ha argumentado por qué la expresión "Dictador", en el ejercicio de la libertad de expresión, y como crítica a un personaje público en el desempeño de su cargo, no puede ser reprimida como injuriosa, si no se quiere restringir aquella libertad hasta límites incompatibles con la misión que está llamada a cumplir la prensa en una sociedad democrática, una última observación.

Nada más lejos de quien suscribe este Dictamen que emitir juicios políticos de valor. Tampoco sobre el comandante Fidel Castro ni sobre las eventuales razones que haya tenido - condicionadas por múltiples factores, entre ellos el del injusto bloqueo al que está sometida Cuba- para que el régimen de esa República tenga su actual configuración política. Pero el hecho es que en Cuba están prohibidos los partidos políticos, que los medios de comunicación están en manos del Estado y que no existen elecciones periódicas por sufragio universal donde los ciudadanos puedan elegir entre distintas

opciones. Ni justifico ni dejo de justificar esta situación. Pero es evidente que el régimen político cubano carece de las instituciones que caracterizan a un Estado democrático de Derecho, y que, por ello, la opinión mundial dominante lo califica de dictadura. No obstante lo cual, y como el autor de este Dictamen ha oído de las propias palabras del presidente Correa, éste ha manifestado en reiteradas ocasiones su "admiración" por Fidel Castro, es decir: por alguien que, según el criterio mayoritario entre los políticos y los líderes de opinión democráticos internacionales, ha sido considerado, hasta su renuncia, precisamente un dictador.

f) El asalto a un hospital por un grupo de militares y de agentes de policía especializada, al amparo del estado de excepción decretado por el presidente Correa, y en el que fallecieron, como consecuencia de la refriega, cinco personas, resultando heridas 193, es un hecho cuya trascendencia difícilmente puede ser exagerada -como tampoco el intolerable levantamiento policial violento, con motivo de problemas salariales, que sin embargo, y como es elemental, sí que está siendo investigado penalmente para la depuración de responsabilidades-. La realidad de las circunstancias del asalto es en gran parte desconocida, no sólo por don Emilio Palacio, sino también por toda la opinión pública, ya que, inexplicablemente -y a pesar de que se han cometido acciones típicas de homicidios y de lesiones-, no se ha incoado ninguna investigación penal sobre lo sucedido, a pesar de que ello es preceptivo, ya que, según la opinión unánime, toda acción típica cometida debe ser investigada, independientemente de que, posteriormente, se concluya que no existió responsabilidad penal, porque, en una ulterior etapa procesal, se llega a la conclusión de que tales acciones típicas estaban cubiertas por alguna causa de justificación, como las

expresadas en los arts. 18 y sgs. (legítima defensa, estado de necesidad, etc.) del Código Penal del Ecuador.

Por todo ello, el artículo del señor Palacio, en cuanto que el hecho es "noticiable" en su máxima expresión, y en cuanto que se desconocen muchas de las circunstancias en la que tuvo lugar, tiene por objeto un acontecimiento sobre el que se puede y se debe informar ampliamente en una sociedad democrática.

Con mucha mayor autoridad de la quien escribe este Dictamen, el ilustre académico lic. Hernán Rodríguez Castelo, en su análisis de los últimos párrafos del artículo "NO a las mentiras", fechado el 7 de septiembre de 2011, manifiesta que:

"En estricto análisis lingüístico se impone concluir.

1. En este párrafo no se acusa al "Dictador" de ese "haber ordenado fuego" contra el hospital.

2. Se plantea la posibilidad de que alguien lo acuse. Caracterizando a este alguien como "un nuevo presidente" y "quizás enemigo suyo" y planteando para tal acusación hipotética un tiempo futuro".

A esas conclusiones del lic. Rodríguez Castelo no tengo nada que añadir, salvo el matiz de que don Emilio Palacio se refiere a "un nuevo presidente, quizás enemigo suyo", esto es: a un nuevo mandatario hostil y, consiguientemente, *sectario y parcial*, de donde se sigue, a contrario, que un nuevo presidente *neutral e imparcial* no llevaría al presidente Correa ante una corte penal.

g) Dos últimas observaciones sobre la aplicación al artículo "NO a las mentiras" de los principios que deben entrar en consideración

Al contrario de lo que mantienen las dos sentencias condenatorias (cfr. supra II 1), la cualidad de presidente de la República no impone -frente a un particular- una mayor protección en relación con las críticas que se le formulan, sino que sucede *precisamente todo lo contrario*: como ha expresado en múltiples ocasiones el TEDH: "En cuanto a los límites de la crítica admisible, éstos son mayores respecto a un político, que actúa en su condición de personaje público, que respecto a un simple particular. Un político se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos por parte de los periodistas, de organizaciones no gubernamentales tales como la demandante, así como del conjunto de los ciudadanos, y debe mostrar una mayor tolerancia al respecto. Sin duda tiene derecho a proteger su reputación, incluso fuera del ámbito de su vida privada, pero los imperativos de dicha protección deben sopesarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas, requiriendo las excepciones a la libertad de expresión una interpretación estricta".

El argumento de las sentencias condenatorias, apelando al art. 13.2 CASDH ("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"), confunde por completo el sentido de ese precepto: el art. 13.2 CASDH no se ocupa del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, sino de la *prohibición de censura previa*, y únicamente dispone que, como es obvio, si a posteriori se constata que el texto no controlado a priori constituye un delito, la *ausencia de*

*esa censura previa* no excluye la responsabilidad criminal en la que eventualmente pueda haber incurrido el autor del texto; lo que sucede en el caso que nos ocupa es que no puede haber responsabilidad (penal) ulterior porque don Emilio Palacio no ha hecho otra cosa sino ejercer legítimamente su derecho a la libertad de expresión.

h) Finalmente, y para concluir este apartado: las consecuencias jurídicas que se han hecho seguir por las sentencias condenatorias por el artículo "NO a las mentiras", y aunque éste se hubiera escrito -que no lo ha sido- al margen del legítimo derecho a la libertad de expresión son, en cualquier caso, incompatibles con tal derecho, teniendo en cuenta que tales consecuencias consisten en la imposición de tres años de prisión para los querellados y una indemnización total -sin precedentes, por lo que alcanzo a ver, en la historia mundial de los delitos contra el honor- de 40 millones de dólares USA, consecuencias jurídicas que, de ejecutarse, no sólo "disuadirían" -en palabras del TEDH- a los periodistas ecuatorianos de ejercer sus libertades de expresión y de información, sino que llevaría a la "paralización" en la República del Ecuador del ejercicio de esas libertades.

Según el TEDH, la mera imposición de un año de prisión, inhabilitación especial para el sufragio durante el tiempo de la condena y el pago de las costas, es ya suficiente, aunque el texto sea atentatorio para el honor de un Jefe de Estado, para decretar que tal pena, por su efecto disuasorio para el ejercicio de las libertades de expresión e información, es incompatible con la protección que merecen en una sociedad democrática esas tan básicas libertades: "A la vista de lo que precede [de las penas impuestas], suponiendo incluso que los

motivos invocados por los tribunales internos se consideren pertinentes [que había existido un ataque no justificado al honor del Jefe del Estado], no son suficientes para demostrar que la injerencia denunciada [la de condenar al demandante por un delito de injuria] era <necesaria en una sociedad democrática>. Pese al margen de apreciación de las autoridades internas, el Tribunal [Europeo de Derechos Humanos] estima que la condena del demandante *no guarda proporción* con el fin perseguido [de protección del honor del Jefe del Estado]. En consecuencia, ha habido violación del artículo 10 del Convenio" (STEDH de 15 de marzo de 2011, caso Otegi contra España, cursivas añadidas; en el mismo sentido, SSTEDH Bingöl contra Turquía, de 22 de junio de 2010, y Cumpănă y Mazăre contra Rumania, de noviembre de 2004 .

Que esa pena de un año de prisión y demás consecuencias jurídicas que el TEDH considera inconciliable, aunque haya habido un ataque al honor, con el derecho a la libertad de expresión, es casi una "caricia", si se la compara con las penas y con las indemnizaciones decretadas por los tribunales ecuatorianos contra los querellados como consecuencia de la publicación del artículo "NO a las mentiras", no requiere de ninguna explicación ulterior.

#### IV. EXAMEN DE LAS CONDUCTAS DE LOS SEÑORES CARLOS NICOLÁS PÉREZ LAPENTTI, CARLOS EDUARDO Y CÉSAR ENRIQUE PÉREZ BARRIGA

##### 1. Los arts. 383 y 384 del Código de Procedimiento Penal

Quien suscribe este Dictamen no puede por menos de manifestar su asombro por que ambos tribunales, y en contra de lo previsto expresamente en la legislación del Ecuador, hayan podido dictar una sentencia condenatoria contra los señores

Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo y César Enrique Pérez Barriga.

Dichos artículos disponen lo siguiente:

“PROCEDIMIENTO PARA LOS DELITOS COMETIDOS  
MEDIANTE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL

**Art. 383.-** Reglas especiales.- Para el juzgamiento de los delitos cometidos por medio de la imprenta, la radiodifusión, la televisión y otros medios de comunicación social, se aplicarán las normas generales de este Código y, además las reglas especiales previstas en este párrafo.

**Art. 384.-** Responsabilidad de los Directores.- El director, editor, dueño o responsable de un medio de comunicación responderá por la infracción que se juzga y contra él se seguirá la causa, si no manifestare, cuando el Fiscal lo requiera, el nombre del autor, reproductor o responsable de la publicación.

Igualmente serán responsables cuando el autor de la publicación resultare o fuere persona supuesta o desconocida, menor de dieciocho años o personas con manifiesta y conocida alteración de sus facultades mentales.

Los directores, administradores o propietarios de las estaciones de radio y televisión están obligados a remitir, cuando el Fiscal lo requiera, los filmes, las videocintas o las grabaciones de sonidos. De no hacerlo, el proceso se seguirá contra ellos”.

En el voto salvado del De. Freire León se expone lo siguiente:

“Más aún si consideramos que el Art. 384 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a los delitos cometidos mediante los medios de comunicación,

establece, <Que el director, editor, dueño responsable de un medio de comunicación, responderá por la infracción que se juzga y contra él se seguirá la causa, si no manifestare, cuando el fiscal lo requiera, el nombre del autor, reproductor o responsable de la publicación"; mas en el presente caso consta en autos la contestación del señor Carlos Pérez Barriga, en su calidad de Director del Diario El Universo, dando a conocer al Fiscal, que el Autor del mencionado Artículo publicado el día domingo 11 de febrero de 2001, en la edición año 90 No. 144 en su página 6 del Diario El Universo, bajo el título "No a las mentiras" fue el señor Emilio Palacio Urrutia; por lo que esta sala observa que en el proceso no se ha podido determinar ninguna responsabilidad penal de los querellados Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo Pérez Barriga, César Enrique Pérez Barriga".

Ese artículo del Código de Procedimiento Penal sólo admite una interpretación que tiene que conducir *forzosamente* a la absolución de los señores Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo y César Enrique Pérez Barriga. Ya que: si el art. 384 dispone que "el director, editor, dueño o responsable de un medio de comunicación responderá por la infracción que se juzga y contra él se seguirá la causa, si no manifestare, cuando el Fiscal lo requiera, el nombre del autor, reproductor o responsable de la publicación", de ahí se sigue, *con un argumento a contrario que simplemente no tiene vuelta de hoja*, que si se ha manifestado -como ha sucedido en el presente caso-, a requerimiento del Fiscal, que el nombre del autor del artículo "No a las mentiras" era don Emilio Palacio, entonces los señores Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo y César Enrique Pérez Barriga *no* responderán por la infracción que se juzga y *no* se seguirá causa alguna contra ellos.

Como el art. 384 deroga, para los delitos cometidos mediante los medios de comunicación, las reglas generales de participación delictiva -tal como hacen, con distintos matices, muchos otros Códigos Penales, entre ellos, y como veremos infra 3 a) cc), también el español-, es imposible de entender por qué los tribunales ecuatorianos ni han aplicado dicho precepto -con lo que habría sido inevitable la absolución de los querellados señores Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo y César Enrique Pérez Barriga-, ni han mencionado siquiera la existencia de tal disposición, lo que les habría obligado a motivar la inmotivada e inmotivable razón de su no aplicación.

Dado que tanto el Juzgado Decimoquinto del Guayas como la Corte Provincial han decretado -por razones que no se alcanzan a entender- la no-existencia del art. 384 del Código de Procedimiento Penal, y, a pesar de que, naturalmente, si como se ha explicado en el apartado precedente, don Emilio Palacio no ha cometido delito alguno, tampoco lo pueden haber cometido los señores Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo y César Enrique Pérez Barriga, ya que la participación delictiva se rige por el principio de accesoriadad y, en consecuencia, si el hecho principal -la conducta del señor Palacio- no es típicamente antijurídica, tampoco puede existir responsabilidad penal por haber supuestamente contribuido a una conducta conforme a Derecho, a pesar de todo ello paso a fundamentar a continuación por qué, aunque no existiera -que sí existe- el art. 384, y aunque el texto escrito por el señor Palacio fuera injurioso -que no lo es-, no obstante, y aun aplicando, tal como han hecho los tribunales de primera y de segunda instancia del

Guayas, las reglas generales de participación, los señores Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo y César Enrique Pérez Barriga tampoco habrían incurrido en responsabilidad penal alguna.

**2. Los argumentos de las sentencias condenatorias para fundamentar la responsabilidad penal de los señores Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo y César Enrique Pérez Barriga**

*a) La sentencia de primera instancia del Juzgado Decimoquinto de Garantías Penales del Guayas de 20 de julio de 2011*

En esta sentencia (págs. 151/152) se puede leer lo siguiente:

"Así pues las alegaciones esgrimidas por los acusados carecen de sustento legal, ya que ha quedado probado que las expresiones constantes en el artículo "No a las mentiras", que se ha incorporado como prueba documental, y que fue leído por el suscrito juez, es 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 para 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.- SEXTO: 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 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 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, sumado al hecho de que en autos consta que Emilio Palacio Urrutia, en la causa No 1968-20099 en el Juzgado Segundo de Garantías Penales del 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 Anónima 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".

*b) La sentencia de segunda instancia, de 23 de septiembre de 2011, dictada por la Sala Segunda de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas*

Para fundamentar la responsabilidad como coadyuvantes de los señores Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo y César Enrique Pérez Barriga, en esta sentencia de segunda instancia se alega lo siguiente:

"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 (fs.808 y ss.) -según los Estatutos Sociales-; por el contrario, han participado en un modo principal en la materialización del delito, al cooperar de manera necesaria en el acto, de tal manera que sin su participación no existiría el delito acusado, sin perjuicio de su facultad de establecer la política noticiosa y de opinión (fs. 810 vta.). Esos artículos han sido aportados por el querellante dentro del plazo para presentar pruebas en forma de desmaterialización

notarial, por lo que 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 atacar la honra y reputación del economista Rafael Vicente Correa Delgado; de igual modo se aportó de parte del querellante y dentro del mencionado plazo, la desmaterialización de una nota de prensa denominada <Gutenberg Vera" de la página electrónica [www.eluniverso.com](http://www.eluniverso.com) de ediciones anteriores -cartas al Director-, del 5 de diciembre del 2010, donde se aprecia que el referido Diario El Universo, sí se ejerce el derecho de veto cuando se cree conveniente -sin embargo esto ha sido negado por la parte querellada-, en dicha nota de prensa dice: <... Recibimos una carta del abogado Gutenberg Vera Páez que no reproducimos íntegramente por las injurias que contiene contra este medio de comunicación ...> (fs. 1471), esto constituye prueba plena para la Sala.- De igual manera, las copias certificadas del juicio de acción privada No. 1968-2009 seguido por Camilo Samán Salem, contra Emilio Palacio Urrutía -por el artículo <Camilo el matón>, publicado el 27 de agosto de 2009 en diario El Universo- en el Juzgado Segundo de Garantías Penales del Guayas (f. 854 y ss.), demuestran que es constante esta clase de conducta de los querellados.- La prueba plena constante en autos no ha sido desvanecida conforme a derecho por 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 buen nombre del ofendido" (pág. 10).

Y en la página 11 de la referida sentencia de segunda instancia se termina expresando lo siguiente:

"Los querellados 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 sus 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 del medio 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. 14712), 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 u horario>".

**3. Crítica a los argumentos de ambas sentencias para afirmar la responsabilidad, como coadyuvantes, de los señores Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo y César Enrique Pérez Barriga**

Con todos nuestros respetos para ambas sentencias, la condena como coadyuvantes de los señores Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo y César Enrique Pérez Barriga -y aunque no existiera el art. 384 CPP- sólo puede haber sido pronunciada desconociendo principios elementales del Derecho penal

a) *Crítica a la sentencia de primera instancia del Juzgado Decimoquinto de Garantías Penales del Guayas de 20 de julio de 2011*

aa) La participación en el delito -cuyas reglas generales aplica el Juzgado Decimoquinto de Garantías Penales deL Guayas, a pesar de que dichas reglas están derogadas por el art. 384 CPP-, tal como la entiende también el Código Penal del Ecuador, es una forma *dolosa* de intervención en el hecho principal delictivo, de tal manera que, para que pueda responder como tal partícipe, éste tiene que *conocer* que el autor material va a cometer un determinado delito, delito por el que, en tal caso, va a ser condenado también aquel coadyuvante en virtud del principio de accesoriedad: el que entrega a otro un cuchillo sólo puede responder como partícipe en un homicidio si *sabe* que el autor principal va a causar con ese arma la muerte de otra persona, de la misma manera que a quien proporciona piel de ternera para la fabricación de bolsos, para que se le pueda imputar la participación en un delito contra la propiedad industrial, *tiene que saber* que el autor material va a confeccionar con ese material bolsos falsificados de la firma Louis Vuitton. Con palabras de dos sentencias del Tribunal Supremo español: "La complicidad, como participación *dolosa* en el delito por otro cometido, supone *conocimiento* del hecho que el autor principal realiza y *voluntad* de contribuir a él de forma efectiva" (STS 1497/2004, de 16 de diciembre, cursivas añadidas); y: "*El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor, y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo*

*consciente y eficaz a la realización de aquél*" (STS 434/2007, de 16 de mayo, cursivas añadidas).

bb) En la sentencia de primera instancia la cuestión de que Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo y César Enrique Pérez Barriga *conocían, y, conociéndolo,* ayudaron a Emilio Palacio a la publicación del artículo supuestamente injurioso "NO a las mentiras", se despacha con la afirmación de que "bien se puede decir que responden por ello por ser sus representantes legales", y de que "en esta clase de 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".

Pero contra ello hay que decir: que, porque Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo y César Enrique Pérez Barriga fueran los representantes legales de la Compañía, de ese hecho no se deriva que aquéllos conocieran previamente ni el contenido ni siquiera la existencia del artículo que se iba a publicar; y que, por consiguiente, supone una descarada vulneración del principio de presunción de inocencia (arts. 76.2 CRE, 11.1 DUDH, 14.2 PIDCP, XXVI DADDH, 8.2 CASDH, 6º.2 CEPDHLF, 24.2 CE) que, al representante legal de una sociedad mercantil se le pueda imputar, por la mera circunstancia de ostentar esa condición, los delitos cometidos dentro de la empresa. Así lo ha entendido, con razón, el TC (STC 253/1993, de 20 de julio) en un caso parecido al que es objeto de este Dictamen, en el que al vocal de una Junta Directiva de la Sociedad Protectora de Animales y Plantas de Alicante se le

condenó por un delito de coacciones, porque dicha Sociedad había colocado en la ciudad alicantina de Benidorm unos carteles con contenido intimidatorio. El TC anula la condena del vocal, por haberse vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, con el argumento de que *dentro del marco de una persona jurídica sólo serán responsables de un determinado delito aquellos de sus miembros integrantes de los que se ha "probado, en cada caso concreto, tanto la real participación en los hechos de referencia como la culpabilidad en relación con los mismos"* (cursivas añadidas).

Y añade la referida sentencia:

"A la vista de ello, así como del contenido de las sentencias recurridas, no cabe duda de que los órganos judiciales de instancia y de apelación han procedido a una aplicación del art. 15 bis CP que vulnera el derecho a la presunción de inocencia, inicialmente obrante a favor del recurrente. De las actuaciones se desprende, en efecto, que, una vez comprobado que los carteles cuya colocación fue denunciada iban firmados por la Sociedad Protectora de Animales y Plantas de Alicante, el Juez de Instrucción núm. 6 de esa ciudad procedió a tomar declaración a don Teófilo S.B., representante legal de dicha entidad, quien, con fecha de 20 de octubre de 1987, tras manifestar que no había tomado parte en los hechos de referencia, sugirió que el Presidente de la misma sería el más indicado para declarar sobre el tema. No fue, sin embargo, este último el llamado a declarar, sino don Agapito S.P. quien, a la sazón, ostentaba el cargo de vocal de relaciones públicas de la citada sociedad, y que al parecer acudió al Juzgado por no tener que trabajar dada su condición de jubilado. No hubo, después de ello, actividad probatoria alguna encaminada a probar que el Señor S.P. hubiese participado de alguna manera, en su calidad de directivo de la indicada asociación, en la adopción de la decisión de colocar los carteles en cuestión, o en la ejecución de la misma.

Debe, por consiguiente, concluirse que los órganos judiciales han incurrido en una vulneración del derecho a la presunción de inocencia por haber condenado al

**solicitante de amparo, sobre la sola base de simples conjeturas originadas por su condición objetiva de único miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Protectora de Animales y Plantas de Alicante que compareció ante el Juzgado"** (negritas en el texto original, cursivas añadidas).

cc) Tal como sucede también en la legislación ecuatoriana con el art. 384 CPP, en el Código Penal español, y siguiendo un modelo instaurado por primera vez por la Ley de Prensa francesa de 1881, también se derogan -aunque de una manera distinta a como se hace en Ecuador- las reglas generales de participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación, estableciéndose una responsabilidad *escalonada y excluyente*, en el sentido de que de un artículo, por ejemplo, injurioso, sólo responde su autor material y, en su caso, su inductor, excluyéndose de responsabilidad a todos los demás partícipes -cooperadores necesarios, cómplices-, y, para el supuesto de que, por el motivo que sea, la acción penal no pueda dirigirse contra quien realmente escribió el texto, entonces entra en juego esa responsabilidad escalonada y excluyente que se dirige, en primer lugar, y únicamente -con exclusión de otros posibles partícipes-, contra el director del periódico, y sucesivamente, para el caso de que, por ejemplo, ese director se encuentre ilocalizable, fuera de España, pero asimismo excluyentemente, contra el director de la empresa mercantil. En concreto, el art. 30 del Código Penal español dispone lo siguiente:

"1. En los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente.

2. Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden:

1. Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo.
2. Los directores de la publicación o programa en que se difunda.
3. Los directores de la empresa editora, emisora o difusora.
4. Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.

2. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior".

Cuando en la sentencia de primera instancia del Juzgado del Guayas se afirma que, por el mero hecho de ser "dueño" o "directivo" del periódico, aquél, y de *manera automática*, "se convierte en coadyuvante o cooperador necesario de aquel porque sin su ayuda no hubiese podido verificar la publicación del artículo injurioso", de tal afirmación sólo es cierto - si, prescindiendo del imprescindible art. 384 CPP, aplicamos las reglas generales de participación- que la acción de publicar el texto constituye, *objetivamente*, una cooperación necesaria para su difusión; pero mantener que esa aportación objetiva -como la aportación objetiva de proporcionar la piel de ternera a quien posteriormente se revela como un fabricante de bolsos falsificados- integra ya, sin más, una participación delictiva -sin que conste, *subjectivamente*, que el "dueño" o el "directivo" del periódico conocían el contenido delictivo del texto y que, no obstante dieron el visto bueno para su

publicación- supone nuevamente, una descarada -y lo digo con el máximo respeto- violación del principio de presunción de inocencia.

En su particular regulación de los delitos cometidos mediante los medios de comunicación, el Código Penal español señala *expresamente como responsables* -para el caso de que al autor real del texto no se le pueda perseguir penalmente, porque, por ejemplo, se encuentra en rebeldía- al *director del periódico* y, escalonada y subsidiariamente, al *director de la empresa editora de la publicación*. Pero, naturalmente, esta responsabilidad escalonada ni *deroga ni puede derogar el principio constitucional de la presunción de inocencia*, de tal manera que dicha responsabilidad subsidiaria sólo puede entrar en juego si se acredita que el director del medio de comunicación, o, en su caso, su dueño, *conocían* -requisito *subjetivo* de la participación- la existencia del artículo en cuestión. Y así, la STS de 31 de enero de 1992, en un procedimiento por injurias y calumnias, en el que la sentencia del tribunal de instancia, a pesar de la posibilidad teórica de aplicar en ese caso la responsabilidad subsidiaria y en cascada, por ser desconocido el autor del texto delictivo, había absuelto al director de un periódico, confirma dicha absolución, argumentando de la siguiente manera:

"El actual art. 15 y su correlativo art. 13 [que se corresponden con el vigente art. 30 del Código Penal de 1995, reproducido en la página anterior de este Dictamen] fueron introducidos en el texto penal de 1870 (con los ordinales 14 y 12), por incorporarse en tal Código los delitos de imprenta, hasta entonces sancionados en leyes especiales. Limitado tal precepto a «los delitos y faltas que se cometan por medio de la imprenta, grabado u otro medio mecánico de publicación»; el Código de 1928 añadió la disyuntiva «o» para incluir también la difusión en su art. 53. El texto de 1932 volvió a la fórmula de 1870 en

sus arts. 13 y 15 y la reforma de 1944 dio mayor amplitud al precepto, al añadir «la radiodifusión u otro medio que facilite la publicidad», desapareciendo la especialidad de las infracciones de imprenta y entrando en el más amplio concepto de los delitos publicitarios.

Dichos preceptos aparecen establecidos bajo los principios de limitación y de efectividad. Lo primero, en cuanto si de todos los delitos y faltas son responsables criminalmente: los autores, cómplices y encubridores, en esta clase de infracciones publicitarias sólo responderán criminalmente los autores, quedando excluidos cómplices y encubridores (art. 13). Ello se explica por razones de política criminal y para evitar que la amplitud de la responsabilidad constituyera un gravísimo obstáculo del desarrollo de los medios de comunicación que tanta importancia han tenido en el pasado y tienen en la actualidad en la formación cultural y desarrollo tecnológico de una sociedad. El art. 15 previene, a pesar de lo mantenido en el art. 14 con carácter general, que sólo son autores de las infracciones mencionadas en el art. 13 «los que realmente lo hayan sido del texto, escrito o estampa publicados o difundidos», añadiéndose a continuación, en atención al principio de efectividad de la responsabilidad, en defecto de ser conocidos los autores, no estar domiciliados en España o estar exentos de responsabilidad criminal, conforme al art. 8.º reputar autores a los directores, en su defecto a los editores y, por último, a los impresores.

*La doctrina de esta Sala ha rechazado, por consiguiente, toda interpretación objetivista, al exigirse en todo caso el dolo, al menos, para la incorporación de la persona al círculo de responsables, que jamás podrán serlo por la sola circunstancia de que el verdadero autor sea desconocido, o se halle fuera de España, o estuviera exento de responsabilidad conforme al art. 8.º del Código Penal.*

*No es, por tanto, suficiente, que no aparezca autor conocido del texto criminal para hacer per se responsable criminalmente al director, sino que habrá de exigirse para la aplicación del art. 15 una culpabilidad en el conocido subsidiario, y que ha tenido que tener una cooperación de autoría en el hecho a título de dolo".* (Cursivas añadidas).

(En el mismo sentido de exigirse dolo para que pueda imputarse al director del periódico o de la empresa la responsabilidad por el texto delictivo publicado, cfr.

SSTS de 25 de noviembre de 1988, 16 de mayo de 1989, 12 de febrero de 1990, y 16 de mayo de 1991).

También el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en el sentido de que, para que pueda ser condenado por un delito de plagio -tal como había hecho en su sentencia la Audiencia Provincial de Pontevedra, contra la que recurrió en amparo el demandante, alegando infracción del principio de presunción de inocencia- el encargado de las funciones de coordinación, supervisión y control de una determinada obra, en la que se contenía una copia servil de lo publicado por otro escritor, no basta con que, objetivamente, aquél desempeñara tales funciones de supervisión y control, y diera el visto bueno para la publicación del libro, sino que es preciso, además, *que se acredite que obró con dolo*, es decir: que conocía el carácter plagiarario del texto, ya que, si ello no está acreditado, su condena violaría el principio de presunción de inocencia. Y así, en la STC 137/2007, de 4 de junio, se establece lo siguiente:

"En el presente caso la Audiencia Provincial de Pontevedra considera en la Sentencia impugnada que el recurrente en amparo es autor del delito contra la propiedad intelectual tipificado en el art. 270.1 del Código por tener el "dominio del hecho", dada su posición de encargado de las funciones de coordinación, supervisión y control de la obra "Historia Ilustrada de Pontevedra", en cuyos tres primeros fascículos el coacusado don Valentín Carmelo R. F. realizó materialmente el plagio, al copiar diversos párrafos del libro "Historia de la Ciudad de Pontevedra", cuyo autor es don José F. B., sin autorización de éste y sin citarle.

Es decir, la Audiencia Provincial infiere o presume en su Sentencia que el recurrente en amparo, por ejercitar esas funciones de dirección y coordinación de la obra

"Historia Ilustrada de Pontevedra" (extremo que no se discute), debía necesariamente conocer el plagio cometido por su colaborador, el coacusado don Valentín Carmelo R. F., lo que supone inferir, a su vez, que el recurrente conocía los contenidos del libro plagiado del que es autor el Sr. F. B. (lo que no consta, según se afirma expresamente en la Sentencia de instancia) o, alternativamente, que el coacusado había puesto en conocimiento del recurrente en amparo que había copiado dicho libro (lo que tampoco consta que sucediera). De este modo, la Sentencia impugnada no contiene una motivación suficiente del juicio de inferencia en el que se sustenta la convicción sobre la autoría del recurrente en la comisión del delito tipificado en el art. 270.1 del Código Penal, de forma que la condena de éste se fundamenta en una inferencia ilógica y no concluyente, por su carácter excesivamente abierto, por lo que no puede considerarse que haya existido prueba de cargo válida *para desvirtuar la presunción de inocencia del recurrente.*

En efecto, no existe prueba directa alguna en las actuaciones de que el recurrente conociese que el coacusado había cometido plagio, sin que pueda considerarse como suficiente desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, a la vista de la motivación de la Sentencia impugnada en amparo, la inferencia que sustenta la convicción incriminatoria de la Audiencia Provincial respecto del recurrente en amparo, basada en el mero dato incontestado de que éste asumía las funciones de dirección y coordinación de la obra "Historia Ilustrada de Pontevedra", pues el ejercicio de dichas funciones no conduce naturalmente a la conclusión del conocimiento del plagio cometido por el colaborador, por lo que estamos ante una inferencia ilógica y no concluyente, incapaz de convencer objetivamente de la razonabilidad de la convicción judicial (por todas, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, y 145/2005, de 6 de junio)". (Cursivas añadidas)

dd) De lo hasta ahora expuesto, y aunque no existiera el art. 384 CPP, se sigue que también habría que rechazar la argumentación de la sentencia del Juzgado Decimoquinto de Garantías Penales del Guayas, de 20 de julio de 2011, para explicar por qué deben ser condenados, como coadyuvantes al artículo supuestamente injurioso de don Emilio Palacio, los

señores Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo y César Enrique Pérez Barriga.

Porque lo que hay que demostrar, para poderles imputar a dichos señores una cooperación a la conducta del señor Palacio, es que, en efecto, *habían conocido, en concreto, el texto de ese artículo y que, conociéndolo, dieron el visto bueno para su publicación*; lo que sucede es que, al contrario de lo que afirma la sentencia de primera instancia, y tal como se ha demostrado en las páginas anteriores, derivar la existencia del dolo, en este caso concreto, de la circunstancia de que tales personas eran representantes legales de la empresa periodística, o "dueños" o "directores" del periódico, constituye una insostenible presunción contra reo que vulnera el principio de presunción de inocencia.

*b) Crítica a la sentencia de segunda instancia, de 23 de septiembre de 2011, dictada por la Sala Segunda de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas*

aa) La sentencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de 23 de septiembre de 2011 -que también prescinde, no sólo de aplicar, sino tan siquiera de comentar el art. 384 CPP, cuya imperativa entrada en juego habría llevado ya, sin más, a la absolución de los señores Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo y César Enrique Pérez Barriga-, para explicar la condena de éstos como coadyuvantes, además de asumir íntegramente la fundamentación que acabamos de rebatir del Juzgado de Primera Instancia, expone que "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>" (cursiva añadida). Contra esto hay que decir que los señores Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo y César Enrique Pérez Barriga, sobre la base del principio de presunción de inocencia, no tienen que "desvirtuar" nada, ni acreditar tampoco la probatio diabolica de que ellos *no* habían conocido (*hecho negativo*) ni el artículo -ni, por consiguiente, tampoco el contenido- del artículo del señor Palacio. Por el contrario: a los señores Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo y César Enrique Pérez Barriga se les presume inocentes, y no son ellos, sino que es el tribunal el que tiene que "desvirtuar", que "enervar" esa presunción de inocencia que les ampara según todos los textos nacionales e internacionales de Derechos Humanos, y, consiguientemente, que es ese tribunal el que tiene que demostrar que, en ese caso concreto, de ese artículo concreto, los supuestos coadyuvantes habían conocido y aprobado la publicación del artículo de don Emilio Palacio: como se establece este elemental principio en la STC 182/1989, de 3 de noviembre:

**"En efecto, el derecho a la presunción de inocencia, que alcanza rango de derecho fundamental tras su constitucionalización en el art. 24.2 de la Norma suprema, ha dado lugar a una constante jurisprudencia constitucional, en virtud de la cual, y como consecuencia de la vigencia de esta presunción constitucional la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la acusación y no a la defensa (STC 70/1985), de tal manera que, en el proceso penal, recae la carga de la prueba en las partes acusadoras, quienes han de probar en el juicio los hechos constitutivos de la pretensión penal, sin que se pueda constitucionalmente exigir a la defensa una probatio diabolica de los hechos negativos -SSTC 150/1987; 82, 128 y 187/1988"** (negritas en el texto original; cfr. también, en el mismo sentido, y entre otras muchas, y además de las resoluciones del TC que se citan en esta sentencia, las posteriores SSTC 123/1997,

de 1 de julio, 209/1999, de 29 de noviembre, 33/2000, de 14 de febrero, y 40/2008, de 10 de marzo).

Pero lo más grave de la sentencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas es que, además de prescindir de la aplicación del art. 384 CPP, para acreditar el dolo de los coadyuvantes se abstiene por completo de intentar siquiera demostrar que tal dolo concurre en ese hecho concreto del artículo del señor Palacio, para, en lugar de ello, hacer un recorrido por la vida y milagros de los señores Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo y César Enrique Pérez Barriga, utilizando, como prueba del dolo, que éstos *habían mantenido empleado en El Universo al señor Palacio*, a quien la sentencia califica, poco menos, que como un injuriador profesional, porque ya *antes* había publicado artículos atentatorios contra el honor, habiendo sido condenado incluso por uno de ellos, y que los coadyuvantes en una ocasión *anterior* se habían negado a publicar en "El Universo" una carta de rectificación y que "la política editorial y de opinión del medio resulta contraria a los principios constitucionales de libertad de pensamiento y opinión, de difusión, de información veraz, verificada, sin censura previa (numeral 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" (pág. 11 de la sentencia de segunda instancia).

En definitiva, que para la Corte Provincial de Justicia del Guayas la *conducta anterior* de los señores Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo y César Enrique Pérez Barriga evidencia que son unos malos sujetos, capaces de cualquier cosa, y deduciendo de ahí el Tribunal que, por ello, y por

supuesto, también conocían y dieron luz verde a la publicación del artículo del señor Palacio.

Pero estos argumentos para probar el dolo en un caso concreto sólo pueden tener fuerza de convicción bajo la vigencia, frente al democrático "Tatstrafrecht" (Derecho penal del hecho"), del "Täterstrafrecht" ("Derecho penal de autor"), imperante en el nacionalsocialismo, según el cual, "lo que hace culpable al autor no es que cometa un hecho, sino que el objeto de la censura penal es que es <un autor tal>" (Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht, Primera Parte, 1939, págs. 3/4), escribiendo otro defensor del "Derecho penal de autor": "Hecho individual o personalidad [del autor], esta es la cuestión sobre el fundamento primario de todo sistema [de Derecho penal]" (Zimmerl, Der Aufbau des Strafrechtssystems, 1930, pág. 5). Y, sin movernos del Derecho penal nacionalsocialista, la argumentación de la Corte Provincial de Justicia del Guayas también podría ser convincente de acuerdo con la teoría de la "Lebensführungsschuld" ("culpabilidad de conducción por la vida"), vigente también en Alemania en el sistema del Derecho penal de aquellos años, según la cual, "la culpabilidad juridicopenal del autor no es una culpabilidad del hecho concreto, sino culpabilidad de su entera conducción por la vida y que le ha convertido en un <degenerado>" (Mezger, Die Straftat als Ganzes, ZStW 57 [1938], pág. 688).

No albergo la menor duda de la ideología democrática de los ilustres magistrados que integran la Corte Provincial de Justicia del Guayas, pero no puedo por menos de señalar que el Derecho penal vigente no es un "Derecho penal de autor", ni de "culpabilidad de conducción por la vida", sino un "Derecho penal de hecho", y que, por tanto, lo que hay que probar no es lo que autor ha sido o es, sino, si en un caso concreto, a

saber: y en este supuesto, en el caso concreto del artículo de don Emilio Palacio, es decir: en este hecho, los señores Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo y César Enrique Pérez Barriga, tuvieron conocimiento del artículo que aquél había escrito y si dieron su visto bueno para su publicación, *siendo absolutamente irrelevante para decidir esta cuestión lo que tales señores habían realizado o dejado de realizar a lo largo de su vida.*

#### **4. El voto salvado del Dr. Guillermo Freire León**

Todo lo que se acaba de exponer, para negar la condición de coadyuvantes de los señores Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo y César Enrique Pérez Barriga, coincide, por lo demás, con el, en este caso, ejemplar razonamiento del Dr. Guillermo Freire León, cuando en su voto salvado -y después de haber fundamentado ya la absolucón de aquéllos sobre la base del art. 384 CPP (v. supra 1)- afirma, además, que, en cualquier caso, tampoco se habría acreditado que éstos hubieran actuado con dolo:

"En las piezas procesales de la enorme cantidad de fojas no se aprecia documento alguno que hagan presumir la autoría coadyuvante dentro de la presente causa y en materia penal está prohibida la interpretación extensiva como lo dispone de manera expresa y mandataria el art. 4 del código penal cuando dice, "prohíbese en materia penal la interpretación extensiva. El juez debe atenerse, estrictamente, a la letra de la ley". Por las consideraciones antes expuestas, esta Segunda Sala de lo Penal y Tránsito de la Provincia del Guayas, ACEPTA los recursos de apelación interpuestos por los señores Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo Pérez Barriga y César Enrique Pérez Barriga y por los Drs. Jorge Zavala Baquerizo, Xavier Zavala Egas y Diego Zavala Vega, como procuradores judiciales de la Compañía Anónima El Universo S.A."

V. LA CONDENA DE LA COMPAÑÍA ANÓNIMA EL UNIVERSO COMO  
COADYUVANTE EN EL HECHO PRINCIPAL EJECUTADO POR DON EMILIO  
PALACIO

1. A pesar de que la Compañía Anónima El Universo es una persona jurídica, ambas sentencias la consideran coadyuvante de un delito de injurias, vinculando a esa responsabilidad penal, como consecuencia civil, la indemnización al querellante de USD\$ 10 millones.

Ciertamente que existen Códigos Penales donde se ha regulado expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, regulación que se ha hecho necesaria para poder castigar a las empresas sin infringir el principio de legalidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*), de tal manera que, si no existe tal previsión, la imposición de una pena de acuerdo con un Código Penal -como lo es el ecuatoriano-, donde el delincuente sólo puede serlo una persona física, vulneraría aquel principio. Como expresa *Roxin* en referencia al Código Penal alemán, donde, como en el del Ecuador, tampoco existe una previsión expresa de responsabilidad penal de las personas jurídicas: "De acuerdo con el Derecho penal alemán, los actos de las personas jurídicas no son acciones. Como aquéllas carecen de una sustancia psíquico-espiritual, tampoco pueden expresarse. Sólo <órganos> humanos pueden actuar con efectos para las mismas; a aquéllos es a los que hay que castigar y no a las personas jurídicas" (*Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, tomo I: Grundlagen. Der Aufbau de Verbrechenslehre, 4ª ed., 2006 § 8 n. m. 59 [hay traducción española de la 2ª ed. alemana, por Luzón, de Vicente, y Díaz y García Conlledo, 1997]*). Y en el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en, por ejemplo, la sentencia 2052/2001, de 7 de noviembre:

“Es claro que si el señor M. se limitaba a ejecutar las órdenes de un plan previamente diseñado «desde arriba» por el propio recurrente como directivo de la empresa, y la ejecución material del plan se realizó con el conocimiento y consentimiento expreso del recurrente, la imputación de responsabilidad al mismo es plenamente correcta. Debe recordarse que en el modelo tradicional seguido por el ordenamiento español para determinar la responsabilidad de los delitos cometidos en el ámbito de la empresa, presidido por el principio «societas delinquere non potest», los responsables penales son necesariamente sujetos individuales, concibiéndose la acción penalmente relevante como un comportamiento humano voluntario y la culpabilidad como un reproche personal por no haber obrado de otro modo”;

y en la STS 862/2009, de 23 de julio:

“Frente a ello ha de contraargumentarse que, en primer lugar, los principios de culpabilidad, de personalidad de las penas y de responsabilidad individual constituyen un obstáculo para que se pueda considerar, en nuestro ordenamiento jurídico, como autora de un delito a una persona jurídica. Así lo constata la jurisprudencia que aplica la máxima *societas delinquere non potest* (SSTS 2052/2001, de 7-11; 1612/2002, de 1-4; y 774/2005, de 2-6). Por lo cual, no resulta factible considerar responsable penal del delito a la entidad Caixa d'Estalvis Laietana como pretenden las partes recurrentes.

Pues no parece plausible hablar de una conducta humana atribuible a la propia persona jurídica; ni tampoco realizar un reproche ético social, con base en el principio de culpabilidad, a un ente que no es una persona física; ni resulta muy factible imponerle a una persona jurídica cierta clase de penas ni que cargue con el lastre de cumplir otras por actos que personalmente no ha realizado, sin olvidar las consecuencias indirectas que conlleva la imposición de una pena a sujetos integrantes de una sociedad que no han tomado parte en el comportamiento delictivo”.

(Ciertamente que, en una muy reciente reforma del Código Penal español, en virtud de la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, se ha introducido, de manera muy limitada, la responsabilidad penal de las personas jurídicas para determinada clase de delitos, fundamentalmente de carácter económico -pero no, por supuesto, para la injuria: ¡hasta ahí podíamos llegar!-, por lo que, para los hechos punibles para los que no está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la condena de éstas como autores o partícipes seguiría vulnerando el principio de legalidad).

2. Resumiendo lo expuesto hasta ahora: sujeto activo de un delito -mientras no haya una disposición expresa que contemple la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y, en tal caso, sólo en relación con aquellos delitos donde se haya especificado la posibilidad de tal responsabilidad- sólo lo puede ser la persona física, pues únicamente ella tiene capacidad de acción, en consecuencia, de actuar con dolo o imprudencia, y de culpabilidad.

No obstante, las dos sentencias condenatorias de los tribunales ecuatorianos objeto de este Dictamen, y a pesar de que en el Código Penal ecuatoriano no existe disposición alguna que lo permita, resuelven condenar a la persona jurídica "Compañía Anónima El Universo" como coadyuvante a un delito de injuria. Pero con unos argumentos que deben ser rechazados.

Y así, en la sentencia del Juzgado Decimoquinto de Garantías Penales del Guayas se expresa lo siguiente (págs. 133/134):

"en cuanto a la alegación de que los órganos jurisdiccionales penales son competentes solo para juzgar personas naturales, aquello no es correcto por cuando la ley penal permite, en el inciso final del Art. 52 de 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> (Negrillas y subrayado fuera del texto original), y el numeral 3 del Art. 68 del Código ibídem, nos aclara que: <Se considera ofendido ... 3. A las personas jurídicas en aquellos delitos que afecte a sus intereses ...>, entonces las personas jurídicas sí pueden ser parte de un juzgamiento penal con lo que se desvirtúa aquella alegación".

Pero, ¿qué tendrá que ver una cosa con la otra? Naturalmente que la persona jurídica, en cuanto sujeto pasivo de un delito, puede ser parte en un procedimiento penal, ya que para ser sujeto pasivo de un delito sólo se requiere ser *el titular del bien jurídico lesionado*, por lo que en un, por ejemplo, robo con fractura de pared en el que se sustrae dinero perteneciente a una empresa mercantil, es ésta la perjudicada (el sujeto pasivo del delito) y, como tal, puede personarse en el proceso. Pero de ahí no se sigue -en contra de lo que sugiere la sentencia de primera instancia- que, como puede ser sujeto pasivo, también puede ser sujeto activo del mismo delito: no existe mente -por imaginativa que sea- que pueda representarse cómo y de qué manera tendría que ser ese delito de robo con fuerza en las cosas para que pudiera ser ejecutado por una persona jurídica.

Por otra parte, y como acertadamente se dice en la sentencia del Juzgado del Guayas, el presupuesto para que el presidente Rafael Correa pueda ser indemnizado por daños y perjuicios a cargo de "Compañía Anónima El Universo", tiene como presupuesto que "se establezca la culpabilidad de los acusados"; pero como eso es precisamente lo que no se puede

establecer, porque la persona jurídica no puede ser sujeto activo de un delito de injuria, de ahí que tampoco sea posible fijar una indemnización a favor del querellante a cargo de aquélla, ya que tal indemnización va vinculada necesariamente a la imposible condena penal de la persona jurídica "Compañía Anónima El Universo" como autora coadyuvante de un delito de injuria.

3. Por lo que se refiere a la sentencia de segunda instancia, ésta (págs. 2/3), para fundamentar por qué se puede imponer a la Compañía Anónima El Universo una indemnización de daños y perjuicios, se remite al art. 52 del Código Penal del Ecuador, en el que se dispone: "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".

Pero este artículo, como cualquier otra norma jurídica completa, se compone de un *supuesto de hecho* -declaración de "responsables del delito"- al que se le hace seguir la *consecuencia jurídica* de que los daños y perjuicios serán pagados por dichos responsables. Lo que sucede es que, como se acaba de exponer, una persona jurídica no puede ser declarada responsable de delito alguno, por lo que falta el supuesto de hecho del que pueda hacerse seguir la consecuencia jurídica del pago de una indemnización.

El principio de legalidad proclamado en todos los textos nacionales e internacionales de Derechos Humanos [art. 76.1 CRE, art. 11.2 DUDH, art. 9 CASDH, art. 15 PIDCP, art. 7º. 1

CEPDHLF, y art. 25.1 CE, y admirablemente reforzado en el Código Penal del Ecuador en su art. 4 ("Prohibese en materia penal la interpretación extensiva. El juez debe atenerse estrictamente a la letra de la ley"), precepto al que se remite muy oportunamente, en su voto salvado el Dr. Freire León]: dicho principio de legalidad, como ha recordado reiteradamente el TC (ulteriores indicaciones en la STS 290/2010, de 31 de marzo) "implica, en el ámbito del Derecho sancionador estatal por lo menos, tres exigencias: la existencia de una ley (lex scripta); que la ley sea anterior al hecho sancionado (lex previa); y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa); lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como limite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en Legislador".

De acuerdo con este principio: nullum crimen nulla poena sine lege, sólo puede dictarse la condena por un delito cuando la conducta cumple *todos los requisitos exigidos por el tipo penal*, con exclusión de cualquier analogía prohibida, requisitos en los que hay que incluir también, y naturalmente, la *cualidad de posible autor* del delito en cuestión, de tal manera que, por ejemplo, en un delito especial propio, como lo es el de deserción, para que pueda cometerse tiene que concurrir en el sujeto activo la condición de militar, y, en otro delito especial propio, como el tipificado en el art. 277.1º del Código Penal del Ecuador, para que pueda existir tipicidad, el autor tiene que reunir necesariamente la condición de "juez de derecho" o de "árbitro juris". De donde se sigue que, en la injuria, y tal como se ha demostrado anteriormente, el sujeto activo tiene que ser un persona física, por lo que condenar como autor coadyuvante de tal delito a una persona jurídica constituye una abierta violación

del principio de legalidad, violación que, por lo demás, y en referencia a la "Compañía Anónima El Universo", es también denunciada en el voto salvado del Dr. Guillermo Freire León.

## VI. CONCLUSIONES

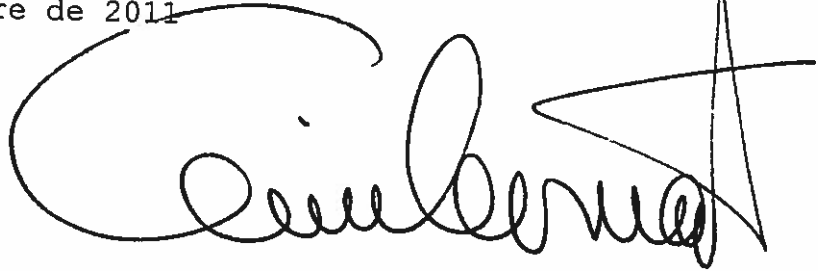
*Primera.-* Don Emilio Palacio Urrutia, con su artículo "NO a las mentiras", no ha cometido ningún delito de injuria, ya que, como se ha expuesto ampliamente supra III, estamos ante un caso paradigmático de prevalencia de las libertades de información y de expresión frente al derecho al honor. Pero, aunque se estimase que el artículo era injurioso, la condena impuesta al señor Palacio de tres años de prisión y una indemnización de USD\$ 30.000.000.00 (TREINTA MILLONES DE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA) -y esto rige igualmente para los restantes condenados- supone un ataque sin precedentes contra la libertad de expresión, en cuanto que no sólo, y en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tiene un carácter "disuasorio", sino "aterrorizador" para el ejercicio de esa libertad en la República del Ecuador.

*Segunda.-* La existencia del art. 384 CPP en el Derecho ecuatoriano conduce ya, necesariamente, a la absolución de los señores Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo y César Enrique Pérez Barriga. Pero además, y aunque no existiera ese art. 384 CPP -que sí existe-, y aunque la conducta del señor Palacio fuera constitutiva de delito -que no lo es-, en cualquier caso la condena de aquéllos como autores coadyuvantes habría infringido el principio de presunción de inocencia, habiéndoseles aplicado, además, un totalitario "Derecho penal de autor" y una "culpabilidad de conducción por la vida", incompatible con un democrático "Derecho penal de hecho".

Tercera.- La condena de la "Compañía Anónima el Universo", infringe el principio de legalidad, en cuanto que, por ser una persona jurídica, no puede ser autora coadyuvante de un delito que tiene como requisito típico que el autor sea una persona física.

Este es mi criterio que someto, como siempre, a cualquier otra opinión mejor fundada.

Madrid, 21 de noviembre de 2011

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Enrique Gimbernat Ordeig'. The signature is fluid and cursive, with a large initial 'E' and a long, sweeping horizontal stroke at the end.

Prof. Dr. Enrique Gimbernat Ordeig